

WYROK

z dnia 4 maja 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie **4 maja 2023 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **19 kwietnia 2023 r.**

przez wykonawców: **K. S., E. W. wspólnie ubiegające się o udzielenie zamówienia jako wspólniczki spółki cywilnej SALTOR, Kielce** [„Odwołujący”]

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Część 1: Przebudowa ciągu pieszo-rowerowego, łączącego ul. Kielecką z osiedlem Orłowo w Starachowicach wraz z budową oświetlenia i odbudową kładki pieszo-rowerowej przez rzekę Kamienną oraz zagospodarowanie północnej linii brzegowej zalewu Pasternik w ramach tytułów inwestycyjnych „Wykonanie ciągu pieszo-rowerowego łączącego ul. Kielecką z os. Orłowo na terenie Gminy Wąchock i Miasta Starachowice” i „Rewitalizacja – Lepsze życie w Starachowicach, miście, które znalazło pomysł na siebie” (ZP.271.1.2023.SD)*

prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Starachowice** [„Zamawiający”]

przy udziale wykonawcy: **Zakład Remontowo-Budowlany „W.” C. W. w spadku, Wola Kopcowa** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. Umarza postępowanie w zakresie zarzutów z pkt II.2 i pkt II.5 i skorelowanych z nimi żądań odwołania.**
- 2. Oddala odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów i żądań.**
- 3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i zalicza w poczet tych kosztów kwotę 10000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez niego tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14

Sygn. akt KIO 1108/23

dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Uzasadnienie

Gmina Starachowice {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „ustawa Pzp”, „pzp” lub „Pzp”) w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane pn. *Część 1: Przebudowa ciągu pieszo-rowerowego, łączącego ul. Kielecką z osiedlem Orłowo w Starachowicach wraz z budową oświetlenia i odbudową kładki pieszo-rowerowej przez rzekę Kamienną oraz zagospodarowanie północnej linii brzegowej zalewu Pasternik w ramach tytułów inwestycyjnych „Wykonanie ciągu pieszo-rowerowego łączącego ul. Kielecką z os. Orłowo na terenie Gminy Wąchock i Miasta Starachowice” i „Rewitalizacja – Lepsze życie w Starachowicach, miście, które znalazło pomysł na siebie” (ZP.271.1.2023.SD).*

Ogłoszenie o tym zamówieniu 27 stycznia 2023 r. zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 00063125.

Wartość tego zamówienia jest poniżej progów unijnych.

14 kwietnia 2023 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Zakład Remontowo-Budowlany „W.” C. W. w spadku z Woli Kopcowej {dalej: „ZRB” lub „Przystępujący”}.

19 kwietnia 2023 r K. S. i E. W. z Kielc, które wspólnie złożyły ofertę jako wspólniczki spółki cywilnej Saltor {dalej również: „Saltor” lub „Odwołujący”}, wniosły do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższej czynności Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 204 ust. 1 – przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy ZRB, pomimo że jego oferta powinna być odrzucona.
2. Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b – przez zaniechanie odrzucenia oferty ZRB który złożył wykaz robót niepotwierdzający spełnienie warunków udziału w postępowaniu z uwagi na zawarte w nim nieprawdziwe informacje.
3. Art. 226 ust. 1 pkt 5 – przez uznanie treści kosztorysu ofertowego ZRB za zgodny z SWZ pomimo stwierdzonych niezgodności z warunkami opisanymi w SWZ.
4. Art. 223 ust. 2 pkt 3 – przez bezpodstawne poprawienie pozycji kosztorysu ofertowego ZRB, polegające na zmianie opisów tych pozycji, co w konsekwencji modyfikowało zakres rzeczowy oferty i prowadziło do jej negocjowania.
5. Art. 128 ust. 4 lub art. 128 ust. 1 – przez zaniechanie wezwania ZRB do wyjaśnienia

wykazu robót i poświadczenia ich wykonania lub ewentualne wezwania do wykazania się innym doświadczeniem, gdyby izba uznała informacje w wykazie robót za błąd, a nie celowe podanie nieprawdziwych informacji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu {lista żądań}:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Odrzucenia oferty ZRB.
3. Powtórzenia badania i oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty.

W ramach uzasadnienia powyższe zarzuty zostały sprecyzowane przez powołanie się na następujące okoliczności.

{ad pkt 2. i 5. listy zarzutów – zarzuty dotyczące niewykazania spełniania warunku udziału}

Zarzut niewykazania przez ZRB warunku udziału dotyczącego zdolności zawodowej wykonawcy i alternatywny względem niego zarzut zaniechania wezwania ZRB do uzupełnienia wykazu robót zostały ostatecznie wycofane.

{ad pkt 3. i 4. listy zarzutów – zarzuty dotyczące niezgodności oferty z warunkami zamówienia}

{okoliczności faktyczne}

Brzmienie postanowienia pkt 14 SWZ:

Cena ofertowa winna być obliczona przy zachowaniu zasad staranności, wiedzy technicznej i sztuki budowlanej – w oparciu o niniejszą Specyfikację warunków zamówienia oraz przedmiar robót.

(...)

Wycenę należy sporządzić uwzględniając następujące zasady:

a) kosztorys ofertowy należy sporządzić metodą kalkulacji uproszczonej, polegającej na obliczeniu wartości kosztorysowej robót objętych przedmiarem robót jako sumy iloczynów ilości jednostek przedmiarowych robót i ich cen jednostkowych bez podatku a) od towarów i usług,

b) kosztorys ofertowy winien zawierać wyłącznie pozycje występujące w przedmiarze pobranym od Zamawiającego (wszystkie),

Zamawiający nie zezwala na pomijanie lub łączenie pozycji kosztorysowych (tj. stosowanie łącznej ceny jednostkowej dla dwóch lub więcej pozycji),

c) w każdej pozycji powinny być podane:

– numer pozycji (Lp.),

– podstawa wyceny,

– opis pozycji – identyczny z opisem w przedmiarze. Zamawiający dopuszcza zmiany opisu wynikające jedynie ze zmiany oferowanych materiałów, urządzeń, maszyn (na równoważne)

oraz odległości wywozów,

- jednostka obmiarowa (identyczna jak w otrzymanym przedmiarze),
- ilość jednostek obmiarowych robót (identyczna jak w otrzymanym przedmiarze),
- cena jednostkowa pozycji (bez podatku VAT),
- wartość robót tej pozycji wynikająca z pomnożenia ceny jednostkowej przez ilość jednostek obmiarowych.

d) ceny jednostkowe poszczególnych robót wyszczególnionych w przedmiarze robót muszą zawierać wszystkie koszty związane z ich realizacją, jak również zawierać koszty: wszelkich robót przygotowawczych i porządkowych, obsługi geodezyjnej, koszty utrzymania zaplecza budowy, przewidywanych odszkodowań z tytułu zniszczeń powstałych w związku z prowadzeniem robót, koszty związane z odbiorami wykonanych robót, wykonania dokumentacji powykonawczej oraz inne koszty wynikające ze SWZ i załączonej do niej umowy,

e) nie dopuszcza się stosowania upustów (zarówno do wyliczonych cen jednostkowych, jak również do ogólnej ceny oferty),

f) cena ofertowa stanowi sumę wartości poszczególnych pozycji powiększoną o podatek VAT naliczony przez Wykonawcę zgodnie z obowiązującymi przepisami.

(...)

W kosztorysie ofertowym [jest – ...] ZRB wystąpiły następujące różnice w stosunku do przedmiarów załączonych do SWZ [powinno być – ...] {lista przypadków niezgodności} [kosztorys pn. „Roboty mostowe (kładka pieszo-rowerowa)”]

- 1) poz. nr 2 – powinno być: *Wbicie tymczasowych grodzic stalowych dł. 6,0m wraz z wyciągnięciem: (120m – wykop fund. pod przyczółkiem nr 2 oraz zabezpieczenie wykopu pod wymianę gruntu pod nasyp drogowy od istn. grobli do przyczółka + 20m – wykop fund. pod przyczółkiem nr 1) – jest: Wbicie ścianek szczelnych wraz z wyciągnięciem;*
- 2) poz. nr 4 – powinno być: *Wykopy pod wymianę gruntu pod nasypem drogowym wraz z załadunkiem i wywozem: (860m² x śr. 1,5m) oraz wraz z zabezpieczeniem wykopu i odwodnieniem – jest: Wykopy pod wymianę gruntu pod nasypem drogowym wraz z załadunkiem i wywozem;*
- 3) poz. nr 6 – powinno być: *Wykonanie nasypów gruntem z dowozu wraz z zagęszczeniem w ramach wymiany gruntu: [1390 m³ (wykopy) – 40 m³ (ławy fund. przyczółków) – jest: Roboty ziemne poprzeczne na przerzut z wbudowaniem w nasyp; grunt kat. I-II;*
- 4) poz. nr 8 – powinno być: *Przygotowanie i montaż zbrojenia betonu stałą o wytrz. fyk= 500 MPa: 3810,0 kg (przyczółek nr 1)+ 4093,0 kg (przyczółek nr 2) + 10824,0 kg (płyta*

- pomostu) – jest: Montaż zbrojenia – podpory słupowe i przyczółki – pręty o śr. 10-14 mm;*
- 5) poz. nr 11 – powinno być: *Konstrukcje stalowe ustroju niosącego kładek ze stali S355 – jest: Konstrukcja stalowa kładki;*
- 6) poz. nr 12 – powinno być: *Pokrywanie konstrukcji stalowej powłokami malarskimi powierzchni metalizowanych – (min 240 μm) – jest: Malowanie konstrukcji powłokami malarskimi;*
- 7) poz. nr 13 – powinno być: *Pokrywanie konstrukcji stalowej powłokami malarskimi powierzchni stykających się z betonem (warstwa szczepna min 40 μm) – jest: Malowanie konstrukcji powłokami malarskimi powierzchnie stykające z betonem;*
- 8) poz. 14 – powinno być: *Metalizacja (200 μm) – jest: Metalizacja;*
- 9) poz. nr 16 – powinno być: *Nawierzchnia epoksydowo poliuretanowa o gr. min. 5mm: (5,0m x 27,7m – płyta pomostu + 4m² x 2 – skrzydła przyczółka) – jest: Posadzki typu Plastidur - epoksydowe powłokowe EP grubości 0.5 mm;*
- 10) poz. nr 19 – powinno być: *Zakup i montaż balustrad stalowych wraz z zabezpieczeniem antykorozyjnym i malowaniem (3m x 4 – skrzydła przyczółków) – jest: Montaż poręczy mostowych odcinki proste;*
- 11) poz. nr 22 – powinno być: *Zabezpieczenie korpusów przyczółków folią „kubelkową” i geotkaniną filtracyjną: (30m² x 2 -przyczółki) – jest: Zabezpieczenie korpusów przyczółków folią kubelkową;*
- 12) poz. nr 23 – powinno być: *Ułożenie rurek drenarskich na podkładzie z betonu C12/15: (25m x 2) – jest: Drenaż z rury elastycznej PVC-U w zwojach z filtrem na wykonanej podsypce;*
- 13) poz. nr 26 – powinno być: *Umocnienie powierzchniowe skarp i stożków kamieniem polnym gr. 16-20cm na betonie C12/15 grub. 10cm: – umocnienie powierzchniowe skarp i stożków: (20 m² x 3 + 50 m²) – jest: Umocnienie powierzchniowe skarp i stożków;*
- 14) poz. nr 28 – powinno być: *Zabezpieczenie antykorozyjne powierzchni betonowych przez oczyszczenie strumieniowo ścierne, uzupełnienie ubytków betonu (gruboziarnistymi mat. PCC), szpachlowanie szlamem PCC, gruntowanie i wykonanie powłok malarskich: (114m² –płyta pomostu + 25 m² x 2 -ściany przyczółków) – jest: Zabezpieczenie antykorozyjne powierzchni betonowych - czyszczenie strumieniowo ścierne, szpachlowanie, gruntowanie, wykonanie powłok malarskich;*
- [kosztorys pn. „Roboty drogowe (ścieżka pieszo-rowerowa)"]
- 15) poz. nr 24 – powinno być: *Warstwa wiążąca jezdni drogowej z bet. asf. AC16W gr. 4cm –jest: Nawierzchnia z mieszanki asfaltu lanego grysowej – warstwa wiążąca o grubości 4 cm;*

16) poz. 25 – powinno być: *Warstwa ścieralna jezdni drogowej z bet. asf. AC11S gr. 4cm* – jest: *Nawierzchnia z mieszanki asfaltu lanego grysowej - warstwa ścieralna o grubości 4 cm*;

17) poz. 31 – powinno być: *Wykonanie i montaż stalowych balustrad drogowych typu U-11a o wysokości 1,20 m* – jest: *Montaż balustrad stalowych U11a*.

Zamawiający w ramach poprawienia innych omyłek dokonał w kosztorysie pn. „Roboty mostowe (kładka pieszo-rowerowa)” zmiany opisu pozycji bez zmiany wyceny np. dla pozycji nr 2, 4, 6, 8, 9, 10, 12, 13, 14, 19, 21, 23, 32.

ZRB określił cenę jednostkową 0,00 zł dla poniższych pozycji:

- 1) poz. nr 23 *Dokumentacja powykonawcza + mapy geodezyjne* w kosztorysie pn. „Oświetlenie ciągu pieszo-rowerowego”;
- 2) poz. nr 1.d.1.1.1 *Wytyczenie geodezyjne pomostów drewnianych – w warunkach normalnych*,
- 3) poz. nr 12.d.2.1.1 *Wytyczenie geodezyjne kładki dla pieszych – w warunkach normalnych*,
- 4) poz. nr 13.d.2.1.1. *Wykopy fundamentowe szerokoprzestrzenne głębokości do 3,0 m wykonywane na łądzie w gruncie nawodnionym, bez umocnień ścian, grunt pozostawiony na odkładzie (grunt kat. I-IV)*

– w kosztorysie ofertowym pn. „*Pasternik – mostowa*”.

(...)

- w kosztorysie ofertowym pn. „*Pasternik – drogi*” np. dla pozycji numer 9,

- w kosztorysie ofertowym pn. „*Pasternik – mała architektura*” np. dla pozycji numer 29, 30, 31.

(...)

[cytat z akapitu drugiego na str. 12 odwołania]

{okoliczności prawne}

Poprawa omyłki jest wyjątkiem od ogólnej zasady niezmienności treści oferty po jej złożeniu (art. 223 ust. 1 ustawy pzp), a także zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, o której mowa w art. 16 ustawy pzp. Dla dochowania tych zasad wszyscy wykonawcy składają oferty na identycznych warunkach opisanych w SWZ. Wyjątkiem od tej zasady jest poprawienie omyłek w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 pzp, co musi być jednak skorelowane z uwzględnieniem wyjątkowego charakteru tej instytucji (tak w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 11 stycznia 2023 r. sygn. akt KIO 3458/22).

Konieczność korekty omyłek na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp nie uchyla wynikającego z art. 223 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy pzp zakazu negocjacji między

zamawiającym a wykonawcą dotyczących treści złożonej oferty. W szczególności poprawienie innej omyłki jest dopuszczalne, jeżeli zamawiający ma możliwość jej dokonania bez udziału Wykonawcy w oparciu o informacje zawarte w poprawianej ofercie.

{subsumpcja}

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów, jak w pkt 3 i 4 listy zarzutów na wstępie odwołania, wyszczególniając w pierwszej kolejności następujące kategorie niezgodności kosztorysu ofertowego ZRB z warunkami SWZ co do zasad sporządzania wyceny określonych w pkt 14 SWZ:

1. Sporządzenie metodą kalkulacji szczegółowej zamiast uproszczonej [pkt 14 lit. a].
2. Pomijanie lub łączenie pozycji [np. w poz. 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18 kosztorysu pn. „Roboty drogowe (ścieżka pieszo-rowerowa)“], co nie było dozwolone [pkt 14 lit b].
3. Numeracja pozycji nieodpowiadająca numeracji z przedmiarów [pkt 14 lit c].
4. Nieidentyczność opisu pozycji z opisem w przedmiarze [pkt 14 lit. c].
5. Zaniechanie wyceny pozycji [pkt 14 lit. d oraz e].

Ad 4.

Według Odwołującego niezgodność opisów pozycji kosztorysu ofertowego i przedmiaru oznacza, że *ZRB wycenił roboty, które nie są zgodne z opisem przedmiotu zamówienia, a co za tym idzie nie uwzględniają prawidłowego zakresu robót, wyboru i wyceny materiałów spełniających STWIOR oraz usług objętych zamówieniem, a tym samym ZRB nie wycenił [patrz lista przypadków niezgodności powyżej]:*

- ad 1) – grodziec stalowych o długości 6 m, gdyż w materiałach dla tej poz. przyjętą grodziec G62 (ciężar 154,9 kg/m²) w ilości 20020 kg; zgodnie z przedmiarem należy wykonać 140 mb ścianki szczelnej o 6 m długości = 840 m² x 154,9 kg = 130116,0 kg, czyli w kosztorysie nie uwzględniono ponad 110 ton stali;
- ad 2) – odwodnienia wykopu, które ze względu na wysoki poziom wód gruntowych oraz teren zalewowy jest niezbędne do prawidłowego wykonania robót ziemnych;
- ad 3) – wykonania nasypów z nowego materiału spełniającego wymagania STWIOR z dowozu wraz z zagęszczeniem, a zamiast tego wycenił roboty ziemne wykonywane na miejscu z materiału istniejącego, który nie nadaje się do wbudowania zgodnie z poz. 3 i 4 kosztorysu ofertowego, stąd należy go wywieźć poza teren budowy;
- ad 4) – montażu w ramach zbrojenia przyczółka nr 1 i 2 oraz płyty pomostu prętów zbrojeniowych o właściwych średnicach;
- ad 5) – konstrukcji stalowej kładki ze stali S355;
- ad 6) – zabezpieczenia konstrukcji stalowej kładki powłoką malarską o grubości min. 240 µm, co wymaga 3-krotnego malowania systemem farb;

- ad 7) – zabezpieczenia konstrukcji stalowej kładki powłoką malarską warstwą szczerpną o grubości min. 40 μm , co wymaga zastosowania specjalnej powłoki malarskiej o odpowiedniej szorstkości, która stanowi warstwę szczerpną na powierzchniach stalowych stykających się z betonem;
- ad 8) – metalizacji konstrukcji stalowej kładki o grubości min. 200 μm .;
- ad 9) – materiału spełniającego wymagań STWIOR M.15.03.08, czyli powłoki nawierzchniowo-izolacyjnej betonowego chodnika pomostu spełniającej m. in. rolę izolacji o łącznej grubości 5 mm, a zamiast tego wycenił posadzkę o grubości 0,5 mm, czyli o 10-krotnie mniejszej grubości;
- ad 10) – materiału spełniającego wymagań STWIOR M.19.01.04, czyli balustrad stalowych zabezpieczonych antykorozyjnie i malowanych, a nie poręczy mostowych;
- ad 11) – materiału spełniającego wymagań STWIOR M.20.01.02, czyli zabezpieczenia korpusów przyczółków geokompozytem drenażowym w postaci folii kubelkowej i geotkaniny filtracyjnej, a zamiast tego wycenił zabezpieczenie papą asfaltową na tekturze izolacyjnej;
- ad 12) – materiału spełniającego wymagania STWIOR M.20.01.02, czyli rury drenażowej wykonanej z polietylenu HDPE na podbudowie z betonu C12/15, zamiast tego wycenił ułożenie rury PVC-U na wykonanej podsypce (niewłaściwy rodzaj materiału oraz brak podbudowy betonowej C12/15);
- ad 13) – podbudowy z betonu C12/15 gr. 10cm pod kamień polny na stożkach, zamiast tego w materiałach ujął na podbudowę żwir niesortowany i pospółkę;
- ad 14) – prac zgodnych ze STWIOR M.20.01.07, czyli zabezpieczenia antykorozyjnego powierzchni betonowych (odkrytych) dzięki wpierw oczyszczeniu strumieniowo-sciernym, a następnie uzupełnieniu ubytków betonu gruboziarnistą zaprawą typu PCC, szpachlowaniu szlamem PCC oraz wykonaniu powłoki malarskiej z podwyższoną zdolnością pokrywania zarysowań dzięki gruntowaniu i malowaniu, a zamiast tego wycenił tylko użycie niewłaściwego materiału o nazwie handlowej SUPERFLEX-10, który jest masą uszczelniającą na powierzchni betonowe stykające się z gruntem;
- ad 15) – prac zgodnych ze STWIOR D-05.03.05B, czyli wykonania warstwy wiążącej jezdni drogowej z betonu asfaltowego AC16W gr. 4 cm, a zamiast tego wycenił kompletnie inny materiał tj. mieszankę asfaltu lanego, którego nie stosuje się na nawierzchniach ciągów pieszo-rowerowych;
- ad 16) – prac zgodnych ze STWIOR D-05.03.05A, czyli wykonania warstwy ścieralnej jezdni drogowej z betonu asfaltowego AC11S gr. 4 cm, a zamiast tego wycenił kompletnie inny materiał tj. mieszankę asfaltu lanego, którego nie stosuje się na

nawierzchniach ciągów pieszo-rowerowych;

- ad 17) – balustrady o wysokości 1,20 m, a zamiast tego wycenił montaż balustrad stalowych o standardowej wysokości wynoszącej 1,10 m.

Ad 5.

Odwołujący zarzucił, że ZRB zaniechało wyceny poz. nr 23 kosztorysu pn. „Oświetlenie ciągu pieszo-rowerowego” oraz poz. nr 1.d.1.1.1., 12.d.2.1.1. i 13.d.2.1.1. w kosztorysie ofertowym pn. „*Pasternik – mostowa*”.

W odniesieniu do poz. nr 9 z kosztorysu ofertowego pn. „*Pasternik – drogi*” oraz poz. nr 29, 30, 31 w kosztorysie ofertowym pn. „*Pasternik – mała architektura*” odwołanie zawiera zarzut w brzmieniu: *Nie dostosowanie się do wyjaśnień nr 1 Zamawiającego z dnia 20.02.2023r. oraz zmienionego przedmiaru robót* [patrz akapit drugi na str. 12 odwołania]. Przy czym nie zostało sprecyzowana ani treść tych wyjaśnień, ani na czym polegało owo niezastosowanie się do nich.

W podsumowaniu Odwołujący zarzucił, że złożona oferta (kosztorysy ofertowe) jest niezgodna z warunkami zamówienia a poprawienie tych kosztorysów zostało dokonane wadliwie, co powoduje, że w ofercie tej nie został wyceniony zakres rzeczowy objęty przedmiotem zamówienia.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 2 maja 2023 r. wniósł o jego oddalenie, następująco uzasadniając zajęcie takiego stanowiska w odniesieniu do zarzutów niezgodności treści oferty ZRB z warunkami zamówienia.

Zdaniem Zamawiającego nie określił w pkt 14 SWZ zasad sporządzenia wyceny pod rygorem odrzucenia oferty w razie niezastosowania się do nich. Natomiast zawarł tam informację, że zgodnie z art. 223 ust. 2 ustawy pzp poprawi w ofercie: 1) oczywiste omyłki pisarskie, 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Przy czym w tym ostatnim przypadku wyznaczy wykonawcy odpowiedni termin na wyrażenie zgody na poprawienie w ofercie omyłki lub zakwestionowanie sposobu jej poprawienia, a brak odpowiedzi w wyznaczonym terminie uzna za wyrażenie zgody na poprawienie omyłki. Natomiast odrzuci ofertę wykonawcy, który w wyznaczonym terminie zakwestionuje poprawienie tej omyłki.

Zamawiający zrelacjonował, że poprawił kosztorysy ZRB pismami z 24.03.2023 r. i 12.04.2023 r. Według Zamawiającego kierował się zasadą równego traktowania wykonawców, gdyż samodzielnie (bez udziału wykonawców) poprawił zgodnie z art. 223 ust. 2 pzp omyłki w kosztorysach ofertowych nie tylko ZRB, ale również Firmy Budowlanej

Anna-Bud sp. z o.o. {dalej: „Anna-Bud”} (omyłki rachunkowe oraz inne omyłki polegające na niezgodności kosztorysów ofertowych z przedmiarami robót) i Saltoru (omyłki rachunkowe). Zamawiający zaznaczył, że żaden z tych wykonawców nie zakwestionował sposobu poprawienia tych omyłek w ich ofertach.

Zamawiający wywiódł, że celem regulacji wprowadzonej nowelizacją ustawy pzp w 2008 r. – jak wynika z uzasadnienia rządowego projektu tej ustawy – było umożliwienie poprawienia błędów, które mogą pojawić się w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego. *Intencją ustawodawcy było usprawnienie procedury udzielania zamówień publicznych, zmniejszenia liczby odrzuconych ofert i unieważnienia postępowań. Z analizy orzecznictwa wynika, że cel powyższej regulacji został osiągnięty, bowiem liczba ofert odrzucanych, z powodu omyłek w ich treści, uległa znacznemu zmniejszeniu. (...) Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej punktem odniesienia przy ocenie dopuszczalności dokonania poprawy jest odniesienie dokonanej poprawy do całości oferowanego przez wykonawcę świadczenia [opinia Urzędu Zamówień Publicznych p.t. „Omyłki i błędy w ofertach wykonawców – analiza na przykładzie orzecznictwa sądów okręgowych i Krajowej Izby Odwoławczej”].*

Art. 223 ust. 3 pkt 3 pzp pozwala nie tylko na literalne poprawienie w ofercie innych omyłek polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, ale również pozwala na poprawienie oferty poprzez uzupełnienie brakującej pozycji (tak w uzasadnieniu wyroku Izby z 30.01.2009 r. sygn. akt KIO/UZP 70/09).

Jak wskazuje orzecznictwo Izby: *...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 (z uzasadnienia wyroku Izby z 22.07 2015 r. sygn. akt KIO 1472/15).*

Zdaniem Zamawiającego z następujących powodów nie można mówić ani o jakichkolwiek negocjacjach z ZRB, ani o przekroczeniu zasady dopuszczalności

dokonywania poprawiania innych omyłek.

Po pierwsze, niezgodności pozycji kosztorysowych z przedmiarami robót zostały uznane przez Zamawiającego jako omyłki, a nie celowe działanie ZRB, skutkujące złożeniem oferty niezgodnej z treścią SWZ, a co za tym idzie podlegającej odrzuceniu.

Po drugie, sporządzenie kosztorysu szczegółowego zamiast uproszczonego nie narusza pkt 14 lit. a SWZ, co mogłoby mieć miejsce w sytuacji odwrotnej.

Po trzecie, łączenie poz. nr 9-18 również podlegało poprawieniu w trybie przywołanego przepisu.

Po czwarte, pkt 14 lit. c tiret pierwsze SWZ nie nakazuje tożsamości nr pozycji przedmiaru i kosztorysu ofertowego, a jedynie wskazuje na wymóg określenia m.in. nr poz. kosztorysu ofertowego. Zamawiający nie miał problemów z identyfikacją poszczególnych pozycji. Przede wszystkim niezgodność numerów pozycji nie wpływa na możliwość oceny oferty i nie mogłaby być podstawą odrzucenia oferty.

Po szóste, poz. 2 kosztorysu została wyceniona netto w ofertach: ZRB – na 231.624,40 zł, Anna-Bud – na 311.887,80 zł, Saltor – 67.200,00 zł, czyli tam, gdzie Odwołujący zarzuca brak wyceny ponad 110 ton stali, sam dokonał wyceny na niemalże 3 razy mniejszą kwotę.

Po siódme, zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej wpisanie wartości 0,00 zł też jest rodzajem wyceny:

- *...nie można także zgodzić się z odwołującym, że wpisanie ceny 0 zł świadczy o braku wycenienia danej pozycji. 0 zł też jest rodzajem wyceny i – jak wskazano powyżej – wycena taka nie została zakazana przez zamawiającego (z uzasadnienia wyroku z 25.02.2019 r. sygn. akt KIO 259/19);*
- *...dopuszczalność wyceny przez wykonawcę pewnego elementu zamówienia (pozycji kosztorysowej) za 0 zł, należy oceniać w konkretnych okolicznościach sprawy, mając na uwadze treść postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ) oraz charakter zamówienia (...). Podanie w jednej pozycji kosztorysu wartości 0 zł nie wywołuje skutku w postaci niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, szczególnie w sytuacji gdy zamawiający określając postanowienia SIWZ nie zawęził możliwości określenia cen jednostkowych wyłącznie do wartości dodatnich i nie zastrzegł w SIWZ skutku w postaci odrzucenia oferty z powodu podania wartości 0 zł (z uzasadnienia wyroku z 21.08.2013 r. sygn. akt 1902/13).*

Po ósme, wstawienia wartości 0,00 zł nie można również traktować jako zastosowanie upustów.

Zamawiający zauważył ponadto, że w odwołaniu:

- błędnie zacytowano opis poz. 26 (jest to w rzeczywistości opis poz. nr 27 przedmiarów), który zgodnie z przedmiarem brzmi: *Umocnienie powierzchniowe skarp i stożków: (20 m² x 3 + 50 m²)* i poz. ta nie była przedmiotem poprawy w kosztorysie ZRB, gdyż jej opis był tożsamy;
- choć wymieniono w pierw dla kosztorysu ofertowego pn. „Roboty mostowe (kładka pieszo-rowerowa)” poz. nr 2, 4, 6, 8, 9, 10, 12, 13, 14, 19, 21, 23, 32, w których Zamawiający poprawił opisy jako inne omyłki, brak jest uzasadnienia zarzutu w odniesieniu do poz. nr 9, 10, 21 i 32.

Zamawiający podsumował, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ma charakter – jak to określił – „plastyczny”, co nie tylko pozwala, ale wręcz wymusza na zamawiającym podejmowanie różnego rodzaju czynności naprawczych w celu doprowadzenia złożonych ofert do stanu zgodności z wymaganiami SIWZ. Zamawiający może odrzucić ofertę wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp [obecnie art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp] jedynie w sytuacji ustalenia w sposób niebudzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w SIWZ celu, a oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści SIWZ wymaganiom (tak w uzasadnieniu wyroku Izby sygn. akt KIO1327/09). Ponieważ odrzucenie oferty wykonawcy jest czynnością ostateczną, winno nastąpić dopiero po wyczerpaniu wszystkich dozwolonych prawem możliwości zmierzających do wyjaśnienia lub uzupełnienia oferty w celu ustalenia jej zgodności treścią SIWZ (tak w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w B. z 24 listopada 2010 r. sygn. akt II Ca 803/10).

Przystępujący w zgłoszeniu przystąpienia wniósł o oddalenie odwołania.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 528 ustawy pzp i nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska, natomiast Przystępujący poparł Zamawiającego.

Ponadto Przystępujący zwrócił uwagę, że Zamawiający trafnie zidentyfikował nieuzasadnienie w odwołaniu zarzutu w odniesieniu do poz. nr 9, 10, 21, 32, a ponadto Odwołujący dopiero w piśmie procesowym podniósł zarzuty dotyczące poz. nr 11, 22, 24, 25,

31, co również nie powinno być brane pod uwagę.

W przekonaniu Przystępującego rozumowanie Odwołującego prowadzi do niedającego się zaakceptować wniosku, że postanowieniami SWZ można wyłączyć zastosowanie przepisów ustawy pzp dot. poprawienia tzw. innych omyłek.

Przystępujący podkreślił, że odwołanie bazuje na treści kalkulacji szczegółowej, która została przeprowadzona dodatkowo i ma jedynie charakter pomocniczy, a przede wszystkim służyła skalkulowaniu ceny oferty. W tym kontekście zwrócił uwagę, że przedmiotem zarzutu odwołania w stosunku do żadnej z pozycji kosztorysu nie jest niemożność wykonania określonych nią prac za cenę skalkulowaną dla tej pozycji. Natomiast sposób wyceny przez Przystępującego na potrzeby rozliczenia kosztorysowego na etapie wykonania nie odnosi się do kwestii wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z dokumentacją projektową i STWiOR. W szczególności niezrozumiałe jest argumentowanie przez Odwołującego dla poz. nr 2 o braku wyceny określonej ilości stali w sytuacji, gdy dot. ona będących własnością wykonawcy ścianek tymczasowych, które nie podlegają w budowaniu w obiekt budowlany, a służą jedynie wykonaniu pewnego etapu prac ziemnych.

Przystępujący wyjaśnił, że związku z zatrudnieniem na stałe geodety mógł wycenić na 0 zł pozycje dot. prac geodezyjnych. Z kolei postanowienie dot. zakazu rabatów może być tylko tak rozumiane, że nie mogły być one wpisane niejako w treść kosztorysu, co należy odróżnić od tego, że wykonawca może dokonać wyceny zgodnie z warunkami kontraktowymi, jakie uzyskał np. na materiały u swoich kontrahentów, w tym uwzględnić udzielone przez nich rabaty.

Przed wszystkim według Przystępującego dla możliwości poprawienia istotne znaczenie ma charakter rozbieżności, a nie ich liczba, która z resztą w tym przypadku nie jest w jego ocenie nadmierna, biorąc pod uwagę całość zakresu przedmiarów.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 505 ust. 1 pzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy pzp.

W ocenie Izby Odwołujący, który złożył ofertę w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, wykazał, że ma taki interes, a ponadto, że w związku z objętym zarzutami odrzucenia zaniechaniem odrzucenia oferty Przystępującego może ponieść szkodę, gdyż w przeciwnym razie mógłby potencjalnie liczyć na uzyskanie przedmiotowego

zamówienia.

{ad pkt 2. i 5. listy zarzutów – zarzuty dotyczące niewykazania spełnienia warunku udziału}

Po zapoznaniu się z odpowiedzią na odwołanie Odwołujący oświadczył na posiedzeniu do protokołu, że wycofuje te zarzuty.

Ustawa pzp stanowi, że odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy (art. 520 ust. 1), cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby (art. 520 ust. 2), a Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania (art. 568 pkt 1).

Wobec tego tym bardziej dopuszczalne i celowe jest umorzenie postępowania odwoławczego w odniesieniu do zarzutów odwołania, które został wycofane, czyli w przypadku, gdy odwołanie zostało wycofane częściowo.

Ponieważ taka sytuacja miała miejsce w tej sprawie – wycofane zarzuty związane z warunkiem udziału w postępowaniu nie wymagały rozpatrzenia jako nieistniejące na chwilę orzekania.

{ad pkt 3. i 4. listy zarzutów – zarzuty dotyczące niezgodności oferty z warunkami zamówienia}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

O ile w odwołaniu adekwatnie przytoczono brzmienie postanowień zawartych w pkt 14 SWZ, o tyle całość zawartych tam uregulowań dotyczy sposobu obliczenia ceny oferty, a nie stricte sposobu sporządzenia oferty (czego dotyczy pkt 12 SWZ, niewspomniany w odwołaniu).

Przedmiotem zarzutu odwołania nie jest kwestionowanie możliwości wykonania całości robót budowlanych objętych częścią 1. tego zamówienia za cenę oferty obliczoną w sposób przyjęty przez ZRB, czyli metodą kalkulacji szczegółowej. Odwołanie skupia się bowiem na zaprezentowaniu kilkunastu konkretnych przykładów niezastosowania się przez ZRB do niektórych spośród określonych w lit. a)-f) pkt 14 SWZ zasad (na czele ze sporządzeniem kosztorysu ofertowego metodą uproszczoną), które co do zasady służyć miały wycenieniu poszczególnych i całości robót objętych przedmiotem części 1. zamówienia, a nie sprecyzowaniu oferowanego sposobu ich wykonania. Świadczy o tym również postanowienie zamieszczone bezpośrednio pod wyliczeniem tych zasad (w odwołaniu pominięte). Zamawiający zastrzegł w nim, że w przekazanych wykonawcom przedmiarach

robót określa – w formie opisu pozycji oraz przez podanie katalogów norm lub kodów – jedynie obowiązujący przy wykonaniu zamówienia podstawowy zakres czynności i sposób obmiaru niezbędny do ustalenia cen jednostkowych, nie narzucając żadnej podstawy wyceny i technologii wykonania.

Modyfikacja opisu pozycji przedmiarowej została wyjątkowo dopuszczona, jeżeli miała stanowić wyraz woli wykonawcy co do zmiany wskazanego w niej materiału, urządzenia lub maszyny na inne, ale równoważne im (ponadto zmianie mogła ulec odległość wywozów).

Poza wszelkim sporem jest również fakt, że ZRB wszystkie kosztorysy (w tym te dwa objęte zarzutami odwołania) sporządził tzw. metodą szczegółową w programie komputerowym Norma EXPERT (wersja 5.11.401.1), który posiada wbudowane opisy i podstawy wyceny bazujące na KNR-ach. Tymczasem o ile wszystkie przedmiary dla etapu 2. również zostało sporządzone w programie komputerowym Norma Expert, o tyle trzy z czterech przedmiarów dla etapu 1. [w tym te dwa pn. „Roboty mostowe (kładka pieszo-rowerowa)” i pn. „Roboty drogowe (ścieżka pieszo-rowerowa)"] stanowią opracowania własne sporządzone specjalnie na potrzeby tego postępowania, w których opisy i podstawa wyceny odwołują się do STWiOR załączonych do SWZ.

Wszystkie siedemnaście szczegółowych zarzutów naruszenia wymogu identyczności opisów pozycji kosztorysu ofertowego z przedmiarem pomija powyższe uwarunkowania, a jednocześnie nie polega na wskazaniu, dlaczego sporządzenie kosztorysów metodą szczegółową w specjalistycznym programie komputerowym przy jednoczesnym zaniechaniu dostosowania ich opisów do specyfiki niektórych przedmiarów, należałoby ZRB przypisać wolę wykonania zamówienia niezgodnie z opisem przedmiotu zamówienia.

W tym kontekście nie bez znaczenia jest, że zgodnie z postanowieniem zawartym w pkt 1 SWZ szczegółowy opis przedmiotu zamówienia określa załącznik nr 1 do SWZ – Opis przedmiotu zamówienia, specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót {dalej: „STWiOR”} i projekt wykonawczy, takiej roli w tym postępowaniu nie pełnią przedmiary. Zostały one załączone do SWZ w celu umożliwienia sporządzenia kosztorysu ofertowego, służącego zarówno wyliczeniu ceny oferty, jak rozliczeniu na etapie realizacji umowy wynagrodzenia wykonawcy w oparciu o ceny jednostkowe poszczególnych zakresów robót.

Przy braku postanowienia wprost niedopuszczającego wyceny pozycji na 0 zł nieprzekonujące jest wywodzenie takiego zakazu z niedopuszczenia udzielania w kosztorysie ofertowym upustów, zwłaszcza że niejasne jest, co konkretnie miałyby wynikać z tej reguły. Z kolei nie ma podstaw, aby postanowienia, o którym mowa w pkt 14 lit. d SWZ, rozumieć jako niejako wymóg samofinansowania się każdej z pozycji kosztorysu ofertowego. Wynagrodzenie kosztorysowe za wykonane roboty nie zmienia tego, że przedmiotem umowy

w sprawie tego zamówienia jest osiągnięcie określonego rezultatu dzięki wykonaniu w określonej kolejności poszczególnych zakresów robót objętych kosztorysem ofertowym. Stąd postanowienie określone w pkt 14 lit d SWZ należy interpretować jako zabezpieczające Zamawiającego przed roszczeniami wykonawcy, a temu ostatniemu przypominające, że niezależnie od faktycznego kosztu wykonania prac objętego daną pozycją, wynagrodzenie za nie zostanie obliczone wg stawki, którą podał w kosztorysie ofertowym. Innymi słowy postanowienie to należy raczej wiązać z zapobieżeniem ewentualnemu zaniżeniu ceny oferty, co jednak – jak już powyżej wspomniano – nie było przedmiotem zarzutów odwołania. O tyle to nie dziwi, o ile w odwołaniu zidentyfikowano raptem cztery pozycje, w tym trzy dotyczące prac geodezyjnych, których wykonanie jest immanentnie związane z innymi pozycjami kosztorysu.

Wbrew temu, co sugeruje treść odwołania, Zamawiający samodzielnie zarówno zidentyfikował rozbieżności w kosztorysie ofertowym ZRB w stosunku do przedmiarów załączonych do SWZ (de facto chodzi o kilka kosztorysów i przedmiarów składających się łącznie na wycenę całego zakresu robót objętych zakresem części 1. zamówienia), jak i je usunął, bez zwracania się do ZRB o wyjaśnienia, aby ustalić, w jaki sposób dokonać poprawienia. Zamawiający przyjął za punkt odniesienia treść przedmiarów załączonych do SWZ i w zakresie, w jakim odbiegały od nich co do opisów lub zagregowania pozycji, skorygował kosztorysy ofertowe. Z kolei ZRB nie wnioskował o dokonanie poprawienia w inny sposób, milcząco akceptując czynność Zamawiającego. Obiektywnie rzecz biorąc nie były więc w tym zakresie prowadzone negocjacje pomiędzy Zamawiającym a ZRB.

Jednocześnie w odwołaniu (abstrahując od kwestii negocjowania i samodzielności) nie sprecyzowano, na czym miałyby polegać wadliwość czynności Zamawiającego dokonanej w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 pzp w dwóch krokach w stosunku do oferty ZRB, w istocie zarzut sprowadza się do generalnego kontestowania możliwości dokonywania na podstawie tego przepisu zmian treści oferty, nie tylko w odniesieniu do omówionych już powyżej przypadków niepokrywania się opisu pozycji kosztorysów z przedmiarami czy wyceny kilku pozycji funkcjonalnie powiązanych z innymi pozycjami na 0 zł.

W szczególności nie wiadomo, dlaczego kwestionowana jest czynność Zamawiającego, który zagregowane w kosztorysie pn. „Zagospodarowanie zalewu Pasternik – ścieżka” pozycje dotyczące takiego samego zakresu prac rozdzielił na odrębne pozycje jak w stosownym przedmiarze, co wymagało jedynie działań arytmetycznych na danych określonych w ofercie (cena jednostkowa) lub przedmiarze (ilości przypisane do danej pozycji).

Z uzasadnienia odwołania nie wynika również, w jaki sposób przyjęcie odmiennej numeracji – a tym bardziej przedstawienie kalkulacji w sposób bardziej szczegółowy, niż

oczekiwał tego Zamawiający – miałyby prowadzić do merytorycznej niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia.

Wreszcie zarzuty niezastosowania się w przypadku łącznie czterech podanych numerów pozycji z dwóch kosztorysów ofertowych do wyjaśnień treści SWZ w ogóle nie wskazują na zaistnienie niezgodności z warunkami zamówienia, gdyż ani treść opisu tych pozycji, ani treść owych wyjaśnień nie zostały w ogóle opisane w odwołaniu, choćby w skrócie.

Izba stwierdziła, że w tych okolicznościach odwołanie jest niezasadne.

Odwołujący bezpodstawnie domaga się odrzucenia oferty Przystępującego, gdyż zawarte w kosztorysie rozbieżności w stosunku do przedmiarów zostały prawidłowo poprawione przez Zamawiającego, w wyniku czego oferta ta jest w pełni zgodna z warunkami tego zamówienia.

W pierwszej kolejności konieczne stało się jednak zaznaczenie, że niniejsza sprawa została rozpoznana w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu. Zgodnie z art. 555 ustawy pzp Izba nie może bowiem orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Ponieważ poprzednio obowiązująca ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych {dalej: „popzp”} zawierała taki sam przepis w art. 192 ust. 7, w pełni zachowuje aktualność dotychczasowy dorobek doktryny i orzecznictwa. Wynika z niego, że niezależnie od wskazania w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych czynności lub zaniechania czynności), jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności, przede wszystkim faktycznych, ale i prawnych. Mają one decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu. Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie wypowiedziała się w tym przedmiocie. Przykładowo w uzasadnieniu wyroku z 1 grudnia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1633/09 Izba wskazała, że zarzut odwołania stanowi wskazanie czynności lub zaniechanej czynności zamawiającego (arg. z art. 180 ust. 1 popzp) [aktualnie art. 513 pzp] oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Trafność takiego stanowiska została potwierdzona w orzecznictwie sądów okręgowych, w szczególności w uzasadnieniu w wyroku z 25 maja 2012 r. sygn. akt XII Ga 92/12 Sąd Okręgowy w Gdańsku trafnie wywiódł, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na

sytuację wykonawcy.

W konsekwencji o ile dowody na mocy art. 535 pzp odwołujący może przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy, o tyle okoliczności, z których chce wywodzić skutki prawne musi uprzednio zawrzeć w odwołaniu, pod rygorem ich nieuwzględnienia przez Izbę z uwagi na art. 555 pzp. Należy rozgraniczyć bowiem okoliczności faktyczne konstytuujące zarzut, czyli określone twierdzenia o faktach, z których wywodzone są skutki prawne, od dowodów na ich poparcie. Wpierw muszą zaistnieć bowiem w postępowaniu odwoławczym fakty, z których wywodzone są skutki prawne. Stąd odwołanie, które inicjuje postępowanie odwoławcze, zawsze musi zawierać okoliczności uzasadniające zarzucenie zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy pzp, przy czym nie może się to sprowadzać do samego zanegowania prawidłowości działania zamawiającego, a wymaga skonkretyzować okoliczności faktycznych, które w danej sprawie pozwalają na wyprowadzenie takiego wniosku.

Z uwagi na powyższe pismo Odwołującego z 2 maja 2023 r., jak i jego wypowiedź na rozprawie zostały wzięte pod uwagę wyłącznie w zakresie okoliczności faktycznych i prawnych, które zostały uprzednio podniesione w odwołaniu wniesionym przed upływem zawitego terminu do jego wniesienia.

Art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, przez które – według definicji zawartej w art. 7 pkt 29 pzp – należy rozumieć warunki dotyczące zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jednocześnie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp obliguje zamawiającego do poprawienia w ofercie innych [niż oczywiste omyłki pisarskie i rachunkowe, o których mowa w art. 223 ust. 2 pkt 1 i 2 pzp] polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian treści oferty, niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Ponieważ poprzednio obowiązująca ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych zawierała analogiczne uregulowania, w przeważającej mierze zachowuje aktualność dorobek doktryny i orzecznictwa wypracowany na tle stosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 popzp – zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 popzp [przy czym ten ostatni przepis miał niemal identyczne brzmienie jak obecnie obowiązujący art. 223 ust. 1 pkt 3 pzp]. Różnice sprowadzają się do nieistotnych w okolicznościach tej sprawy zmian terminologii, wynikających z uczynienia obecnie punktem odniesienia dokumentów zamówienia zamiast, jak poprzednio, samej specyfikacji istotnych

warunków zamówienia {w skrócie: „SIWZ”}, która z kolei obecnie nazywana jest specyfikacją warunków zamówienia {w skrócie: „SWZ”}. Innymi słowy na potrzeby zrozumienia dalszego wywodu „SWZ” i „SIWZ” należy poczytać za synonimiczne określenia specyfikacji (istotnych) warunków zamówienia {inaczej w skrócie: „specyfikacji”} jako zasadniczego dokumentu zamówienia opracowywanego przez zamawiających na potrzeby prowadzonego postępowania.

Z art. 223 ust. 1 pzp [87 ust. 1 popzp] wynika, że 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. 2 (oraz dialogu konkurencyjnego), dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Zmiany te sprowadzają się właśnie do wspominanej instytucji poprawienia omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją, co nie może jednak powodować istotnej zmiany treści oferty.

W konsekwencji, co ma kluczowe znaczenie dla tej sprawy, wystąpienie stanu niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji nie zawsze może być podstawą odrzucenia oferty, z uwagi na konieczność uprzedniego zastosowania art. 223 ust. 2 pkt 3 pzp [art. 87 ust. 2 pkt 3 popzp]. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią specyfikacji w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż w pierw obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie tych rozbieżności, jeżeli nie mają istotnego charakteru.

Warto przypomnieć, że intencją ustawodawcy towarzyszącą wprowadzeniu art. 87 ust. 2 popzp [odpowiednika obowiązującego art. 223 ust. 2 pzp] było zniwelowanie formalizmu występującego na gruncie ustawy popzp, aby umożliwić branie pod uwagę w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, których skorygowanie nie prowadzi do istotnych zmian w treści oferty. Wynika to wprost z uzasadnienia do ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw: *W projekcie wprowadza się istotne zmiany dotyczące sposobu poprawiania oczywistych omyłek pisarskich rachunkowych (art. 87 ust. 2). Rezygnuje się z zamkniętego katalogu sposobu poprawiania omyłek rachunkowych, pozostawiając jednocześnie zamawiającemu uprawnienie do poprawiania oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Proponowane rozwiązanie przyczyni się do usprawnienia procedury udzielania zamówienia publicznego oraz do zmniejszenia liczby odrzucanych ofert i unieważnianych postępowań. Ogranicza się sytuacje, w których oferty uznane za najkorzystniejsze podlegają odrzuceniu ze względu na błędy rachunkowe w obliczeniu ceny, które nie są możliwe do poprawienia w myśl ustawowo określonych reguł. Jest to szczególnie istotne w kontekście*

zamówień na roboty budowlane, w których oferty wykonawców, niezwykle obszerne i szczegółowe, liczące nieraz po kilkadziesiąt tomów, często podlegają odrzuceniu ze względu na drobne błędy w ich treści. Proponowany przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 w szczególności ma na celu umożliwienie poprawiania tego rodzaju błędów, które mogą pojawić się w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego. Należy również podkreślić, że proponowane rozwiązanie nie stoi na przeszkodzie temu, aby zamawiający samodzielnie precyzował w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przykładowe okoliczności, w których będzie dokonywał poprawy omyłek w ofertach w trybie art. 87 ust. 2. Powyższe prowadzi do przejrzystości postępowania, ogranicza kazuistykę ustawy i może ograniczyć ewentualne spory z wykonawcami.

W orzecznictwie Izby wielokrotnie podkreślono, że celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dokonanie wyboru oferty najbardziej poprawnej formalnie, lecz dokonanie wyboru oferty z najniższą ceną lub oferty przedstawiającej najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia (oferty najkorzystniejszej ekonomicznie) [vide uzasadnienie wyroku Izby z 23 marca 2011 r. sygn. akt KIO 522/11]. Jednocześnie czynność poprawiania oferty ma charakter obligatoryjny i zamawiający nie może uchylić się od jej wykonania. Zaniechanie takiej czynności należy uznać za działanie sprzeczne nie tylko z prawem, ale i nieracjonalne, gdyż prowadzi do niesłusznego odrzucenia najkorzystniejszej oferty, które nie zapewnia wyboru oferty zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Izba podziela również stanowisko – wyrażone już w uzasadnieniu wyroku Izby z 5 sierpnia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 959/09 – że rozumienie „innej omyłki” z art. 87 ust. 2 pkt 3 popzp [obecnie art. 223 ust. 2 pkt 3 pzp] nie powinno być interpretowane zawężająco, tj. jedynie jako techniczny błąd w sposobie sporządzenia oferty, pominięcie lub pomylenie określonych wyrażeń lub wartości czy wszelkich innych przeoczeń i braków, które powstały bez świadomości ich wystąpienia po stronie wykonawcy. Słownikowe rozumienie słowa „omyłka” oznacza spostrzeżenie, sąd niezgodny z rzeczywistością, błąd w postępowaniu, rozumowaniu itp. [tak w *Słowniku języka polskiego* pod red. Witolda Doroszewskiego, Wydawnictwo Naukowe PWN, dostępnym na stronie <http://sjpd.pwn.pl>]. Omyłka wykonawcy w przygotowaniu oferty może zatem również wynikać z jego błędnego przekonania co do wymaganego sposobu wykonania zamówienia i wyrażenia powyższego w ofercie. Wykonawca może więc sporządzić ofertę z pełną świadomością co do celowości i kształtu jej poszczególnych zapisów, jednakże mylnie nie zdaje sobie sprawy ze stanu jej niezgodności z treścią specyfikacji. Tego typu błędy wykonawcy, pod warunkiem ich nieistotności, również podlegają poprawie. Ostatecznym momentem weryfikacji omyłki, w tym przypadku zmiany przekonania wykonawcy co do poprawności jego oferty, jest wywołujące określone skutki

prawne zawiadomienie o dokonanych poprawieniach omyłki i ewentualne jego zakwestionowanie przez wykonawcę [art. 226 ust. 1 pkt 11 pzp; poprzednio w art. 89 ust. 1 pkt 7 popzp mowa była o braku zgody na poprawienie], niezależnie od wcześniej składanych deklaracji w tym przedmiocie.

Resumując, jeżeli jakieś konkretne okoliczności nie wskazują co innego – należy przyjąć założenie, zgodnie z którym wykonawcy składają oferty w dobrej wierze i na serio, z zamiarem zaoferowania świadczenia we wszystkich elementach zgodnego z wymaganiami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia i na warunkach określonych w specyfikacji. Natomiast jeżeli dojdzie do wystąpienia niezgodności treści oświadczenia woli wyrażonego w ofercie z treścią specyfikacji, choćby z powodu niedołożenia przez wykonawcę należytej staranności przy sporządzaniu oferty, wtedy wprawdzie zamawiający ma obowiązek rzetelnego rozważenia możliwości zastosowania art. 223 ust. 2 pkt 3 pzp.

Z przepisu tego wprost wynika, że granicą jego zastosowania jest istotna zmiana treści oferty, o czym każdorazowo decydują okoliczności konkretnej sprawy: na ile zmiana oddaje pierwotny sens i znaczenie treści oferty, a na ile stanowi wytworzenie całkowicie nowego oświadczenia, odmiennego od złożonego przez wykonawcę w stopniu nakazującym uznać, że wykonawca nie złożyłby takiego oświadczenia, gdyż nie odzwierciedla ono jego intencji wyrażonych w poddawanej poprawie oferty. O istotności takiej może zatem decydować skala zmiany wielkości ceny, skala zmiany zakresu przedmiotu świadczenia czy warunków jego realizacji. Dla oceny istotnego charakteru wprowadzanych zmian kluczowe znaczenie ma bowiem ich zakres w stosunku do całości treści oferty i przedmiotu zamówienia.

Na powyższe uwarunkowania trafnie zwrócił uwagę Sąd Okręgowy w Krakowie w uzasadnieniu wyroku z 23 kwietnia 2009 r. sygn. akt XII Ga 102/09: *W ocenie Sądu Okręgowego nie ulega jednak kwestii, iż ocena, czy poprawienie innej omyłki przez zamawiającego powoduje (lub nie) istotną zmianę w treści oferty musi być dokonywana na tle konkretnego stanu faktycznego. To co w ramach danego zamówienia może prowadzić do istotnej zmiany w treści oferty nie musi rodzić takiego efektu przy ocenie ofert innego podobnego zamówienia. Nadto należy zaznaczyć, że poprawienie przez zamawiającego innej omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp nie może powodować istotnych zmian w treści całej oferty, a nie jej fragmentu. Innymi słowy kwantyfikator „istotnych zmian” należy w ocenie sądu odnosić do całości treści oferty i konsekwencję tych zmian należy oceniać, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i całość oferty. Ponadto jak to słusznie wskazano w uzasadnieniu wyroku z 13 stycznia 2012 r. sygn. akt KIO 2810/11: [w] orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych przyjmuje się np. możliwość poprawiania treści oferty odnoszących się bezpośrednio do ich essentialia negotii (np. w celu uniknięcia*

tw. „kazu lamp na obwodnicy Wrocławia”, czyli odrzucania ofert z powodu drobnych błędów w ich treści). Podobne stanowisko Izba zajęła w uzasadnieniach wyroków wydanych 24 listopada 2010 r. sygn. akt KIO 2490/10 i 28 września 2010 r. sygn. akt KIO1978/10.

Co do możliwości samodzielnego poprawienia przez zamawiającego omyłkowej niezgodności, bez udziału wykonawcy, w pierwszej kolejności należy zauważyć, że jest to wypracowana w orzecznictwie wskazówka zmierzająca do wytyczenia bezpiecznej granicy zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 popzp [aktualnie art. 223 ust. 2 pkt 3 pzp], gdyż przepis ten wprost takiej przesłanki nie formułuje. Niewątpliwie stosowanie jej w praktyce przez zamawiających eliminuje ryzyko naruszenia zakazu prowadzenia jakichkolwiek negocjacji z wykonawcą na temat złożonej oferty oraz gwarantuje zachowanie podstawowych zasad równego traktowania wykonawców i przestrzegania uczciwej konkurencji pomiędzy nimi. W ocenie Izby nie oznacza to jednak braku możliwości uprzedniego zastosowania instytucji wezwania wykonawcy do wyjaśnienia treści złożonej oferty. Wręcz przeciwnie, skorzystanie przez zamawiającego z wyjaśnień wykonawcy może być wręcz nieodzowne nie tylko dla oceny, czy doszło w ogóle do pomyłki, lecz również dla ustalenia, w jaki sposób należałoby ją poprawić. Zdaniem Izby należy odróżnić skorzystanie z treści udzielonych przez wykonawcę wyjaśnień od niedopuszczalnej ingerencji wykonawcy. Skoro dopuszczalne jest wyjaśnienie treści złożonej oferty, dysponowanie przez zamawiającego wszystkimi niezbędnymi danymi do dokonania poprawienia omyłek bez ingerencji wykonawcy należy oceniać z uwzględnieniem treści informacji uzyskanych w wyniku wyjaśnień.

Omówione powyżej instytucje poprawienia omyłek właściwe dla Prawa zamówień publicznych nie wyłączają konieczności dokonywania wykładni oświadczenia woli, jakim są zarówno specyfikacja, jak i oferta zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, gdyż przez odesłanie wynikające z art. 8 ust. 1 ustawy pzp znajduje tu zastosowanie art. 65 Kodeksu cywilnego. Zgodnie z przepisem art. 65 § 1 kc oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Natomiast według przepisu art. 65 § 2 kc w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu. Innymi słowy wynikające z przepisów art. 65 kc dyrektywy interpretacyjne jednoznacznie potwierdzają konieczność uwzględnienia kontekstu sytuacyjnego składanego oświadczenia woli, a zatem uwzględnienia wszystkich elementów istotnych dla odkodowania faktycznego zamiaru składającego oświadczenie woli. Jak to trafnie uchwycono w uzasadnieniu wyroku Izby z 10 maja 2011 r. sygn. akt KIO 883/11, art. 65 kc daje podstawy do przyjęcia tzw. kombinowanej metody wykładni oświadczeń woli, zmierzającej do uwzględnienia w odpowiednim zakresie zarówno rzeczywistej woli podmiotu

składającego oświadczenie woli, jak i wzbudzonego przez to oświadczenie zaufania innych osób. Z jednej więc strony określone znaczenie przypisuje się woli podmiotu składającego oświadczenie, z drugiej zaś strony dąży się do ochrony interesów osoby, która działa w zaufaniu do ustalonego przez siebie sensu otrzymanego oświadczenia woli, jeżeli przy jego interpretacji dołożyła należytej staranności.

Reasumując, w okolicznościach rozstrzyganej sprawy przy dołożeniu należytej staranności Zamawiający, mógł z łatwością nie tylko stwierdzić, na czym polegają niezgodności kosztorysów ofertowych z przedmiarami, ale i w jaki sposób je poprawić, co też uczynił, dokonując czynności zgodnie z powyżej omówionymi przepisami ustawy pzp. Innymi słowy z całokształtu okoliczności towarzyszących złożeniu kwestionowanej oferty wynika bowiem wola zaoferowania realizacji tego zamówienia na warunkach wynikających z SWZ, w tym wykonania wszystkich prac zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, a zatem wręcz obowiązkiem Zamawiającego było zastosowanie art. 233 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp właśnie w taki, a nie inny sposób.

Mając powyższe na uwadze, Izba:

- działając na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji;
- działając na podstawie art. 553 zd. 2 pzp w zw. z art. 529 ust. 1 pzp – orzekła, jak w pkt 2. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono, jak w pkt 3. sentencji, stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 oraz § 8 ust. 2 pkt 1 zd. 1 w zw. z § 5 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis od odwołania.