Sygn. akt: KIO 1820/22

WYROK

z dnia 27 lipca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 lipca 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 lipca 2022 r. przez

wykonawcę R. N. w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - Skarb Państwa -

26 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Zegrzu

przy udziale wykonawcy R. W., zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. odrzuca odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 roku, poz. 1129 ze zm.) poprzez lakoniczne uzasadnienie unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zawiadomieniu z dnia 17 czerwca 2022 roku,

2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,

3. kosztami postępowania obciąża wykonawcę R. N. i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę R. N. .

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dnia od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Sygn. akt: KIO 1820/22

Uzasadnienie

Zamawiający - Skarb Państwa - 26 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Zegrzu - prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są roboty budowlane: 1, Roboty budowlane w budynku nr 34 Celestynów, 2. Roboty budowlane na placu przy budynku nr 25 Celestynów, 3. Remont budynku nr 4 w Zegrzu skrzydło A, 4.

Roboty budowlane — strzelnica garnizonowa Zielonka, 5. Roboty budowlane — strzelnica

garnizonowa Wesoła.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 roku, poz. 1129 ze zm.), zwana dalej ustawą P.z.p.

W dniu 11 lipca 2022 roku wykonawca R. N. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.P.H.U. RAF-MAR Usługi Remontowe R. N. (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec zawiadomienia o ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej w części 3 z dnia 5

lipca 2022 roku w zakresie:

1) niezgodnej z przepisami ustawy P.z.p. czynności zamawiającego, polegającej na dokonaniu przez zamawiającego ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 5 lipca 2022 roku pod pozornymi zarzutami dotyczącymi kosztorysu ofertowego odwołującego w części 3, który to winien na podstawie art. 239 ust. 1 ustawy P.z.p. zostać wybrany z uwagi na kompletny, zgodny z przedmiotem zamówienia oraz specyfikacją warunków zamówienia (SWZ) kosztorys ofertowy, zapewniając przy tym najkorzystniejszą ofertę;

2) niezgodnego z przepisami ustawy P,z.p, zastosowania art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. oraz jego nadużycia i odrzucenia oferty odwołującego, przy czym odrzucenie oferty na podstawie tego przepisu może mieć miejsce wyłącznie w przypadku, kiedy treść oferty, rozumianej jako oświadczenie woli wykonawcy (zawartość merytoryczna oferty), nie odpowiada warunkom zamówienia opisanym lub określonym w dokumentach zamówienia w odniesieniu do przedmiotu zamówienia lub sposobu jego realizacji, co w żadnym wypadku nie ma miejsca w ofercie złożonej przez odwołującego, tym bardziej nie ma miejsca w pozornych zarzutach zamawiającego wskazanych w zawiadomieniu o ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej w części 3 z dnia 5 lipca 2022 roku;

3) niezgodnego z przepisami ustawy P.z.p. zastosowania art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy

P.z.p., zgodnie z którym niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone — podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Zamawiający w zawiadomieniu z dnia 17 czerwca 2022 roku o unieważnieniu czynności wyboru z dnia 14 czerwca 2022 roku w części 2 i 3 jedynie lakonicznie uzasadnił unieważnienie czynności wyboru, w żaden sposób nie dokonując uzasadnienia faktycznego i prawnego, a następnie w piśmie z dnia 5 lipca 2022 roku nie dokonał uzasadnienia prawnego czynności odrzucenia oferty odwołującego;

4) zaniechania przez zamawiającego dokonania następującej czynności w przytoczonym powyżej postępowaniu, do której to zamawiający był obowiązany na podstawie art. 223 ust. 1, 2 i 3 pkt 3 ustawy P.z.p., gdzie w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń, czego w przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie uczynił, a zgodnie z ugruntowaną linią orzeczniczą KIO, w każdym przypadku powzięcia przez zamawiającego wątpliwości co do treści oferty lub w przypadku, gdy wątpliwości te obiektywnie występują, prawo żądania wyjaśnień staje się jego obowiązkiem;

5) z uwagi na fakt, iż zarzuty zamawiającego miały marginalne znaczenie, w żadnym wypadku niepowodujące zmian w treści oferty, zamawiający winien poprawić ofertę oraz niezwłocznie zawiadomić o tym wykonawcę, do czego zamawiający był obowiązany a czego nie uczynił (ewentualnie zamawiający zobowiązany był na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy P.z.p. do żądania złożenia wyjaśnień przez wykonawcę).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu, na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. b ustawy P.z.p., unieważnienia czynności z dnia 5 lipca

2022 roku w przedmiocie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej oraz utrzymania decyzji z dnia 14 czerwca 2022 roku w przedmiocie wyboru oferty najkorzystniejszej lub, na podstawie art. art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. a, nakazanie zamawiającemu wykonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z zawiadomieniem o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 14 czerwca 2022 roku.

Odwołujący wniósł o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa prawnego.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 21 lipca 2022 roku, doręczonej Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lipca 2022 roku wniósł o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca R. W. (dalej: przystępujący). Przystępujący poparł stanowisko zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

W dniu 4 maja 2022 roku zostało zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2022/BZP 00144466/01.

Wartość zamówienia nie przekracza równowartości kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy P.z.p.

W dniu 20 maja 2022 roku doszło do otwarcia ofert.

Kosztorys ofertowy budowlany złożony przez odwołującego został sporządzony w oparciu o różne ceny jednostkowe dla tych samych robót. Cena jednostkowa robót objętych pozycją nr 4 kosztorysu ofertowego to 1,27 zł/m^2 a cena jednostkowa tych samych robót objętych pozycją nr 50 to 3,89/m^2, pozycją nr 142 to 2,49 zł/m^2.

Łączna ilość roboczogodzin w kosztorysie ofertowym budowlanym odwołującego dla części 3, zsumowana ze wszystkich pozycji Zestawienia Robocizny jest inna niż w kosztorysie ślepym zamieszczonym przez zamawiającego, stanowiącym załącznik do SWZ. W kosztorysie ślepym łączna ilość roboczogodzin to 12315,56, natomiast w kosztorysie ofertowym odwołującego to 123 15,58. W ofercie odwołującego zmieniony został nakład „Woda z rurociągów". W kosztorysie ślepym jest ilość 15,17 m^3 przyjęta jako materiał Inwestora, natomiast w kosztorysie ofertowym budowlanym odwołującego dla części 3 w zestawieniu materiałów przyjęto 14,96 m^3 jako materiał Inwestora i 0,21 m^3 jako materiał odwołującego.

Pismem z dnia 14 czerwca 2022 roku zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej w części 2 i 3, tj. oferty odwołującego.

Pismem z dnia 17 czerwca 2022 roku zamawiający zawiadomił wykonawców o unieważnieniu czynności wyboru z dnia 14 czerwca 2022 roku w części 2 i 3.

Zamawiający wskazał, co następuje:

Zamawiający w dniu 14.06.2022 r. powiadomił Wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej. Następnie w dniu 15.06.2022 r, Komisja uznała, że czynności wyboru najkorzystniej ofert mogła być dokonana z pewnymi uchybieniami na etapie oceny oferty wybranego Wykonawcy.

W związku z tym Komisja podjęła decyzję o konieczności unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i powtórzenia czynności badania i oceny ofert, opierając się na podstawowych zasadach systemu zamówień publicznych oraz orzecznictwie, które wskazuje, że Zamawiający ma każdorazowo prawo do samoistnego podjęcia decyzji o powtórzeniu dokonanych przez siebie czynności w toku postępowania o udzielenie

zamówienia publicznego o ile uzna , iż dokonane uprzednio czynności są obarczone wadą lub zachodzą inne okoliczności uzasadniające ich unieważnienie. Nadrzędną zasadą dotyczącą wszelkiego rodzaju czynności przedsiębranych przez instytucje zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest ich zgodność z przepisami ustawy Pzp.

W związku z powyższym Komisja wnosi o unieważnienie czynności wyboru oraz powtórzeniu czynności badania i oceny ofert a także dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej w częściach nr 2 i nr 3 przedmiotowego postępowania.

Pismem z dnia 5 lipca 2022 roku zamawiający zawiadomił o ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej w części 3. Za najkorzystniejszą została uznana oferta przystępującego. Pismo zostało przekazane wykonawcom za pomocą platformy zakupowej.

W tym samym piśmie zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty odwołującego. Zamawiający wskazał, co następuje:

(...) podczas czynności badania ofert Zamawiający uznał, że oferta Wykonawcy odbiega od wymaganych w SWZ warunków, co obliguje koniecznością ich odrzucenia na

podstawie art. 226 ust. 1 pkt ustawy PZP

Uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty:

Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego winien złożyć ofertę zgodną pod względem treści w zakresie przedmiotu zamówienia z jego opisem zawartym w specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, jak również pod względem zgodnym z przedmiarem robót, co wynika z SWZ. Należy nadmienić, iż „Treść oferty" to treść zobowiązania wykonawcy do zgodnego z żądaniami Zamawiającego wykonania przedmiotu zamówienia publicznego.

W wyroku KIO/UZP 663/09 Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że treść oferty należy rozumieć jako treść zobowiązania wykonawcy do zgodnego z żądaniami zamawiającego wykonania zamówienia. Na tak rozumianą treść oferty składa się formularz ofertowy oraz wszystkie dokumenty dookreślające i precyzujące zobowiązanie wykonawcy, składane wraz z formularzem ofertowym. W przypadku formy wynagrodzenia kosztorysowego za treść oferty uznaje się kosztorys ofertowy (wyceniony przedmiar robót).

Kosztorys ofertowy budowlany ww. Wykonawcy został sporządzony w oparciu o różne ceny jednostkowe dla tych samych robót i tak cena jednostkowa robót objętych pozycją nr 4 kosztorysu ofertowego to 1,27 zł/m^2 a cena jednostkowa tych samych robót objętych pozycją nr 50 to 3,89/m^2, pozycją nr 142 to 2,49 zł/m^2 co jest nie zgodne z zapisami SWZ,

Stosując różne ceny jednostkowe dla tych samych robót brak jest możliwości rozliczenia powykonawczego robót ze względu na brak możliwości przyjęcia jednej ceny jednostkowej do rozliczenia robót.

Zgodnie z zapisami SWZ rozdział XVII:

- pkt. 3: „Obliczona na podstawie przedmiaru robót — ślepego kosztorysu — załącznik nr 2 do SWZ, który należy załączyć do Formularza ofertowego (załącznik nr I do SWZ), cena za wykonanie przedmiotu umowy będzie traktowana w umowie, jako wynagrodzenie: kosztorysowe powykonawcze"

- pkt. 5: „Wykonawca powinien obliczyć cenę oferty metodą kalkulacji szczegółowej w oparciu o ceny jednostkowe robót, zgodnie z powszechnie obowiązującymi zasadami kosztorysowania robót budowlanych, a także zgodnie z zakresem robót określonym w przedmiarze robót ślepym kosztorysie załącznik nr 2 do SWZ.

- pkt, 10: „Ceny jednostkowe netto ujęte w kosztorysie ofertowym Wykonawcy, jak również składniki cenotwórcze podane w kosztorysie ofertowym nie mogą być podwyższone w całym okresie obowiązywania umowy."

- pkt. 11: Cena powinna być tylko jedna; nie dopuszcza się wariantowości cen,

Zgodnie z zapisami projektu Umowy § 4

20. Podstawą płatności jest cena jednostkowa skalkulowana przez Wykonawcę w kosztorysie ofertowym, za jednostkę obmiarową ustaloną dla danej pozycji kosztorysu. 21. Wysokość Wynagrodzenia Wykonawcy określa się według cen jednostkowych z kosztorysu ofertowego oraz rzeczywiście wykonanych i odebranych robót. Ceny jednostkowe kosztorysu ofertowego mają charakter cen ryczałtowych (niezmiennych), 22. Cena jednostkowa pozycji kosztorysowej uwzględnia wszystkie czynności, wymagania i badania składające się na jej wykonanie, określone dla tej roboty w Specyfikacji Technicznego Wykonania i Odbioru Robót zgodnie z załącznikiem nr 2a, 2b do umowy.

Łączna ilość roboczogodzin w kosztorysie ofertowym budowlanym Wykonawcy dla części 3, zsumowana ze wszystkich pozycji Zestawienia Robocizny jest inna niż w kosztorysie ślepym zamieszczonym przez Zamawiającego, stanowiącym załącznik do SWZ. W kosztorysie ślepym łączna ilość roboczogodzin to 12315,56, natomiast w kosztorysie ofertowym Wykonawcy to 123 15,58. Zgodnie z rozdziałem XVII pkt 6 SWZ zmiana w ilościach określonych przez Zamawiającego skutkować będzie odrzuceniem oferty: „Kosztorys powinien zawierać: stronę tytułową, przedmiar robót, kosztorys szczegółowy, tabele elementów scalonych oraz zestawienie materiałów, zestawienie robocizny, zestawienie robocizny, zestawienie sprzętu. Brak wypełnienia i określenia wartości w którejkolwiek pozycji jak i wprowadzenie jakichkolwiek zmian w ilościach określonych przez Zamawiającego skutkować będzie odrzucenie oferty".

W ofercie Wykonawcy zmieniony został nakład „Woda z rurociągów". W kosztorysie ślepym jest ilość 15,17 m^3 przyjęta jako materiał Inwestora, natomiast w kosztorysie ofertowym budowlanym Wykonawcy dla części 3 w zestawieniu materiałów przyjęto 14,96 m^3 jako materiał Inwestora i 0,21 m^3 jako materiał Wykonawcy. Zgodnie z rozdziałem XVII pkt 6 SWZ zmiana w ilościach określonych przez Zamawiającego skutkować będzie odrzuceniem oferty: „Kosztorys powinien zawierać: stronę tytułową, przedmiar robót, kosztorys szczegółowy, tabele elementów scalonych oraz zestawienie materiałów, zestawienie robocizny, zestawienie sprzętu. Brak wypełnienia i określenia wartości w którejkolwiek pozycji jak i wprowadzenie jakichkolwiek zmian w ilościach określonych przez Zamawiającego skutkować będzie odrzuceniem oferty." Powyższa oferta Wykonawcy zostaje odrzucona w związku z niezgodnością treści oferty z warunkami zamówienia polegającą na niezgodności zobowiązania, które Wykonawca wyraził w swojej ofercie i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, które Zamawiający opisał w SWZ i którego przyjęcia oczekuje. Powyższe rozumienie niezgodności treści oferty z treści SWZ zostało potwierdzone wyrokiem z dnia 24 października 2008 r. (KIO/UZP 1093/08) „niezgodność treści oferty z treścią SWZ ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami Zamawiającego". Przytoczony powyżej wyrok, mimo powołania się na nieobowiązującą już ustawę Pzp, ma odzwierciedlenie w obecnym stanie prawnym.

Stan faktyczny Izba ustaliła na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym: specyfikacji warunków zamówienia, oferty odwołującego, protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pism zamawiającego z dnia 14 i 17 czerwca 2022 roku, pisma zamawiającego z dnia 5 lipca 2022 roku, a także pisma zamawiającego z dnia 13 lipca 2022 roku.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. poprzez lakoniczne uzasadnienie unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zawiadomieniu z dnia 17 czerwca 2022 roku podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy P.z.p.

W pozostałym zakresie odwołanie podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania

ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. Okoliczność ta nie była pomiędzy stronami sporna.

Odnosząc się do zarzutu, który został przez Izbę odrzucony, Izba wskazuje, że dotyczył on czynności, której zamawiający dokonał w dniu 17 czerwca 2022 roku.

Zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p., odwołanie wnosi się, w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne, w terminie:

a) 5 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej,

b) 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana w sposób inny niż określony w lit. a.

Informacja z dnia 17 czerwca 2022 roku została przekazana wykonawcom drogą elektroniczną, zatem - zgodnie ze wskazanym wyżej przepisem (lit. a) - termin na jej zaskarżenie wynosił 5 dni i upływał w dniu 22 czerwca 2022 roku. Zaskarżenie czynności w odwołaniu wniesionym w dniu 11 lipca 2022 roku należy uznać za spóźnione i podlegające odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy P.z.p., zgodnie z którym Izba odrzuca odwołanie, jeżeli zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut dotyczący niezgodnej z przepisami ustawy P.z.p. czynności zamawiającego, polegającej na dokonaniu przez zamawiającego ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 5 lipca 2022 roku pod pozornymi zarzutami dotyczącymi kosztorysu ofertowego odwołującego w części 3, który to winien na podstawie art. 239 ust. 1 ustawy P.z.p. zostać wybrany z uwagi na kompletny, zgodny z przedmiotem zamówienia oraz specyfikacją warunków zamówienia (SWZ) kosztorys ofertowy, zapewniając przy tym najkorzystniejszą ofertę.

Izba wskazuje, że zamawiający w dniu 17 czerwca 2022 roku unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonaną w dniu 14 czerwca 2022 roku. Czynność unieważnienia wyboru oferty nie została zaskarżona w terminie przewidzianym ustawą P.z.p, zatem stała się prawomocna i skuteczna wszystkich uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Czynność ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty była więc faktyczną i logiczną konsekwencją unieważnienia pierwotnego wyboru, do której to czynności zamawiający był uprawniony, ale także zobowiązany, zgodnie z przepisami ustawy.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut niezgodnego z przepisami ustawy P.z.p. zastosowania art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p., zgodnie z którym niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone — podając uzasadnienie faktyczne i prawne, poprzez zaniechanie w piśmie z dnia 5 lipca 2022 roku wskazania uzasadnienia prawnego czynności odrzucenia oferty odwołującego.

Izba przeanalizowała treść zawiadomienia z dnia 5 lipca 2022 roku i stwierdziła, że zawiadomienie to zawiera zarówno wskazanie podstawy prawnej odrzucenia oferty odwołującego (art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p.), jak również uzasadnienie, dlaczego zamawiający przyjął wskazany przepis za podstawę odrzucenia oferty. Okoliczność, że zamawiający nie wyodrębnił w treści zawiadomienia fragmentu tekstu i nie opatrzył go śródtytułem „Uzasadnienie prawne" nie oznacza, że uzasadnienie takie nie zostało wskazane, skoro fakt jego zamieszczenia wynika wprost z treści pisma.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut niezgodnego z przepisami ustawy P,z.p, zastosowania art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. oraz jego nadużycia i odrzucenia oferty odwołującego oraz skorelowany z nim zarzut zaniechania przez zamawiającego wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty i jej poprawienia na podstawie art. 223 ustawy P.z.p., w zakresie sporządzenia kosztorysu ofertowego budowlanego odwołującego w oparciu o różne ceny jednostkowe dla tych samych robót.

Stosownie do art. 223 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.w.z., zobowiązany jest wszechstronnie ją zbadać bacząc, by wyjaśnić w trybie opisanym w art. 223 ust. 1 ustawy P.z.p. stwierdzone nieścisłości i dokonać poprawy omyłek zgodnie z dyrektywami

wyrażonymi w art. 223 ust. 2 pkt 1 - 3 ustawy P.z.p. Dopiero wyczerpanie tej procedury

uprawnia zamawiającego do ustalenia, że treść oferty nie odpowiada treści s.w.z., a w

konsekwencji odrzucenia oferty na podstawie (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 zakreśla przepis art. 223 ust. 2 pkt 1 - 3 ustawy P.z.p., opisujący zasady rządzące poprawianiem omyłek. W szczególności w tym kontekście wymaga komentarza art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. dotyczący poprawiania innych niż oczywiste (pisarskie i rachunkowe) omyłek polegających na niezgodności oferty z treścią s.w.z., niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, przewidując sui generis procedurę doprowadzenia do zgodności treści złożonej oferty z treścią s.w.z. Powołany przepis ma charakter wyjątku od zasady, iż złożona oferta od początku powinna odpowiadać w pełni s.w.z. (art. 218 ust. 2 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. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p, zamawiający musi mieć wiedzę w jaki sposób omyłkę poprawić, a wiedza tu musi wynikać z zapisów s.w.z. 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 (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 października 2019 roku sygn. akt: KIO 1964/19).

W rozpoznawanej sprawie wskazane wyżej warunki umożliwiające poprawienie oferty odwołującego nie zaistniały. Wskazać należy, że odwołujący w kosztorysie ofertowym zastosował trzy różne stawki w odniesieniu do tych samych robót. W ofercie odwołującego nie ma informacji, które pozwalałyby zamawiającemu na ustalenie, która z pozycji kosztorysu jest tą właściwą. Ustalenie tego przez zamawiającego byłoby niemożliwe bez uzyskania wyjaśnień od odwołującego. Uzyskanie zaś tego rodzaju informacji od odwołującego wykraczałoby poza dyspozycję art. 223 ust. 1 zdanie drugie ustawy P.z.p., zgodnie z którą niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści. Poprawienie oferty odwołującego po uprzednim złożeniu wyjaśnień przez odwołującego doprowadziłoby do istotnych zmian w jego ofercie, przede wszystkim z tego powodu, że informacje te miały stanowić podstawę rozliczenia powykonawczego robót. Wskazanie kilku stawek za te same roboty powoduje brak możliwości rozliczenia powykonawczego robót ze względu na brak możliwości przyjęcia jednej ceny jednostkowej do rozliczenia robót.

Tym samym Izba uznała, że zamawiający, nie dokonując poprawy oferty odwołującego i odrzucając jego ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p., nie naruszył przepisów ustawy P.z.p.

Izba uznała za słuszne co do zasady zarzuty podniesione na podstawie tych samych przepisów ustawy P.z.p, co zarzut rozpoznany wyżej, a dotyczące zaniechania przez zamawiającego poprawienia oferty odwołującego w zakresie ilości roboczogodzin oraz nakładu „Woda z rurociągów". W ocenie Izby zmiany te mieszczą się w dopuszczalnym

zakresie zmian przewidzianych art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. Są to zmiany tak nieistotne, że ich poprawienie nie doprowadziłoby do istotnych zmian w treści oferty - nie zniekształciłoby w znaczącym stopniu oświadczenia woli odwołującego. Co prawda, zamawiający w treści s.w.z. (rozdział XVII pkt 6) wskazał, że zmiana w ilościach określonych przez zamawiającego skutkować będzie odrzuceniem oferty, niemniej jednak - w ocenie Izby - zamawiający tym zapisem nie może wyłączyć stosowania bezwzględnie obowiązujących przepisów ustawy P.z.p., w tym art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy i zastosować go każdorazowo, gdy okoliczność przewidziana tym zapisem będzie miała miejsce.

Niemniej jednak uznanie słuszności zarzutów nie zawsze jest równoznaczne z ich uwzględnieniem. Zgodnie bowiem z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p., Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. W rozpoznawanym przypadku oferta odwołującego podlega odrzuceniu z uwagi na wskazanie w kosztorysie ofertowym różnych cen jednostkowych dla tych samych robót. Uwzględnienie zarzutów dotyczących ilości roboczogodzin i nakładu „Woda z rurociągów" nie zmieniłoby statusu oferty odwołującego w postępowaniu i nie miałoby wpływu na wynik postępowania. Zatem zarzuty te, na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p. (a contrario), podlegają oddaleniu.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 8 ust. 2 pkt 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. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: .....