

Sygn. akt: KIO 2489/20

WYROK

z dnia 3 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 listopada 2020 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 września 2020 r. przez wykonawcę **W. S.** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Żelechlinek w Żelechlinku**

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **W. S.** i
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **W. S.** tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 w **Łodzi**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Żelechlinek w Żelechlinku – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 30 września 2020 roku wykonawca W. S. (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego, polegających na uznaniu, że oferta złożona przez odwołującego nie jest zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.), co w konsekwencji także doprowadziło do dalszych nieprawidłowości w postępowaniu.

Opisanym powyżej czynnościom zamawiającego odwołujący zarzucił naruszenie:

1) art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 3 oraz w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez ocenę, że oferta złożona przez odwołującego winna podlegać odrzuceniu z uwagi na niezgodność z treścią s.i.w.z., podczas gdy złożona przez odwołującego oferta jest zgodna z warunkami postawionymi przez zamawiającego w s.i.w.z. i spełnia wszystkie jej wymagania;

a z ostrożności procesowej również, gdyby wolą zamawiającego było dokonanie poprawy omyłek w ofercie odwołującego

2) art. 87 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie poprawienia omyłek w ofercie odwołującego, podczas gdy oferta odwołującego może podlegać poprawieniu, które nie spowoduje istotnych zmian w jej treści.

W związku z powyżej wskazanymi zarzutami odwołujący wniósł o:

1. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą („KIO”) odwołania i jego uwzględnienie w całości,
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania, a także dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie,
3. unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego,

4. powtórzenie oceny i badania ofert z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w odwołaniu, w tym ewentualne poprawienie omyłek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p.,
5. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez odwołującego na rozprawie.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p., posiada interes w uzyskaniu zamówienia, a także może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy P.z.p. wskazanych w *petitum* odwołania. Gdyby zamawiający dokonał czynności badania i oceny ofert w sposób prawidłowy (tj. nie odrzucał oferty odwołującego), wówczas oferta odwołującego się byłaby najkorzystniejszą ofertą w postępowaniu. W świetle powyższego należy uznać, że odwołujący jak najbardziej posiada interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść realną szkodę wskutek zaskarżonej czynności zamawiającego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania.

Odwołujący podniósł, że jego oferta nie jest niezgodna z s.i.w.z., przez co nie powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. Aby można było mówić o niezgodności treści oferty z treścią s.i.w.z., co skutkować winno odrzuceniem oferty, należy wykazać bezspornie, że dochodzi do niezgodności merytorycznej oświadczenia woli wykonawcy złożonego w ofercie (w zakresie świadczenia będącego przedmiotem zamówienia).

Po drugie, odwołujący wskazał, że zamawiający miał obowiązek dokonać poprawienia oferty, w zakresie kosztorysów, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. w oparciu o przedstawione przez odwołującego wyjaśnienia. W ocenie odwołującego, nie ulega bowiem wątpliwości, że odwołujący nie dokonał żadnej zmiany treści oświadczenia woli w zakresie zaproponowanego zakresu wykonywanych prac w ramach realizacji przedmiotu zamówienia publicznego, a także że cena oferty nie ulegnie żadnej zmianie. W związku z tym, przesłanki zastosowania przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. spełniły się i zamawiający miał obowiązek dokonania tej czynności.

Odwołujący wskazał, że z treści informacji o odrzuceniu oferty odwołującego nie wynika, które elementy s.i.w.z. nie zostały przez odwołującego spełnione – które elementy oferty są niezgodne z treścią s.i.w.z. Podniósł, że zamawiający, *de facto*, ograniczył się do stwierdzenia, że brak złożenia kosztorysu ofertowego (lub jego części) powoduje odrzucenie oferty.

Odwołujący z taką konstatacją się zgodził. Wskazał jednak, że nie ma ona związku z przedmiotową sprawą. Odwołujący bowiem przedłożył wymagane kosztorysy. W przypadku tylko dwóch pozycji w jednym kosztorysie, koszt wykonania dwóch czynności został ujęty łącznie dla danego działu. Odwołujący jasno i klarownie wskazał, gdzie „ukryte” są koszty, których brak zamawiający kwestionuje. Nie można zatem stwierdzić, że kosztorysu lub jego części brakuje, że odwołujący go nie złożył. Odwołujący stwierdził, że jak najbardziej złożył wymagane kosztorysy, które zostały odpowiednio uzupełnione, a w zasadzie, odwołujący wskazał, w których miejscach przewidział koszt wykonania tych dwóch pozycji.

Odwołujący dodatkowo wskazał, że pomimo wątpliwości zamawiającego i udzielenia wyjaśnień odwołującego w zakresie tych dwóch „ukrytych” pozycji, w wyniku wykazania tych pozycji w drodze wyjaśnień, cena oferty nie uległa żadnej zmianie.

Odwołujący stwierdził, że zamawiający nie przewidział żadnych konsekwencji dla takiej sytuacji, jaka miała miejsce w przedmiotowej sprawie – przesunięcia dwóch pozycji w ramach jednego kosztorysu do innych pozycji. Skoro zamawiający nie przewidział negatywnych konsekwencji (w postaci odrzucenia oferty) za takie działanie, to na etapie badania i oceny ofert nie może dokonywać takich czynności. Odwołujący przywołał wyrok KIO sygn. akt KIO 1327.09, z którego wynika, że „często spotykaną przy robotach budowlanych i wymaganiu w postępowaniu, złożenia kosztorysu opracowanego na podstawie przedmiaru robót, jest pominięcie pewnych pozycji lub kwot, czy podanie kwoty 0 zł wartości jednostkowej. (...) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem „plastycznym” nie tylko pozwalającym, ale wręcz wymuszającym na zamawiającym podejmowanie różnego rodzaju czynności naprawczych, celem doprowadzenia stanu złożonych ofert, do stanu zgodności z wymaganiami SIWZ”.

Odwołujący przywołał również szereg innych wyroków, w tym: z dnia 15 października 2010 r., sygn. akt KIO 2136/10; z dnia 11 marca 2011 r., sygn. akt KIO 385/11, KIO 386/11, KIO 393/11, KIO 406/11; z dnia 4 marca 2011 r., sygn. akt KIO 333/11, KIO 335/11; z dnia kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 689/11; z dnia 8 maja 2014 r., sygn. akt KIO 793/14.

Odwołujący wskazał, że – jak wskazuje się w orzecznictwie KIO - „złożenie oferty – co do zasady – stanowi *de facto* zaakceptowanie przez wykonawcę jednostronnie określonych przez zamawiającego oczekiwań co do zaoferowanego przedmiotu zamówienia. Stąd jako zasadę należy przyjąć; że wykonawca podejmując decyzję o uczestnictwie w postępowaniu i złożeniu w nim oferty chce przez to uczynić zadość postawionym w postępowaniu wymaganiom, w szczególności co do przedmiotu zamówienia, aby oferta odpowiadała treści siwz. W konsekwencji - jeżeli jakieś konkretne okoliczności dobitnie nie wskazują, że jest inaczej - należy przyjąć założenie, zgodnie z którym wykonawcy składają

oferty w dobrej wierze i na serio, a zatem z zamiarem zaoferowania świadczenia we wszystkich elementach zgodnego z wymaganiami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia. (...) Nie sposób zaakceptować stanowiska, że sam fakt złożenia oferty nie w pełni zgodnej z siwz jest dowodem woli złożenia przez wykonawcę oferty niezgodnej z siwz” (wyrok KIO z dnia 22 lipca 2015 r., sygn. akt KIO 1472/15).

W ocenie odwołującego, wydaje się, że kluczowe dla zrozumienia, dlaczego decyzja podjęta przez zamawiającego jest niezgodna z ustawą P.z.p., jest wskazanie, że odwołujący jasno wskazał, że przewidział wynagrodzenie za wykonanie tych dwóch pozycji kosztorysowych w innych miejscach pozycjach tego samego kosztorysu. W celu wyjaśnienia jednak wszelkich wątpliwości oraz w celu wykazania, że świadczenie odwołującego jest niezmienione (w szczególności – w zakresie wykonywanych prac oraz ceny ofertowej), odwołujący przedłożył tożsamy kosztorys, w którym „ukryte” brakujące pozycje zostały wycenione (na potrzeby kompletności kosztorysu) na 0,00 zł.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z § 4 ust. 1 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego w jej skład wchodzi m.in. projekt budowlany w zakresie uwzględniającym specyfikę robót budowlanych oraz przedmiar robót, który *de facto* stanowi podstawę sporządzenia kosztorysu ofertowego. Trzeba mieć przy tym na względzie, że przedmiar robót jest opracowaniem wtórnym w stosunku do projektu budowlanego, czy STWiORB i pełniącym odmienną rolę niż wspomniane dokumenty. Na podstawie § 6 rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego należy przyjąć, że istotą przedmiaru jest przedstawienie zakresu niezbędnych do wykonania prac (ze wskazaniem jednostek przedmiarowych), co ma pomóc wykonawcom w oszacowaniu pracochłonności, a przede wszystkim kosztów wykonania ujętych w nim robót budowlanych. *Ergo*, przedmiar robót, a w konsekwencji także kosztorys sporządzony na jego podstawie, mają jedynie pomocnicze znaczenie w ustaleniu treści zobowiązania wykonawcy, bowiem ich głównym celem jest skalkulowanie ceny oferty, nie zaś zobrazowanie jej zakresu.

W ocenie odwołującego, w świetle poczynionych uwag, nie sposób zgodzić się, w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, z argumentacją, że jeżeli wykonawca pominie w złożonym kosztorysie ofertowym, nawet wbrew wyraźnemu oczekiwaniu zamawiającego, określoną pozycję kosztorysową konieczne jest niejako automatyczne odrzucenie złożonej przez niego oferty, jako niezgodnej z treścią s.i.w.z. Nie przekreśla to jednak, zdaniem

Krajowej Izby Odwoławczej, zobowiązania wykonawcy do wykonania robót budowlanych zgodnie z projektem, czy zasadami wiedzy technicznej, co wynika z istoty umowy o roboty budowlane (por. przepis art. 647 K.c.), ani takiemu zobowiązaniu nie przeczy. W kontekście kwestionowanej przez odwołującego możliwości zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego należy natomiast zwrócić uwagę na przepis art. 649 K.c., zgodnie z którym w razie wątpliwości poczytuje się, że wykonawca podjął się wszystkich robót objętych projektem stanowiącym część składową umowy. Ustawodawca nie przesądził, co ma być źródłem owych wątpliwości, należy zatem dopuścić sytuację, że ich mogą one wynikać z kosztorysu ofertowego stanowiącego załącznik do umowy (pozbawionego *ad casum* istotnego znaczenia także z tego względu, że podstawę ustalenia wynagrodzenia wykonawcy, zgodnie z postanowieniami s.i.w.z., stanowią będą kosztorysy powykonawcze). W takiej sytuacji trzeba jednak przyjąć, że obowiązkiem wykonawcy jest realizacja umowy na podstawie dokumentacji projektowej, nie zaś kosztorysu sporządzonego w oparciu o jej fragment, bowiem - jak wskazano - to dokumentacja projektowa opisuje przedmiot zamówienia, a kosztorys, co najwyżej opisuje wynagrodzenie za jego wykonanie, bądź podstawy ustalenia tego wynagrodzenia. Nie może on zatem zastępować dokumentacji projektowej i być traktowany na równi z nią”.

Odwołujący stwierdził, że zamawiający we wzorze umowy, stanowiącym załącznik nr 8 do s.i.w.z., w postanowieniach § 2, gdzie mowa jest o sposobie liczenia wynagrodzenia należnego wykonawcy, nie wskazał, aby rozliczenie następowało na podstawie jakichkolwiek kosztorysów czy przedmiarów. Zamawiający wskazuje jedynie wartości maksymalne (dla całej umowy oraz dla etapów). Tym samym, kosztorysy ofertowe nie mają istotnego znaczenia przy realizacji i rozliczeniu przedmiotu zamówienia. Pierwotne zatem „ukrycie” kosztu wykonania dwóch pozycji z kosztorysu w innych pozycjach kosztorysu, a nawet późniejsze wyjaśnienie tej sytuacji i przedłożenie kosztorysów, gdzie te dwie pozycje zostały ujęte z kwotą 0,00 zł, nie powoduje niezgodności treści oferty z treścią s.i.w.z. i nie powinno prowadzić do odrzucenia oferty odwołującego. Podanie w dwóch pozycjach kosztorysu wartości 0 zł nie wywołuje skutku w postaci niezgodności treści oferty z treścią s.i.w.z., szczególnie w sytuacji, gdy zamawiający określając postanowienia s.i.w.z. nie zawęził możliwości określenia cen jednostkowych wyłącznie do wartości dodatnich i nie zastrzegł w s.i.w.z. skutku w postaci odrzucenia oferty z powodu podania wartości 0 zł.

Odwołujący wskazał, że o niezgodności treści oferty z treścią s.i.w.z. można mówić wyłącznie w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, w ten sposób, że nie zapewnia jego całościowej realizacji, zgodnej z wymaganiami zamawiającego. A oferta odwołującego jak najbardziej zawiera realizację całego zakresu

przedmiotu zamówienia. Mając zatem na uwadze powyższe, uwzględnienie odwołania w tym zakresie jest jak najbardziej zasadne.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p., odwołujący stwierdził, że konstrukcja tego przepisu wskazuje, że ustawodawca (a w ślad za nim powinien zamawiający) dopuścił sytuację, w których składana oferta nie będzie w pełni zgodna z s.i.w.z., a jednocześnie nie będzie automatycznie podlegała odrzuceniu z postępowania. Jak wskazuje się w doktrynie, „za inną omyłkę, w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP, uważane są zarówno błędy w przygotowaniu oferty oraz odpowiednim, prawidłowym wyrażeniu jej treści popełnione przez wykonawcę, jak też pominięcia (np. wynikające z zapomnienia, błędnego rozumienia treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia) w wypełnieniu lub przedłożeniu wszystkich elementów oferty. Omyłki muszą mieć charakter przypadkowych, niezamierzonych błędów. W żadnym wypadku za omyłkę nie można przyjąć świadomego i celowego działania wykonawcy.

Odwołujący wskazał, że okoliczność, że zmiana ma dotyczyć elementów przedmiotowo istotnych umowy (*essentialia negotii*) lub elementów uznanych za istotne przez Zamawiającego, a nawet fakt, że skutkiem dokonanej poprawy miałyby być zmiana ceny oferty, nie stanowi okoliczności uniemożliwiających dokonanie poprawy na postawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. Ważne jest bowiem to, czy poprawienie omyłki w sposób istotny zmienia treść oferty w znaczeniu treści oświadczenia woli wykonawcy, a nie, czy tkwi w jej istotnych postanowieniach. Zamawiający jest zobowiązany poprawić omyłkę w szczególności wtedy, gdy sposób, w jaki ma być dokonana poprawa, wynika z innych elementów składających się na ofertę, przy czym nie jest wykluczone, że w pewnych okolicznościach poprawienie omyłki będzie miało miejsce po uzyskaniu od wykonawcy wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p.

Odwołujący wskazał, że w przedmiotowej sprawie zamawiający uzyskał od odwołującego cały zestaw narzędzi, którymi mógł i powinien się posłużyć, w celu ewentualnej poprawy oferty odwołującego. W wyroku z dnia 26 marca 2014 r., sygn. akt KIO 479/14, Krajowa Izba Odwoławcza zaznaczyła, że dla oceny istotności zmiany znaczenie ma rodzaj, zakres i charakter czynności dla stron, których dotyczy poprawa, a dla samej czynności poprawienia ma znaczenie realność poprawienia, co do zasady, możliwość poprawienia na podstawie treści oferty, w taki sposób, by poprawa nie stanowiła zmiany oświadczenia woli wykonawcy, a przede wszystkim, by zmiana nie była niedopuszczalną ingerencją zamawiającego w treść oferty, powodującą powstanie nowej treści oświadczenia

woli wykonawcy, nie może też prowadzić do negocjacji między stronami ani modyfikacji istotnych części oferty.

Odwołujący przywołał orzecznictwo KIO, w tym wyroki Krajowej z dnia 24 listopada 2017 r. (sygn. akt KIO 2326/17, wyrok z dnia 22 lipca 2020 r. (sygn. akt KIO 1472/20) i in.

Odwołujący wskazał, że ewentualnie dokonana poprawa nie zmienia oświadczenia woli odwołującego, który od początku deklarował wykonanie przedmiotu umowy zgodnie z s.i.w.z. Sposób poprawy jest znany zamawiającemu. Ocena czy doszło do istotnych zmian oferty jest dokonywana bowiem z uwzględnieniem treści całej oferty i całego przedmiotu zamówienia, a nie jedynie wybranych elementów z niektórych pozycji kosztorysu ofertowego.

Zamawiający na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał, że bada oferty pod względem ich zgodności z s.i.w.z. i dokonuje ich poprawienia, jeżeli zachodzą ku temu przesłanki. Odwołujący nie ujął pozycji 1 w branży elektrycznej. Zamawiający wezwał go do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust 1 ustawy P.z.p. Odwołujący potwierdził, że ta pozycja nie została osobno wyceniona, ale została uwzględniona w kolejnych dwóch pozycjach. Wraz z wyjaśnieniami odwołujący złożył kosztorys z wypełnioną pozycją pierwszą o wartości 0 zł. Zamawiający dopuszczał wycenę pozycji w wysokości 0 zł, ale nie na etapie składania wyjaśnień. Nie było podstaw do poprawienia oferty na podstawie art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy P.z.p. Z orzecznictwa KIO wynika, że kosztorys nie może być traktowany jako dokument nieistotny. W s.i.w.z. było wskazane, że wynagrodzenie jest kosztorysowe i będzie wypłacane wykonawcy na podstawie kosztorysu powykonawczego. W umowie przewidziano, że wynagrodzenie będzie wskazane w kwocie ogólnej, natomiast integralną część umowy stanowi oferta z kosztorysem ofertowym. Wyjaśnienia odwołującego były próbą naprawienia błędu w ofercie. Wskazał na art. 7 ust 1 ustawy P.z.p. i zasady tam wskazane. Stwierdza, że s.i.w.z. jasno wskazywała, że kosztorys jest częścią oferty, a wynagrodzenie jest kosztorysowe. Czym innym jest wycena 0 zł, a czym innym nieuwzględnienie w ogóle danej pozycji.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest przebudowa i rozbudowa istniejącego budynku na Dom Inicjatyw Twórczych w Żelechlinku.

Wartość zamówienia nie przekracza w złotych równowartości kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy P.z.p.

Zgodnie z rozdz. III pkt 3 s.i.w.z., szczegółowy przedmiot zamówienia określony został w:

- 1) przedmiarach robót - stanowiących załącznik do s.i.w.z. ,
- 2) dokumentacjach technicznych - stanowiących załącznik do s.i.w.z.

Zgodnie z rozdz. VI pkt 2 s.i.w.z., wykonawcy obowiązani byli złożyć następujące dokumenty i oświadczenia i dokumenty wymagane w ofercie:

- 1) wypełniony formularz oferty - o treści zgodnej z określoną we wzorze stanowiącym Załącznik nr 1 do s.i.w.z.;
- 2) kosztorys oferty z wartością robót stanowiącą cenę zamówienia zgodny z Załącznikiem nr 2 do s.i.w.z.: Zał. 2a - Etap I, Zał. 2b – 2f - Etap II (zaleca się wersję uproszczoną kosztorysu ofertowego);
- 3) aktualne na dzień składania ofert oświadczenie wykonawcy o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu zgodne ze wzorem określonym w Załączniku nr 3 do s.i.w.z.;
- 4) aktualne na dzień składania ofert oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia, z wykorzystaniem wzoru określonego w Załączniku nr 4 do s.i.w.z.

Zgodnie z rozdz. XII, pkt 3 s.i.w.z., wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu zamówienia jest wynagrodzeniem kosztorysowym. Rozliczenie robót nastąpi na podstawie kosztorysu powykonawczego.

Zgodnie z przedmiarem robót w zakresie oświetlenia terenu + wewnętrzna linia zasilająca + zasilanie wiaty, wykonawcy obowiązani byli wycenić pozycję „Ręczne kopanie rowów dla kabli o głębok. do 0.8 m i szer .dna do 0.4 w gruncie kat. VI”. Odwołujący tej pozycji nie wycenił.

Pismem z dnia 15 września 2020 roku zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień. Zamawiający wskazał, iż *W kosztorysie ofertowym — branża elektryczna załączonym do oferty złożonej w dniu 17.08.2020 r. Wykonawca nie wskazał poz. nr 1 z przedmiaru robót będącego zał. nr 2e do SIWZ: „Ręczne kopanie rowów dla kabli o głębok. do 0,8 m i szer. dna do 0,4 w gruncie kat. IV, obmiar: 165 m”. Zgodnie z rozdz. VI.2. SIWZ Wykonawca powinien przedłożyć kosztorys ofertowy sporządzony według Załącznika nr 2 do SIWZ — Przedmiary robót.*

Pismem z dnia 15 września 2020 roku odwołujący udzielił następujących wyjaśnień: *W nawiązaniu do pisma znak NT. RPR.271. I .4.2020 z 15.09.2020 wyjaśniamy, że pozycja pierwsza omyłkowo została potraktowana jako nazwa działu przy wczytywaniu przez program kosztorysowy NORMA PRO z pliku pdf stanowiący załącznik do SIWZ. Pomimo to Wykonawca koszt wynikający z braku tej pozycji skalkulował w dwóch pozostałych pozycjach. W celu wyjaśnienia tej kwestii do niniejszego pisma załączamy kosztorys*

ofertowy z niezmienioną kwotą ofertową, uwzględniając brakującą pozycję pierwszą „Ręczne kopanie rowów dla kabli o głębok. do 0,8 m i szer. dna do 0,4 w gruncie kat IV, obmiar 165 m” z zerową ceną jednostkową. Wykonawca raz jeszcze potwierdza, że oferuje wykonanie pozycji pierwszej („Ręczne kopanie rowów dla kabli o głębok. do 0,8 m i szer. dna do 0,4 w gruncie kat IV, obmiar 165 m”) z zerową ceną jednostkową.

Do wyjaśnień odwołujący dołączył kosztorys dot. branży elektrycznej, w której pozycję „Ręczne kopanie rowów dla kabli o głębok. do 0.8 m i szer .dna do 0.4 w gruncie kat. VI” wycenił na 0 zł.

Pismem z dnia 25 września 2020 roku zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty odwołującego.

Zamawiający wskazał, iż:

Kosztorys ofertowy załączony do oferty Wykonawcy złożonej w dniu 17.08.2020 r. nie odpowiada treści załącznika nr 2e do SIWZ. Wykonawca w przedmiotowym kosztorysie ofertowym nie wycenił pozycji: „Ręczne kopanie rowów dla kabli o głębok. do 0.8 m i szer .dna do 0.4 w guncie”. Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy z prośbą o wyjaśnienie treści złożonej oferty. We wskazanym przez Zamawiającego terminie Wykonawca wyjaśnił, iż ww. pozycja została omyłkowo ujęta przez program kosztorysowy jako nazwa działu, a Wykonawca koszt wynikający z braku tej pozycji skalkulował w dwóch pozostałych pozycjach. Dodatkowo załączony został kosztorys ofertowy uwzględniający brakującą pozycję z zerowa ceną jednostkową.

Należy zauważyć, że wprowadzone poprawki muszą stanowić odzwierciedlenie złożonego oświadczenia woli Wykonawcy wyrażonego w ofercie. Wyjaśnienia nie mogą prowadzić do negocjacji z Wykonawcą, modyfikacji istotnych zapisów jego oferty czy ustalenia nowej treści oferty. Zgodnie ze stanowiskiem Urzędu Zamówień publicznych nie podlega poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP brak wyceny poszczególnych pozycji kosztorysowych w sytuacji, w której Zamawiający przyjął kosztorysową formę wynagrodzenia. Jak podkreślono w wyroku z dnia 11 lutego 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1833/09, przy cenie kosztorysowej istotne znaczenie jako treść oferty mają ceny jednostkowe, służące do faktycznych rozliczeń z uwzględnieniem ilości ustalonej obmiarem powykonawczym. Brak wyceny którejs z pozycji kosztorysu ofertowego, nie jest omyłką, lecz istotnym brakiem oświadczenia woli, nie mieszczącym się w pojęciu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Ponadto zgodnie z wyrokiem z dnia 25 października 2019 r., sygn. akt KIO 2021/19 należy, wskazać, że zmiany w ofercie przetargowej po jej otwarciu powinny być co do

zasady wykluczone z zastrzeżeniem możliwości korekty omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 1—3 Pzp. Inne podejście do kwestii możliwości zmian niewątpliwie prowadzi do naruszenia zasady przejrzystości, równości wykonawców i możliwości uczciwego konkurencyjnego. Tym samym zasadą jest niezmiennosc złożonej oferty. W postępowaniu o udzielenie zamówienia Zamawiający oczekuje złożenia prawidłowo przygotowanych ofert. Wykonawcy składający ofertę powinni więc w tym zakresie zachować należyta staranność obowiązującą w profesjonalnym obrocie gospodarczym.

W myśl wyroku KIO z 5 kwietnia 2017 r. (KIO 501/17) „Gdyby można przyjąć że Zamawiający nie musi, dokonując wyboru oferty, być przekonany, że wybiera ofertę, która jest zgodna merytorycznie z siwz, w ustawie nie byłoby przepisu obligującego Zamawiającego do odrzucenia oferty, której treść jest niezgodna z treścią siwz. Zamawiający zobligowany jest do dokonania rzetelnego badania i oceny oferty pod względem zgodności zaoferowanego przedmiotu oferty z opisem przedmiotu zamówienia”.

W ocenie Zamawiającego niewiarygodnym jest fakt skalkulowania przez Wykonawcę brakującej pozycji w dwóch pozostałych. W kosztorysie inwestorskim, brakująca w kosztorysie ofertowym Wykonawcy pozycja została wyceniona na 8 666,69 zł. Pozostałe dwie- ręczne zasypywanie rowów oraz nasypanie warstwy piasku odpowiednio na 3 602,20 zł oraz 411 zł. Natomiast Wykonawca w wyjaśnieniach odpowiedział, iż brakujący koszt wycenił w pozycji 2. i 3. opiewających na 3 002,38 zł i 655,27 zł. Ponadto na podstawie analizy złożonych ofert Zamawiający obliczył średnią arytmetyczną wycenę omawianych pozycji, która kształtuje się następująco: poz. nr 1 — 6 697,27 zł, poz. nr 2 — 3 816,73 zł, poz. nr 3 — 771 , 19 zł. Rzetelna ocena i badanie ofert utwierdza Zamawiającego na stanowisku, iż brakująca w kosztorysie ofertowym Wykonawcy pozycja nie została skalkulowana w pozostałych pozycjach. Oczywiście ocena dokonana przez Zamawiającego w ww. zakresie nie stanowi sama w sobie podstawy do odrzucenia oferty, a jedynie ma wskazać na wątpliwy charakter wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę.

Zgodnie z zapisami specyfikacji wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu zamówienia jest wynagrodzeniem kosztorysowym, w takim przypadku brak kosztorysu ofertowego (lub jego części) powoduje odrzucenie oferty. Kosztorys ofertowy składany przez Wykonawcę w postępowaniu był dla Zamawiającego podstawą do oceny nie tylko poprawności określenia ceny oferty, lecz stanowił podstawowe i jedyne źródło ustalenia, czy treść oferty odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Oferta została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Istotą sporu jest rozstrzygnięcie co do tego, czy oferta odwołującego jest zgodna z s.i.w.z., oraz – w przypadku stwierdzenia niezgodności – czy zamawiający był obowiązany poprawić ofertę odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p.

Wskazując na powyższe, Izba stwierdziła, iż oferta odwołującego nie jest zgodna z s.i.w.z. Specyfikacja w rozdz. VI pkt 2.2 przewidywała, że wykonawca jest obowiązany złożyć kosztorys ofertowy z wartością robót stanowiącą cenę zamówienia zgodny z Załącznikiem nr 2 do s.i.w.z.: Zał. 2a - Etap I, Zał. 2b – 2f - Etap II (zaleca się wersję uproszczoną kosztorysu ofertowego). Kosztorys złożony przez odwołującego nie jest zgodny z załącznikiem nr 2e do s.i.w.z., ponieważ odwołujący nie wycenił pozycji 1 tego załącznika.

Izba wskazuje, że istotą kosztorysowego rozliczenia realizacji przedmiotu zamówienia jest wyliczenie ceny końcowej w oparciu o ilość faktycznie zrealizowanych prac oraz ceny jednostkowe poszczególnych rodzajów nakładów i prac. Mając wiedzę o takim rodzaju rozliczenia zadania, wykonawcy musi być świadomy, że jego obowiązkiem jest załączenie do oferty wszystkich cen jednostkowych dla nakładów i prac składających się na całość przedmiotu zamówienia. Tym samym pominięcie w kosztorysie ofertowym pozycji kosztorysu dotyczącego branży elektrycznej, sporządzonego na podstawie odpowiedniego przedmiaru jest równoznaczne z nieokreśleniem w ofercie ceny jednostkowej dla tej branży. Konsekwencją braku wyceny przez odwołującego pozycji kosztorysu branży elektrycznej jest zaniechanie wycenienia przez tego wykonawcę całości przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z s.i.w.z.

Izby nie przekonało stanowisko odwołującego, jakoby wycenił on pozycję na 0 zł, a jedynie przez omyłkę programu kosztorysowego, nie wskazał tej wartości w kosztorysie. W szczególności wskazać należy, że wycena danej pozycji na 0 zł oraz niewskazanie żadnej wartości w tej pozycji nie są okolicznościami tożsamymi. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że wpisanie w danej pozycji kwoty „0 zł” jest jej wyceną (np. w wyroku KIO z dnia 22 kwietnia 2010 r., KIO/UZP 496/10) oraz że symbolowi „0” przypisana jest konkretna wartość liczbowa. Wskazanie kwoty „0 zł” stanowi więc wycenę danej pozycji w przeciwieństwie do braku podania jakiegokolwiek wartości liczbowej, który należałoby uznać za brak wyceny, czyli podając kwotę „0 zł” wykonawca wskazał jaką wartość dla niego przedstawia.

W rozpoznawanym przypadku odwołujący nie wycenił w ogóle pozycji 1 kosztorysu branży elektrycznej. W ocenie Izby, twierdzenie, że pozycja ta była wyceniona na 0 zł

stanowi nieuprawnioną zmianę treści oferty. Jest to bowiem zmiana prowadząca do spowodowania, by brak wyceny został zastąpiony wyceną na konkretną kwotę 0 zł. Izba wskazuje, że tego rodzaju zmiana wykracza również poza przesłanki dopuszczalnej poprawy treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p.

Stosownie do art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p., zamawiający poprawia w ofercie wykonawcy inne omyłki (aniżeli oczywiste omyłki pisarskie i rachunkowe) polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 12 czerwca 2012 roku sygn. akt KIO 1084/12, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone powinno być w celu wyłonienia wykonawcy, który złożył ofertę zgodną z oczekiwaniami zamawiającego opisanymi w s.i.w.z., a następnie uzyskał największą liczbę punktów zgodnie z kryteriami oceny ofert wskazanymi w s.i.w.z. Weryfikacji powołanych okoliczności służy procedura badania i oceny ofert, przy wykorzystaniu instrumentów, w które ustawodawca wyposażył zamawiającego, aby zagwarantować z jednej strony wykonawcom rzetelną ocenę złożonych ofert, a drugiej – zamawiającemu wybór oferty najkorzystniejszej spełniającej wyartykułowane w s.i.w.z. oczekiwania.

Stwierdzić dalej należy, że w realiach konkretnej sprawy, zanim zamawiający podejmie decyzję o odrzuceniu oferty jako niezgodnej z treścią s.i.w.z., zobowiązany jest wszechstronnie ją zbadać, bacząc, by wyjaśnić w trybie opisanym w art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p. stwierdzone nieścisłości i dokonać poprawy omyłek zgodnie z dyrektywami wyrażonymi w art. 87 ust. 2 pkt 1 – 3 Pzp. Dopiero wyczerpanie tej procedury uprawnia zamawiającego do ustalenia, że treść oferty nie odpowiada treści s.i.w.z., a w konsekwencji odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 ust. 2 Pzp (vide: wyrok KIO z 29 lipca 2011 r., sygn. akt KIO 1514/11 z oraz wyrok KIO z 8 maja 2012 r., sygn. akt KIO 819/12).

Granice dopuszczalnej ingerencji zamawiającego w treść oferty określa przepis art. 87 ust. 2 pkt 1 – 3 ustawy P.z.p. opisujący zasady rządzące poprawianiem omyłek. W szczególności w tym kontekście wymaga komentarza art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. dotyczący poprawiania innych niż oczywiste (pisarskie i rachunkowe) omyłek polegających na niezgodności oferty z treścią s.i.w.z., niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, przewidując *sui generis* procedurę doprowadzenia do zgodności treści złożonej oferty z treścią s.i.w.z. Powołany przepis ma charakter wyjątku od zasady, iż złożona oferta od początku powinna odpowiadać w pełni s.i.w.z. (art. 82 ust. 3 ustawy P.z.p.). Warunkiem skutecznej poprawy omyłki w ofercie odwołującego jest okoliczność, że dokonana poprawa nie może prowadzić do istotnej zmiany treści oferty. Ponadto, *aby dokonać poprawienia innej*

omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, Zamawiający musi mieć wiedzę w jaki sposób omyłkę poprawić, a wiedza ta musi wynikać z zapisów SIWZ oraz z treści oferty wykonawcy. Istota omyłki polega na tym, że jej zauważenie i uznanie, że dana treść została błędnie wpisana, możliwe jest bez konieczności występowania do wykonawcy o informacje w tym zakresie. Ponadto musi istnieć wyłącznie jeden możliwy do samodzielnego ustalenia przez Zamawiającego sposób poprawienia oferty." Takie stanowisko wyraziła Izba w wyroku z dnia 17 października 2019 roku sygn. akt: KIO 1964/19.

W rozpoznawanej sprawie wskazane wyżej warunki umożliwiające poprawienie oferty odwołującego nie zaistniały. Ani w ofercie odwołującego, ani w postanowieniach s.i.w.z., nie ma informacji, które pozwalałyby zamawiającemu na ustalenie, iż – po pierwsze – pozycja pierwsza jest wyceniona na 0 zł, oraz – po drugie, że zakres prac tej pozycji został uwzględniony w kolejnych pozycjach kosztorysu. Odwołujący poinformował o tym dopiero w złożonych wyjaśnieniach.

Poprawienie oferty odwołującego w sposób, w jaki odwołujący się tego domaga, byłoby niemożliwe do przeprowadzenia przez zamawiającego, bez uzyskania wyjaśnień od odwołującego co do szczegółów dokonania takiej czynności. Uzyskanie zaś tego rodzaju wyjaśnień wykracza poza dyspozycję art. 87 ust. 1 zdanie drugie ustawy P.z.p., zgodnie z którą niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Poprawienie oferty odwołującego na podstawie złożonych przez niego wyjaśnień doprowadziłoby do istotnych zmian w jego ofercie.

Tym samym Izba uznała, że zamawiający, nie dokonując poprawy oferty odwołującego i odrzucając jego ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 ustawy P.z.p., nie naruszył przepisów ustawy P.z.p.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z s.i.w.z. musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny, dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w s.i.w.z. oraz zobowiązania oferowanego w ofercie, tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami s.i.w.z. (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania s.i.w.z. dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczania ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy również tradycyjnie zamieszczane w s.i.w.z.); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na

czym konkretnie niezgodność ta polega – co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami s.i.w.z.

Ogólnie wskazać tu należy, dzielając w tym zakresie stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w uzasadnieniu wyroku z dnia 28 maja 2010 r., sygn. akt KIO 868/10, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia, od momentu jej udostępnienia, jest wiążąca dla zamawiającego – jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Jak wskazuje art. 70¹ § 3 Kodeksu cywilnego jest to zobowiązanie, zgodnie z którym organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty, zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu. Z uwagi na to, że – obok ogłoszenia – zamawiający konkretyzuje warunki przetargu zarówno odnośnie do zamówienia (umowy), jak i prowadzenia postępowania w specyfikacji, to s.i.w.z. należy uznać za warunki przetargu w rozumieniu K.c. Udostępnienie s.i.w.z. jest zatem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w si.w.z. Zaznaczyć przy tym należy, iż co do zasady, dla oparcia i wyprowadzenia konsekwencji prawnych z norm s.i.w.z., jej postanowienia winny być sformułowane w sposób precyzyjny i jasny. Precyzyjne i jasne formułowanie warunków przetargu, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem *sine qua non*, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W ocenie Izby zamawiający dokonał oceny oferty odwołującego z uwzględnieniem przepisów ustawy P.z.p. oraz warunkami, jakie sam ustalił w s.i.w.z. Tym samym zarzuty odwołania należy uznać za nieuzasadnione.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy P.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....