

Sygn. akt: KIO 2345/20
Sygn. akt: KIO 2590/20

WYROK
z dnia 2 listopada 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 października 2020 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 18 września 2020 r. przez wykonawcę Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie – sygn. akt KIO 2345/20;
- B. w dniu 9 października 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe „RAJBUD” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szymbarku, Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „OPAL” I. P., R. P. Spółka jawna z siedzibą w Hajnówce, TORKOL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tychach i MAR-BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Budownictwo Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie – sygn. akt KIO 2590/20;

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie

przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe „RAJBUD” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szymbarku, Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „OPAL” I. P., R. P. Spółka jawna z siedzibą w Hajnówce, TORKOL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tychach i MAR-BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Budownictwo Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 2345/20;
- B. TORPOL Spółka Akcyjna z siedzibą w Poznaniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 2590/20;

orzeka:

I. w sprawie o sygn. akt KIO 2345/20:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od odwołującego Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

II. w sprawie o sygn. akt KIO 2590/20:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe „RAJBUD” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szymbarku, Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „OPAL” I. P., R. P. Spółka jawna z siedzibą w Hajnówce, TORCOL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tychach i MAR-BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Budownictwo Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe „RAJBUD” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szymbarku, Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „OPAL” I. P., R. P. Spółka jawna z siedzibą w Hajnówce, TORCOL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tychach i MAR-BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Budownictwo Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty

postępowania poniesione przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego Warszawa – Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2345/20

Sygn. akt: KIO 2590/20

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Realizacja robót budowlanych dla Etapu I projektu Prace na linii kolejowej nr 38 na odcinku Ełk-Korsze wraz z elektryfikacją” (nr postępowania 9090/IRZR2/11159/02970/20/P). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 3 czerwca 2020 r. pod numerem 2020/S 106-257823. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Sygn akt KIO 2345/20

W dniu 18 września 2020 r. wykonawca Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący” lub „Budimex”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na nieprawidłowej czynności odrzucenia oferty Odwołującego, w sytuacji gdy Odwołujący podpisał Kosztorys ofertowy dla Prawa Opcji 2 kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 8 w zw. z art. 10a ust. 5 ustawy Pzp w zw. z art. 78¹ § 1 oraz art. 73 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 1740 dalej jako „k.c.”) w zw. z art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 26 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylające dyrektywę 1999/93/WE, (Dz.Urz.UE.L Nr 257, str. 73, dalej jako „Rozporządzenie eIDAS”) w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, w sytuacji, gdy Odwołujący złożył ofertę w formie elektronicznej i złożoną jako zintegrowany dokument elektroniczny, obejmujący m.in. załącznik Kosztorys Ofertowy dla Prawa Opcji 2, opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego i uznanie, że Odwołujący podpisał ofertę, a więc i Kosztorys Ofertowy dla Prawa Opcji 2, kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący wyjaśnił, iż jego pełnomocnik opatrzył kwalifikowanym podpisem elektronicznym załączniki do Formularza Ofertowego pierwotnie na własnym komputerze (poza Platformą Zakupową), korzystając z odpowiedniego oprogramowania, nie składając odrębnego podpisu na załączniku „Kosztorys Ofertowy dla Prawa Opcji 2” (plik: „3. KO Opcja 2”). Następnie Odwołujący wypełnił Formularz Ofertowy na Platformie Zakupowej, zapisał wszystkie załączniki na serwerze Platformy Zakupowej, jednocześnie załączając je do Formularza Ofertowego, a następnie podpisał skonstruowaną w ten sposób ofertę za pośrednictwem Platformy Zakupowej (na potwierdzenie przedstawił dowody: zrzut ekranu – podpisanie oferty; zrzut ekranu - potwierdzenie podpisania oferty, zrzut ekranu - komunikat po złożeniu oferty). Wskazał, iż oferta jako całość (Formularz Ofertowy z załącznikami, w tym Kosztorysem Ofertowym dla Prawa Opcji 2) została złożona, zaszyfrowana i zabezpieczona do momentu otwarcia ofert. W wyniku tych czynności Odwołujący otrzymał potwierdzenie podpisania oferty, zawierające wskazanie sum kontrolnych dla oferty i wszystkich jej załączników. Zdaniem Odwołującego kluczowe jest przesądzenie czy podpis elektroniczny składany za pośrednictwem Platformy objął wyłącznie Formularz Ofertowy, czy też także załączone do niego pliki, w tym Kosztorys Ofertowy dla Prawa Opcji 2.

W ocenie Odwołującego Zamawiający nie wziął pod uwagę, że Platforma Zakupowa połączyła Formularz Oferty i załączniki (w tym Kosztorys Ofertowy dla Prawa Opcji 2) w „pakiet” stanowiący ofertę, a podpis objął również załączniki, niezależnie od obecności lub braku uprzedniego podpisu, składanego przez Wykonawcę dodatkowo, analogicznie do parafowania stron umowy, które jest nieobowiązkowe, lecz często stosowane. Użycie podpisu elektronicznego powoduje bowiem obliczenie dla każdego podpisywanego pliku sumy kontrolnej, której integralność gwarantuje podpis złożony w Platformie Zakupowej. Złożenie podpisu czy to pod ofertą (paczką informacji, plików), czy to pod każdym dokumentem z osobna, wywołuje ten sam efekt. Można to porównać do złożenia podpisu na pliku ZIP, który zawiera w sobie paczkę skompresowanych plików, które również traktuje się wówczas jako podpisane. Odwołujący przywołał także inny przykład, tj. składanie odwołania do Prezesa KIO elektronicznie przez platformę ePUAP. Tutaj także nie podpisuje się osobno każdego załącznika podpisem na poziomie komputera użytkownika, tylko składa się podpis elektroniczny obejmujący cały pakiet informacji składający się na odwołanie. Podpis elektroniczny dotyczy bowiem danych jako takich (dokumentu elektronicznego), a nie poszczególnych plików. Na tę okoliczność Odwołujący złożył dowód: potwierdzenie złożenia oferty generowane przez Platformę, gdzie, po pierwsze, potwierdzono złożenie prawidłowego podpisu elektronicznego (wskazując liczbę: 1), a, po drugie, w sekcji „Dokumenty załączone przez Wykonawcę” w poz. 21 wymieniono Kosztorys Ofertowy dla

Prawa Opcji 2 (plik „3. KO Opcja 2.pdf”) i wskazano sumę kontrolną MD5: 3140e5981me873fab6e43bdc3664c5e. Odwołujący wskazał, iż nawet jeśli działanie narzędzia informatycznego (Platformy Zakupowej), za pomocą którego prowadzone jest postępowanie, nie jest ustalane przez Zamawiającego ani dokładnie mu znane, to powoduje, że dochodzi do naruszenia przez Zamawiającego art. 10b ustawy Pzp. Zamawiający nie może zatem ignorować sposobu funkcjonowania narzędzia informatycznego, za pomocą którego prowadzone jest postępowanie, jak też nie może ignorować skutków tego działania i ich wpływu na przygotowanie i prowadzenie postępowania. Ofertę Odwołującego stanowi Formularz Ofertowy wraz ze wskazanymi w nim załącznikami, które jako pakiet („paczka”) połączonych informacji, tj. jeden dokument elektroniczny, zostały złożone na Platformie Zakupowej. Podpisane, zaszyfrowane i wysłane do Zamawiającego.

Odwołujący wskazał, iż jego oferta jest zgodna z ustawą Pzp, w tym art. 10a ust. 5. Jego zdaniem Zamawiający nie przeprowadził wystarczającej analizy podpisu złożonego przez Odwołującego w Platformie Zakupowej i tym samym doszedł do nieprawidłowych wniosków dotyczących formy oferty złożonej przez Odwołującego. W tym kontekście Odwołujący przywołał fragmenty uzasadnienia wyroku Izby z dnia 6 lipca 2020 r. KIO 603/20, w którym Izba stwierdziła, że odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp byłoby nieprawidłowe, ponieważ nie ma znaczenia, w jakim miejscu oferty (scalonych plików) złożony został podpis elektroniczny, skoro podpisem objęto wszystkie wymagane elementy. Odwołujący podniósł, że analogiczna sytuacja ma miejsce w niniejszym postępowaniu. Odwołujący prawidłowo, zgodnie z przepisami prawa, podpisał dokument elektroniczny stanowiący ofertę. Zamawiający nie jest uprawniony do odrzucenia oferty, tylko dlatego, że podpis nie był złożony w konkretnym miejscu tego dokumentu elektronicznego, ponieważ nie stanowi to ani naruszenia ustawy Pzp, ani k.c., a więc odrzucenie oferty Odwołującego stanowi naruszenie zarówno art. 89 ust. 1 pkt 1, jak i art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Odwołujący powołał się także na wyrok z dnia 22 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 50/20. Wskazał, że z punktu widzenia przesłanek do odrzucenia oferty określonych w Pzp pkt 14.11 IDW nie ma znaczenia, ponieważ Zamawiający winien pochylić się nad aspektem merytorycznym złożenia i podpisania „oferty”, a nie formalistycznym sprawdzeniem dokonania niemającego celu ani skutku prawnego powtórzenia podpisu we wskazanych w SIWZ miejscach. Odwołujący podkreślił, że przesłanki odrzucenia oferty należy interpretować ściśle i Zamawiający nie może wyklądać ich rozszerzająco w ten sposób, że z uwagi na niezgodność o charakterze formalnym z SIWZ, przesądzi o zachowaniu bądź niezachowaniu przepisanej formy oferty składanej przez wykonawców i zwłaszcza nie może powoływać się na niezgodność oferty z ustawą Pzp i k.c. w sytuacji, gdy jedynie forma przedstawienia informacji nie jest taka jak wskazano w SIWZ, a nie zachodzi żadna

niezgodność z przepisami obowiązującego prawa. Pakiet informacji stanowiący ofertę został złożony w sposób prawidłowy i ocena ta podlega obiektywnym przesłankom wskazanym w przepisach prawa, a nie zapisów SIWZ oraz nieprawidłowego stanowiska Zamawiającego co do sposobu składania podpisu na jego Platformie Zakupowej.

Następnie Odwołujący wskazał na pkt 14.3 IDW odnoszący się do Podręcznika dla Wykonawców, przywołując pkt 6.4. tego Podręcznika, zgodnie z którym: „Platforma Zakupowa umożliwia składanie ofert wniosków, prowadzenia korespondencji oraz odpowiedzi negocjacyjnych opatrzonej podpisem elektronicznym. Warunkiem jest posiadanie odpowiedniego sprzętu tj. czytnika i karty wraz z zainstalowanym oprogramowaniem oraz korzystanie z przeglądarki internetowej z zainstalowaną najnowszą wtyczką do składania podpisów i wtyczką Java (środowisko uruchomieniowe). (...) Przebieg procesu składania oferty opatrzonej podpisem elektronicznym przedstawia się podobnie do składania oferty tradycyjnie. Przechodząc na zakładkę dedykowaną składaniu odpowiedzi, ofert, wniosków widoczna stanie się sekcja „Elektroniczne podpisy oferty.” Po wprowadzeniu zmian oraz kliknięciu na przycisk „Złóż [OFERTE/WNIOSEK]” pojawi się komunikat informujący o zainicjowaniu podpisu elektronicznego. (...) Poprzez kliknięcie na przycisk „Podpisz”, użytkownik może po zweryfikowaniu danych podpisać wygenerowany dokument.” Zdaniem Odwołującego Zamawiający niekonsekwentnie posługuje się pojęciami „podpisania oferty” oraz „podpisania Formularza Ofertowego”, dokonując wykładni SIWZ i przepisów prawa na niekorzyść Odwołującego, i odrzucając na tej podstawie ofertę Odwołującego, co stanowi naruszenie fundamentalnych zasad prawa zamówień publicznych. Zamawiający, podejmując decyzję o ewentualnym odrzuceniu oferty, miał obowiązek zweryfikować podpisanie „oferty”, a nie osobno Formularza Oferty i osobno składanych załączników. Taki wymóg nałożył na Zamawiającego ustawodawca w przepisach przywołanych przez Zamawiającego w uzasadnieniu prawnym odrzucenia oferty Odwołującego. Przepisy te bowiem wprost odnoszą się do oferty.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający w pkt 8 zawiadomienia prowadzi nieprawidłowy tok rozumowania. Odwołujący zgadza się, że oferta w postępowaniu ma być w formie elektronicznej, tj. w postaci elektronicznej i opatrzona kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Wyłącznie z SIWZ (a nie z przepisu ustawy Pzp czy innej ustawy) wynika wymóg, że ofertę należy podpisać w Platformie Zakupowej (co też Odwołujący uczynił), a załączniki poza nią. Wymóg ten nie wynika z przepisów powszechnie obowiązującego prawa, tymczasem oferta podlega odrzuceniu, gdy jest niezgodna z przepisami ustaw. Co kluczowe, w ocenie Odwołującego, Zamawiający płynnie przechodzi tu do rygoru nieważności oświadczenia woli określonego w ustawie Pzp i k.c., choć w tych aktach prawnych nie ma wymogu. by np. każdy plik składający się na oświadczenie woli (ofertę) był

podpisany osobno. Ustawodawca wymaga, aby to oferta została złożona w postaci elektronicznej i opatrzona kwalifikowanym podpisem elektronicznym, co oznacza, że Zamawiający winien zbadać te właśnie kwestie. Tymczasem zdaniem Odwołującego Zamawiający, dokonując rozszerzającej wykładni przepisów prawa i SIWZ na niekorzyść Odwołującego, uznał jego ofertę opatrzoną kwalifikowanym podpisem za nieważną z powodu nieopatrzenia odrębnym kwalifikowanym podpisem elektronicznym jednego z dokumentów objętych tą ofertą. Według Odwołującego istotne jest zestawienie przywołanych postanowień SIWZ: pkt 4.11 i bardziej szczegółowego Podręcznika dla Wykonawców. Wszelkie bowiem rozbieżności należy poczytywać na korzyść wykonawcy. Nie może budzić wątpliwości, że oferta została podpisana przez Odwołującego w sposób zgodny z instrukcją zamieszczoną w Podręczniku. co przesądza dowód „Zrzut ekranu - podpisanie oferty”, w którym wyraźnie widać, że po załączeniu załączników (w tym Kosztorysów Ofertowych dla Prawa Opcji) ostatecznie wykonawcy musieli kliknąć w przycisk „Podpisz” przed wysłaniem oferty, tj. zawierającej w sobie załączniki przed podpisaniem. Odwołujący dodał, że odrzucenie jego oferty nie może nastąpić na podstawie wyłącznie wątpliwej interpretacji zapisów SIWZ dokonanej przez Zamawiającego, tym bardziej, że Zamawiający w zawiadomieniu wskazuje na niezgodność z przepisami ustawy Pzp i k.c., jednak takiej niezgodności nie wykazuje.

Ponadto w ocenie Odwołującego twierdzenie Zamawiającego z pkt 9 Zawiadomienia. jest błędne, tj. gdy Zamawiający twierdzi, że na gruncie ustawy Pzp oferta i składane z nią załączniki winny zostać (osobno) podpisane podpisem elektronicznym. Takie stanowisko nie znajduje potwierdzenia w przepisach prawa. a Zamawiający zamiennie stosuje określenia „oferty” oraz osobno „Formularza ofertowego” i „załączników”, by wywołać wrażenie, że są to odrębne byty, choć to oczywista nieprawda. Ani przepisy ustawy Pzp ani k.c. nie nakładają wymogu, aby ofertę oraz załączniki podpisać odrębnie. a więc wykonawcy w postępowaniu mieli prawo objąć ofertę pojedynczym podpisem. Odwołujący w całej rozciągłości zgadza się, że oferta musi zostać podpisana podpisem elektronicznym. co też Odwołujący prawidłowo uczynił. Z technicznego punktu widzenia każdy kwalifikowany podpis elektroniczny w swej istocie nie odnosi się do samego pliku (np. PDF). a jedynie do tzw. funkcji skrótu (sumy kontrolnej) tego pliku. stanowiąc tzw. „odcisk palca” dla każdego pliku np.: SHA-1, SHA-2, MD5. Odwołujący przywołał stanowisko specjalistów wskazujące, iż: „Funkcja skrótu jest rodzajem funkcji matematycznej, którą często stosuje się w kryptografii i informatyce. Zastosowana do zapisu cyfrowego (pliku) pozwala przyporządkować mu określoną wartość, zwaną potocznie (z angielskiego) haszem oraz skrótem. Skrót jest ciągiem liter i cyfr o stałej długości, który w uproszczeniu nazywany jest „cyfrowym odciskiem palca” pliku komputerowego (...). Funkcje skrótu są również szeroko stosowane w podpisach

elektronicznych, w którym to zastosowaniu podpisywany jest nie plik, lecz właśnie jego skrót. Podpisywanie cyfrowe polega na tym, że strona uwierzytelniająca wylicza skrót (ang. hash, #) podpisywanej wiadomości. Następnie ten skrót szyfrowany jest kluczem prywatnym strony uwierzytelniającej i jako podpis cyfrowy dołączany do oryginalnej wiadomości. Dowolny adresat otrzymujący tę wiadomość, jeśli posiada klucz publiczny nadawcy, może sprawdzić autentyczność jego podpisu przez odszyfrowanie skrótu za pomocą klucza publicznego strony uwierzytelniającej i porównanie go z własnoręcznie wyliczonym na podstawie otrzymanej wiadomości. Funkcja skrótu to funkcja, która przyporządkowuje dowolnie dużej liczbie (wiadomości) krótką, zwykle posiadającą stały rozmiar wartość (sygnaturę), tzw. skrót tej wiadomości (Banasiński Cezary (red.), Rojszczak Marcin (red.), Cyberbezpieczeństwo, LEX 2020). Dalej Odwołujący powołał się na stanowisko doktryny wskazujące, iż: „Podstawowym zadaniem funkcji skrótu jest ochrona integralności danych, czyli ochrona przed ich zmodyfikowaniem w sposób nieautoryzowany. Od funkcji skrótu oczekuje się, aby w sposób szybki i jednoznaczny identyfikowały dane cyfrowe. Oznacza to w praktyce, iż nawet małe zmiany (na przykład zmiana jednego bitu) w skracanym ciągu danych powinny dać w rezultacie zupełnie inny skrót (średnio zmianę połowy bitów skrótu). Nie powinno być także możliwości odtworzenia wiadomości oryginalnej, jeżeli ma się tylko jej skrót, oraz nie powinno być możliwości utworzenia dwóch różnych wiadomości dających ten sam skrót. (...) Funkcja MD5 autorstwa Rivesta jest bezpośrednią następczynią MD4. (...) Początek rodziny funkcji SHA (Secure Hash Algorithm) datuje się na 1993 rok. Wówczas NSA (National Security Agency) poprzez NIST (National Institute of Standards and Technology) publikuje pierwszą funkcję z tej rodziny, nazywaną często SHA-O. (...) Dwa lata później opublikowany zostaje algorytm SHA-1, który zastępuje swojego poprzednika ze względu na nieujawnione oficjalnie wady. (...) W 2001 roku NIST publikuje ulepszoną wersję funkcji SHA, dając jej roboczą nazwę SHA-2” (P. Rowland, Kryptograficzne Funkcje Skrótu, ZESZYTY NAUKOWE AKADEMII MARYNARKI WOJENNEJ, nr 2 (193) 2013).

Odwołujący podkreślił, iż suma kontrolna to matematyczna funkcja, która przypisuje danemu plikowi unikalny kod, biorąc pod uwagę m.in. jego zawartość. W przypadku zmiany choćby jednego bitu (np. znaku) w pliku, zmienia się również suma kontrolna pliku. Odwołujący przedstawił dowód „Zrzut ekranu weryfikacja sumy kontrolnej”, który potwierdza, że suma kontrolna MD5 Kosztorysu Ofertowego dla Prawa Opcji 2 (plik „3. KO Opcja 2.pdf”) ujęta (tj. wprost zamieszczona) w Formularzu oferty jest równa konkretnej, podpisanej wersji tego dokumentu, załączonego do przesłanej oferty, która to weryfikacja została dokonana przez Odwołującego już po otwarciu ofert. Taka weryfikacja może zostać dokonana przez każdego użytkownika w każdym czasie, a zwłaszcza powinna zostać dokonana przez Zamawiającego przed odrzuceniem oferty Odwołującego. Odwołujący wskazał, iż

kwalfikowany podpis elektroniczny pełnomocnika Odwołującego złożony w Platformie Zakupowej, po pierwsze, objął sumę kontrolną SHA-2 samego Formularza Oferty. Oznacza to, że potwierdzono wszystkie wymagane elementy co do danych zawartych w Formularzu Oferty - osobę podpisującego Pana J. H., dostawcę usług zaufania wydającego kwalifikowane certyfikaty, kod identyfikacyjny certyfikatu, a ponadto potwierdzono, że dane te nie zostały zmienione (integralność danych potwierdza konkretna suma kontrolna SHA-2). Po drugie, powyższy podpis w Platformie Zakupowej Formularza Ofertowego objął również potwierdzenie integralności danych Kosztorysu Ofertowego dla Prawa Opcji 2 poprzez objęcie podpisem sumy kontrolnej MD5, wiążąc tak zabezpieczone dane ze złożonym podpisem, który gwarantuje także względem załączników pozostałe wymagane atrybuty, a więc osobę podpisującego, dane dostawcy usług, kod certyfikatu etc. Innymi słowy, ewentualna próba zmiany treści załącznika wymienionego w Formularzu Ofertowym spowodowałaby zmianę sumy kontrolnej tego załącznika (MD5), co łatwo można zweryfikować na podstawie sumy kontrolnej Formularza Ofertowego SHA-2, a więc przy weryfikacji podpisu elektronicznego po modyfikacji któregokolwiek załącznika otrzymano by negatywny wynik weryfikacji integralności danych.

Odwołując się do brzmienia art. 10 ust. 5 ustawy Pzp, wykonawca Budimex wskazał, iż po pierwsze ofertę należy sporządzić w postaci elektronicznej. Rozporządzenie eIDAS, w art. 3 pkt 35 definiuje dokument elektroniczny jako „każdą treść przechowywaną w postaci elektronicznej, w szczególności tekst lub nagranie dźwiękowe, wizualne lub audiowizualne”. Odwołujący zauważył, że Rozporządzenie eIDAS nie różnicuje dokumentu ze względu na sposób jego sporządzenia, format, itp. Dokument elektroniczny oznacza pewną wspólną, połączoną treść, przy czym niekoniecznie musi to być tylko jeden plik (np. Formularz Ofertowy). Zatem oferta Odwołującego w niniejszym Postępowaniu (pakiet plików) stanowi połączony, podpisany, zaszyfrowany i złożony Zamawiającemu dokument elektroniczny. Po drugie, Odwołujący podniósł, iż dokument elektroniczny należy podpisać kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Jak wskazuje się w doktrynie podpis elektroniczny to dane w postaci elektronicznej, które wraz z innymi danymi, do których zostały dołączone lub z którymi są logicznie powiązane, służą do identyfikacji osoby składającej podpis elektroniczny. Bezpieczny podpis elektroniczny stanowi elektroniczny (cyfrowy) odpowiednik podpisu odręcznego i zawiera wszystkie jego najistotniejsze cechy, tzn. potwierdza jednoznacznie tożsamość osoby podpisującej, uniemożliwia zaprzeczenie faktu podpisania, jest powiązany z treścią, która została podpisana, uniemożliwia wprowadzenie niezauważalnych zmian w podpisanej treści (Skubiszak-Kalinowska Irena, Wiktorowska Ewa, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX 2020). W niniejszym postępowaniu podpis pełnomocnika Odwołującego złożony w Platformie Zakupowej

potwierdza wszystkie te elementy w odniesieniu do oferty. w tym do Kosztorysu Ofertowego dla Prawa Opcji 2 (plik „3. KO Opcja 2.pdf”). co potwierdza. że Kosztorys ten jest także prawidłowo podpisany.

Odwołujący powołał się także na art. 22 ust. 6 lit. c) ppkt ii) dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE oraz przywołał treść art. 3 pkt 10, 12 i 15 oraz art. 26 Rozporządzenia eIDAS, podnosząc iż spełnienie przesłanek wskazanych w art. 26 potwierdza się w odniesieniu do Kosztorysu Ofertowego dla Prawa Opcji 2. Podpis kwalifikowany złożony w Platformie Zakupowej (niekwestionowany przez Zamawiającego) potwierdza jednoznacznie przesłanki z art. 26 lit. a-c eIDAS, a suma kontrolna MD5 - przesłankę z art. 26 lit. d eIDAS, tj. powiązanie z podpisanymi danymi w taki sposób, że każda późniejsza zmiana danych jest rozpoznawalna. Należy podkreślić, że jakakolwiek zmiana danych w pliku zmienia sumę kontrolną (np. MD5) i jest możliwa do rozpoznania zgodnie z Dowodem nr 4 przez każdego użytkownika, przy użyciu darmowego oprogramowania do weryfikacji integralności plików. O braku możliwości zweryfikowania podpisania dokumentu elektronicznego (pakietu plików składającego się na ofertę Odwołującego) nie może świadczyć fakt, że Zamawiający nie potrafi tego uczynić, choć wymaga to kilku minut pracy osoby obeznaney z zasadami działania podpisów elektronicznych. Odwołujący powołał się także wyrok Izby z dnia 18 czerwca 2019 r. KIO 1029/19.

Zauważył także, że przywoływany przez Zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia wyrok KIO 1586/16 nie przystaje do analizowanego stanu faktycznego, ponieważ wyrok ten dotyczy oferty złożonej w formie pisemnej, gdzie nie podpisano załącznika (kosztorysu). Tymczasem w niniejszym Postępowaniu Odwołujący złożył ofertę w elektronicznej formie, tj. jako dokument elektroniczny - pakiet informacji wymaganych przez Zamawiającego w SIWZ, i opatrzył ten dokument kwalifikowanym podpisem elektronicznym. W ocenie Odwołującego z przywołanej powyżej argumentacji jasno wynika, że Odwołujący podpisał Kosztorys Ofertowy dla Prawa Opcji 2 kwalifikowanym podpisem elektronicznym. zgodnie z art. 10a ust. 5 ustawy Pzp, a więc czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp narusza wskazane przepisy. Podpis złożony przez pełnomocnika Odwołującego w Platformie Zakupowej wyczerpuje określone w Pzp wymogi co do podpisania oferty, obejmującej także Kosztorys Ofertowy dla Prawa Opcji 2. Instrukcja Zamawiającego co do formy oferty określona w SIWZ nie może stanowić podstawy odrzucenia oferty, w szczególności gdy Zamawiający odrzucając ofertę opiera się na przepisach art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 10a ust. 5 Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 73 § 1 k.c. i art. 78(1) § 1 k.c. Przywołane przepisy powszechnie obowiązującego

prawa regulują kwestię elektronicznej formy oświadczenia woli. SIWZ zmienić tego nie może.

Ponadto Odwołujący odniósł się do wskazywanego przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp, tj. rzekomej nieważności oferty na podstawie innych przepisów. Wskazał na art 78(1) § 2 k.c. oraz art. 78 § 1 k.c., a także powołał się na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 stycznia 2012 r. I CSK 373/11, podnosząc, że z analogiczną sytuacją jak rozpoznawana przez SN mamy do czynienia w odniesieniu do oświadczeń w postaci elektronicznej składających z wielu załączników, zintegrowanych w jednym dokumencie elektronicznym. Dodał, że w przywołanym wyroku SN potwierdził zawarcie umowy, mimo że podpis jednej ze stron znalazł się wyłącznie pod załącznikiem do umowy. Wnosząc *ad minori ad maius*, tym bardziej dopuszczalne będzie uznanie za wiążący wymienionego w tekście Formularza Ofertowego załącznika, gdy podpis jest niejako uwidoczniiony w miejscu bardziej istotnym. Zdaniem Odwołującego jego ofertę należy uznać za dokument zintegrowany, o czym oprócz opisanych wyżej kwestii technicznych, świadczy czynnik natury merytorycznej. Po pierwsze, załącznik do oferty „3.KO Opcja 2.pdf” został wymieniony w Formularzu Ofertowym na poz. 21 jako załącznik do oferty, co potwierdza dowód – „Potwierdzenie złożenia oferty.” Po drugie, wskazał na wartości podane w Formularzu Ofertowym (oraz w Potwierdzeniu złożenia oferty) w tabeli na str. 2 pn. „Lista pozycji” w poz. 3 oraz w podsumowaniu zawartym w załączniku: „Kosztorys Ofertowy dla Prawa Opcji 2” (plik: „3. KO Opcja 2”) na str. 51. Powyższe potwierdza, że oferta Odwołującego jest dokumentem zintegrowanym, a identyczne kwoty całościowe odnoszące się do Opcji 2 stanowią element merytoryczny oferty, ostatecznie przesądzający, że oświadczenie woli Odwołującego jego oferta objęła Kosztorys Ofertowy dla Prawa Opcji 2.

Podsumowując, Odwołujący wskazał, że naruszenie opisanych wyżej przepisów przez Zamawiającego stanowi rażący przykład nadmiernego formalizmu. Zgodnie z fundamentalnymi zasadami prawa zamówień publicznych tylko niezachowanie formy elektronicznej przez ofertę Odwołującego mogłoby skutkować odrzuceniem jego oferty. Z taką sytuacją nie mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie, gdzie Kosztorys Ofertowy dla Prawa Opcji 2 ewidentnie stanowi element oferty prawidłowo podpisanej przez Odwołującego. Zamawiający mógł, a nawet powinien wyjaśnić sposób weryfikacji podpisu elektronicznego złożonego na Platformie Zakupowej. W toku takiej weryfikacji Zamawiający mógł bez trudu ustalić, że złożony przez Odwołującego zintegrowany dokument stanowiący ofertę, obejmujący Formularz ofertowy i załączniki, został podpisany podpisem elektronicznym, co w konsekwencji oznacza, że podpisano także podpisem elektronicznym Kosztorys Ofertowy dla Prawa Opcji 2.

Zamawiający w dniu 27 października 2020 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Odnosząc się do zarzutów odwołania Zamawiający podniósł, iż niepodpisany Kosztorys ma istotne znaczenie dla realizacji umowy, z uwagi na fakt, iż wynagrodzenie Odwołującego określone w umowie ma charakter kosztorysowy. Ceny jednostkowe zatem, nie zaś cena wskazana w formularzu ofertowym, mają kluczowe znaczenie dla dokonywania płatności na rzecz Odwołującego, a brak Przedmiaru dla Prawa Opcji 2, w praktyce uniemożliwiłby możliwość jego realizacji. Zamawiający powołał się na wyrok Izby z dnia 6 września 2016 r., sygn. akt KIO 1586/16, w którym zdaniem Zamawiającego analizowany był analogiczny stan faktyczny. Dodał, że bez znaczenia pozostaje okoliczność, iż niepodpisany Kosztorys dotyczy Prawa Opcji 2, które może nie zostać zrealizowane, ponieważ istotne jest to, że bez tego Kosztorysu Zamawiający nie będzie miał możliwości tej części wykonać, z uwagi na nieokreślenie cen jednostkowych dla dokonania wyceny obmiaru.

Zamawiający nie zgodził się ze stanowiskiem Odwołującego, co do procesu składania ofert za pośrednictwem Platformy Zakupowej Zamawiającego. Wskazał, iż Platforma Zakupowa służy do wypełnienia przez wykonawców Formularza Ofertowego. Każdy z wykonawców wpisuje dane żądane przez Platformę Zakupową takie jak nazwa wykonawcy, skład konsorcjum, dane kontaktowe wykonawcy, ilość podwykonawców, odpowiedź na pytanie czy dany wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu etc. Ponadto wykonawcy mają możliwość dodania na Platformę Zakupową podpisanych kwalifikowanym podpisem elektronicznym - na własnych komputerach - załączniki do Formularza Ofertowego. Zamawiający wskazał, iż wymóg podpisania załączników do formularza ofertowego wynika wprost z pkt 14.11 IDW. Wyjaśnił, iż po wypełnieniu Formularza Ofertowego oraz dodaniu podpisanych - osobno - załączników na Platformę Zakupową, wykonawca generuje na Platformie Zakupowej Formularz Ofertowy, na którym widnieją wypełnione przez wykonawcę informacje, o których mowa w punkcie 8 niniejszej odpowiedzi na odwołanie. Następnie dany wykonawca podpisuje tylko i wyłącznie wygenerowany dokument Formularza Oferty. Wobec powyższego, Zamawiający świadomy, iż wykonawcy generują jedynie Formularz Ofertowy i tylko ten dokument jest podpisywany na Platformie Zakupowej, wskazał w pkt 14.11 IDW, iż pozostałe załączniki każdy z wykonawców musi podpisać na własnych komputerach, a następnie dodać na Platformę Zakupową.

Zamawiający nie zgodził się także ze stanowiskiem Odwołującego, że podpis Odwołującego objął również Kosztorys. Zdaniem Zamawiającego Odwołujący narzuca w sposób bezpodstawny i oderwany od stanu faktycznego narrację, iż Platforma Zakupowa miała połączyć Formularz Oferty i załączniki w tzw. „pakiet” stanowiący ofertę. Nie wynika, to z żadnego ze wskazanych dowodów przez Odwołującego. Nie wynika to również z przedstawionej przez Odwołującego analizy stanu faktycznego. Odwołujący wskazuje, że

dowód numer 5 potwierdza złożenie prawidłowego podpisu elektronicznego oraz załączenie do tego dokumentu Kosztorysu. Czego nie zauważa Odwołujący, to fakt, że podpisywany plik jest wskazany przez aplikację Szafir (Dowód numer 5 załączony przez Odwołującego) i jest nim Formularz oferty. Oczywiście w liście załączników do Formularza oferty znajduje się informacja o Kosztorysie, jednakże nie potwierdza to, iż dokument ten został podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym wraz z Formularzem oferty. Przywoływane przez Odwołującego wyroki KIO nie są w ocenie Zamawiającego adekwatne do przedmiotowego stanu faktycznego, gdyż nie doszło do podpisania „pakietu” dokumentów. Mając świadomość, iż dokument podpisany na Platformie Zakupowej jest jedynie Formularzem oferty Zamawiający wskazał w ww. punkcie, iż załączniki do oferty należy podpisać osobno i dodać je na Platformie Zakupowej. W związku z czym niezasadne jest twierdzenie Odwołującego, iż Zamawiający wykazuje się zbyt daleko idącym formalizmem. Przeciwnie, świadczy to o znajomości używanej przez Zamawiającego Platformy Zakupowej i sformułowane wymagania w IDW są niezbędne dla poprawności prowadzonych przez Zamawiającego postępowań przetargowych. W ocenie Zamawiającego błędny jest wywód Odwołującego, że postanowienia IDW kreują odmienny stan faktyczny. Postanowienia IDW identyfikują stan faktyczny w sposób prawidłowy – tj. brak tworzenia „pakietu” dokumentów przez Platformę Zakupową - dlatego też wskazują konieczność podpisania załączników do oferty osobno. W związku z faktem podpisania przez wykonawcę jedynie dokumentu Formularza Oferty, nie można stwierdzić, iż tym samym został podpisany Kosztorys. Oba dokumenty są odrębnymi dokumentami, które w obrocie funkcjonują jako samodzielne oświadczenia woli. Zamawiający zauważył także, że Odwołujący wskazuje, iż zgodnie z punktem 6.4 Podręcznika dla Wykonawców „Platforma Zakupowa umożliwia składanie ofert. (...) Poprzez kliknięcie na przycisk „Podpisz”, użytkownik może po zweryfikowaniu danych podpisać wygenerowany dokument”. Tym wygenerowanym dokumentem jest właśnie Formularz ofertowy, który wykonawca podpisuje na Platformie Zakupowej.

Odnosząc się do zacytowanego przez Odwołującego fragmentu wyroku KIO 1029/19 z dnia 18 czerwca 2019 r. Zamawiający wskazał na rozbieżności w relacji do obecnej sprawy, jak również na okoliczność, że w ww. wyroku kluczową okolicznością był brak ujęcia w IDW postanowienia, które zobowiązywałoby wykonawców do podpisania załączników do formularza ofertowego osobno, na własnych komputerach. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający taki wymóg zawarł w IDW. Zamawiający wskazał także na niekonsekwencję w argumentacji Odwołującego, który podkreśla, że dla skuteczności złożenia oferty, w tym załączników do oferty, konieczne jest podpisanie Formularza ofertowego na Platformie Zakupowej Zamawiającego, podczas gdy wszystkie pozostałe części oferty (załączniki do Formularza oferty) Odwołujący składając ofertę podpisał kwalifikowanym podpisem

elektronicznym. W ocenie Zamawiającego powyższe świadczy o tym, że Odwołujący doskonale zdawał sobie sprawę, że brak podpisania kwalifikowanym podpisem elektronicznym może spowodować odrzucenie oferty.

Sygn. akt KIO 2590/20

W dniu 9 października 2020 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe „RAJBUD” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szymbarku, Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „OPAL” I. P., R. P. Spółka jawna z siedzibą w Hajnówce, TORCOL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tychach i MAR-BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Budownictwo Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący 2” lub „Konsorcjum RAJBUD”) wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec:

1. czynności Zamawiającego polegających na:

- 1) wezwaniu z dnia 29 września 2020 r. Odwołującego 2, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy, do złożenia wyjaśnień w zakresie wskazania kwot oraz pozycji, do których brakujące pozycje Kosztorysu zostały włączone;
- 2) poprawieniu oferty Odwołującego 2 - skorygowaniu cen jednostkowych wszystkich pozycji znajdujących się w kosztorysie ofertowym dla obiektu nr 4591-PW-A1-2-1-2-4 Obiekty drogowe Przebudowa przejazdu kolejowego kat. D z przekwalifikowaniem na kat. B w km 107,357 w ciągu drogi gminnej nr 328N do wysokości 0 (zero) zł, zgodnie z zawiadomieniem Zamawiającego z dnia 29 września 2020 r.,

2. zaniechania czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy:

- 1) poprawienia w ofercie Odwołującego innych omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, wedle art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy oraz postanowień pkt 12.4. lit. a) tiret pierwszy, pkt 12.4. lit. b), pkt 12.4. lit. d), pkt 12.4. lit. f) tiret pierwszy SIWZ,
- 2) przeprowadzenia postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców.

Odwołujący 2 zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wezwanie do udzielenia wyjaśnień z dnia 29 września 2020 r.,
2. art. 87 ust. 2 pkt. 3) ustawy Pzp w zw. z pkt. 12.4. lit. a) tiret drugi SIWZ poprzez dopisanie treści brakujących pozycji w kwocie 0 (zero) i uznanie tych pozycji za włączone do innych pozycji wypełnionego Przedmiaru Robót,
3. art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp w zw. z pkt. 12.4. lit. a) tiret pierwszy SIWZ, poprzez

zaniechanie ich zastosowania w sytuacji, gdy Zamawiający był w stanie dokonać poprawy w oparciu o inną pozycję Przedmiaru Robót składającą się na ofertę,

4. art. 87 ust. 2 pkt. 3) ustawy Pzp w związku z pkt. 12.4. lit. b) SIWZ poprzez zaniechanie ich zastosowania i poprawienia omyłki polegającej na wpisaniu przez Odwołującego 2 błędnej nazwy elementu rozliczeniowego poprzez wpisanie poprawnej nazwy elementu rozliczeniowego pozostawiając niezmienną dla tej pozycji zaoficerowaną w Przedmiarze Robót cenę jednostkową i wartość,
5. art. 87 ust. 2 pkt. 3) ustawy Pzp w zw. z pkt. 12.4. lit. d) SIWZ poprzez zaniechanie ich zastosowania i poprawienia omyłki polegającej na wpisaniu przez wykonawcę błędnej liczby jednostek w danej pozycji poprzez wpisanie poprawnej liczby jednostek i dokonanie obliczenia wartości tej pozycji poprzez przemnożenie poprawnej liczby jednostek przez cenę jednostkową podaną w Przedmiarze Robót,
6. art. 87 ust. 2 pkt. 3) ustawy Pzp w zw. z pkt. 12.4. lit. f) tiret pierwszy SIWZ poprzez zaniechanie ich zastosowania i poprawienia omyłki polegającej na wpisaniu przez wykonawcę błędnej ceny jednostkowej i wartości w danej pozycji poprzez wpisanie poprawnej wartości w wysokości wynikającej z odpowiedniej pozycji Przedmiaru Robót,
7. art. 87 ust. 2 pkt. 1) i 2) ustawy Pzp poprzez ich niezastosowanie, w przypadku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą, że omyłka polegająca na wpisaniu błędnej nazwy elementów obliczeniowych była oczywistą omyłką pisarską, a podane w pozycjach kosztorysowych wartości cen jednostkowych były błędne w wyniku oczywistej omyłki rachunkowej,
8. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wezwanie Odwołującego 2 do złożenia wyjaśnień i poprawienie oferty złożonej przez Odwołującego 2 w sposób niezgodny z ww. przepisami ustawy oraz postanowieniami SIWZ, podczas gdy Zamawiający posiadał dane pozwalające na samodzielną poprawę oferty Odwołującego zgodnie z ww. postanowieniami SIWZ w inny sposób, niż poprzez korektę pozycji kosztorysowych wymienionych w wezwaniu z dnia 29 września 2020 r. do wartości 0 (zero) złotych, a w konsekwencji poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
9. innych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wskazanych w treści uzasadnienia odwołania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia: 1) wezwania Odwołującego z dnia 29 września 2020 r. do złożenia wyjaśnień w zakresie wskazania kwot oraz pozycji, do których brakujące pozycje Kosztorysu zostały włączone; 2) poprawienia w ofercie Odwołującego omyłek w sposób określony w wezwaniu z dnia 29 września 2020 r. poprzez poprawienie cen jednostkowych pozycji znajdujących się

w kosztorysie ofertowym dla obiektu nr 4591-PW-A1-2-1-2-4 Obiekty drogowe Przebudowa przejazdu kolejowego kat. D z przekwalifikowaniem na kat. B w km 107,357 w ciągu drogi gminnej nr 328N do wysokości 0 (zero) zł, nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania oferty Odwołującego 2 oraz dokonanie samodzielnego poprawienia omyłek znajdujących się w kosztorysie ofertowym załączonym do oferty Odwołującego 2 w sposób opisany w odwołaniu i odpowiedzi Odwołującego 2 na wezwanie Zamawiającego z dnia 2 października 2020 r.. Ponadto Konsorcjum RAJBUD wniosło o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów: dojazdu i ewentualnie noclegu Odwołującego i pełnomocnika Odwołującego na posiedzenie i rozprawę, zastępstwa Odwołującego przez pełnomocnika w kwocie 3.600 zł, tytułem zapłaconej opłaty skarbowej od pełnomocnictwa z dnia 21 lipca 2020 r. w kwocie 17 zł, na podstawie norm przepisanych oraz z uwzględnieniem rachunków złożonych do akt sprawy na posiedzeniu lub rozprawie, a także dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z akt sprawy odwoławczej na okoliczności, o których mowa w uzasadnieniu odwołania.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący 2 wskazał, iż Zamawiający nieprawidłowo zinterpretował zapisy SIWZ, a w szczególności pkt. 12.4. Tomu I SIWZ - IDW. Odwołujący uważa, iż w SIWZ znajdują się zapisy, które umożliwiły Zamawiającemu samodzielne poprawienie oferty Konsorcjum RAJBUD bez konieczności uzyskiwania od Odwołującego żadnych nowych informacji, gdyż dane niezbędne do poprawienia Kosztorysu Ofertowego znajdują się już w Kosztorysie Ofertowym załączonym do oferty Odwołującego. Z ostrożności procesowej Odwołujący wskazał, iż w przypadku uznania, że SIWZ nie reguluje procedury poprawy omyłek znajdujących się w ofercie Odwołującego 2, ewentualne zastosowanie znajdą art. 87 ust. pkt. 1 i 2 i/lub 3 ustawy Pzp. Odwołujący 2 uważa, iż w świetle zapisów SIWZ brak jest podstaw do zastosowania dyspozycji pkt. 12. 4 lit, a) tiret drugi SIWZ oraz nie ma podstaw do udzielania przez Odwołującego 2 wyjaśnień poprzez wskazanie kwot oraz pozycji, do których brakujące pozycje Kosztorysu zostały włączone. Jednocześnie zdaniem Odwołującego 2 Zamawiający nie był uprawniony do poprawienia cen jednostkowych brakujących pozycji poprzez ich skorygowanie do wysokości 0 (zero) i uznanie tych pozycji za włączone do innych pozycji wypełnionego Przedmiaru Robót. Konsorcjum RAJBUD podtrzymało stanowisko przedstawione w piśmie z dnia 2 października 2020 r. Jego zdaniem Kosztorys szczegółowy dedykowany przejazdowi kolejowemu w km 107,357 (obiektu nr 4591-PW-A1-2-1-2-4 Obiekty drogowe Przebudowa przejazdu kolejowego kat. D z przekwalifikowaniem na kat. B w km 107,357 w ciągu drogi gminnej nr 328N) został załączony do oferty Odwołującego, co potwierdzone zostało plikiem Excel i plikiem PDF o nazwie tego przejazdu załączonym w przepisany sposób i podpisanym jako załącznik do oferty. Ten element scalony został prawidłowo nazwany, a Odwołujący

uwzględnił wynagrodzenie za wykonanie tego elementu w ogólnej cenie ofertowej. W kosztorysie tym znajduje się część pozycji kosztorysowych wymienionych przez Zamawiającego w wezwaniu do wyjaśnień. Pozycje te posiadają ceny jednostkowe i są to ceny przewidziane przez Odwołującego dla wymienionych wyżej pozycji kosztorysu dla przejazdu kolejowego w km 107,357. Oznacza to, że nie ma uzasadnienia korygowanie pozycji wymienionych w wezwaniu Zamawiającego do wartości 0 zł.

Odwołujący Konsorcjum RAJBUD oświadczył jednocześnie, iż w kosztorysie szczegółowym dla przejazdu kolejowego w km 107,357 znajdują się omyłki, w zależności od interpretacji, mające albo charakter oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych lub innych omyłek, niepowodujące istotnej zmiany oferty, które Zamawiający powinien poprawić na podstawie danych znajdujących się w ofercie Odwołującego i kosztorysie załączonym do oferty, przy użyciu odpowiednich zapisów SIWZ i/lub ustawy Pzp w następujący sposób:

- Nazwa elementu scalonego/kosztorysu szczegółowego znajdująca się na karcie tytułowej oraz w treści (ponad pozycjami kosztorysowymi). W tym miejscu Wykonawca omyłkowo wskazał, iż kosztorys szczegółowy dotyczy „4591-PW-A1-2-1-2-1 Obiekty drogowe Przebudowa przejazdu kat. A w km 104,174 w ciągu drogi gminnej 204118N”, podczas, gdy prawidłowa nazwa tego kosztorysu powinna brzmieć „4591-PW-A1-2-1-2-4 Obiekty drogowe Przebudowa przejazdu kolejowego kat. D z przekwalifikowaniem na kat. B w km 107,357 w ciągu drogi gminnej nr 328N”. Zamawiający powinien potraktować powyższą omyłkę jako inna omyłka niepowodująca istotne zmiany treści oferty i poprawić ją na podstawie pkt. 12.4. lit. b) SIWZ lub art. 87 ust. 2 Pzp.
- Poz. 1.1. Geodezyjne wytyczenia punktów głównych wraz ze stabilizacją pasa drogowego znajduje się w kosztorysie szczegółowym dla 4591-PW-A1-2-1-2-4 Obiekty drogowe Przebudowa przejazdu kolejowego kat. D z przekwalifikowaniem na kat. B w km 107,357 w ciągu drogi gminnej nr 328N. Określona została jednostka miary oraz cena jednostkowa. Odwołujący omyłkowo wskazał nieprawidłową ilość, która zgodnie z przedmiarem powinna wynieść 0,14. Tą omyłkę Zamawiający powinien poprawić na podstawie pkt. 12.4. lit. d) SIWZ lub art. 87 ust. 2 Pzp.
- Poz. 1.3.2. Rozbiórka konstrukcji nawierzchni przejazdu z płyt CBP znajduje się w kosztorysie szczegółowym dla 4591-PW-A1-2-1-2-4 Obiekty drogowe Przebudowa przejazdu kolejowego kat. D z przekwalifikowaniem na kat. B w km 107,357 w ciągu drogi gminnej nr 328N. Określona została jednostka miary oraz cena jednostkowa. Odwołujący omyłkowo wskazał nieprawidłową ilość, która zgodnie z przedmiarem powinna wynieść 18. Tą omyłkę Zamawiający powinien poprawić na podstawie pkt. 12.4. lit. d) SIWZ lub art. 87 ust. 2 Pzp. oraz liczbę porządkową pozycji, co Zamawiający powinien poprawić na podstawie pkt. 12.4. lit b) SIWZ lub art. 87 ust. 2 Pzp.

- Poz. 1.3.8. Transport innych odpadów z rozbiórki samochodem o ładowności powyżej 6 ton na odległość do 50km z utylizacją odpadów z rozbiórki - kod odpadu 170181 znajduje się w kosztorysie szczegółowym dla 4591-PW-A1-2-1-2-4 Obiekty drogowe Przebudowa przejazdu kolejowego kat. D z przekwalifikowaniem na kat. B w km 107,357 w ciągu drogi gminnej nr 328N. Określona została jednostka miary oraz cena jednostkowa. Odwołujący omyłkowo wskazał nieprawidłową ilość, która zgodnie z przedmiarem powinna wynieść 10,91. Tą omyłkę Zamawiający powinien poprawić na podstawie pkt. 12.4. lit. d) SIWZ lub art. 87 ust. 2 Pzp. oraz liczbę porządkową, co Zamawiający powinien poprawić na podstawie pkt. 12.4. lit b) SIWZ lub art. 87 ust. 2 Pzp.
- Poz. 2.1.1. Wykonanie wykopów w gruntach I-III kat z transportem urobku - przerzut poprzeczny i podłużny w celu wbudowania w nasyp znajduje się w kosztorysie szczegółowym dla 4591-PW-A1-2-1-2-4 Obiekty drogowe Przebudowa przejazdu kolejowego kat. D z przekwalifikowaniem na kat. B w km 107,357 w ciągu drogi gminnej nr 328N. Określona została jednostka miary oraz cena jednostkowa. Odwołujący omyłkowo wskazał nieprawidłową ilość, która zgodnie z przedmiarem powinna wynieść 30. Tą omyłkę Zamawiający powinien poprawić na podstawie pkt. 12.4. lit. d) SIWZ lub art. 87 ust. 2 Pzp.
- Poz. 4.3.1. Oczyszczenie i skropienie warstw konstrukcyjnych - oczyszczenie i skropienie warstw niebitumicznych znajduje się w kosztorysie szczegółowym dla 4591-PW-A1-2-1-2-4 Obiekty drogowe Przebudowa przejazdu kolejowego kat. D z przekwalifikowaniem na kat. B w km 107,357 w ciągu drogi gminnej nr 328N. Określona została jednostka miary oraz cena jednostkowa. Odwołujący omyłkowo wskazał nieprawidłową ilość, która zgodnie z przedmiarem powinna wynieść 773,00. Tą omyłkę Zamawiający powinien poprawić na podstawie pkt. 12.4. lit. d) SIWZ lub art. 87 ust. 2 Pzp.
- Poz. 4.3.2. Oczyszczenie i skropienie warstw konstrukcyjnych - -oczyszczenie i skropienie warstw bitumicznych znajduje się w kosztorysie szczegółowym dla 4591-PW-A1-2-1-2-4 Obiekty drogowe Przebudowa przejazdu kolejowego kat. D z przekwalifikowaniem na kat. B w km 107,357 w ciągu drogi gminnej nr 328N. Określona została jednostka miary oraz cena jednostkowa. Odwołujący omyłkowo wskazał nieprawidłową ilość, która zgodnie z przedmiarem powinna wynieść 679,00. Tą omyłkę Zamawiający powinien poprawić na podstawie pkt. 12.4. lit. d) SIWZ lub art. 87 ust. 2 Pzp.
- Poz. 4.5.2. Warstwa podbudowy z mieszanki niezwiązanej stabilizowanej mechanicznie C90/3 0/31,5 gr. 20 cm znajduje się w kosztorysie szczegółowym dla 4591-PW-A1-2-1-2-4 Obiekty drogowe Przebudowa przejazdu kolejowego kat. D z przekwalifikowaniem na kat. B w km 107,357 w ciągu drogi gminnej nr 328N. Określona została jednostka miary oraz cena jednostkowa. Odwołujący omyłkowo wskazał nieprawidłową ilość, która

zgodnie z przedmiarem powinna wynieść 773,00. Tą omyłkę Zamawiający powinien poprawić na podstawie pkt. 12.4. lit. d) SIWZ lub art. 87 ust. 2 Pzp. oraz liczbę porządkową pozycji, co Zamawiający powinien poprawić na podstawie pkt. 12.4. lit b) SIWZ lub art. 87 ust. 2 Pzp.

- Poz. 5.2.1. Warstwa ścieralna z betonu asfaltowego AC11S 50/70 grubości 4cm znajduje się w kosztorysie szczegółowym dla 4591-PW-A1-2-1-2-4 Obiekty drogowe Przebudowa przejazdu kolejowego kat. D z przekwalifikowaniem na kat. B w km 107,357 w ciągu drogi gminnej nr 328N. Określona została jednostka miary oraz cena jednostkowa. Odwołujący omyłkowo wskazał nieprawidłową ilość, która zgodnie z przedmiarem powinna wynieść 660,00. Tą omyłkę Zamawiający powinien poprawić na podstawie pkt. 12.4. lit. d) SIWZ lub art. 87 ust. 2 Pzp.
- Poz. 5.3.1. Warstwa wiążąca z betonu asfaltowego AC16W 35/50 grubości 5cm znajduje się w kosztorysie szczegółowym dla 4591-PW-A1-2-1-2-4 Obiekty drogowe Przebudowa przejazdu kolejowego kat. D z przekwalifikowaniem na kat. B w km 107,357 w ciągu drogi gminnej nr 328N. Określona została jednostka miary oraz cena jednostkowa. Odwołujący omyłkowo wskazał nieprawidłową ilość, która zgodnie z przedmiarem powinna wynieść 679,00. Tą omyłkę Zamawiający powinien poprawić na podstawie pkt. 12.4. lit. d) SIWZ lub art. 87 ust. 2 Pzp.
- Poz. 7.1. Oznakowanie poziome cienkowarstwowe wg projektu organizacji ruchu znajduje się w kosztorysie szczegółowym dla 4591-PW-A1-2-1-2-4 Obiekty drogowe Przebudowa przejazdu kolejowego kat. D z przekwalifikowaniem na kat. B w km 107,357 w ciągu drogi gminnej nr 328N. Określona została jednostka miary oraz cena jednostkowa. Odwołujący omyłkowo wskazał nieprawidłową ilość, która zgodnie z przedmiarem powinna wynieść 56,53. Tą omyłkę Zamawiający powinien poprawić na podstawie pkt. 12.4. lit. d) SIWZ lub art. 87 ust. 2 Pzp.
- Poz. 7.2.1. Oznakowanie pionowe nowe tarcze wg projektu organizacji ruchu znajduje się w kosztorysie szczegółowym dla 4591-PW-A1-2-1-2-4 Obiekty drogowe Przebudowa przejazdu kolejowego kat. D z przekwalifikowaniem na kat. B w km 107,357 w ciągu drogi gminnej nr 328N. Określona została jednostka miary oraz cena jednostkowa. Odwołujący omyłkowo wskazał nieprawidłową ilość, która zgodnie z przedmiarem powinna wynieść 6,00. Tą omyłkę Zamawiający powinien poprawić na podstawie pkt. 12.4. lit. d) SIWZ lub art. 87 ust. 2 Pzp.
- Poz. 7.3.1. Ustawienie słupków krawędziowych U-1a znajduje się w kosztorysie szczegółowym dla 4591-PW-A1-2-1-2-4 Obiekty drogowe Przebudowa przejazdu kolejowego kat. D z przekwalifikowaniem na kat. B w km 107,357 w ciągu drogi gminnej nr 328N. Określona została jednostka miary oraz cena jednostkowa. Odwołujący omyłkowo wskazał nieprawidłową ilość, która zgodnie z przedmiarem powinna wynieść

16. Tą omyłkę Zamawiający powinien poprawić na podstawie pkt. 12.4. lit. d) SIWZ lub art. 87 ust. 2 Pzp.

- Poz. 9.1.2. Projekt tymczasowej organizacji ruchu drogowego na czas wykonywania robót znajduje się w kosztorysie szczegółowym dla 4591-PW-A1-2-1-2-4 Obiekty drogowe Przebudowa przejazdu kolejowego kat. D z przekwalifikowaniem na kat. B w km 107,357 w ciągu drogi gminnej nr 328N. Odwołujący omyłkowo wskazał liczbę porządkową pozycji, co Zamawiający powinien poprawić na podstawie pkt. 12.4. lit b) SIWZ lub art. 87 ust. 2 Pzp. Pozostałe dane są prawidłowe i nie ma potrzeby ich poprawienia.

W ocenie Odwołującego Konsorcjum RAJBUD ww. omyłki mają charakter oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych i mogą być poprawione przez Zamawiającego niezależnie od wiedzy i woli Odwołującego. Ewentualnie należy je potraktować jako inne omyłki, niepowodujące istotnej zmiany oferty, które należy poprawić na podstawie przywołanych wyżej zapisów SIWZ. Konsorcjum RAJBUD wskazało jednocześnie, iż w kosztorysie szczegółowym dla 4591-PW-A1-2-1-2-4 Obiekty drogowe Przebudowa przejazdu kolejowego kat. D z przekwalifikowaniem na kat. B w km 107,357 w ciągu drogi gminnej nr 328N brakuje niektórych pozycji kosztorysowych, które Zamawiający powinien poprawić poprzez dopisanie pozycji znajdujących się już w kosztorysie ofertowym Wykonawcy na zasadach określonych w pkt. 12.4 lit. a) tiret pierwszy SIWZ:

- Poz. 1.2.1. Zdjęcie warstwy humusu średniej grubości H=30cm ze składowaniem do ponownego wykorzystania. Taka sama pozycja występuje w kosztorysie Wykonawcy w następujących miejscach, np.:
 - a) 4591-PW-A1-2-1-2-5, Branża drogowa - Przebudowa przejazdu kolejowego kat. B w km 107,840 w ciągu drogi gminnej nr 329N - pozycja 1.2.1;
 - b) 4591-PW-A1-2-1-2-7b, Branża drogowa - Przebudowa odcinka drogi gminnej nr 177087N pod przebudowywanym wiaduktem w km 111,621 - pozycja 1.2.1;
 - c) 4591-PW-A1-2-1-2-8, Branża drogowa- Przebudowa przejazdu kolejowego kat. B w km 114,881 w ciągu drogi gminnej nr 176017N - pozycja 1.2.1.
- Poz. 1.3.5. Rozbiórka słupków betonowych. Taka sama pozycja występuje w kosztorysie Wykonawcy w następujących miejscach, np.:
 - a) 4591-PW-A1-2-1-2-2, Branża drogowa - Przebudowa przejazdu kat. B w km 106,565 w ciągu drogi wojewódzkiej nr 656 - pozycja 1.3.6;
 - b) 4591-PW-A1-2-1-2-8, Branża drogowa - Przebudowa przejazdu kolejowego kat. B w km 114,881 w ciągu drogi gminnej nr 176017N - pozycja 1.3.5
 - c) 4591-PW-A1-2-1-2-11, Branża drogowa - Przebudowa przejazdu kolejowego kat. F z przekwalifikowaniem na kat. B w km 120,786 w ciągu drogi gminnej - pozycja 1.3.5.

- Poz. 1.3.6. Rozbiórka znaków pionowych - tarcze. Taka sama pozycja występuje w kosztorysie Wykonawcy w następujących miejscach, np.:
 - a) 4591-PW-A1-2-1-2-5, Branża drogowa - Przebudowa przejazdu kolejowego kat. B w km 107,840 w ciągu drogi gminnej nr 329N - pozycja 1.3.6;
 - b) 4591-PW-A1-2-1-2-2, Branża drogowa - Przebudowa przejazdu kat. B w km 106,565 w ciągu drogi wojewódzkiej nr 656 - pozycja 1.3.7
 - c) 4591-PW-A1-2-1-2-6, Branża drogowa - Przebudowa przejazdu kolejowego kat. B w km 109,145 w ciągu drogi wojewódzkiej nr 656 - pozycja 1.3.7.
- Poz. 1.3.7. Rozbiórka znaków pionowych – słupki. Taka sama pozycja występuje w kosztorysie Wykonawcy w następujących miejscach, np.:
 - a) 4591-PW-A1-2-1-2-5, Branża drogowa - Przebudowa przejazdu kolejowego kat. B w km 107,840 w ciągu drogi gminnej nr 329N - pozycja 1.3.7;
 - b) 4591-PW-A1-2-1-2-6, Branża drogowa - Przebudowa przejazdu kolejowego kat. B w km 109,145 w ciągu drogi wojewódzkiej nr 656 - pozycja 1.3.8;
 - c) 4591-PW-A1-2-1-2-7, Branża drogowa - Przebudowa przejazdu kolejowego kat. B w km 110,246 w ciągu drogi gminnej 391N - pozycja 1.3.7.
- Poz. 2.2.2. Wykonanie nasypów z zagęszczalnego gruntu niewysadzinowego z gruntu pozyskanego z wykopu. Taka sama pozycja występuje w kosztorysie Wykonawcy w następujących miejscach, np.:
 - a) 4591-PW-A1-2-1-2-5, Branża drogowa - Przebudowa przejazdu kolejowego kat. B w km 107,840 w ciągu drogi gminnej nr 329N - pozycja 2.2.2;
 - b) 4591-PW-A1-2-1-2-7, Branża drogowa - Przebudowa przejazdu kolejowego kat. B w km 110,246 w ciągu drogi gminnej 391N - pozycja 2.2.2;
 - c) 4591-PW-A1-2-1-2-11, Branża drogowa- Przebudowa przejazdu kolejowego kat. F z przekwalifikowaniem na kat. B w km 120,786 w ciągu drogi gminnej - pozycja 2.2.2.
- Poz. 3.1.1. Przepusty pod koroną drogi z rur z żywic poliestrowych CC-GRP wzmocnionych włóknem szklanym - przepusty Ø800. Taka sama pozycja występuje w kosztorysie Wykonawcy w następujących miejscach, np.:
 - a) 4591-PW-A1-2-1-2-5, Branża drogowa - Przebudowa przejazdu kolejowego kat. B w km 107,840 w ciągu drogi gminnej nr 329N - pozycja 3.1.1;
 - b) 4591-PW-A1-2-1-2-7b, Branża drogowa - Przebudowa odcinka drogi gminnej nr 177087N pod przebudowywanym wiaduktem w km 111,621 - pozycja 3.1.1;
 - c) 4591-PW-A1-2-4-2-1, Branża drogowa - Likwidacja istniejącego przejazdu kolejowego kat. A w km 132,345 linii kolejowej nr 38 i budowę wiaduktu nad linią kolejową nr 38 w km 132,437 z dostosowaniem dojazdów do wiaduktu do istniejącej drogi powiatowej nr 1706N - pozycja 3.1.1.

- Poz. 4.1. Koryto wraz z profilowaniem z zagęszczeniem podłoża. Taka sama pozycja występuje w kosztorysie Wykonawcy w następujących miejscach, np.:
 - a) 4591-PW-A1-2-1-2-5, Branża drogowa - Przebudowa przejazdu kolejowego kat. B w km 107,840 w ciągu drogi gminnej nr 329N - pozycja 4.1;
 - b) 4591-PW-A1-2-1-2-7, Branża drogowa - Przebudowa przejazdu kolejowego kat. B w km 110,246 w ciągu drogi gminnej 391N - pozycja 4.1;
 - c) 4591-PW-A1-2-1-2-7b, Branża drogowa - Przebudowa odcinka drogi gminnej nr 177087N pod przebudowywanym wiaduktem w km 111,621 - pozycja 4.1.
- Poz. 6.1. Umocnienie skarp humusem grub.15cm z obsianiem mieszanką traw. Taka sama pozycja występuje w kosztorysie Wykonawcy w następujących miejscach, np.:
 - a) 4591-PW-A1-2-1-2-5, Branża drogowa - Przebudowa przejazdu kolejowego kat. B w km 107,840 w ciągu drogi gminnej nr 329N - pozycja 6.1.1;
 - b) 4591-PW-A1-2-1-2-7, Branża drogowa - Przebudowa przejazdu kolejowego kat. B w km 110,246 w ciągu drogi gminnej 391N - pozycja 6.1.1;
 - c) 4591-PW-A1-2-1-2-7b, Branża drogowa – Przebudowa odcinka drogi gminnej nr 177087N pod przebudowywanym wiaduktem w km 111,621 – pozycja 6.1.1.
- Poz. 6.2. Umocnienie poboczy kruszywem grubości 20cm. Taka sama pozycja występuje w kosztorysie Wykonawcy w następujących miejscach, np.:
 - a) 4591-PW-A1-2-1-2-5, Branża drogowa - Przebudowa przejazdu kolejowego kat. B w km 107,840 w ciągu drogi gminnej nr 329N - pozycja 6.2;
 - b) 4591-PW-A1-2-1-2-7, Branża drogowa - Przebudowa przejazdu kolejowego kat. B w km 110,246 w ciągu drogi gminnej 391N - pozycja 6.2;
 - c) 4591-PW-A1-2-1-2-7b, Branża drogowa - Przebudowa odcinka drogi gminnej nr 177087N pod przebudowywanym wiaduktem w km 111,621 - pozycja 6.2.
- Poz. 8.1.1. ustawienie opornika betonowego 12x25 na ławie betonowej C12/15 z oporem. Taka sama pozycja występuje w kosztorysie Wykonawcy w następujących miejscach, np.:
 - a) 4591-PW-A1-2-1-2-5, Branża drogowa - Przebudowa przejazdu kolejowego kat. B w km 107,840 w ciągu drogi gminnej nr 329N - pozycja 8.1.1;
 - b) 4591-PW-A1-2-1-2-7, Branża drogowa - Przebudowa przejazdu kolejowego kat. B w km 110,246 w ciągu drogi gminnej 391N - pozycja 8.1.1;
 - c) 4591-PW-A1-2-4-2-1, Branża drogowa - Likwidacja istniejącego przejazdu kolejowego kat. A w km 132,345 linii kolejowej nr 38 i budowę wiaduktu nad linią kolejową nr 38 w km 132,437 z dostosowaniem dojazdów do wiaduktu do istniejącej drogi powiatowej nr 1706N - pozycja 8.1.2.

- Poz. 9.1.1. Wykonanie kompletnej zabudowy nawierzchni na przejazdach kolejowych z płyt betonowych CBP. Taka sama pozycja występuje w kosztorysie Wykonawcy w następujących miejscach, np.:
 - a) 4591-PW-A1-2-1-2-5, Branża drogowa - Przebudowa przejazdu kolejowego kat. B w km 107,840 w ciągu drogi gminnej nr 329N - pozycja 9.1.1;
 - b) 4591-PW-A1-2-1-2-7, Branża drogowa - Przebudowa przejazdu kolejowego kat. B w km 110,246 w ciągu drogi gminnej 391N - pozycja 9.1.1;
 - c) 4591-PW-A1-2-1-2-8, Branża drogowa - Przebudowa przejazdu kolejowego kat. B w km 114,881 w ciągu drogi gminnej nr 176017N - pozycja 9.1.1.

Ponadto, zdaniem Konsorcjum RAJBUD, kosztorys szczegółowy dla 4591-PW-A1-2-1-2-4 Obiekty drogowe Przebudowa przejazdu kolejowego kat. D z przekwalifikowaniem na kat. B w km 107,357 w ciągu drogi gminnej nr 328N powinien być poprawiony poprzez wykreślenie następujących pozycji:

1. Rozbiórka nawierzchni bitumicznej grub. ok h=16cm (poz. 1.3.1);
2. Rozbiórka podbudowy z kruszywa grub. ok h=20cm (poz. 1.3.2.);
3. Frezowanie nawierzchni bitumicznej na h= 4cm (poz. 1.3.4.);
4. Frezowanie nawierzchni bitumicznej na h= 5cm (poz. 1.3.5);
5. Podbudowa z mieszanki kruszywa związanego hydraulicznie cementem (poz. 4.7.);
6. Warstwa podbudowy pomocniczej z mieszanki związanej cementem C3/4 gr. 15 cm (poz. 4.7.3.);
7. Podbudowa z betonu asfaltowego (poz. 4.8.);
8. Podbudowa z betonu asfaltowego AC22P 35/50 grub. 7cm (poz. 4.8.1.);
9. Zabezpieczenia geosiatką nawierzchni asfaltowych przed spękaniem odbitymi - na połączeniu nowej i starej nawierzchni (poz. 5.4.);
10. Warstwa ścieralna z kostki betonowej brukowej (poz. 5.5.);
11. Warstwa ścieralna z kostki betonowej brukowej grubości 6,0cm na podsypce cementowo-piaskowej grubości 3,0cm - kolor szary (poz. 5.5.2.);
12. ustawienie krawężników betonowych 15 x 30 cm na podsypce cementowo – piaskowej 1:4 grubości 3 cm i ławie betonowej C12/15 z oporem (poz. 8.1.1.);
13. ustawienie obrzeża betonowego 8x30 na ławie betonowej C12/15 z oporem (8.1.3.);
14. Wykonanie kompletnej zabudowy nawierzchni na przejeździe kolejowym z płyt małogabarytowych prefabrykowanych (poz. 10.1.1.).

Zdaniem Odwołującego 2 w niniejszej sprawie nie znajdzie zastosowania pkt. 12.4 lit. a) tiret drugi SIWZ, a tym samym nie znajdzie zastosowania procedura przewidująca korektę cen brakujących pozycji do wartości 0 zł. Odwołujący 2 uważa, że w kosztorysie ofertowym załączonym do oferty nie ma brakujących pozycji. Co najwyżej są pozycje nieprawidłowo

nazwane i posiadające omyłki Rachunkowe, a pozostałe pozycje powinny zostać dopisane do kosztorysu ofertowego dla przedmiotowego obiektu. Zdaniem Konsorcjum RAJBUD w zakresie brakujących pozycji kosztorysowych zastosowanie znajdzie pkt. 12.4. lit. a) tiret pierwszy. Zamawiający może dokonać poprawy brakujących pozycji kosztorysu w oparciu o inną pozycję Przedmiaru Robót, gdyż w kosztorysie Odwołującego 2 takie pozycje istnieją. Konsorcjum RAJBUD zauważyło, że Zamawiający nie wyjaśnił dlaczego uważa, że nie był w stanie dokonać poprawy pozycji wskazanych wezwaniu w oparciu o inne pozycje kosztorysowe. Już sam ten fakt, zdaniem Odwołującego 2, powoduje, że wezwanie jest wadliwe, gdyż nie pozwoliło Odwołującemu, w sposób nie budzący jakichkolwiek wątpliwości, ocenić jakie konkretnie omyłki zawiera jego oferta. W takich okolicznościach złożenie rzetelnych wyjaśnień jest utrudnione. Żaden wykonawca nie powinien domyślać się intencji Zamawiającego, a tym samym wszelkie wątpliwości powinny być poczytane na korzyść wykonawcy. Tym samym odpowiedź na wadliwe wezwanie nie powinna wywołać jakichkolwiek negatywnych skutków prawnych dla Odwołującego 2, niezależnie, czy przyjęta przez odwołującego interpretacja SIWZ jest prawidłowa. Odwołujący Konsorcjum RAJBUD wskazał także, iż oceniając motywy Zamawiającego domyśla się tylko, że przyczyną może być to, że ceny jednostkowe znajdujące się w kosztorysie ofertowym, przyporządkowane do pozycji tego typu mogą się różnić cenowo, powodując, iż nie ma jednej ceny jednostkowej tej pozycji, tylko kilka. Tym niemniej, w myśl zapisów SIWZ, nie powoduje to aktywacji 12.4. lit. a) tiret drugi, gdyż ten zapis ma zastosowanie tylko w przypadku, gdy Zamawiający nie jest w stanie dokonać poprawy w oparciu o inną pozycję Przedmiaru Robót, a taka sytuacja w niniejszej sprawie nie występuje. Zamawiający jest w stanie dokonać poprawy w oparciu o inną pozycję Przedmiaru Robót, a to, że są różne ceny jednostkowe dla tej samej pozycji zawartej w różnych miejscach kosztorysu, jest w myśl zapisów SIWZ okolicznością irrelevantną. W SIWZ brak jest zapisu stanowiącego, że kosztorysu ofertowego nie można poprawić o brakujące pozycje, jeśli w kosztorysie ofertowym pozycje takiego samego typu posiadają różne ceny jednostkowe.

Następnie Odwołujący 2 wskazał, iż ma świadomość, iż treść pkt. 12.4. lit. a) SIWZ podlega interpretacji, tym niemniej przyjęć należy, iż podstawową wykładnią tego zapisu powinna być wykładnia literalna. A wykładnia literalna pkt. 12.4. lit. a) tiret pierwszy wskazuje jednoznacznie, iż dopisanie brakującej pozycji następuje, gdy Zamawiający będzie w stanie dokonać poprawy w oparciu o inną pozycję Przedmiaru Robót składającą się na ofertę – w wysokości wynikającej z tej pozycji Przedmiaru Robót. Opierając się o kosztorys ofertowy złożony przez Wykonawcę Zamawiający może dokonać poprawy w oparciu o inną pozycję Przedmiaru Robót. Po dokonaniu poprawy Zamawiający będzie obowiązany do poinformowania Odwołującego o sposobie dokonania poprawy, a Odwołujący będzie

uprawniony do wyrażenia zgody lub nie wyrażenia zgody na taką poprawę. Odwołujący 2 wskazał, iż w przypadku, gdy zapisy SIWZ mogą mieć negatywne skutki dla wykonawcy, a nie są wystarczająco przejrzyste, należy je interpretować zawężająco, a nie rozszerzająco. Odwołujący uważa jednak, iż ww. zapisy SIWZ są wystarczająco jednoznaczne - Zamawiający poprawia ofertę, gdy ma możliwość poprawy w oparciu o inną pozycję kosztorysu. Odwołujący 2 dodał, iż Przyjęte przez Zamawiającego założenie, które w praktyce oznacza, iż zdaniem Zamawiającego Wykonawca nie załączył kosztorysu szczegółowego dla 4591-PW-A1-2-1-2-4 Obiekty drogowe Przebudowa przejazdu kolejowego kat. D z przekwalifikowaniem na kat. B w km 107,357 w ciągu drogi gminnej nr 328N, co skutkowało korektą cen jednostkowych pozycji w nim zawartych do wartości 0 zł, nie jest zgodne z okolicznościami niniejszej sprawy. Kosztorys zawierający większość pozycji Przedmiaru Robót został złożony wraz z ofertą, a nie zmienia tego faktu okoliczność, że kosztorys ten zawiera omyłki. Tym niemniej nie powoduje to, że tego kosztorysu nie ma, a jedynie skutkuje koniecznością jego poprawienia, co jest obowiązkiem Zamawiającego w myśl ustawy i SIWZ. Rozwiązanie zaproponowane przez Zamawiającego, wskutek którego została dokonana korekta polegająca na skorygowaniu poszczególnych pozycji kosztorysowych do wartości 0 zł, a jednocześnie łączna cena ofertowa nie ulegała zmianie, jest z matematycznego i logicznego punktu widzenia wewnątrznie sprzeczne oraz wprowadza dla Odwołującego niepewność, co do sposobu rozliczenia wynagrodzenia na etapie realizacji przedmiotu zamówienia.

Konsorcjum RAJBUD powołało się na orzecznictwo Izby dopuszczające poprawienie innych omyłek niepowodujących istotnych zmian oferty, jeżeli oferta nie zawierała pozycji kosztorysowych, ale posiadała cenę za element scalony. Wskazał na wyrok z dnia 21 września 2011 r., sygn. akt KIO/UZP 1946/11, w którym potwierdzono zasadę, że Zamawiający poprawia ofertę w oparciu o dane znajdujące się w ofercie, a wykonawca może odmówić zgody na dokonaną poprawę. Z tego względu Odwołujący 2 uważa, że właściwym trybem postępowania w niniejszej sprawie będzie wydanie wyroku, w którym Krajowa Izba Odwoławcza nakaze Zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia 29 września 2020 r. polegającej na skorygowaniu do wartości 0 zł wszystkich pozycji kosztorysu ofertowego dla 4591-PW-A1- 2-1-2-4 Obiekty drogowe Przebudowa przejazdu kolejowego kat. D z przekwalifikowaniem na kat. B w km 107,357 w ciągu drogi gminnej nr 328N oraz wezwaniu Odwołującego 2 do złożenia wyjaśnień z dnia 29 września 2020 r. oraz nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności dania oferty Odwołującego 2 i dokonanie przez niego poprawy przy zastosowaniu danych zawartych w ofercie odwołującego, przy użyciu wskazanych w odwołaniu zapisów SIWZ i ustawy.

Odnośnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego wskazanych norm ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zgodnie z zasadą przejrzystości, mając na uwadze zasadność wywiedzionych powyżej zarzutów niniejszego odwołania wraz z ich uzasadnieniem pozostaje oczywiste, że Zamawiający przeprowadził niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zgodnie z zasadą przejrzystości, co naraża Odwołującego na szkodę.

Zamawiający w dniu 27 października 2020 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający przedstawił szczegółowo stan faktyczny, wskazując m.in., że Odwołujący załączył do oferty dwa jednakowe Przedmiary Robót dla Przejazdu w km 104,174, nie załączając jednocześnie Przedmiary Robót dla Przejazdu w km 107,357, który powinien zawierać 24 pozycje. Wyjaśnił także, iż intencją wezwania wystosowanego do Konsorcjum w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie było dokonanie czynności poprawy omyłek – Zamawiający jedynie informacyjnie załączył zastawienie pozycji innych omyłek polegających na niezgodności oferty z treścią SIWZ, niepowodujących istotnych zmian treści oferty. Zamawiający dodał także, że faktyczna czynność poprawy omyłek, pozostająca poza zarzutami odwołania, została dokonana w dniu 16 października 2020 r. Ponadto poinformował, że Odwołujący w dniu 19 października 2020 r. odmówił zgody na poprawienie omyłek we wskazany sposób, w konsekwencji czego Zamawiający w dniu 23 październik 2020 r. odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Z uwagi na powyższe, w ocenie Zamawiającego, zarzuty odwołania są przedwczesne, ponieważ faktyczna czynność dokonania poprawy nastąpiła po wniesieniu odwołania.

Z ostrożności Zamawiający przedstawił także argumentację merytoryczną. Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający wskazał, iż wyjaśnienie oferty nie może prowadzić do uzupełnienia jakiegokolwiek brakującego dokumentu. w tym samej oferty, co stanowiłoby obejście prawa. Zamawiający zwrócił się do Odwołującego wyłącznie w celu uzyskania informacji, w zakresie wskazania kwot oraz pozycji, do których brakujące pozycje Kosztorysu ofertowego zostały włączone. Przedmiotowe wezwanie nie miało na celu dokonania negocjacji oferty, zmiany bądź też uzupełnienia brakujących elementów. W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z pkt 12.4 IDW, Zamawiający przedstawił oparty o orzecznictwo wywód dotyczący oczywistej omyłki pisarskiej i rachunkowej, wskazujący na brak istnienia podstaw w przedmiotowym stanie faktycznym do stwierdzenia tego rodzaju omyłek. W jego ocenie omyłka Odwołującego stanowiła omyłkę wskazaną w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, na potwierdzenie czego

powołał się na stanowisko doktryny i orzecznictwa. Zamawiający wskazał także, iż wychodząc naprzeciw wykonawcom, minimalizując ryzyko odrzucenia ofert, w IDW przewidział mechanizm jednoznacznie obrazujący, w jaki sposób będzie dokonywał poprawy innych omyłek polegających na niezgodności oferty z treścią SIWZ (pkt 12.4 IDW).

Zamawiający nie zgodził się z argumentacją Odwołującego, gdyż jej przyjęcie prowadziłoby do sytuacji, w której wykonawca, który nie przedłożył Kosztorysu szczegółowego dla którejkolwiek lokalizacji, będzie oczekiwał od Zamawiającego, aby samodzielnie go stworzył. Zdaniem Zamawiającego taka ingerencja w treść oferty godziłaby w naczelne zasady udzielania zamówień publicznych, w szczególności ów działanie byłoby sprzeczne z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, który wprost zakazuje prowadzenia negocjacji pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą dotyczących złożonej oferty, jak również byłaby niezgodna z zasadami określonymi przez Zamawiającego w treści SIWZ. Dodał, że w pkt 12.4 lit. a) IDW szczegółowo opisał, jak będzie postępował w przypadku braku pozycji i tylko ze względu na te zapisy oferta Konsorcjum RAJBUD nie podlegała odrzuceniu, a możliwa była jej poprawa, na którą wykonawca musi wyrazić zgodę. Zdaniem Zamawiającego nie ma wątpliwości, że nie był on w stanie samodzielnie dokonać poprawy Kosztorysu w oparciu o inną pozycję. W ocenie Zamawiającego Odwołujący zdaje sobie sprawę, iż każdy z Przedmiarów jest inny. Ponadto nawet w przypadku odnalezienia takiej samej pozycji w różnych miejscach kosztorysu, to cena jednostkowa za każdym razem była inna. Zamawiający zauważył, że Konsorcjum wskazało jedynie, w których miejscach występuje taka sama pozycja, niemniej jednak ceny jednostkowe różniły się od siebie - dla zobrazowania Zamawiający przykładowo podaje argumentację dot. „Poz. 13.5 Rozbiórka słupków betonowych.” Taka sama pozycja występuje w kosztorysie ofertowym Odwołującego w następujących miejscach, np.:

- a) 4591-PW-A1-2-1-2-2, Branża drogowa - Przebudowa przejazdu kat, B w km 106,565 w ciągu drogi wojewódzkiej nr 656 - pozycja 1.3.6;
- b) 4591-PW-A1-2-1-2-8, Branża drogowa - Przebudowa przejazdu kolejowego kat, B w km 114,881 w ciągu drogi gminnej nr 176017N - pozycja 1.3.5;
- c) 4591-PW-A1-2-1-2-11, Branża drogowa - Przebudowa przejazdu kolejowego kat. F z przekwalifikowaniem na kat. B w km 120,786 w ciągu drogi gminnej - pozycja 1.3.5.”

Powyższe zostało wprost potwierdzone przez. Odwołującego w treści uzasadnienia odwołania.

Zamawiający wskazał, iż nie jest uprawniony do podejmowania decyzji za Odwołującego, jaką cenę jednostkową chciałby przyjąć akurat w brakującej pozycji załączonego Kosztorysu - skoro w analogicznych pozycjach sam Odwołujący przyjmował różne stawki. Zamawiający zatem nie ma możliwości dokonania takiej poprawy. Dodał także, że sposób w jaki Wykonawca oczekuje od Zamawiającego poprawy omyłek w Kosztorysie,

jednoznacznie wskazuje, iż Zamawiający miałby stworzyć zupełnie nowy, brakujący kosztorys – co jest sprzeczne zarówno z przepisami ustawy Pzp, jak i postanowieniami SIWZ. Odnosząc się do stanowiska Odwołującego, iż Zamawiający dokonujący poprawy przedmiotowego kosztorysu poprzez pisanie wartości 0 zł (zero) nie zmienił jednocześnie łącznej ceny ofertowej. Nie powinno to jednak wzbudzać u Odwołującego niepewności, co do sposobu rozliczenia wynagrodzenia na etapie realizacji przedmiotu zamówienia, bowiem ponownie podkreślenia wymaga, iż Zamawiający w chwili złożenia Odwołania skierował do Odwołującego wyłącznie wezwanie do wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 PZP - nie dokonując jeszcze poprawy przedmiotowych omyłek. Chybione w ocenie Zamawiającego jest także powołanie się w odwołaniu na wyrok KIO w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 1946/11 – Zamawiający opisał rozbieżności w zakresie stanu faktycznego analizowanego wówczas przez Izbę w relacji do obecnie analizowanego.

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

Wobec spełnienia przesłanek art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestników postępowania, zgłaszających przystąpienie po stronie Zamawiającego:

- a) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe „RAJBUD” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szymbarku, Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „OPAL” I. P., R. P. Spółka jawna z siedzibą w Hajnówce, TORKOL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tychach i MAR-BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Budownictwo Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie - w sprawie o sygn. akt KIO 2345/20;
- b) wykonawcę TORPOL Spółka Akcyjna z siedzibą w Poznaniu - w sprawie o sygn. akt KIO 2590/20.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba uznała, iż Odwołujący Budimex w sprawie o sygn. akt KIO 2345/20, jak i Odwołujący Konsorcjum RAJBUD w sprawie o sygn. akt KIO 2590/20 wykazali interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnili materialnoprawne

przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz jej modyfikacji, ofert obu Odwołujących, zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego Budimex oraz korespondencji prowadzonej przez Zamawiającego z Odwołującym Konsorcjum RAJBUD w przedmiocie omyłek w ofercie. Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestników postępowania odwoławczego złożone w pismach procesowych (tj. odwołaniach i odpowiedziach na odwołanie), a także ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 28 października 2020 roku.

Ponadto w sprawie o sygn. akt KIO 2345/20 Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z załączonych przez Odwołującego 1 do odwołania wydruków zarzutów ekranu (dowody oznaczone w odwołaniu nr 1-4) oraz wydruku wygenerowanego po złożeniu oferty Formularza oferty (dowód oznaczony w odwołaniu nr 5 jako „Potwierdzenie złożenia oferty”). Załączony przez Zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie wydruk Formularza ofertowego Odwołującego Budimex znajdował się już w przekazanej dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia. Izba nie dopuściła wnioskowanego przez Odwołującego Budimex na rozprawie dowodu z nagrania wideo dokumentującego proces składania oferty, z którego pochodzą zrzuty ekranu załączone do odwołania, uznając, że został on powołany dla zwłoki. Przeciwnicy procesowi Odwołującego nie kwestionowali wiarygodności przedstawionych zrzutów ekranu, w tym okoliczności, że zostały one wykonane podczas składania oferty, a spór dotyczył jedynie tego, jakie okoliczności z tych dowodów wynikają (czy dowody te potwierdzają tezy odwołania, czy też nie). Odwołujący Budimex nie wskazał innych okoliczności, które dowód ten miałby potwierdzać, zaś Izba dysponowała ofertą Odwołującego Budimex przekazaną przez Zamawiającego wraz z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej.

Izba ustaliła, co następuje:

W oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, Izba ustaliła, co następuje.

W zakresie sprawy o sygn. akt KIO 2345/20 Izba ustaliła, iż:

W pkt 13 IDW zawarte zostały postanowienia dotyczące formy dokumentów. Wskazano m.in., iż:

13.1. Zamawiający, zgodnie z § 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępnienia i przechowywania dokumentów

elektronicznych (Dz. U. poz. 1320 ze zm.) zaleca, aby dokumenty lub oświadczenia składane w Postępowaniu były sporządzone w formacie .pdf, z zastrzeżeniem pkt 13.3 IDW i podpisane formatem podpisu elektronicznego PadES.

13.2. Kwalifikowany podpis elektroniczny musi spełniać wymagania określone w ustawie z dnia 5 września 2016 r. o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej (Dz. U. z 2019 poz. 162).

13.3. Formularz Ofertowy jest przygotowywany i podpisywany bezpośrednio na Platformie Zakupowej, pozostałe dokumenty i oświadczenia Wykonawca sporządza i podpisuje poza Platformą Zakupową.

13.4. Dokumenty lub oświadczenia należy przygotować i złożyć zgodnie z Ustawą oraz rozporządzeniami wykonawczymi, w szczególności rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych (Dz.U. poz.1320 ze zm.) oraz rozporządzeniem Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. poz. 1126 ze zm.).

13.5 Forma oferty, innych dokumentów i oświadczeń w Postępowaniu: a) ofertę oraz dokumenty i oświadczenia wskazane w pkt 15. IDW, należy złożyć w oryginale w postaci dokumentu elektronicznego, z zastrzeżeniem ppkt c) i ppkt d); (...).

W pkt 14 IDW zawarto opis sposobu przygotowania i złożenia oferty, wymaganych dokumentów i oświadczeń oraz sposób porozumiewania się z Zamawiającym. Wskazano m.in.:

14.2 Ofertę należy przygotować i złożyć ściśle według wymagań określonych w niniejszej IDW, za pośrednictwem Platformy Zakupowej Zamawiającego, dostępnej pod adresem: <https://platformazakupowa.plk-sa.pl>.

14.3. Szczegółowy opis korzystania z Platformy Zakupowej przez Wykonawców zawarty jest w Podręczniku dla Wykonawców. Wykonawca zobowiązany jest do zapoznania się ze sposobem działania Platformy Zakupowej oraz treścią Podręcznika dla Wykonawców i postępowania zgodnie z jego wytycznymi.

14.4. Oferta powinna być sporządzona w języku polskim, z zachowaniem – pod rygorem nieważności - postaci elektronicznej, złożona przez osobę upoważnioną i podpisana kwalifikowanym podpisem elektronicznym zgodnym z obowiązującymi przepisami prawa.

14.9 Wykonawca składa ofertę po zalogowaniu się na Platformie, poprzez:

a) użycie, w zakładce dedykowanej przedmiotowemu Postępowaniu, akcji Przystęp do etapu składania ofert.(...) Użycie wskazanej akcji pozwoli Wykonawcy na złożenie oferty

w Postępowaniu oraz prowadzenie komunikacji z Zamawiającym, zgodnie z pkt 14.15.2 IDW;

- b) uzupełnienie wszystkich wymaganych pozycji Formularza Ofertowego dostępnego w zakładce Oferty;
- c) załączenie wymaganych oświadczeń i dokumentów, o których mowa w pkt 15.1 IDW;
- d) ustanowienie hasła do szyfrowania i zmiany oferty;
- e) wykonanie akcji Złóż ofertę oraz złożenia podpisu elektronicznego w sposób opisany w pkt 14.11 IDW.

14.10 Dokumenty i oświadczenia wymienione w pkt 15.1 IDW Wykonawca składa na Platformie Zakupowej jako załączniki do Formularza Ofertowego poprzez użycie akcji Dodaj dokument.

14.11. Wykonawca podpisuje Formularz Ofertowy kwalifikowanym podpisem elektronicznym bezpośrednio w Platformie Zakupowej. Wymagania techniczne złożenia podpisu elektronicznego za pomocą mechanizmu wbudowanego w Platformie określa pkt 24.4.5 IDW.

UWAGA: Podpisanie Formularza Ofertowego zgodnie z pkt 14.11 IDW nie jest równoznaczne z podpisaniem załączników dołączanych do Formularza, o których mowa w pkt 14.10 IDW. Załączniki, o których mowa w pkt 14.10 IDW należy przygotować i podpisać odrębnie zgodnie z wymaganiami określonymi w pkt 13 IDW.

14.12 Potwierdzeniem prawidłowego złożenia oferty jest otrzymanie przez Wykonawcę stosownego komunikatu na Platformie Zakupowej oraz raport który Wykonawca może wygenerować na Platformie po prawidłowym złożeniu oferty za pomocą akcji wygeneruj raport.

Zgodnie z pkt 15.1 IDW do Formularza Ofertowego przekazywanego za pośrednictwem Platformy Zakupowej, należy załączyć następujące dokumenty:

- a) „ZAŁĄCZNIK DO FORMULARZA OFERTOWEGO”, sporządzony zgodnie ze wzorem zawartym w Załączniku nr 1 do IDW;
- b) „ZAŁĄCZNIK DO OFERTY” sporządzony zgodnie ze wzorem zawartym w Załączniku nr 2 do IDW;
- c) wypełniony Przedmiar Robót – według Tomu IV SIWZ (w celu usprawnienia weryfikacji w zakresie omyłek rachunkowych pożądane jest dołączenie Przedmiarów Robót również w formacie .xlsx);
- d) Zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania Zamówienia, sporządzone w przypadku, gdy Wykonawca polega na zasobach innego podmiotu, zgodnie ze wzorem zawartym w Załączniku nr 3 do IDW;

- e) Pełnomocnictwo/a jeżeli jest/są wymagane postanowieniami niniejszej IDW;
- f) Jednolity Dokument (...)
- g) oryginał dokumentu wadialnego (gwarancji lub poręczenia, jeśli jest wnoszone w formie innej niż pieniężna).

W postępowaniu ofertę złożył m.in. Odwołujący Budimex. W ramach oferty składanej w postaci elektronicznej Odwołujący złożył m.in. plik o nazwie „3.KO Opcja 2.pdf” posiadający wedle wskazania w wygenerowanym w ramach Platformy dokumencie Formularza Ofertowego sumę kontrolną d704a94e1acc6bd4a7cf6710285f5527. Plik ten zawierał Kosztorys ofertowy dla Prawa Opcji 2, a jego walidacja nie wskazywała na fakt opatrzenia kwalifikowanym podpisem elektronicznym osoby umocowanej do reprezentacji Odwołującego. Okolicznością bezsporną był fakt, że dokument ten nie został opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym poza Platformą Zakupową Zamawiającego. Pozostałe dokumenty zostały takim podpisem opatrzone.

Zamawiający w dniu 8 września 2020 r. poinformował Odwołującego Budimex o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 8 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym wskazał, iż Odwołujący złożył w niniejszym postępowaniu Ofertę wraz z wymaganymi Załącznikami do Oferty, w tym Kosztorysy Ofertowe dla Zamówienia podstawowego oraz Prawa Opcji 1 i Prawa Opcji 2. W toku badania ofert Zamawiający stwierdził, że Kosztorys Ofertowy dla Prawa Opcji 2 nie został podpisany podpisem elektronicznym. Zamawiający przywołał treść art. 10a ust. 1 i ust. 5 ustawy Pzp, wskazując na bezwzględny nakaz sporządzenia oferty pod rygorem nieważności w postaci elektronicznej i opatrzenie jej kwalifikowalnym podpisem elektronicznym. Brak właściwego podpisu pod ofertą skutkuje nieważnością oferty z mocy prawa, a złożenie oferty w innej formie niż wynika to z ustawy, stanowi podstawę do jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp jako niezgodnej z tą ustawą. Dalej Zamawiający powołał się na art. 78¹ § 1 k.c. oraz art. 73 § 1 k.c. Jego zdaniem, zważywszy, że regulacja art. 10a ust. 5 ustawy Pzp zastrzega do złożenia oferty rygor nieważności, to złożenie oferty nieopatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym wypełnia hipotezę art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, którego dyspozycja nakazuje Zamawiającemu odrzucić taką ofertę jako nieważną na podstawie odrębnych przepisów tj. regulacji k.c. Z powyżej przytoczonych przepisów w ocenie Zamawiającego wprost wynika, że ustawa Pzp wymaga w postępowaniu o udzielenie zamówienia złożenia postaci elektronicznej oferty opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym pod rygorem nieważności. Brak zachowania formy zastrzeżonej pod rygorem nieważności nie może być w żaden sposób konwalidowany, bowiem skutki braku wymaganej formy określone są bezwzględnie obowiązującymi przepisami niezależnie od przyczyn niezachowania formy wymaganej.

Niezależnie od powyższego, Zamawiający podniósł, iż w pkt 13.5 IDW wskazał, że ofertę oraz dokumenty i oświadczenia wskazane w pkt 15. IDW, należy złożyć w oryginale w postaci dokumentu elektronicznego, z zastrzeżeniem ppkt c) i ppkt d). Zgodnie z treścią zawartą w pkt 15.1 IDW „Do Formularza Ofertowego przekazywanego za pośrednictwem Platformy Zakupowej, należy załączyć następujące dokumenty: (...) c) wypełniony Przedmiar Robót - według Tomu IV SIWZ (w celu usprawnienia weryfikacji w zakresie omyłek rachunkowych pożądane jest dołączenie Przedmiarów Robót również w formacie .xlsx). W pkt 13.1 IDW oraz pkt 13.2 IDW Zamawiający określił wytyczne oraz wymagania co do kwalifikowanego podpisu elektronicznego. Z kolei w pkt 14 IDW Zamawiający wskazał m.in, że: ofertę należy przygotować i złożyć ściśle według wymagań określonych w IDW (pkt 14.2 IDW); oferta powinna być sporządzona w języku polskim, z zachowaniem - pod rygorem nieważności - postaci elektronicznej, złożona przez osobę upoważnioną i podpisaną kwalifikowanym podpisem elektronicznym zgodnym z obowiązującymi przepisami prawa (pkt 14.4 IDW); Wykonawca podpisuje Formularz Ofertowy kwalifikowanym podpisem elektronicznym bezpośrednio w Platformie Zakupowej oraz co najistotniejsze w niniejszym przypadku, podpisanie Formularza Ofertowego kwalifikowanym podpisem elektronicznym nie jest równoznaczne z podpisaniem załączników dołączanych do Formularza Ofertowego tj. oświadczeń i dokumentów wymienionych w pkt 15.1 IDW, w tym wypełnionego Przedmiaru Robót - według Tomu IV SIWZ, który należy przygotować i podpisać odrębnie zgodnie z wymaganiami określonymi w pkt 13 IDW (pkt 14.11 IDW). W świetle powyższego, w ocenie Zamawiającego nie budzi wątpliwości, że zarówno na gruncie ustawy Pzp, jak również z treści SIWZ dla niniejszego postępowania wynika, że zarówno Oferta jak i składane wraz z nią Załączniki (w tym kosztorysy/przedmiary), winny zostać złożone w formie dokumentów elektronicznych i podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Mając na uwadze powyższe, zdaniem Zamawiającego, złożenie przez Wykonawcę Kosztorysu Ofertowego dla zamówienia objętego Prawem Opcji 2 niepodpisanego kwalifikowanym podpisem elektronicznym wypełnia przesłanki odrzucenia oferty na podstawie 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 10a ust. 5 ustawy Pzp oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 73 § 1 k.c. i art. 78¹ § 1 k.c. (tj. z uwagi na fakt, że jest niezgodna z ustawą - z art. 10a ust. 5 Ustawy Pzp oraz jest nieważna na podstawie innej ustawy, tj. regulacji ustawy Kodeks cywilny). W ocenie Zamawiającego wymaga wyartykułowania, że niepodpisany dokument w postaci Kosztorysu Ofertowego dla Prawa Opcji 2, ma kluczowe znaczenie dla realizacji Umowy zawartej w wyniku przeprowadzenia niniejszego postępowania, z uwagi na fakt, że wynagrodzenie Wykonawcy określone w Umowie ma charakter obmiarowy/kosztorysowy. Ceny jednostkowe zawarte w Kosztorysach ofertowych zatem, nie zaś cena wskazana w Formularzu ofertowym, mają kluczowe

znaczenie dla dokonywania płatności na rzecz Wykonawcy. Brak Kosztorysów dla robót budowlanych objętych zakresem Prawa Opcji 2 faktycznie wyłącza realność realizacji tego zakresu robót objętych przedmiotowym zamówieniem.

Dalej Zamawiający wskazał, iż w analogicznym stanie faktycznym, analizowanym w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą, dla której zapadł wyrok z dnia 6 września 2016 r. (sygn. akt. KIO 1586/16) Zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy powołując się na art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 82 ust. 2 Pzp oraz na art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 73 § 1 i art. 78 § 1 k.c. uznając, że oferta jest niezgodna z ustawą oraz nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Przyczyną takiej decyzji było niezłożenie przez pełnomocnika odwołującego podpisu pod jednym z kosztorysów - załączniku do Formularza ofertowego, co zdaniem Zamawiającego skutkowało nieważnością całej oferty. Zamawiający wskazał, że zgodnie z punktem 8.3. specyfikacji istotnych warunków zamówienia ofertę stanowi wypełniony formularz „Oferta” oraz kosztorysy ofertowe na formularzach załączonych do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wykaz stawek i narzutów zgodny z formularzem 2.2, w którym wykonawca określi stawki obliczeniowe dla wszystkich wymienionych pozycji. Wśród dokumentów stanowiących ofertę wykonawca złożył formularz 2.1.2a pn. - wykaszanie traw, chwastów, samosiejek, drobnych krzaków i odrostów, który nie został podpisany. W postępowaniu zamawiający przewidział wynagrodzenie kosztorysowe. Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że „w okolicznościach niniejszej sprawy, przewidziane wynagrodzenie jest wynagrodzeniem kosztorysowym, a podstawą jego ustalenia w trakcie realizacji umowy jest nie cena podana w formularzu „Oferta”, lecz ceny jednostkowe wskazane w poszczególnych formularzach kosztorysów ofertowych. Cena uwidoczniiona w formularzu „Oferta” nawet jeśli stanowi efekt wyliczeń zawartych w poszczególnych kosztorysach - jest więc jedynie wartością nominalną służącą do porównania złożonych ofert i nominalną wartością zobowiązania Zamawiającego, która co prawda zostanie wpisana do umowy, jednak nie stanowi żadnego realnego zobowiązania, z którego którakolwiek ze stron umowy mogłaby wywodzić skutki prawne, jakie przypisane by były wynagrodzeniu z góry ustalonemu i niezmiennemu, np. za jednorazową dostawę pewnych przedmiotów. Tym samym cena ta (20.213.100,88 zł) nie może zastąpić cen jednostkowych podanych w poszczególnych formularzach kosztorysów ofertowych (podobnie jak nie byłaby w stanie zastąpić wskaźników stawek i narzutów). Jako że w konstrukcji przewidzianej przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu oferta w rozumieniu art. 66 S 1 Kodeksu cywilnego, czyli oświadczenie zawierające istotne postanowienia umowy w jej najistotniejszej części, tj. ceny - składała się z części: formularz „Oferta”, kosztorysy ofertowe oraz wykaz stawek i narzutów, konieczne było złożenie w formie pisemnej wszystkich tych części. (Właściwe to możliwe do pominięcia było raczej

wpisanie ceny do formularza „Oferta”, gdyż znajdowała się już ona w pozostałych formularzach, a nie poszczególnych kosztorysów.) Na tej samej zasadzie możliwe było pominięcie formularza zawierającego zbiorcze zestawienie cen - przepisanych z kosztorysów, ale nie samych kosztorysów”.

Zamawiający podkreślił, że bez znaczenia dla oceny jest fakt, że brak podpisu kwalifikowanego dotyczy Kosztorysu Ofertowego dla zakresu robót objętych Prawem Opcji 2, które to roboty budowlane będą zrealizowane w zależności od decyzji Zamawiającego. Istotne jest bowiem, że bez tego Kosztorysu dla Prawa Opcji 2 Zamawiający nie będzie miał możliwości zrealizować tej części zamówienia, z uwagi na nieokreślenie cen jednostkowych dla dokonania wyceny obmiaru robót. Ze względów przytoczonych powyżej, Zamawiający uznał, że bezsprzecznie zachodzą przesłanki do odrzucenia oferty Wykonawcy na podstawie powołanego art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 10a ust. 5 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 73 § 1 k.c. i art. 78¹ § 1 k.c.

W zakresie sprawy o sygn. akt KIO 2590/20 Izba ustaliła, iż:

W pkt 12 IDW zawarto opis sposobu obliczenia ceny. Zgodnie z pkt 12.1 IDW podana w ofercie cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej SIWZ oraz obejmować wszystkie koszty bezpośrednie i pośrednie, jakie poniesie Wykonawca z tytułu terminowego i prawidłowego wykonania całości przedmiotu Zamówienia oraz podatek od towarów i usług. Zgodnie z pkt 12.3 IDW Wykonawca musi dołączyć do oferty wypełniony Przedmiar Robót. Wykonawca musi wycenić i wypełnić wszystkie pozycje Przedmiaru Robót. Przyjmuje się, że wartość każdej pozycji w wypełnionym Przedmiarze Robót obejmuje pełen zakres prac i robót potrzebnych do zrealizowania w ramach tej pozycji, łącznie ze wszystkimi kosztami, które są niezbędne do poniesienia dla wykonania opisanych prac i robót oraz ich zabezpieczenia i utrzymania w trakcie realizacji wraz ze wszystkimi tymczasowymi robotami i instalacjami koniecznymi do wykonania w ramach pozycji, a także nieprzewidziane koszty spowodowane przez zastosowanie się podczas wykonywania robót do wszystkich obowiązujących aktualnych przepisów i praw krajowych, lokalnych lub europejskich. Podane ceny muszą być zaokrąglone do dwóch miejsc po przecinku. W pkt 12.4 IDW wskazano, iż w przypadku, gdy w wypełnionych przez Wykonawcę Przedmiarach Robót wystąpią inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty Zamawiający dokona poprawek, w szczególności:

- a) w przypadku braku pozycji – Zamawiający poprawi Przedmiar Robót poprzez dopisanie treści brakującej pozycji, jednostki miary, liczby jednostek oraz wpisanie dla tej pozycji ceny jednostkowej wg następujących zasad:

- w przypadku, gdy Zamawiający będzie w stanie dokonać poprawy w oparciu o inną pozycję Przedmiaru Robót składającą się na ofertę – w wysokości wynikającej z tej pozycji Przedmiaru Robót;
- w innym przypadku – w wysokości 0 (zero) i uzna tę pozycję za włączoną do innych pozycji wypełnionego Przedmiaru Robót. W takim przypadku Zamawiający wystąpi do Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w zakresie wskazania kwoty oraz pozycji do której brakująca pozycja została włączona,

Wykonawca nie może włączać pozycji Przedmiaru Robót składających się na Zakres podstawowy do pozycji składających się na Opcję nr 1 oraz Opcję nr 2, pozycji składających się na Opcję nr 1 do pozycji składających się na Zakres podstawowy oraz Opcję nr 2 oraz pozycji składających się na Opcję nr 2 do pozycji składających się na Zakres podstawowy oraz Opcję nr 1.

- b) w przypadku błędnie wpisanej „Nazwy elementu rozliczeniowego” – Zamawiający poprawi Przedmiar Robót poprzez wpisanie poprawnej nazwy elementu rozliczeniowego pozostawiając niezmienną dla tej pozycji zaoferowaną w Przedmiarze Robót cenę jednostkową i wartość,
- c) w przypadku błędnie wpisanej „Jednostki miary” - Zamawiający poprawi Przedmiar Robót poprzez wpisanie poprawnej jednostki miary pozostawiając niezmienną dla tej pozycji zaoferowaną w Przedmiarze Robót cenę jednostkową i wartość,
- d) w przypadku błędnie wpisanej „Liczby Jednostek” - Zamawiający poprawi Przedmiar Robót poprzez wpisanie poprawnej liczby jednostek i dokona obliczenia wartości tej pozycji poprzez przemnożenie poprawnej liczby jednostek przez cenę jednostkową podaną w Przedmiarze Robót,
- e) w przypadku braku w Przedmiarze Robót „Ceny jednostkowej” – Zamawiający dokona obliczenia ceny jednostkowej jako ilorazu w którym za dzielną przyjmie się wskazaną w Przedmiarze Robót wartość, a za dzielnik liczbę jednostek. Jeżeli otrzymana cena jednostkowa będzie posiadała więcej niż dwa miejsca po przecinku Zamawiający zaokrągli ją zgodnie z zasadami reguł matematycznych i ponownie dokona obliczenia wartości jako iloczynu liczby jednostek i ceny jednostkowej (po zaokrągleniu),
- f) w przypadku braku w Przedmiarze Robót „Ceny jednostkowej” i „Wartości” - Zamawiający poprawi Przedmiar Robót poprzez wpisanie dla tej pozycji ceny jednostkowej wg następujących zasad:
 - w przypadku, gdy Zamawiający będzie w stanie dokonać poprawy w oparciu o inną pozycję Przedmiaru Robót składającą się na ofertę – w wysokości wynikającej z tej pozycji Przedmiaru Robót;
 - w innym przypadku – w wysokości 0 (zero) i uzna tę pozycję za włączoną do innych pozycji wypełnionego Przedmiaru Robót. W takim przypadku Zamawiający wystąpi do

Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w zakresie wskazania kwoty oraz pozycji, do której pozycja z brakującą „Ceną jednostkową” i „Wartością” została włączona.

Wykonawca nie może włączać pozycji Przedmiaru Robót składających się na Zakres podstawowy do pozycji składających się na Opcję nr 1 oraz Opcję nr 2, pozycji składających się na Opcję nr 1 do pozycji składających się na Zakres podstawowy oraz Opcję nr 2 oraz pozycji składających się na Opcję nr 2 do pozycji składających się na Zakres podstawowy oraz Opcję nr 1.

Zgodnie z pkt 12.5 IDW ceną oferty jest suma wartości wszystkich pozycji podanych w wypełnionym Przedmiarze Robót, powiększona o podatek VAT.

W postępowaniu ofertę złożył m.in. Odwołujący RAJBUD. W tabeli odnoszącej się do odcinka A1, szlak Ełk – Stare Juchy – Zakres podstawowy uwzględniono m.in. wartość elementu 4591-PW-A1-2-1-2-1 Przebudowa przejazdu w km 104,174 w ciągu drogi gminnej nr 20411N w Ełku (wartość netto 390 510,42 zł, wartość brutto 480 327,93 zł) oraz wartość elementu 4591-PW-A1-2-1-2-4 Przebudowa przejazdu w km 107,357 w ciągu drogi gminnej (wartość netto 390 510,42 zł, wartość brutto 480 327,93 zł). Wśród załączonych kosztorysów szczegółowych znajdował się kosztorys ofertowy 4591-PW-A1-2-1-2-1 – Branża drogowa Przebudowa przejazdu kat. A w km 104,174 w ciągu drogi gminnej 204118N, suma pozycji w nim ujętych wynosiła 390 510,42 zł netto. W pliku „3.Kosztorys LK Ełk-Korosze LK38.pdf” bezpośrednio po ww. kosztorysie szczegółowym zawarto kosztorysy szczegółowe dla elementów 4591-PW-A1-2-1-2-2 - Branża drogowa Przebudowa przejazdu kat. B w km 106,565 w ciągu drogi wojewódzkiej nr 656 oraz 4591-PW-A1-2-1-2-3 - Branża drogowa Likwidacja przejazdu kat. F w km 106.882. W miejscu, gdzie znajdować się powinien kolejny kosztorys, tj. 4591-PW-A1-2-1-2-4 – Branża drogowa Przebudowa przejazdu kolejowego w kat. D z przekwalifikowaniem na kat. B w km 107,357 w ciągu drogi gminnej nr 328N przedstawiono po raz kolejny kosztorys ofertowy 4591-PW-A1-2-1-2-1 – Branża drogowa Przebudowa przejazdu kat. A w km 104,174 w ciągu drogi gminnej 204118N, o analogicznej treści, z sumą pozycji w nim ujętych 390 510,42 zł netto. Następnie w omawianym pliku zawarto kosztorys ofertowy 4591-PW-A1-2-1-2-5 – Branża drogowa Przebudowa przejazdu kolejowego kat. B w km 107,840 w ciągu drogi gminnej nr 329N i dalsze wymagane kosztorysy szczegółowe.

Zamawiający w dniu 29 września 2020 r. na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Konsorcjum RAJBUD do złożenia wyjaśnień, wskazując, iż zgodnie z pkt 12.4. Tomu I SIWZ - IDW stwierdzono w Kosztorysie ofertowym inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia niepowodujące istotnych zmian w treści oferty (brak pozycji). Mając na uwadze treść pkt 12.4 lit. a) tiret pierwszy Tomu I SIWZ - IDW Zamawiający wskazał, iż nie był w stanie dokonać poprawy poniżej wskazanych

brakujących pozycji w oparciu o inne pozycje Kosztorysu ofertowego składające się na ofertę: 4591-PW-A1-2-1-2-4 - Branża drogowa - Przebudowa przejazdu kolejowego kat. D z przekwalifikowaniem na kat. B w km 107.357 w ciągu drogi gminnej nr 328N poz. 1.1, poz. 1.2.1, poz. 1.3.2, poz. 1.3.6, poz. 1.3.7, poz. 1.3.8, poz. 2.1.1, poz. 2.2.2, poz. 3.1.1, poz. 4.1, poz. 4.3.1, poz. 4.3.2, poz. 4.5.2, poz. 5.2.1, poz. 5.3.1 poz. 6.1.1, poz. 6.2, poz. 7.1, poz. 7.2.1, poz. 7.3.1, poz. 8.1.1, poz. 9.1.1, poz. 9.1.2. Mając na uwadze powyższe, działając na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp oraz zgodnie z pkt 12.4. lit. a) tiret drugi Tomu I SIWZ - IDW, Zamawiający wezwał Konsorcjum RAJBUD do udzielenia wyjaśnień w zakresie wskazania kwot oraz pozycji, do których brakujące pozycje Kosztorysu ofertowego zostały włączone. Zgodnie z pkt 12.4 IDW Wykonawca nie może włączać pozycji Przedmiaru Robót składających się na Zakres podstawowy do pozycji składających się na Opcję nr 1 oraz Opcję nr 2, pozycji składających się na Opcję nr 1 do pozycji składających się na Zakres podstawowy oraz Opcję nr 2 oraz pozycji składających się na Opcję nr 2 do pozycji składających się na Zakres podstawowy oraz Opcję nr 1. Zamawiający do pisma załączył zestawienie pozycji innych omyłek przedstawiające kosztorys ofertowy 4591-PW-A1-2-1-2-4 - Branża drogowa - Przebudowa przejazdu kolejowego kat. D z przekwalifikowaniem na kat. B w km 107.357 w ciągu drogi gminnej nr 328N, gdzie w wymienionych w wezwaniu pozycjach wskazano wartości PLN „0”.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie, Konsorcjum RAJBUD wskazało, iż wyraża zgodę na poprawienie oferty, ale nie w sposób przyjęty przez Zamawiającego, tj. poprzez korektę wskazanych pozycji z Przedmiaru Robót do wartości 0 zł, ale w sposób przedstawiony niżej w wyjaśnieniach. Wykonawca uważa, iż w świetle zapisów SIWZ brak jest podstaw do zastosowania dyspozycji pkt. 12. 4 lit. a) tiret drugi SIWZ oraz nie ma podstaw do udzielania przez Wykonawcę wyjaśnień poprzez wskazanie kwot oraz pozycji, do których brakujące pozycje Kosztorysu zostały włączone. Zdaniem Wykonawcy Kosztorys szczegółowy dedykowany przejazdowi kolejowemu w km 107,357 został załączony do oferty Wykonawcy, co potwierdzone zostało plikiem Excel i plikiem PDF o nazwie tego przejazdu załączonym w przepisany sposób i podpisanym jako załącznik do oferty. Ten element scalony został prawidłowo nazwany, a Wykonawca uwzględnił wynagrodzenie za wykonanie tego elementu w ogólnej cenie ofertowej. W kosztorysie tym znajduje się część pozycji kosztorysowych wymienionych przez Zamawiającego w wezwaniu do wyjaśnień. Pozycje te posiadają ceny jednostkowe i są to ceny przewidziane przez Wykonawcę dla wymienionych wyżej pozycji kosztorysu dla przejazdu kolejowego w km 107,357. Oznacza to, że nie ma uzasadnienia korygowanie pozycji wymienionych w wezwaniu Zamawiającego do wartości 0 zł.

Wykonawca poinformował ponadto, iż w kosztorysie szczegółowym dla przejazdu kolejowego w km 107,357 znajdują się omyłki, w zależności od interpretacji, mające albo charakter oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych lub innych omyłek, niepowodujące istotnej zmiany oferty, które Zamawiający powinien poprawić na podstawie danych znajdujących się w ofercie Wykonawcy i kosztorysie załączonym do oferty, przy użyciu odpowiednich zapisów SIWZ i/lub ustawy Pzp w następujący sposób:

- Nazwa elementu scalonego/kosztorysu szczegółowego znajdująca się na karcie tytułowej oraz w treści (ponad pozycjami kosztorysowymi). W tym miejscu Wykonawca omyłkowo wskazał, iż kosztorys szczegółowy dotyczy „4591-PW-A1-2-1-2-1 Obiekty drogowe Przebudowa przejazdu kat. A w km 104,174 w ciągu drogi gminnej 204118N”, podczas, gdy prawidłowa nazwa tego kosztorysu powinna brzmieć „4591-PW-A1-2-1-2-4 Obiekty drogowe Przebudowa przejazdu kolejowego kat. D z przekwalifikowaniem na kat. B w km 107,357 w ciągu drogi gminnej nr 328N” . Zamawiający powinien potraktować powyższą omyłkę jako inna omyłka niepowodująca istotne zmiany treści oferty i poprawić ją na podstawie pkt. 12.4. lit. b) SIWZ lub art. 87 ust. 2 Pzp.
- Poz. 1.1. Geodezyjne wytyczenia punktów głównych wraz ze stabilizacją pasa drogowego znajduje się w kosztorysie szczegółowym dla 4591-PW-A1-2-1-2-4 Obiekty drogowe Przebudowa przejazdu kolejowego kat. D z przekwalifikowaniem na kat. B w km 107,357 w ciągu drogi gminnej nr 328N. Określona została jednostka miary oraz cena jednostkowa. Wykonawca omyłkowo wskazał nieprawidłową ilość, która zgodnie z przedmiarem powinna wynieść 0,14. Tą omyłkę Zamawiający powinien poprawić na podstawie pkt. 12.4. lit. d) SIWZ lub art. 87 ust. 2 Pzp.
- Poz. 1.3.2. Rozbiórka konstrukcji nawierzchni przejazdu z płyt CBP znajduje się w kosztorysie szczegółowym dla 4591-PW-A1-2-1-2-4 Obiekty drogowe Przebudowa przejazdu kolejowego kat. D z przekwalifikowaniem na kat. B w km 107,357 w ciągu drogi gminnej nr 328N. Określona została jednostka miary oraz cena jednostkowa. Wykonawca omyłkowo wskazał nieprawidłową ilość, która zgodnie z przedmiarem powinna wynieść 18. Tą omyłkę Zamawiający powinien poprawić na podstawie pkt. 12.4. lit. d) SIWZ lub art. 87 ust. 2 Pzp. oraz liczbę porządkową pozycji, co Zamawiający powinien poprawić na podstawie pkt. 12.4. lit b) SIWZ lub art. 87 ust. 2 Pzp.
- Poz. 1.3.8. Transport innych odpadów z rozbiórki samochodem o ładowności powyżej 6 ton na odległość do 50km z utylizacją odpadów z rozbiórki - kod odpadu 170181 znajduje się w kosztorysie szczegółowym dla 4591-PW-A1-2-1-2-4 Obiekty drogowe Przebudowa przejazdu kolejowego kat. D z przekwalifikowaniem na kat. B w km 107,357 w ciągu drogi gminnej nr 328N. Określona została jednostka miary oraz cena jednostkowa. Wykonawca omyłkowo wskazał nieprawidłową ilość, która zgodnie z przedmiarem powinna wynieść 10,91. Tą omyłkę Zamawiający powinien poprawić na podstawie pkt.

- 12.4. lit. d) SIWZ lub art. 87 ust. 2 Pzp. oraz liczbę porządkową, co Zamawiający powinien poprawić na podstawie pkt. 12.4. lit b) SIWZ lub art. 87 ust. 2 Pzp.
- Poz. 2.1.1. Wykonanie wykopów w gruntach I-III kat z transportem urobku - przerzut poprzeczny i podłużny w celu wbudowania w nasyp znajduje się w kosztorysie szczegółowym dla 4591-PW-A1-2-1-2-4 Obiekty drogowe Przebudowa przejazdu kolejowego kat. D z przekwalifikowaniem na kat. B w km 107,357 w ciągu drogi gminnej nr 328N. Określona została jednostka miary oraz cena jednostkowa. Wykonawca omyłkowo wskazał nieprawidłową ilość, która zgodnie z przedmiarem powinna wynieść 30. Tą omyłkę Zamawiający powinien poprawić na podstawie pkt. 12.4. lit. d) SIWZ lub art. 87 ust. 2 Pzp.
 - Poz. 4.3.1. Oczyszczenie i skropienie warstw konstrukcyjnych - oczyszczenie i skropienie warstw niebitumicznych znajduje się w kosztorysie szczegółowym dla 4591-PW-A1-2-1-2-4 Obiekty drogowe Przebudowa przejazdu kolejowego kat. D z przekwalifikowaniem na kat. B w km 107,357 w ciągu drogi gminnej nr 328N. Określona została jednostka miary oraz cena jednostkowa. Wykonawca omyłkowo wskazał nieprawidłową ilość, która zgodnie z przedmiarem powinna wynieść 773,00. Tą omyłkę Zamawiający powinien poprawić na podstawie pkt. 12.4. lit. d) SIWZ lub art. 87 ust. 2 Pzp.
 - Poz. 4.3.2. Oczyszczenie i skropienie warstw konstrukcyjnych - -oczyszczenie i skropienie warstw bitumicznych znajduje się w kosztorysie szczegółowym dla 4591-PW-A1-2-1-2-4 Obiekty drogowe Przebudowa przejazdu kolejowego kat. D z przekwalifikowaniem na kat. B w km 107,357 w ciągu drogi gminnej nr 328N. Określona została jednostka miary oraz cena jednostkowa. Wykonawca omyłkowo wskazał nieprawidłową ilość, która zgodnie z przedmiarem powinna wynieść 679,00. Tą omyłkę Zamawiający powinien poprawić na podstawie pkt. 12.4. lit. d) SIWZ lub art. 87 ust. 2 Pzp.
 - Poz. 4.5.2. Warstwa podbudowy z mieszanki niezwiązanej stabilizowanej mechanicznie C90/3 0/31,5 gr. 20 cm znajduje się w kosztorysie szczegółowym dla 4591-PW-A1-2-1-2-4 Obiekty drogowe Przebudowa przejazdu kolejowego kat. D z przekwalifikowaniem na kat. B w km 107,357 w ciągu drogi gminnej nr 328N. Określona została jednostka miary oraz cena jednostkowa. Wykonawca omyłkowo wskazał nieprawidłową ilość, która zgodnie z przedmiarem powinna wynieść 773,00. Tą omyłkę Zamawiający powinien poprawić na podstawie pkt. 12.4. lit. d) SIWZ lub art. 87 ust. 2 Pzp. oraz liczbę porządkową pozycji, co Zamawiający powinien poprawić na podstawie pkt. 12.4. lit b) SIWZ lub art. 87 ust. 2 Pzp.
 - Poz. 5.2.1. Warstwa ścieralna z betonu asfaltowego AC11S 50/70 grubości 4cm znajduje się w kosztorysie szczegółowym dla 4591-PW-A1-2-1-2-4 Obiekty drogowe Przebudowa przejazdu kolejowego kat. D z przekwalifikowaniem na kat. B w km 107,357 w ciągu

- drogi gminnej nr 328N. Określona została jednostka miary oraz cena jednostkowa. Wykonawca omyłkowo wskazał nieprawidłową ilość, która zgodnie z przedmiarem powinna wynieść 660,00. Tą omyłkę Zamawiający powinien poprawić na podstawie pkt. 12.4. lit. d) SIWZ lub art. 87 ust. 2 Pzp.
- Poz. 5.3.1. Warstwa wiążąca z betonu asfaltowego AC16W 35/50 grubości 5cm znajduje się w kosztorysie szczegółowym dla 4591-PW-A1-2-1-2-4 Obiekty drogowe Przebudowa przejazdu kolejowego kat. D z przekwalifikowaniem na kat. B w km 107,357 w ciągu drogi gminnej nr 328N. Określona została jednostka miary oraz cena jednostkowa. Wykonawca omyłkowo wskazał nieprawidłową ilość, która zgodnie z przedmiarem powinna wynieść 679,00. Tą omyłkę Zamawiający powinien poprawić na podstawie pkt. 12.4. lit. d) SIWZ lub art. 87 ust. 2 Pzp.
 - Poz. 7.1. Oznakowanie poziome cienkowarstwowe wg projektu organizacji ruchu znajduje się w kosztorysie szczegółowym dla 4591-PW-A1-2-1-2-4 Obiekty drogowe Przebudowa przejazdu kolejowego kat. D z przekwalifikowaniem na kat. B w km 107,357 w ciągu drogi gminnej nr 328N. Określona została jednostka miary oraz cena jednostkowa. Wykonawca omyłkowo wskazał nieprawidłową ilość, która zgodnie z przedmiarem powinna wynieść 56,53. Tą omyłkę Zamawiający powinien poprawić na podstawie pkt. 12.4. lit. d) SIWZ lub art. 87 ust. 2 Pzp.
 - Poz. 7.2.1. Oznakowanie pionowe nowe tarcze wg projektu organizacji ruchu znajduje się w kosztorysie szczegółowym dla 4591-PW-A1-2-1-2-4 Obiekty drogowe Przebudowa przejazdu kolejowego kat. D z przekwalifikowaniem na kat. B w km 107,357 w ciągu drogi gminnej nr 328N. Określona została jednostka miary oraz cena jednostkowa. Wykonawca omyłkowo wskazał nieprawidłową ilość, która zgodnie z przedmiarem powinna wynieść 6,00. Tą omyłkę Zamawiający powinien poprawić na podstawie pkt. 12.4. lit. d) SIWZ lub art. 87 ust. 2 Pzp.
 - Poz. 7.3.1. Ustawienie słupków krawędziowych U-1a znajduje się w kosztorysie szczegółowym dla 4591-PW-A1-2-1-2-4 Obiekty drogowe Przebudowa przejazdu kolejowego kat. D z przekwalifikowaniem na kat. B w km 107,357 w ciągu drogi gminnej nr 328N. Określona została jednostka miary oraz cena jednostkowa. Wykonawca omyłkowo wskazał nieprawidłową ilość, która zgodnie z przedmiarem powinna wynieść 16. Tą omyłkę Zamawiający powinien poprawić na podstawie pkt. 12.4. lit. d) SIWZ lub art. 87 ust. 2 Pzp.
 - Poz. 9.1.2. Projekt tymczasowej organizacji ruchu drogowego na czas wykonywania robót znajduje się w kosztorysie szczegółowym dla 4591-PW-A1-2-1-2-4 Obiekty drogowe Przebudowa przejazdu kolejowego kat. D z przekwalifikowaniem na kat. B w km 107,357 w ciągu drogi gminnej nr 328N. Wykonawca omyłkowo wskazał liczbę porządkową pozycji, co Zamawiający powinien poprawić na podstawie pkt. 12.4. lit. b)

SIWZ lub art. 87 ust. 2 Pzp. Pozostałe dane są prawidłowe i nie ma potrzeby ich poprawienia.

W ocenie Wykonawcy ww. omyłki mają charakter oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych i mogą być poprawione przez Zamawiającego niezależnie od wiedzy i woli Wykonawcy. Ewentualnie należy je potraktować jako inne omyłki, niepowodujące istotnej zmiany oferty, które należy poprawić na podstawie przywołanych wyżej zapisów SIWZ. Wykonawca wskazał jednocześnie, iż w kosztorysie szczegółowym dla 4591-PW-A1-2-1-2-4 Obiekty drogowe Przebudowa przejazdu kolejowego kat. D z przekwalifikowaniem na kat. B w km 107,357 w ciągu drogi gminnej nr 328N brakuje niektórych pozycji kosztorysowych, które Zamawiający powinien poprawić poprzez dopisanie pozycji znajdujących się już w kosztorysie ofertowym Wykonawcy na zasadach określonych w pkt. 12.4 lit. a) tiret pierwszy SIWZ:

- Poz. 1.2.1. Zdjęcie warstwy humusu średniej grubości H=30cm ze składowaniem do ponownego wykorzystania. Taka sama pozycja występuje w kosztorysie Wykonawcy w następujących miejscach, np.:
 - a) 4591-PW-A1-2-1-2-5, Branża drogowa - Przebudowa przejazdu kolejowego kat. B w km 107,840 w ciągu drogi gminnej nr 329N - pozycja 1.2.1;
 - b) 4591-PW-A1-2-1-2-7b, Branża drogowa - Przebudowa odcinka drogi gminnej nr 177087N pod przebudowywanym wiaduktem w km 111,621 - pozycja 1.2.1;
 - c) 4591-PW-A1-2-1-2-8, Branża drogowa- Przebudowa przejazdu kolejowego kat. B w km 114,881 w ciągu drogi gminnej nr 176017N - pozycja 1.2.1.
- Poz. 1.3.5. Rozbiórka słupków betonowych. Taka sama pozycja występuje w kosztorysie Wykonawcy w następujących miejscach, np.:
 - a) 4591-PW-A1-2-1-2-2, Branża drogowa - Przebudowa przejazdu kat. B w km 106,565 w ciągu drogi wojewódzkiej nr 656 - pozycja 1.3.6;
 - b) 4591-PW-A1-2-1-2-8, Branża drogowa - Przebudowa przejazdu kolejowego kat. B w km 114,881 w ciągu drogi gminnej nr 176017N - pozycja 1.3.5
 - c) 4591-PW-A1-2-1-2-11, Branża drogowa - Przebudowa przejazdu kolejowego kat. F z przekwalifikowaniem na kat. B w km 120,786 w ciągu drogi gminnej - pozycja 1.3.5.
- Poz. 1.3.6. Rozbiórka znaków pionowych - tarcze. Taka sama pozycja występuje w kosztorysie Wykonawcy w następujących miejscach, np.:
 - a) 4591-PW-A1-2-1-2-5, Branża drogowa - Przebudowa przejazdu kolejowego kat. B w km 107,840 w ciągu drogi gminnej nr 329N - pozycja 1.3.6;
 - b) 4591-PW-A1-2-1-2-2, Branża drogowa - Przebudowa przejazdu kat. B w km 106,565 w ciągu drogi wojewódzkiej nr 656 - pozycja 1.3.7

- c) 4591-PW-A1-2-1-2-6, Branża drogowa - Przebudowa przejazdu kolejowego kat. B w km 109,145 w ciągu drogi wojewódzkiej nr 656 - pozycja 1.3.7.
- Poz. 1.3.7. Rozbiórka znaków pionowych – słupki. Taka sama pozycja występuje w kosztorysie Wykonawcy w następujących miejscach, np.:
 - a) 4591-PW-A1-2-1-2-5, Branża drogowa - Przebudowa przejazdu kolejowego kat. B w km 107,840 w ciągu drogi gminnej nr 329N - pozycja 1.3.7;
 - b) 4591-PW-A1-2-1-2-6, Branża drogowa - Przebudowa przejazdu kolejowego kat. B w km 109,145 w ciągu drogi wojewódzkiej nr 656 - pozycja 1.3.8;
 - c) 4591-PW-A1-2-1-2-7, Branża drogowa - Przebudowa przejazdu kolejowego kat. B w km 110,246 w ciągu drogi gminnej 391N - pozycja 1.3.7.
- Poz. 2.2.2. Wykonanie nasypów z zagęszczalnego gruntu niewysadzinowego z gruntu pozyskanego z wykopu. Taka sama pozycja występuje w kosztorysie Wykonawcy w następujących miejscach, np.:
 - a) 4591-PW-A1-2-1-2-5, Branża drogowa - Przebudowa przejazdu kolejowego kat. B w km 107,840 w ciągu drogi gminnej nr 329N - pozycja 2.2.2;
 - b) 4591-PW-A1-2-1-2-7, Branża drogowa - Przebudowa przejazdu kolejowego kat. B w km 110,246 w ciągu drogi gminnej 391N - pozycja 2.2.2;
 - c) 4591-PW-A1-2-1-2-11, Branża drogowa- Przebudowa przejazdu kolejowego kat. F z przekwalifikowaniem na kat.B w km 120,786 w ciągu drogi gminnej - pozycja 2.2.2.
- Poz. 3.1.1. Przepusty pod koroną drogi z rur z żywic poliestrowych CC-GRP wzmocnionych włóknem szklanym - przepusty Ø800. Taka sama pozycja występuje w kosztorysie Wykonawcy w następujących miejscach, np.:
 - a) 4591-PW-A1-2-1-2-5, Branża drogowa - Przebudowa przejazdu kolejowego kat. B w km 107,840 w ciągu drogi gminnej nr 329N - pozycja 3.1.1;
 - b) 4591-PW-A1-2-1-2-7b, Branża drogowa - Przebudowa odcinka drogi gminnej nr 177087N pod przebudowywanym wiaduktem w km 111,621 - pozycja 3.1.1;
 - c) 4591-PW-A1-2-4-2-1, Branża drogowa - Likwidacja istniejącego przejazdu kolejowego kat.A w km 132,345 linii kolejowej nr 38 i budowę wiaduktu nad linią kolejową nr 38 w km 132,437 z dostosowaniem dojazdów do wiaduktu do istniejącej drogi powiatowej nr 1706N - pozycja 3.1.1.
- Poz. 4.1. Koryto wraz z profilowaniem z zagęszczeniem podłoża. Taka sama pozycja występuje w kosztorysie Wykonawcy w następujących miejscach, np.:
 - a) 4591-PW-A1-2-1-2-5, Branża drogowa - Przebudowa przejazdu kolejowego kat. B w km 107,840 w ciągu drogi gminnej nr 329N - pozycja 4.1;
 - b) 4591-PW-A1-2-1-2-7, Branża drogowa - Przebudowa przejazdu kolejowego kat. B w km 110,246 w ciągu drogi gminnej 391N - pozycja 4.1;

- c) 4591-PW-A1-2-1-2-7b, Branża drogowa - Przebudowa odcinka drogi gminnej nr 177087N pod przebudowywanym wiaduktem w km 111,621 - pozycja 4.1.
- Poz. 6.1. Umocnienie skarp humusem grub.15cm z obsianiem mieszanką traw. Taka sama pozycja występuje w kosztorysie Wykonawcy w następujących miejscach, np.:
 - a) 4591-PW-A1-2-1-2-5, Branża drogowa - Przebudowa przejazdu kolejowego kat. B w km 107,840 w ciągu drogi gminnej nr 329N - pozycja 6.1.1;
 - b) 4591-PW-A1-2-1-2-7, Branża drogowa - Przebudowa przejazdu kolejowego kat. B w km 110,246 w ciągu drogi gminnej 391N - pozycja 6.1.1;
 - c) 4591-PW-A1-2-1-2-7b, Branża drogowa – Przebudowa odcinka drogi gminnej nr 177087N pod przebudowywanym wiaduktem w km 111,621 – pozycja 6.1.1.
- Poz. 6.2. Umocnienie poboczy kruszywem grubości 20cm. Taka sama pozycja występuje w kosztorysie Wykonawcy w następujących miejscach, np.:
 - a) 4591-PW-A1-2-1-2-5, Branża drogowa - Przebudowa przejazdu kolejowego kat. B w km 107,840 w ciągu drogi gminnej nr 329N - pozycja 6.2;
 - b) 4591-PW-A1-2-1-2-7, Branża drogowa - Przebudowa przejazdu kolejowego kat. B w km 110,246 w ciągu drogi gminnej 391N - pozycja 6.2;
 - c) 4591-PW-A1-2-1-2-7b, Branża drogowa - Przebudowa odcinka drogi gminnej nr 177087N pod przebudowywanym wiaduktem w km 111,621 - pozycja 6.2.
- Poz. 8.1.1. ustawienie opornika betonowego 12x25 na ławie betonowej C12/15 z oporem. Taka sama pozycja występuje w kosztorysie Wykonawcy w następujących miejscach, np.:
 - a) 4591-PW-A1-2-1-2-5, Branża drogowa - Przebudowa przejazdu kolejowego kat. B w km 107,840 w ciągu drogi gminnej nr 329N - pozycja 8.1.1;
 - b) 4591-PW-A1-2-1-2-7, Branża drogowa - Przebudowa przejazdu kolejowego kat. B w km 110,246 w ciągu drogi gminnej 391N - pozycja 8.1.1;
 - c) 4591-PW-A1-2-4-2-1, Branża drogowa - Likwidacja istniejącego przejazdu kolejowego kat.A w km 132,345 linii kolejowej nr 38 i budowę wiaduktu nad linią kolejową nr 38 w km 132,437 z dostosowaniem dojazdów do wiaduktu do istniejącej drogi powiatowej nr 1706N - pozycja 8.1.2.
- Poz. 9.1.1. Wykonanie kompletnej zabudowy nawierzchni na przejazdach kolejowych z płyt betonowych CBP. Taka sama pozycja występuje w kosztorysie Wykonawcy w następujących miejscach, np.:
 - a) 4591-PW-A1-2-1-2-5, Branża drogowa - Przebudowa przejazdu kolejowego kat. B w km 107,840 w ciągu drogi gminnej nr 329N - pozycja 9.1.1;
 - b) 4591-PW-A1-2-1-2-7, Branża drogowa - Przebudowa przejazdu kolejowego kat. B w km 110,246 w ciągu drogi gminnej 391N - pozycja 9.1.1;

c) 4591-PW-A1-2-1-2-8, Branża drogowa - Przebudowa przejazdu kolejowego kat. B w km 114,881 w ciągu drogi gminnej nr 176017N - pozycja 9.1.1.

Ponadto Konsorcjum RAJBUD wskazało, iż kosztorys szczegółowy dla 4591-PW-A1-2-1-2-4 Obiekty drogowe Przebudowa przejazdu kolejowego kat. D z przekwalifikowaniem na kat. B w km 107,357 w ciągu drogi gminnej nr 328N powinien być poprawiony poprzez wykreślenie następujących pozycji:

1. Rozbiórka nawierzchni bitumicznej grub. ok h=16cm (poz. 1.3.1);
2. Rozbiórka podbudowy z kruszywa grub. ok h=20cm (poz. 1.3.2.);
3. Frezowanie nawierzchni bitumicznej na h= 4cm (poz. 1.3.4.);
4. Frezowanie nawierzchni bitumicznej na h= 5cm (poz. 1.3.5);
5. Podbudowa z mieszanki kruszywa związanego hydraulicznie cementem (poz. 4.7.);
6. Warstwa podbudowy pomocniczej z mieszanki związanej cementem C3/4 gr. 15 cm (poz. 4.7.3.);
7. Podbudowa z betonu asfaltowego (poz. 4.8.);
8. Podbudowa z betonu asfaltowego AC22P 35/50 grub. 7cm (poz. 4.8.1.);
9. Zabezpieczenia geosiatką nawierzchni asfaltowych przed spękaniem odbitymi - na połączeniu nowej i starej nawierzchni (poz. 5.4.);
10. Warstwa ścieralna z kostki betonowej brukowej (poz. 5.5.);
11. Warstwa ścieralna z kostki betonowej brukowej grubości 6,0cm na podsypce cementowo -piaskowej grubości 3,0cm - kolor szary (poz. 5.5.2.);
12. Ustawienie krawężników betonowych 15 x 30 cm na podsypce cementowo – piaskowej 1:4 grubości 3 cm i ławie betonowej C12/15 z oporem (poz. 8.1.1.);
13. Ustawienie obrzeża betonowego 8x30 na ławie betonowej C12/15 z oporem (8.1.3.);
14. Wykonanie kompletnej zabudowy nawierzchni na przejeździe kolejowym z płyt małogabarytowych prefabrykowanych (poz. 10.1.1.).

W załączeniu do pisma wykonawca złożył zestawienie pozycji kosztorysowych oraz kosztorys szczegółowy dla 4591-PW-A1-2-1-2-4 Obiekty drogowe Przebudowa przejazdu kolejowego kat. D z przekwalifikowaniem na kat. B w km 107,357 w ciągu drogi gminnej nr 328N wraz z przewidywanymi zmianami. Zwrócił uwagę, iż w niniejszej sprawie nie znajdzie zastosowania pkt. 12.4 lit. a) tiret drugi SIWZ, a tym samym nie znajdzie zastosowania procedura przewidująca korektę cen brakujących pozycji do wartości 0 zł. Zdaniem Wykonawcy, w zakresie brakujących pozycji kosztorysowych zastosowanie znajdzie pkt. 12.4. lit. a) tiret pierwszy. Niewątpliwie Zamawiający może dokonać poprawy brakujących pozycji kosztorysu w oparciu o inną pozycję Przedmiaru Robót, gdyż w kosztorysie Wykonawcy takie pozycje istnieją. Wykonawca zdaje sobie sprawę, że ceny jednostkowe przyporządkowane do tych pozycji mogą się różnić, powodując, iż nie ma jednej ceny

jednostkowej tej pozycji, tylko kilka. Tym niemniej, w myśl zapisów SIWZ, nie powoduje to aktywacji 12.4. lit. a) tiret drugi, gdyż ten zapis ma zastosowanie tylko w przypadku, gdy Zamawiający nie jest w stanie dokonać poprawy w oparciu o inną pozycję Przedmiaru Robót, a taka sytuacja w niniejszej sprawie nie występuje. Zamawiający jest w stanie dokonać poprawy w oparciu o inną pozycję

Przedmiaru Robót, a to, że są różne ceny jednostkowe dla tej samej pozycji zawartej w różnych miejscach kosztorysu, jest w myśl zapisów SIWZ okolicznością irrelevantną.

Wykonawca wskazał, iż ma świadomość, iż treść pkt. 12.4. lit. a) SIWZ podlega interpretacji, tym niemniej przyjąć należy, iż podstawową wykładnią tego zapisu powinna być wykładnia literalna. A wykładnia literalna pkt. 12.4. lit. a) tiret pierwszy wskazuje jednoznacznie, iż dopisanie brakującej pozycji następuje, gdy Zamawiający będzie w stanie dokonać poprawy w oparciu o inną pozycję Przedmiaru Robót składającą się na ofertę – w wysokości wynikającej z tej pozycji Przedmiaru Robót. Opierając się o kosztorys ofertowy złożony przez Wykonawcę Zamawiający może dokonać poprawy w oparciu o inną pozycję Przedmiaru Robót. Po dokonaniu poprawy Zamawiający będzie obowiązany do poinformowania Wykonawcy o sposobie dokonania poprawy, a Wykonawca będzie uprawniony do wyrażenia zgody lub nie wyrażenia zgody na taką poprawę. Konsekwencje wyrażenia lub nie wyrażenia zgody przez Wykonawcę zostały ściśle określone przez ustawodawcę w ustawie Pzp. Przyjęte przez Zamawiającego założenie, które w praktyce oznacza, iż zdaniem Zamawiającego Wykonawca nie załączył kosztorysu szczegółowego dla 4591-PW-A1-2-1-2-4 Obiekty drogowe Przebudowa przejazdu kolejowego kat. D z przekwalifikowaniem na kat. B w km 107,357 w ciągu drogi gminnej nr 328N, co skutkowało korektą cen jednostkowych pozycji w nim zawartych do wartości 0 zł, nie jest zgodne z okolicznościami niniejszej sprawy. Kosztorys zawierający większość pozycji Przedmiaru Robót został złożony wraz z ofertą, a nie zmienia tego faktu okoliczność, że kosztorys ten zawiera omyłki. Tym niemniej nie powoduje to, że tego kosztorysu nie ma, a jedynie skutkuje koniecznością jego poprawienia, co stanowi przepisany odnośnymi postanowieniami SIWZ obowiązek Zamawiającego. Rozwiązanie zaproponowane przez Zamawiającego, wskutek którego została dokonana korekta polegająca na skorygowaniu poszczególnych pozycji kosztorysowych do wartości 0 zł, a jednocześnie łączna cena ofertowa nie ulegała zmianie, jest z matematycznego i logicznego punktu widzenia wewnątrznie sprzeczne oraz wprowadza dla Wykonawcy niepewność, co do sposobu rozliczenia wynagrodzenia na etapie realizacji przedmiotu zamówienia. Wykonawca zaznaczył, iż propozycja poprawy oferty określona w niniejszej odpowiedzi w całości opiera się na zapisach SIWZ, który został przygotowany i zatwierdzony przez Zamawiającego. Z tego względu Konsorcjum RAJBUD uważa, że właściwym trybem postępowania w niniejszej

sprawie będzie unieważnienie czynności Zamawiającego z dnia 29 września 2020 r. polegającej na skorygowaniu do wartości 0 zł wszystkich pozycji kosztorysu szczegółowego dla 4591-PW-A1-2-1-2-4 Obiekty drogowe Przebudowa przejazdu kolejowego kat. D z przekwalifikowaniem na kat. B w km 107,357 w ciągu drogi gminnej nr 328N oraz wezwaniu Wykonawcy do złożenia wyjaśnień, a następnie dokonanie przez Zamawiającego poprawy przy zastosowaniu wskazanych w niniejszym piśmie zapisów SIWZ i ustawy Pzp oraz poinformowanie Wykonawcy o sposobie dokonania poprawy.

Zamawiający w dniu 16 października 2020 r. poinformował Konsorcjum RAJBUD o poprawieniu w jego ofercie innych omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, w tym o poprawieniu omyłek w odniesieniu do kosztorysu szczegółowego dla 4591-PW-A1-2-1-2-4 Obiekty drogowe Przebudowa przejazdu kolejowego kat. D z przekwalifikowaniem na kat. B w km 107,357 w ciągu drogi gminnej nr 328N na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w sposób sygnalizowany w piśmie z dnia 29 września 2020 r. Odwołujący Konsorcjum RAJBUD pismem z dnia 19 października 2020 r. wskazał, iż wyraża zgodę na poprawienie oferty w tym zakresie, ale nie w sposób przyjęty przez Zamawiającego. Odwołujący powołał się na swoją argumentację przedstawioną w piśmie z dnia 2 października 2020 r. oraz w złożonym odwołaniu. Zamawiający w dniu 26 października 2020 r. odrzucił jego ofertę w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, w związku z niewyrażeniem zgody na poprawienie omyłek.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołania w sprawach o sygn. akt KIO 2345/20 oraz KIO 2590/20 podlegają oddaleniu w całości.

Sygn. akt KIO 2345/20

Skład orzekający nie podzielił stanowiska Odwołującego Budimex co do naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 1 i pkt 8 w zw. z art. 10a ust. 5 ustawy Pzp w zw. z art. 78¹ § 1, art. 73 k.c. w zw. z art. 26 rozporządzenia eIDAS i oddalił odwołanie.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z ustawą, a w myśl pkt 8 tego przepisu jeżeli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Zgodnie zaś z art. 10a ust. 5 ustawy Pzp oferty, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz oświadczenie, o którym mowa w art. 25a, w tym jednolity dokument, sporządza się, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej i opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Art. 78¹ § 1 k.c. stanowi, że do

zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wystarcza złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Z kolei zgodnie z art. 73 § 1 i 2 k.c. jeżeli ustawa zastrzega dla czynności prawnej formę pisemną, dokumentową albo elektroniczną, czynność dokonana bez zachowania zastrzeżonej formy jest nieważna tylko wtedy, gdy ustawa przewiduje rygor nieważności. Jeżeli ustawa zastrzega dla czynności prawnej inną formę szczególną, czynność dokonana bez zachowania tej formy jest nieważna. Nie dotyczy to jednak wypadków, gdy zachowanie formy szczególnej jest zastrzeżone jedynie dla wywołania określonych skutków czynności prawnej. Przywołany przez Odwołującego art. 26 rozporządzenia eIDAS stanowi, że zaawansowany podpis elektroniczny musi spełniać następujące wymogi: a) jest unikalnie przyporządkowany podpisującemu; b) umożliwia ustalenie tożsamości podpisującego; c) jest składany przy użyciu danych służących do składania podpisu elektronicznego, których podpisujący może, z dużą dozą pewności, użyć pod wyłączną swoją kontrolą; oraz d) jest powiązany z danymi podpisanymi w taki sposób, że każda późniejsza zmiana danych jest rozpoznawalna.

Jak wynika wprost z art. 10a ust. 5 ustawy Pzp ustawodawca nałożył na wykonawców bezwzględny obowiązek sporządzenia oferty pod rygorem nieważności w postaci elektronicznej i opatrzenie jej kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Forma dla tej czynności została zastrzeżona *ad solemnitatem*, co powoduje ten skutek, że czynność dokonana bez zachowania zastrzeżonej w art. 10a ust. 5 ustawy Pzp formy będzie nieważna. Złożenie oferty w innej formie niż wynika z art. 10 ust. 5 ustawy Pzp, stanowi podstawę do jej odrzucenia w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych jako niezgodnej z ustawą.

Nie była przedmiotem sporu w niniejszej sprawie okoliczność, że art. 10a ust. 5 ustawy Pzp, jako odnoszący się do oferty, obejmuje swym zakresem także załączane przez wykonawców do ofert kosztorysy, na podstawie których rozliczane ma być wynagrodzenie wykonawcy, z którym zostałyby zawarta umowa o udzielenie zamówienia, a które w przedmiotowym postępowaniu miało charakter kosztorysowy/obmiarowy - a zatem, że składane kosztorysy, jako istotny element merytoryczny oferty, powinny być sporządzone pod rygorem nieważności w postaci elektronicznej i opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Bezsporna była także okoliczność, że Odwołujący nie opatrzył pliku „3.KO Opcja 2” zawierającego Kosztorys ofertowy dla Prawa Opcji 2 kwalifikowanym podpisem elektronicznym poza Platformą Zakupową Zamawiającego (odrębnie na własnym komputerze). Kwestią sporną było ustalenie czy Kosztorys ofertowy dla Prawa Opcji 2, stanowiący element oferty, został przez Odwołującego objęty kwalifikowanym podpisem elektronicznym podczas procesu składania oferty za pośrednictwem Platformy Zakupowej

Zamawiającego. Odwołujący wskazywał, iż jego oferta (w tym ww. Kosztorys) została złożona w formie elektronicznej i jako zintegrowany dokument elektroniczny, opatrzona kwalifikowanym podpisem elektronicznym osoby umocowanej do reprezentacji.

Skład orzekający podziela pogląd wyrażany w przywoływanym przez Odwołującego wyroku Izby z dnia 6 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 603/20, iż podpis elektroniczny stosuje się zarówno do pojedynczych dokumentów elektronicznych, jak i do skompresowanych paczek dokumentów elektronicznych i w świetle definicji podpisu elektronicznego z rozporządzenia eIDAS w obu tych przypadkach rodzi takie same skutki prawne. Izba podziela także pogląd przedstawiony w wyroku Izby z dnia 5 marca 2020 r., sygn. akt KIO 296/20, KIO 297/20, iż podpis złożony pod zestawem oświadczeń bądź dokumentów elektronicznych znajdujących się w jednym pliku lub zestawem plików, obejmuje całość zawartych w nim danych. Innymi słowy w ocenie Izby, niezależnie od tego, czy dojdzie do podpisania każdego pliku z osobna, czy wszystkich plików łącznie poprzez podpisanie zestawu plików („paczki” plików, pliku skompresowanego), należy uznać, że podpis złożony pod zestawem plików obejmuje całość danych, które zostały w nim zawarte.

Niemniej na gruncie przedmiotowej sprawy nie mamy do czynienia z analogiczną sytuacją. W ocenie Izby zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nie potwierdza zasadniczej tezy, na której oparto argumentację odwołania, a mianowicie okoliczności, że Platforma Zakupowa Zamawiającego połączyła Formularz Ofertowy wypełniany na Platformie Zakupowej oraz załączniki wgrane na Platformę Zakupową w pakiet („paczkę”) plików, a podpis elektroniczny składany na dokumencie Formularza Ofertowego generowanym w ramach Platformy obejmował wgrane na Platformę inne dokumenty. Ani treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, ani dowody przedstawiane przez Odwołującego, powyższego nie potwierdzają.

Wbrew stanowisku Odwołującego postanowienia IDW regulujące sposób składania oferty nie są irrelewantne dla dokonywanej oceny, obrazują one bowiem sposób działania Platformy Zakupowej Zamawiającego. Treść IDW potwierdza stanowisko Zamawiającego w zakresie funkcjonalności Platformy Zakupowej, iż wykonawca składając ofertę za pośrednictwem tej Platformy w jej ramach wypełnia wyłącznie Formularz Ofertowy i to ten dokument w ramach Platformy podpisuje kwalifikowanym podpisem elektronicznym, mając jednocześnie możliwość załączenia innych, pochodzących spoza Platformy, dokumentów, które należało opatrzyć kwalifikowanym podpisem elektronicznym poza Platformą Zakupową. Treść IDW nie daje podstaw do przyjęcia, że kwalifikowany podpis elektroniczny składany na Formularzu ofertowym obejmuje także te „zewnętrzne” dokumenty. Po pierwsze należy tutaj wskazać na pkt 13.3 IDW, zgodnie z którym „Formularz Ofertowy jest przygotowywany i podpisywany bezpośrednio na Platformie Zakupowej, pozostałe

dokumenty i oświadczenia Wykonawca sporządza i podpisuje poza Platformą Zakupową.” Z ww. postanowienia IDW wprost wynika, że tylko Formularz Ofertowy jest podpisywany kwalifikowanym podpisem elektronicznym bezpośrednio na Platformie Zakupowej. Powyższe potwierdza pkt 14.11 IDW gdzie wskazano, że „Wykonawca podpisuje Formularz Ofertowy kwalifikowanym podpisem elektronicznym bezpośrednio w Platformie Zakupowej.” Co istotne, w tym postanowieniu znalazł się wyraźnie zaakcentowany przez Zamawiającego komunikat o treści: „UWAGA: Podpisanie Formularza Ofertowego zgodnie z pkt 14.11 IDW nie jest równoznaczne z podpisaniem załączników dołączanych do Formularza, o których mowa w pkt 14.10 IDW. Załączniki, o których mowa w pkt 14.10 IDW należy przygotować i podpisać odrębnie zgodnie z wymaganiami określonymi w pkt 13 IDW.”

Jak wynika z powyższego, sposób działania Platformy Zakupowej został przez Zamawiającego opisany w IDW i jednoznacznie wskazywał na konieczność podpisania wszystkich wymaganych dokumentów (w tym zatem także Kosztorysów) poza Platformą, za wyjątkiem samego Formularza Ofertowego wypełnianego na Platformie Zakupowej. Izba za wiarygodne uznała stanowisko Zamawiającego, że mając świadomość działania Platformy Zakupowej po to właśnie wprowadził omawiane postanowienia IDW, aby załączane podczas składania oferty dokumenty zostały właściwie podpisane, a postępowanie przeprowadzone należycie. W ocenie Izby mechanizm działania Platformy Zakupowej został zakomunikowany wykonawcom w sposób jasny. Odwołujący miał tego pełną świadomość, o czym świadczy fakt, że poza Kosztorysem ofertowym dla Prawa Opcji 2 opatrzył kwalifikowanym podpisem elektronicznym poza Platformą wszystkie inne dokumenty. Jakkolwiek, będące zapewne wynikiem zwykłego przeoczenia, zaniechanie podpisania w sposób wymagany Kosztorysu ofertowego dla Prawa Opcji 2 okazało się dla Odwołującego dotkliwe w skutkach, to nie sposób uznać za zasadną argumentacji Odwołującego zmierzającej do przedstawienia sposobu działania Platformy Zakupowej Zamawiającego w sposób oderwany od dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia i niepoparty konstruktywnymi dowodami.

W ocenie Izby Odwołujący w postępowaniu odwoławczym nie wykazał, aby sposób działania Platformy Zakupowej był odmienny niż wskazują na to ww. postanowienia IDW. Odwołujący nie wskazał na jakiegokolwiek postanowienia IDW, które uwiarygadniałyby tezę odwołania o połączeniu dokumentów przez Platformę Zakupową w zestaw plików („pakiet”) i objęcie podpisem kwalifikowanym również załączników. Izba nie dopatryła się również wskazywanych w odwołaniu niespójności pomiędzy treścią pkt 6.4 Podręcznika dla Wykonawców a treścią postanowień IDW. Wskazana w tym punkcie okoliczność, że Platforma Zakupowa umożliwia składanie ofert opatrzonych podpisem elektronicznym nie pozostaje w sprzeczności z twierdzeniami Zamawiającego, bowiem Platforma faktycznie

powyższe umożliwia – możliwe jest załączenie do niej dokumentów opatrzonych kwalifikowanym podpisem elektronicznym poza Platformą oraz wypełnienie i opatrzenie kwalifikowanym podpisem elektronicznym Formularza Ofertowego. Cytowany w odwołaniu fragment Podręcznika nie referuje do kwestii podpisywania uploadowanych na Platformę Zakupową dokumentów, a jedynie wskazuje na możliwość podpisania „wygenerowanego dokumentu”, przy czym jedynym generowanym w ramach Platformy dokumentem elektronicznym jest właśnie Formularz Ofertowy. Odwołujący nie powołał się na inne postanowienia Podręcznika dla Wykonawców, które mogłyby potwierdzać prezentowane przez niego stanowisko.

Przedstawione przez Odwołującego dowody w ocenie Izby nie wskazują na okoliczność objęcia podpisem kwalifikowanym składanym na Formularzu ofertowym sporządzanym w ramach Platformy Zakupowej także załączników wymienionych w treści Formularza ofertowego, w tym Kosztorysu Ofertowego dla Prawa Opcji 2. Załączony do odwołania dowód nr 1 „Zrzut ekranu – podpisanie oferty” potwierdza jedynie, że Odwołujący przystąpił do procesu podpisania kwalifikowanym podpisem elektronicznym dokumentu – Formularza ofertowego. Z przedmiotowego zrzutu ekranu wynika, że podpisywany jest jeden pięciostronicowy dokument („Realizowana czynność: podpisywanie dokumentu 1/1”, liczba stron „1/5” widoczna jest w górnej części zrzutu ekranu). Przy czym Odwołujący dowód ten powołał na okoliczność opatrzenia kwalifikowanym podpisem elektronicznym Formularza Ofertowego (zgodnie z oświadczeniem na str. 5 odwołania), podczas gdy okoliczność ta nie była pomiędzy Stronami sporna. Dowód nr 2 „Zrzut ekranu – potwierdzenie podpisania oferty” potwierdza fakt podpisania kwalifikowanym podpisem elektronicznym jednego pięciostronicowego dokumentu - Formularza Ofertowego. Słusznie zauważał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (czego Odwołujący nie kwestionował), że podpisywany plik jest wskazywany przez aplikację Szafir, a dowód nr 2 powyższe potwierdza – wynika z niego fakt podpisania jednego dokumentu, którego wizualizacja się wyświetla w oknie programu i dokumentem tym jest Formularz Ofertowy (na dole dokumentu ukazanego na zarzucie ekranu widnieje adnotacja „Formularz oferty (niezłożonej)”. Dowód ten potwierdza zatem jedynie okoliczność złożenia prawidłowego podpisu elektronicznego na Formularzu ofertowym, co również nie było kwestionowane. Dowód nr 3 „Zrzut ekranu - komunikat po złożeniu oferty” potwierdza jedynie fakt złożenia oferty w postępowaniu, jej zaszyfrowanie i zabezpieczenie, czyli kolejną okoliczność niekwestionowaną. Dowód nr 4 „Zrzut ekranu - weryfikacja sumy kontrolnej” wskazuje jedynie na okoliczność, że suma kontrolna pliku „3.KO Opcja 2” podana w treści Formularza ofertowego jest zgodna z sumą kontrolną dokumentu załączonego do oferty, weryfikowanego przez pełnomocnika Odwołującego, co świadczy o zachowaniu integralności przesłanych danych, a nie bezpośrednio o opatrzeniu podpisem

elektronicznym. Z kolei dowód nr 5 „Potwierdzenie złożenia oferty” stanowi wygenerowany po złożeniu oferty Formularz ofertowy. Wynika z niego ilość wymaganych podpisów (1) zadeklarowana przez Odwołującego zgodnie z zasadami reprezentacji podczas wypełniania formularza, dokument ten nie zawiera jednak dalszych danych identyfikujących podpis elektroniczny i dokumenty, które objął. Ponadto treść dowodu nr 5 wskazuje na dokumenty załączone przez wykonawcę z podaniem ich sum kontrolnych, jednak w ocenie Izby – na kanwie okoliczności faktycznych przedmiotowej sprawy – powyższe nie jest wystarczające do stwierdzenia, że kwalifikowany podpis elektroniczny, którym opatrzone Formularz Ofertowy, objął także wszystkie wymienione w nim załączniki.

Izba w tym zakresie przychyliła się do stanowiska prezentowanego przez Zamawiającego i Przystępującego na rozprawie, iż okoliczność, że dokument posiada sumę kontrolną nie musi być równoznaczna z opatrzeniem tego dokumentu kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Jakkolwiek dokument opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym będzie posiadał sumę kontrolną, to bynajmniej nie oznacza to, że dokument elektroniczny, który nie został opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, nie będzie jej posiadał. W rzeczywistości każdy plik posiada unikalną sumę kontrolną, obliczaną za pomocą odpowiedniego algorytmu (np. SHA-1, SHA-2, MD5). Jak podnosił Odwołujący, podstawowym zadaniem funkcji skrótu jest ochrona integralności danych, czyli ochrona przed ich zmodyfikowaniem w sposób nieautoryzowany. Modyfikacja taka może nastąpić zwłaszcza podczas transmisji danych (np. podczas przesyłania pliku z jednego urzędnika na drugie). Suma kontrolna pozwala zweryfikować czy otrzymany plik jest zgodny z przesłanym/pobranym, a dla spełnienia swojej funkcji nie wymaga opatrzenia dokumentu elektronicznego kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Powyższe potwierdza chociażby przywołany w odwołaniu fragment publikacji branżowej, w której wskazano, iż „Funkcja skrótu jest rodzajem funkcji matematycznej, którą często stosuje się w kryptografii i informatyce. Zastosowana do zapisu cyfrowego (pliku) pozwala przyporządkować mu określoną wartość, zwaną potocznie (z angielskiego) haszem oraz skrótem. Skróć jest ciągiem liter i cyfr o stałej długości, który w uproszczeniu nazywany jest „cyfrowym odciskiem palca” pliku komputerowego (...). Funkcje skrótu są również szeroko stosowane w podpisach elektronicznych, w którym to zastosowaniu podpisany jest nie plik, lecz właśnie jego skróć.” Z powyższego wynika, że funkcje skrótu są często stosowane w informatyce w ogóle, a nie tylko w podpisach elektronicznych. Ponadto skoro w przypadku podpisu elektronicznego podpisany jest właśnie skróć pliku, a nie sam plik, to potwierdza to, że skróć pliku (jego suma kontrolna) istnieje niezależnie od kwestii jego opatrzenia podpisem.

Złożony przez Odwołującego dowód nr 4 „Zrzut ekranu - weryfikacja sumy kontrolnej”, z którego wynika, że Odwołujący dokonywał porównania sumy kontrolnej pliku „3.KO Opcja

2” wskazanej w Formularzu Ofertowym z sumą kontrolną pliku „3.KO Opcja 2” załączonego do oferty, wskazuje jedynie, że integralność danych zawartych w tym pliku została zachowana. Natomiast sam fakt wymienienia w treści Formularza ofertowego sum kontrolnych plików uploadowanych na Platformę Zakupową nie jest równoznaczny z tym, że pliki te (dokumenty elektroniczne) zostały opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Powoływanie się przez Odwołującego na art. 26 rozporządzenia eIDAS jest tutaj o tyle nieadekwatne, że przepis ten odnosi się do wymogów, jakie należy spełnić, aby określony podpis można było uznać za zaawansowany podpis elektroniczny w rozumieniu tego rozporządzenia. Odwołujący zaś na jego podstawie wywodzi nieuprawniony wniosek, że skoro w Formularzu ofertowym wskazano sumy kontrolne plików wgranych na Platformę Zakupową Zamawiającego, to oznacza, że pliki te musiały zostać objęte kwalifikowanym podpisem elektronicznym, którym opatrzone Formularz ofertowy. Powyższej okoliczności w ocenie Izby Odwołujący nie wykazał. Również podniesiony w odwołaniu argument, iż ewentualna próba zmiany treści załączników wymienionych w Formularzu ofertowym byłaby widoczna podczas weryfikacji podpisu elektronicznego na podstawie sumy kontrolnej SHA-2 Formularza ofertowego (tj. wynik integralności danych byłby negatywny), nie został szerzej rozwinięty ani poparty dowodami. Odwołujący nie odniósł się ponadto do prezentowanego na rozprawie przez Zamawiającego stanowiska, wskazującego, że dla pliku niepodpisanego suma kontrolna też zostałaby wygenerowana ani do argumentacji, że gdyby oferta Odwołującego była, jak twierdzi, dokumentem zintegrowanym („paczką” plików), to dla tego pakietu plików wygenerowana zostałaby jedna suma kontrolna

Izba za chybioną uznała także argumentację Odwołującego, wskazującą, że skoro wymóg podpisania załączników poza Platformą Zakupową wynika wyłącznie z SIWZ, a nie z przepisów obowiązującego prawa, to odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 10a ust. 5 ustawy Pzp nie może mieć miejsca. Izba wskazuje, że z art. 10a ust. 5 wynika obowiązek złożenia oferty pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Przepis nie definiuje sposobu ani momentu opatrywania oferty kwalifikowanym podpisem elektronicznym i znajduje zastosowanie do każdej sytuacji, kiedy oferta nie została takim kwalifikowanym podpisem elektronicznym opatrzona. Sam sposób czy moment złożenia kwalifikowanego podpisu elektronicznego może być różny w poszczególnych postępowaniach, co zależne może być m.in. od funkcjonalności narzędzi i urządzeń wykorzystywanych do komunikacji z wykonawcami. Zgodnie z art. 10b ustawy Pzp Zamawiający zapewnia, aby narzędzia i urządzenia wykorzystywane do komunikacji z wykonawcami przy użyciu środków komunikacji elektronicznej oraz ich właściwości techniczne były niedyskryminujące, ogólnie dostępne oraz interoperacyjne z produktami służącymi elektronicznemu przechowywaniu,

przetwarzaniu i przesyłaniu danych będącymi w powszechnym użyciu oraz nie mogły ograniczać wykonawcom dostępu do postępowania o udzielenie zamówienia. Odwołujący nie wskazywał, by sprzeczny z powyższym przepisem był wymóg, aby składane w postępowaniu dokumenty elektroniczne zostały opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez wykonawcę poza narzędziami wykorzystywanymi do komunikacji z wykonawcami i dopiero po opatrzeniu podpisem wgrane na udostępnianą platformę. Kluczowe w tym przypadku jest to, aby zamawiający w treści SIWZ jednoznacznie opisał sposób działania stosowanego narzędzia i wynikające z tego faktu obowiązki istniejące po stronie wykonawców. W takiej sytuacji brak zastosowania się do instrukcji prawidłowo opisującej funkcjonalności stosowanego narzędzia będzie mógł skutkować brakiem opatrzenia dokumentu elektronicznego kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a uchybienie wymaganej formie prawnej będzie prowadziło do nieważności złożonego oświadczenia woli. Odwołujący, co wskazano już powyżej, nie wykazał, aby postanowienia IDW błędnie identyfikowały funkcjonalności Platformy Zakupowej, a Platforma ta w istocie łączyć miała Formularz ofertowy i załączniki w „paczkę” plików opatrywaną następnie kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Jeżeli w ocenie Odwołującego Platforma Zakupowa Zamawiającego działała w sposób odmienny niż zostało to jasno wyartykułowane w treści SIWZ, to zadaniem Odwołującego było okoliczność tę udowodnić.

Za nieadekwatny w przedmiotowym przypadku należy uznać ponadto przywołany w treści odwołania wyrok Izby z dnia 18 czerwca 2019 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1029/19, okoliczności stanu faktycznego bowiem różnią się. W ww. sprawie inne było narzędzie służące do komunikacji z wykonawcami (platforma SmartPZP), jak i inne były przekazane wykonawcom instrukcje co do sposobu użytkowania tego narzędzia. Instrukcje ta wprost wskazywały, że podpisem kwalifikowanym „podpisywana była czynność wysłania oferty”. Zamawiający w tym postępowaniu wymagał także, aby oferta była przygotowana w jednym pliku. W ocenianym wówczas przez Izbę stanie faktycznym wykonawca złożył ofertę zgodnie z przekazaną w SIWZ instrukcją. W ww. orzeczeniu Izba ustaliła, iż Odwołujący podpisał złożoną przez siebie ofertę w sposób wskazany w dokumentacji postępowania przez zamawiającego. Izba zaakcentowała także fakt, że z dokumentacji postępowania nie wynikał obowiązek podpisania oddzielnie załączników do oferty. Ponadto odwołujący w sprawie o sygn. akt KIO 1029/19 wykazał, że po naciśnięciu słowa podpis na pliku stanowiącym ofertę wyświetli się potwierdzenie podpisania wszystkich załączników. W rozpoznawanej obecnie sprawie o sygn. akt KIO 2345/20 Zamawiający udostępnił wykonawcom inne dedykowane narzędzie – własną Platformę Zakupową, o innych funkcjonalnościach, z inną instrukcją użytkowania. Postanowienia IDW jednoznacznie precyzowały prawidłowy sposób złożenia oferty dostosowany do istniejących funkcjonalności Platformy Zakupowej, a

Odwołujący nie zastosował się do przedstawionej w IDW instrukcji. Za pomocą złożonych dowodów Odwołujący nie wykazał forsowanych w odwołaniu tez, iż Formularz ofertowy wraz ze wskazanymi w nim załącznikami stanowiły pakiet połączonych informacji, tj. jeden dokument elektroniczny, który został następnie podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a złożony podpis elektroniczny objął swym zakresem także załączniki do Formularza ofertowego, zapewniając integralność danych tam wskazanych. Ww. odmienności w stanach faktycznych obu spraw przekładają się na ocenę dokonaną przez Izbę. Podkreślić bowiem należy, że każda sprawa podlega indywidualnej ocenie i nawet w przypadkach, które mogą wydawać się podobne, ocena materiału dowodowego dokonana przez Izbę może być inna, na co wpływ mają chociażby rozbieżności istniejące na gruncie dokumentacji postępowania, ale i czynności podejmowane przez strony w postępowaniu odwoławczym, w tym ich inicjatywa dowodowa.

Nie jest również prawidłowy wniosek Odwołującego, że przywołany przez Zamawiającego w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego wyrok Izby z dnia 6 września 2016 r. o sygn. akt KIO 1586/16 nie przystaje do analizowanego stanu faktycznego, ponieważ dotyczy oferty złożonej w formie pisemnej. Odwołujący pomija fakt, że wyrok ten został przez Zamawiającego przywołany w kontekście tego, że kosztorys ofertowy, który w ww. sprawie nie został opatrzony podpisem, stanowił istotny element oferty i konieczne było również w stosunku do niego zachowanie wymaganej ustawą dla oferty formy pod rygorem nieważności. Niewątpliwie w tym zakresie istnieje zatem analogia do obecnie rozpoznawanej sprawy. Brak odpowiedniej formy może być bowiem związany także z brakiem podpisu na dokumentach kształtujących merytoryczną treść oferty, a takim niewątpliwie jest kosztorys ofertowy w sytuacji, gdy wynagrodzenie wykonawcy ma charakter kosztorysowy/obmiarowy jak w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. W takim przypadku podstawą ustalenia wynagrodzenia w trakcie realizacji umowy nie jest cena podana w Formularzu ofertowym, lecz ceny jednostkowe wskazane w poszczególnych kosztorysach ofertowych. Brak złożenia w wymaganej formie Kosztorysu ofertowego dla Prawa Opcji 2 skutkuje tym, że Zamawiający nie dysponuje ważnym oświadczeniem woli Odwołującego co do cen jednostkowych mających być podstawą obliczenia ewentualnego przyszłego wynagrodzenia umownego. Jedynie na marginesie Izba wskazuje na pewną niekonsekwencję po stronie Odwołującego, który kwestionuje adekwatność ww. orzeczenia wyłącznie z uwagi na okoliczność, że dotyczył on oferty złożonej w formie pisemnej, a nie elektronicznej, podczas gdy w dalszej części odwołania sam powołuje się na wyrok Sądu Najwyższego odnoszący się do oświadczenia woli złożonego w formie pisemnej.

Odnosząc się zaś do argumentacji odwołania dotyczącej powołania się przez Zamawiającego w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Budimex na art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy

Pzp, należy wskazać, iż w przypadku niezachowania wymaganej w świetle art. 10a ust. 5 ustawy Pzp dla oferty formy zastrzeżonej *ad solemnitatem*, przeważnie jako podstawę odrzucenia oferty wskazuje się art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Niemniej jak zauważa się w doktrynie, prawidłowe jest wskazywanie w takim przypadku także dodatkowo art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, z uwagi na ulokowanie wymogów co do formy elektronicznej poza ustawą Pzp, w szczególności w § 78¹ k.c. (por. A. Szymańska, „Podstawy odrzucenia oferty w bieżącej praktyce – wybrane zagadnienia”, PZP 2017, Nr 1, str. 50). Odrębne przepisy, o których mowa w art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, to przede wszystkim właśnie przepisy Kodeksu cywilnego, to one regulują bowiem kwestie związane z formą prawną oświadczeń woli, skutkami jej zastrzeżenia pod określonymi rygorami czy wadami oświadczeń woli i mają zastosowanie w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego w związku z odesłaniem zawartym w art. 14 ust. 1 ustawy Pzp. W kontekście art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp Izba nie uznała także za miarodajne odwoływania się do okoliczności, że oferta Odwołującego stanowić miała „dokument zintegrowany” przez pryzmat wyroku Sądu Najwyższego z dnia 20 stycznia 2012 r., sygn. akt I CSK 373/11, zapadł on bowiem na kanwie konkretnych okoliczności stanu faktycznego nieprzystających do okoliczności stanu faktycznego rozpoznawanej przez Izbę sprawy. Stanowisko Sądu Najwyższego odnosiło się do podpisu złożonego na załączniku do umowy i uwzględniało okoliczności takie jak: wskazanie w umowie, że załącznik stanowi jej integralną część, ciągła numeracja poszczególnych części jednego dokumentu (umowy i załącznika) stanowiąca techniczny wyraz integracji merytorycznej (treściowej), podpisanie przez powoda „protokołu przekazania placu budowy” oraz wybudowanie robót w całości – to te okoliczności zdaniem Sądu Najwyższego mogą świadczyć o tym, że złożenie przez wykonawcę podpisu na samym załączniku (integralnym składniku umowy) obejmowało całość oświadczenia woli wyrażonego w treści całego zintegrowanego dokumentu. Ponadto Odwołujący wywodził tezę o „dokumencie zintegrowanym” w oparciu o fakt złożenia oświadczenia woli w postaci elektronicznej składającego się z wielu załączników w jednym dokumencie elektronicznym, na rozprawie wskazywał w tym kontekście na okoliczność, że dokumenty łączy się w paczki plików. Tymczasem – jak już opisano we wcześniejszej części uzasadnienia – w postępowaniu odwoławczym nie zostało wykazane, aby w przedmiotowym przypadku taka sytuacja miała miejsce.

Mając na uwadze wszystko powyższe, Izba uznała, że odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2345/20 podlega oddaleniu i na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 2345/20 orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1 w zw.

z § 3 pkt 1 i 2 lit. b) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Sygn. akt KIO 2590/20

Odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2590/20 Izba oddaliła w całości.

Rozpoznając przedmiotową sprawę Izba uznała za zasadne odniesienie się w pierwszej kolejności do stanowiska Zamawiającego o przedwczesności zarzutów odwołania.

Zauważenia wymaga, iż odwołanie obejmowało swym zakresem czynność Zamawiającego polegającą na wezwaniu Odwołującego w dniu 29 września 2020 r. na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień treści oferty oraz czynność polegającą na poprawieniu oferty Odwołującego poprzez skorygowanie cen jednostkowych pozycji kosztorysu ofertowego dla obiektu nr 4591-PW-A1-2-1-2-4 Obiekty drogowe Przebudowa przejazdu kolejowego kat. D z przekwalifikowaniem na kat. B w km 107,357 w ciągu drogi gminnej nr 328N (dalej jako „Kosztorys ofertowy w km 107,357”) do wysokości zero zł. Ponadto odwołanie dotyczyło zaniechania czynności poprawienia w ofercie Odwołującego innych omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, wedle art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy oraz zaniechania przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców. Jak wynika z ustaleń dokonanych przez Izbę na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia uzupełnionej przez Zamawiającego podczas rozprawy, faktyczna czynność poprawienia omyłek w ofercie Odwołującego miała miejsce dopiero w dniu 16 października 2020 r., a zatem już po wniesieniu odwołania. Następnie w efekcie odmówienia zgody na poprawienie omyłek oferta Odwołującego w dniu 26 października 2020 r. (pismo z dnia 23 października 2020 r.) została odrzucona. Na moment zamknięcia rozprawy nie upłynął jeszcze termin na wniesienie środków ochrony prawnej na czynność odrzucenia oferty Odwołującego. Tym samym zarzut dotyczący czynności poprawienia omyłek w ofercie Odwołującego w odniesieniu do Kosztorysu ofertowego w km 107,357 (zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z pkt. 12.4. lit. a tiret drugie IDW poprzez dopisanie treści brakujących pozycji w kwocie 0 i uznanie tych pozycji za włączone do innych pozycji wypełnionego Przedmiaru Robót) faktycznie uznać należy za przedwczesny, gdyż na moment wniesienia odwołania objęta zaskarżeniem czynność formalnie jeszcze się nie zmaterializowała, a jedynie zakomunikowany został zamiar Zamawiającego co do sposobu poprawienia oferty Odwołującego oraz jego stanowisko co do braku możliwości dokonania poprawy w oparciu

o 12.4. lit. a tiret pierwsze IDW. Powoduje to, że omawiany zarzut nie posiada substratu w postaci czynności Zamawiającego podjętej w postępowaniu. Zgodnie zaś z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Skoro Zamawiający formalnie w chwili wnoszenia odwołania nie dokonał jeszcze czynności poprawienia omyłek w ofercie Odwołującego w oparciu o pkt. 12.4. lit. a tiret drugie IDW, to brak było czynności, wobec której przysługiwałyby środki ochrony prawnej. Ocenie Izby nie podlegała zatem czynność poprawienia omyłek w ofercie Odwołującego ani czynność odrzucenia jego oferty z powodu braku dokonania zgody na poprawienie omyłek w ofercie, podjęte przez Zamawiającego już po upływie terminu na wniesienie odwołania w niniejszej sprawie.

Natomiast na kanwie art. 180 ust. 1 ustawy Pzp nie sposób podzielić stanowiska Zamawiającego, jakoby odwołanie było przedwczesne także w zakresie czynności wezwania Odwołującego do wyjaśnień podjętej 29 września 2020 r. Po pierwsze wystosowanie wezwania do Odwołującego stanowiło formalną czynność podjętą przez Zamawiającego w postępowaniu. Po drugie w przedmiotowej sprawie miała miejsce dość specyficzna sytuacja będąca konsekwencją przyjętych w IDW założeń - przedmiotowe wezwanie stanowiło jednoznaczny wyraz przyjętej przez Zamawiającego kwalifikacji zaistniałego stanu faktycznego (tj. niezłożenia szczegółowego Kosztorysu ofertowego w km 107,357 przez Odwołującego) pod konkretne postanowienia SIWZ regulujące zdaniem Zamawiającego sposób poprawienia dostrzeżonej omyłki (12.4 lit. a tiret drugie IDW), a ponadto było ono obligatoryjną w świetle SIWZ czynnością bezpośrednio poprzedzającą poprawienie oferty w ten jeden konkretny, przyjęty przez Zamawiającego sposób. Jeżeli w ocenie Odwołującego była to czynność niezgodna z przepisami ustawy Pzp (w tym wypadku z art. 87 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w relacji do wiążących Strony postanowień IDW), to zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący miał prawo wnieść na tę czynność odwołanie. Wartość postępowania o udzielenie zamówienia przekracza kwoty określone w art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, wobec czego odwołanie przysługuje od każdej czynności Zamawiającego niezgodnej z ustawą Pzp. Kwestia weryfikacji czy faktycznie dana czynność jest niezgodną z ustawą i czy w określonym stanie faktycznym ewentualne naruszenie przepisów ustawy Pzp ma wpływ na wynik postępowania, stanowi materię podlegającą merytorycznej ocenie w postępowaniu odwoławczym.

Przechodząc do meritum, Izba stwierdziła, iż Odwołujący nie wykazał, aby czynność Zamawiającego z dnia 29 września 2020 r. polegająca na wezwaniu Odwołującego do wyjaśnień, miałyby naruszać art. 87 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 87 ust. 1

ustawy Pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Zgodnie z ust. 2 tego przepisu zamawiający poprawia w ofercie: 1) oczywiste omyłki pisarskie, 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, 3) 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. Z kolei zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Jakkolwiek z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wynika fakultatywność wezwania wykonawcy do wyjaśnienia treści oferty, to niejednokrotnie możliwość wystosowania takiego wezwania przerodzi się w obowiązek po stronie zamawiającego, a to z tego względu, że zamawiający zobowiązany jest w sposób staranny i rzetelny dokonywać czynności badania i oceny ofert. Art. 87 ust. 1 ustawy Pzp stanowi jedną z gwarancji, że kluczowe czynności podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu takie jak wybór oferty najkorzystniejszej czy też odrzucenie oferty będą prawidłowe, dając zamawiającemu możliwość wyjaśniania pewnych nieścisłości czy nieprawidłowości, jednocześnie chroniąc wykonawców przed zbyt pochopnym i niezasadzonym odrzucaniem ofert. Odwołujący nie wskazywał, aby wystosowanie przez Zamawiającego wezwania do wyjaśnień w przedmiotowej sprawie miało prowadzić do niedopuszczalnych ustawą negocjacji czy też do dokonywania zmian treści oferty innych niż dopuszczone na gruncie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Już tylko z powyższych względów nie sposób uznać, aby w przedmiotowej sprawie doszło do naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Zauważenia wymaga także, iż w przedmiotowym przypadku wezwanie Odwołującego do wyjaśnień oparte o art. 87 ust. 1 ustawy Pzp stanowiło wyraz respektowania przez Zamawiającego obowiązków, jakie zostały na niego nałożone na gruncie specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający przyjął w IDW konkretne mechanizmy służące poprawieniu omyłek w ofertach wykonawców, mające zapobiegać eliminowaniu ofert z uwagi na mogące się zdarzyć błędy w kosztorysach ofertowych, które zobowiązany był stosować w toku postępowania, w celu zachowania zasady równego traktowania wykonawców. Wystosowanie wezwania do Odwołującego było niezbędnym na gruncie IDW elementem poprzedzającym poprawienie oferty w sposób określony w pkt 12.4 lit. a tiret drugie IDW. Tak ukształtowane postanowienia SIWZ nie były kwestionowane przez

wykonawców. Przy czym podkreślenia wymaga okoliczność, że zakresem rozpoznania Izby w niniejszej sprawie nie była ocena ostatecznie ukształtowanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia postanowień SIWZ, w tym kwestia zgodności przyjętych przez Zamawiającego mechanizmów poprawienia omyłek w ofertach wykonawców z przepisami ustawy Pzp.

Przechodząc do oceny przyczyn, jakie legły u podstaw wystosowania spornego wezwania, na wstępie wyjaśnić należy, że ocena taka siłą rzeczy - z uwagi na specyficzny stan faktyczny sprawy - musi wkraczać w materię związaną z problematyką dokonania poprawienia w ofercie omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, pomimo że formalnie w dacie wnoszenia odwołania poprawienia oferty Odwołującego jeszcze nie dokonano. Izba miała na względzie okoliczność, iż w uzasadnieniu wezwania Zamawiający wyraźnie zakomunikował, iż: „mając na uwadze treść pkt 12.4 lit. a tiret pierwsze IDW Zamawiający nie był w stanie dokonać poprawy poniżej wskazanych brakujących pozycji w oparciu o inne pozycje Kosztorysu ofertowego składające się na ofertę”, czyli w sposób, w jaki domaga się obecnie Odwołujący. Ocena Izby objęła zatem weryfikację możliwości dokonania poprawy oferty Odwołującego w sposób wskazany w odwołaniu, tj. w oparciu o inne pozycje Kosztorysu składające się na ofertę, a w efekcie kwestię zaniechania poprawienia oferty przez Zamawiającego w tenże sposób (zarzuty oznaczone nr 3-7).

W tym zakresie Izba w pełni podzieliła stanowisko Zamawiającego, że pkt 12.4 lit. a tiret pierwsze IDW nie mógł mieć zastosowania w przedmiotowym przypadku. W ocenie Izby prezentowane przez Odwołującego postulaty co do sposobu dokonania poprawy w oparciu o to postanowienie IDW prowadziłyby *de facto* do wykreowania przez Zamawiającego za Odwołującego po upływie terminu składania ofert treści oświadczenia woli Odwołującego w zakresie cen jednostkowych pozycji 1.1, 1.2.1, 1.3.2, 1.3.6, 1.3.7, 1.3.8, 2.1.1, 2.2.2, 3.1.1, 4.1, 4.3.1, 4.3.2, 4.5.2, 5.2.1, 5.3.1, 6.1.1, 6.2, 7.1, 7.2.1, 7.3.1, 8.1.1, 9.1.1, 9.1.2 kosztorysu 4591-PW-A1-2-1-2-4 - Branża drogowa - Przebudowa przejazdu kolejowego kat. D z przekwalifikowaniem na kat. B w km 107,357 w ciągu drogi gminnej nr 328N. Wyżej wskazane pozycje obejmują wszystkie wymagane do wypełnienia pozycje w tym kosztorysie. Dlatego nie sposób uznać za wiarygodne stanowiska Odwołującego, że złożył on szczegółowy Kosztorys ofertowy w km 107,357, przyjmując bowiem takie podejście należałoby uznać, że Kosztorys ten został złożony, ale z błędną nazwą na karcie tytułowej oraz w treści, z 12 pozycjami zawierającymi nieprawidłowe jednostki miary, bez wymaganych innych 11 pozycji, za to z 14 pozycjami niemającymi w ogóle zastosowania w przypadku omawianego przejazdu. Ustalenia faktyczne poczynione przez Izbę jednoznacznie wskazują, że zamiast wymaganego szczegółowego Kosztorysu ofertowego w km 107,357 Odwołujący złożył Kosztorys ofertowy dla innego przejazdu (w km 104,174).

Powyższe uchybienie nie było możliwe do poprawienia w oparciu o dane znajdujące się w analogicznych pozycjach innych kosztorysów składających się na ofertę. Jak słusznie wskazywał Zamawiający charakterystyka przebudowy poszczególnych przejazdów różniła się od siebie i różne były ceny jednostkowe dla określonych pozycji w poszczególnych kosztorysach szczegółowych, czego zresztą Odwołujący nie kwestionował. Pomimo zatem faktu, że pozycje kosztorysowe w niektórych kosztorysach powtarzały się częściowo, to nie było możliwe ustalenie cen jednostkowych właściwych dla Kosztorysu ofertowego w km 107,357. Konkretnych, jednoznacznych wartości dla poszczególnych pozycji nie sposób było wywieść z pozostałej treści oferty Odwołującego czy to porównując analogiczne pozycje innych kosztorysów, czy prowadząc działania matematyczne. Sam fakt, że w zestawieniu zbiorczym Odwołujący wskazał cenę ogólną dla Przebudowy przejazdu kolejowego kat. D z przekwalifikowaniem na kat. B w km 107,357 w ciągu drogi gminnej nr 328N nie wpływa w żaden sposób na możliwość ustalenia cen jednostkowych poszczególnych pozycji kosztorysu szczegółowego, które w przypadku zawarcia umowy z Konsorcjum RAJBUD byłyby podstawą ustalenia wynagrodzenia, mającego w niniejszym postępowaniu charakter kosztorysowy. Nie jest możliwe w tym zakresie wykonanie takiego działania arytmetycznego, które pozwoliłoby na ustalenie na podstawie samej ceny łącznej właściwych cen jednostkowych dla wszystkich wymaganych pozycji. Uzupełniająco należy wskazać, że w przedmiotowym przypadku tak naprawdę brak jest możliwości ustalenia, czy cena wskazana w zestawieniu ogólnym została właściwie przyjęta, jej wartość jest zbieżna bowiem z kwotą wskazaną w tym zestawieniu dla Przebudowy przejazdu kat. A w km 104,174 w ciągu drogi gminnej 204118N, a skoro to kosztorys szczegółowy dla tego przejazdu Odwołujący złożył zamiast kosztorysu dla Przebudowy przejazdu kolejowego kat. D z przekwalifikowaniem na kat. B w km 107,357 w ciągu drogi gminnej nr 328N, to mógł również w zestawieniu zbiorczym przyjąć nieprawidłową wartość, tj. wartość wynikającą z nie tego kosztorysu, który powinien być wzięty pod uwagę.

Nie można także zgodzić się z Odwołującym, że okoliczność, iż dla tych samych pozycji występują różne ceny jednostkowe w różnych miejscach kosztorysu miałyby być okolicznością irrelewantną dla możliwości dokonania poprawy. W istocie jest wręcz przeciwnie – okoliczność ta potwierdza, że dokonanie poprawy oferty w oparciu o inne pozycje nie było możliwe. Idąc tokiem rozumowania Odwołującego, Zamawiający powinien wedle własnego uznania dokonać wyboru w oparciu o posiadane kosztorysy składające się na ofertę Odwołującego cen jednostkowych dla poszczególnych pozycji, tj. Zamawiający musiałby samodzielnie stworzyć kosztorys, dobierając wedle własnego uznania spośród wartości wskazanych w poszczególnych przedmiarach, które były rozbieżne, takie wartości, jakie zdaniem Zamawiającego byłyby uzasadnione. Takiego działania nie sposób pogodzić

z naczelnymi zasadami rządzącymi systemem zamówień publicznych, w tym zasadą przejrzystości oraz uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zauważyć trzeba także, że Odwołujący ani odpowiadając na wezwanie Zamawiającego, ani składając odwołanie, nie podjął nawet próby wyjaśnienia, jakie konkretnie ceny jednostkowe należałoby przyjąć w Kosztorysie ofertowym w km 107,357 i dlaczego właśnie takie. Sam Odwołujący przywołał kosztorysy szczegółowe zawierające odmienne wartości dla analogicznych pozycji i wskazał, że to z nich można zaczerpnąć niezbędne dane, nie zważając, że są one różne i dotyczą przejazdów różnych kategorii. Bezzasadna jest przy tym podnoszona w odwołaniu argumentacja, jakoby SIWZ nie zakazywała dokonania poprawy kosztorysu, gdy pozycje takiego samego typu posiadają różne ceny jednostkowe. Okoliczność, że pewnych kwestii nie wyartykułowano wprost w SIWZ nie uprawnia Zamawiającego do podejmowania działań, które byłyby w sposób oczywisty sprzeczne z ustawą Pzp, w tym art. 7 ust. 1 oraz art. 87 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Interpretacja postanowień SIWZ nie może następować w oderwaniu od obowiązujących przepisów.

Z przywołanych powyżej względów, tak jak nie jest możliwe poprawienie oferty Odwołującego w oparciu o pkt 12.4 lit. a tiret pierwsze IDW, tak też nie jest możliwe dokonanie poprawy oferty Odwołującego w sposób przez niego wskazany w oparciu bezpośrednio o przepisy ustawy Pzp, tj. art. 87 ust. 2 pkt 1 - 3 ustawy Pzp. W tym kontekście wypada zauważyć, że Odwołujący nie pokusił się nawet o sprecyzowanie i wyjaśnienie dlaczego brakom w jego ofercie należałoby nadać charakter omyłki i jakiej omyłki (czy to pisarskiej, rachunkowej czy innej omyłki), poprzestając na stwierdzeniu, że poprawa może nastąpić „w zależności od interpretacji”. Taką argumentację trudno uznać za konstruktywne stanowisko procesowe. Niewątpliwie w przedmiotowej sprawie nie mamy do czynienia z oczywistymi omyłkami pisarskimi czy rachunkowymi – w tym zakresie skład orzekający w pełni podziela stanowisko Zamawiającego przedstawione w pkt IV.1-8 odpowiedzi na odwołanie co do braku możliwości kwalifikowania omawianego błędu jako oczywistej omyłki pisarskiej czy rachunkowej wskazanej w art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp. Ponadto zdaniem Izby nie jest możliwe dokonanie poprawienia brakujących pozycji Kosztorysu ofertowego w km 107,357 w sposób postulowany w treści odwołania na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, tj. w oparciu o inne pozycje kosztorysowe. Jak wskazano już szczegółowo powyżej, na podstawie rozbieżnych cen jednostkowych podanych w kosztorysach dla poszczególnych przejazdów Zamawiający nie jest w stanie odtworzyć właściwej, niezniekształconej treści oferty Odwołującego, co samo w sobie uniemożliwia poprawienie omyłki w sposób, w jaki domaga się Odwołujący. Przy czym podkreślenia wymaga, iż okoliczność, że Zamawiający w ogóle w przedmiotowej sprawie podjął się próby poprawienia omyłki w ofercie Odwołującego, była wynikiem wyłącznie przyjętych przez niego w SIWZ

zasad, których zgodność z ustawą Pzp - jak sygnalizowano już wcześniej - nie podlegała badaniu w niniejszym postępowaniu odwoławczym.

Mając na uwadze powyższe, zarzuty naruszenia art. 87 ust. 1, art. 87 ust. 2 pkt 1-3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Izba uznała za bezzasadne.

W tym stanie rzeczy Izba uznała, że odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2590/20 podlega oddaleniu i na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 2590/20 orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. b) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: