Sygn. akt: KIO 797/23

WYROK

z dnia 6 kwietnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 kwietnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 marca 2023 r. przez wykonawcę R. P., prowadzącego w Gołdapi działalność gospodarczą pod firmą R. P., Przedsiębiorstwo Handlowo- Usługowo — Produkcyjne „Palwod" Export Import

w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Gołdap z siedzibą w Gołdapi

przy udziale wykonawcy K. K., prowadzącego w Gołdapi działalność gospodarczą pod firmą PBO K. K., zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wykonanie, na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, czynności poprawienia w ofercie odwołującego omyłek polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujących istotnych zmian oferty, w zakresie pozycji 10, 12, 15, 58, 59, 66, 67, 68, 95, 98, 99 kosztorysu ofertowego

odwołującego na budowę pompowni wody,

2. kosztami postępowania obciąża Gminę Gołdap z siedzibą w Gołdapi w części ½ oraz wykonawcę K. K., prowadzącego w Gołdapi działalność gospodarczą pod firmą PBO K. K. w części ½ i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięciu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę R. P., prowadzącego w Gołdapi działalność gospodarczą pod firmą R. P.,

Przedsiębiorstwo Handlowo- Usługowo — Produkcyjne „Palwod" Export Import tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Gminy Gołdap z siedzibą w Gołdapi na rzecz wykonawcy R. P., prowadzącego w Gołdapi działalność gospodarczą pod firmą R. P., Przedsiębiorstwo Handlowo- Usługowo — Produkcyjne „Palwod" Export Import kwotę 6.808 zł 50 gr (słownie: sześciu tysięcy ośmiuset ośmiu złotych pięćdziesięciu groszy),

2.3. zasądza od wykonawcy K. K., prowadzącego w Gołdapi działalność gospodarczą pod firmą PBO K. K. na rzecz wykonawcy R. P., prowadzącego w Gołdapi działalność gospodarczą pod firmą R. P., Przedsiębiorstwo Handlowo- Usługowo — Produkcyjne „Palwod" Export Import kwotę 6.808 zł 50 gr (słownie: sześciu tysięcy ośmiuset ośmiu złotych pięćdziesięciu groszy).

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: ……..…

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

Gmina Gołdap z siedzibą w Gołdapi, zwana dalej „zamawiającym", prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp" lub „Pzp", którego przedmiotem jest budowa wodociągu Bałupiany - Niedrzwica - Łobody - Wiłkajcie - Somaniny - Mażucie - Pietraszki wraz z przepompownią wody w Gołdapi.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 14 lutego 2023 r., nr 2023/BZP 00094576.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 22 marca 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca R. P., prowadzący w Gołdapi działalność gospodarczą pod firmą R. P., Przedsiębiorstwo Handlowo- Usługowo — Produkcyjne „Palwod" Export Import, zwany dalej „odwołującym".

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 223 ust. 1, art. 223 ust. 2 pkt 1 oraz art. 223 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 223 ust. 3 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp

— przez zaniechanie zażądania od niego złożenia wyjaśnień dotyczących treści jego oferty, a następnie zaniechanie poprawienia w jego ofercie oczywistych omyłek pisarskich oraz innych omyłek, polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści tej oferty, przy jednoczesnym poprawieniu oferty innego wykonawcy w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 223 ust. 3 Pzp, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, bez wskazania kryteriów, stanowiących podstawę podjętych czynności poprawy oferty tego wykonawcy oraz kryteriów, stanowiących podstawę zaniechania tożsamych czynności względem oferty Odwołującego (zarzut III.1 odwołania),

2) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp — przez bezpodstawne odrzucenie jego oferty, pomimo że jej treść, po wykonaniu czynności przewidzianych przepisami art. 223 ust. 1, art. 223 ust. 2 pkt 1 oraz art. 223 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 223 ust. 3 Pzp, była zgodna z warunkami zamówienia (zarzut III.2 odwołania),

3) art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 oraz 17 ust. 2 Pzp - przez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, po wcześniejszym bezpodstawnym odrzuceniu jego oferty, będącym następstwem bezpodstawnego zaniechania wykonania względem jego oferty czynności przewidzianych przepisami art. 223 ust. 1, art. 223 ust. 2 pkt 1 oraz art. 223 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 223 ust. 3 Pzp, przy jednoczesnym poprawieniu, w trybie art. art. 223 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 223 ust. 3 Pzp, oferty wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, bez wskazania kryteriów, stanowiących podstawę

podjętych czynności poprawy oferty tego wykonawcy oraz kryteriów, stanowiących podstawę zaniechania tożsamych czynności względem jego oferty - co w konsekwencji miało bezpośredni wpływ na wynik postępowania (zarzut III.3 odwołania).

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia wyboru jako najkorzystniejszej oferty K. K., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: PBO K. K. w Gołdapi,

2) unieważnienia odrzucenia swej oferty,

3) powtórzenia badania i oceny ofert z uwzględnieniem swej oferty,

4) poprawienia swej oferty w trybie przepisu art. 223 ust 2 pkt 1) Pzp oraz art. 223 ust. 3 Pzp w związku z art. 223 ust. 2 pkt 3) Pzp, w zakresie wskazanym w uzasadnieniu odwołania,

5) dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący argumentował, że w pkt 1 rozdziału VI SWZ Zamawiający wskazał, że szczegółowe opisy obydwu części przedmiotu zamówienia określone zostały w dokumentacji projektowej, szczegółowych specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, przedmiarze robót, opinii geotechnicznej — stanowiących załączniki od nr 12.1 do nr 12.6 do SWZ — dla I części przedmiotu zamówienia oraz załączniki od nr 13.1 do nr 13.4 do SWZ — dla II części przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wskazał, że przedmiary robót Zamawiającego sporządzone zostały m.in. w oparciu o Katalogi Nakładów Rzeczowych — KNR oraz Kosztorysowe Normy Nakładów Rzeczowych — KNNR. Zamawiający wymagał od ubiegających się o zamówienie „ścisłego" zachowania „(...) wszystkich pozycji, j.m., ilości robót oraz ich kolejności" (Rozdział XXXI. pkt 2 SWZ). Przedmiar robót Zamawiającego dla II — ej części przedmiotu zamówienia zawierał 99 pozycji. Zamawiający w przedmiarze robót dla tej części przedmiotu zamówienia odwoływał się: 58 — krotnie wprost do poszczególnych pozycji i kosztorysowych normy nakładów rzeczowych, przy czym 3 — krotnie odwoływał się do tych norm używając oznaczenia „p.z.", nie wyjaśniając jednakże znaczenia tego skrótu, 32 — krotnie poprzez analogię, zaś 9 — krotnie dokonał analizy indywidualnej.

Odwołujący wskazał także, że Zamawiający przewidział, że „Wszędzie tam, gdzie Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia przez odniesienie do norm, ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w art. 101 ust. 1 pkt 2 i ust. 3 ustawy, przyjmuje się, że odniesieniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny", a Zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym" (Rozdział

VI. pkt 1.3. SWZ). Nadto Zamawiający wskazał, że „Jako równoważne dopuszcza się inne rozwiązania, niż podane w dokumentacji projektowej, pod warunkiem zagwarantowania równorzędnych parametrów technicznych i technologicznych nie gorszych niż określone w dokumentacji projektowej oraz zgodności z obowiązującymi wymaganiami prawnymi (...)" (Rozdział VI. pkt 1.4. SWZ).

Odwołujący wskazał także, że w pkt 1 rozdziału XXXI. SWZ Zamawiający przewidział sposób obliczenia przysługującego wykonawcy wynagrodzenia kosztorysowego wskazując, że „cena brutto podana w ofercie musi obejmować wszelkie koszty związane z wykonaniem robót, wynikające z dokumentacji technicznej, ze specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, przedmiaru robót, a także koszty związane z pracami przygotowawczymi, porządkowymi, zabezpieczającymi, zagospodarowaniem placu budowy, obsługą geodezyjną (m.in. inwentaryzacją powykonawczą), zagospodarowaniem odpadów zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa i innymi opłatami związanymi z realizacją robót budowlanych ". Odwołujący wskazał także, że załącznik nr 10 SWZ — Projektowane postanowienia umowy określał, że: „Ostateczna wysokość wynagrodzenia zostanie ustalona na podstawie kosztorysu powykonawczego obliczona według ilości faktycznie wykonanych jednostek robót (potwierdzonych przez inspektora nadzoru lub przedstawiciela Zamawiającego) i cen jednostkowych, składników cenotwórczych określonych w kosztorysie

ofertowym.”.

Kolejno odwołujący wskazał, w dniu 17 marca 2023 r., Zamawiający drogą elektroniczną zawiadomił go o odrzuceniu jego oferty oraz o wyborze najkorzystniejszej oferty innego wykonawcy. Z treści zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty wynika, że oferowana przez niego cena była najniższa — 6.919.991,97 zł. Oferta K. K., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: PBO K. K. w Gołdapi (dalej: „przystępujący”), która została wybrana jako najkorzystniejsza, opiewała na kwotę 6.991.320,00 zł.

Odwołujący podniósł, że w jego ocenie oferta uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą zawierała błędy w zakresie jednostek miary szacowanych nakładów, zawartych w kosztorysach ofertowych przystępującego. Błędy w tym zakresie dotyczyły obydwu kosztorysów ofertowych przystępującego i dotyczyły 7 pozycji. Odwołujący wskazał, że przed wyborem najkorzystniejszej oferty Zamawiający, w trybie przepisu art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp, wdrożył procedurę poprawienia oferty przystępującego. Odwołujący zwracał uwagę, że przed zmianą oferty przystępującego Zamawiający nie zażądał od tego wykonawcy złożenia wyjaśnień dotyczących treści jego oferty, a w szczególności wyjaśnienia poziomu różnic w wartościach cen poprawionych pozycji nakładów w stosunku do wartości cen tych nakładów, oszacowanych przez innych wykonawców, w tym w szczególności odwołującego, w kontekście ustalenia, czy różnica w tych cenach jest wynikiem

zastosowania, niezgodnych z przedmiarami robót Zamawiającego, jednostek miary szacowanych nakładów.

Odwołujący wskazał, że dokonane przez Zamawiającego zmiany w ofercie przystępującego dotyczyły pozycji kosztorysów ofertowych, według poniższego zestawienia:

Lp.	poz. Kosztorysu ofertowego przystępującego oraz poz. Przedmiaru robót Zamawiającego	Jednostka miary w kosztorysie przystepującego (jest)	Jednostka miary zgodnie z przedmiarami Zamawiającego (winna być)
Przepompownia wody w Gołdapi			
1	1	km	kpl
2	48	kpl	przew.
3	50	szt	żył
Budowa sieci wodociągowej wraz z przyłączami			
1	48	próba	szt
2	49	odcinek	odcinek - 200m
3	50	odcinek	odcinek - 200 m
4	97	km	szt

Odwołujący wskazał także, że różnice cen poszczególnych nakładów z poprawionych przez Zamawiającego pozycji kosztorysów ofertowych Wygrywającego przetarg i tożsamymi pozycjami z kosztorysów ofertowych Odwołującego przedstawiały się następująco:

Lp.	Nr pozycji	Wartość nakładów w kosztorysie przystępującego	Wartość nakładów w kosztorysie odwołującego
Przepompownia wody w Gołdapi			
1	1	3.047,59 zł	15.000,00 zł
2	48	1.391,32 zł	449,59 zł
3	50	18,00 zł	18,48 zł
	SUMA	4.456,91 zł	15.468,07 zł
Budowa sieci wodociągowej wraz z przyłączami			
1	48	16.485,49	24.326,63
2	49	21.238,74 zł	39.201,87 zł
3	50	12.856,02 zł	10.062,15 zł
4	97	12.218,40 zł	12.000,00
	SUMA	62.798,65 zł	85.590,65 zł

Zdaniem odwołującego analiza kosztorysów ofertowych przystępującego oraz jego wskazuje na znaczne różnice w cenach nakładów kosztorysów, dotyczących budowy sieci wodociągowej wraz z przyłączami pod pozycjami: 48 (Próba wodna szczelności sieci wodociągowych z rur typu HOBAS, PCW PVC, PE, PEHD o śr. 160 mm) oraz 49 (Dezynfekcja rurociągów sieci wodociągowych o śr. nominalnej do 150 mm) oraz znaczne różnice w cenach nakładów kosztorysów, dotyczących budowy przepompowi wody w

Gołdapi pod pozycją: 1 (Roboty pomiarowe przy liniowych robotach ziemnych). Zdaniem odwołującego, Zamawiający, przeprowadzając — w trybie przepisu art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp procedurę poprawienia oferty przystępującego nie zażądał od tego wykonawcy złożenia wyjaśnień w tym zakresie, w szczególności, czy różnice te wynikają z niezgodnych z przedmiarami robót Zamawiającego, jednostek miary szacowanych nakładów przyjętych przez przystępującego.

Kolejno odwołujący wskazał, że 17 marca 2023 r., Zamawiający przedstawił mu uzasadnienie odrzucenia jego oferty. Jako podstawę prawą odrzucenia jego oferty Zamawiający podał przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp — „niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia". W uzasadnieniu odrzucenia jego oferty Zamawiający wskazał, że jego kosztorys ofertowy, dotyczący II - ej części przedmiotu zamówienia (budowa przepompowni wody w Gołdapi), zawiera „nieścisłości (rozbieżności)" pomiędzy opisami pozycji przedmiaru robót, stanowiącym załącznik nr 13.4 do SWZ, a opisami pozycji przyjętym w jego kosztorysie ofertowym. Odwołujący wskazał, że jego kosztorys ofertowy dotyczący I - ej części przedmiotu zamówienia (budowa sieci wodociągowej wraz z przyłączami) nie jest przez Zamawiającego kwestionowany.

Odwołujący podniósł, że wskazane przez Zamawiającego w jego kosztorysie ofertowym, dotyczącym II - ej części przedmiotu zamówienia (budowa przepompowni wody w Gołdapi), „nieścisłości (rozbieżności)" dotyczą 11 pozycji. Wśród zakwestionowanych przez Zmawiającego pozycji jego kosztorysu ofertowego, jako niezgodnych z opisami pozycji, zawartymi w przedmiarze robót, 6 pozycji z przedmiaru robót Zamawiającego zawierało odesłania wprost do konkretnych kosztorysowych normy nakładów rzeczowych, przy czym przy 3 pozycjach Zamawiający użył skrótu „p.z.", zaś 5 pozycji odwoływało się do tych norm przez analogię. Zdaniem Zamawiającego zakwestionowane pozycje jego kosztorysu ofertowego nie kwalifikują się do zastosowania procedur, uregulowanych przepisami art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Odwołujący podniósł, że zakwestionowany przez Zamawiającego jego kosztorys ofertowy, dotyczący II — ej części przedmiotu zamówienia, zawiera wszystkie pozycje zawarte w przedmiarze robót Zamawiającego, w tożsamej co w przedmiarze robót kolejności: nie zawiera żadnych nowych pozycji; zachowuje przyjęte przez Zamawiającego jednostki miary robót i/lub ilości, jak również wskazane przez Zamawiającego podstawy ustalenia nakładów rzeczowych oparte o tożsame kosztorysowe normy nakładów rzeczowych (KNR i KNNR).

Odwołujący podniósł także, że wartość wycenionych przez niego, a zakwestionowanych przez Zamawiającego pozycji, to kwota 69.395,42 zł, co stanowi niespełna 1 % oferowanej przez niego kwoty wynagrodzenia za wykonanie całego przedmiotu zamówienia (6.919.991,97 zł), a przy tym nieznacznie przewyższa sumę wartości pozycji poprawionych

przez Zamawiającego w ofercie przystępującego (67.255,56 zł). Zdaniem odwołującego, różnice w cenach zakwestionowanych pozycji nakładów z jego kosztorysu w stosunku do cen tożsamych nakładów z kosztorysu przystępującego nie są tak znaczne, jak to ma miejsce, jeżeli chodzi o pozycję nakładów poprawionych przez Zamawiającego w ofercie przystępującego. I zdaniem odwołującego, nie są efektem przyjęcia błędnych jednostek miary szacowanych nakładów, bądź ich ilości, bowiem uważał, że wymagane w tym zakresie przez Zamawiającego parametry (jednostki miar i ilości), w pełni zachował. Różnice te

przedstawiają się następująco:

Lp.	Nr pozycji	Wartość nakładów w kosztorysie przystępującego	Wartość nakładów w kosztorysie odwołującego
Przepompownia wody w Gołdapi – II część zamówienia			
1	10	3.089,63 zł	4.191,95 zł
2	12	2.582,56 zł	1.219,45 zł
3	15	1.496,50 zł	837,70 zł
4	58	7.935,30 zł	12.618,36zł
5	59	4.948,02 zł	10.616,01 zł
6	66	635,20 zł	536,62 zł
7	67	167,70 zł	456,87 zł
8	68	1.328,08 zł	1.451,64 zł
9	95	13.686,74 zł	19.019,30 zł
10	98	14.146,17 zł	13.796,09 zł
11	19	4.562,42 zł	4.651,43
	SUMA	54.614,32 zł	69.395,42 zł

Odwołujący podniósł, że wskazane przez Zamawiającego „nieścisłości (rozbieżności)" pomiędzy jego kosztorysem ofertowym, a przedmiarem robót Zamawiającego dotyczą de facto opisów poszczególnych pozycji nakładów. Poniżej Odwołujący przedstawił zestawienie zakwestionowanych przez Zamawiającego pozycji oraz analizę zasadności ich zakwestionowania.

I. Przedmiar robót Zamawiającego

L .	Podstawa	Opis iw liczenia	j.m.	Razem
10 d.2	KNNR 4 1411-02 analogia	Podłoża pod kanały i obiekty z materiałów sypkich grub. 30 cm (obsypka)	m3	
		17,5		
				17,500

Kosztorys ofertowy Odwołującego

Lp.	Podstawa wyceny		Jedn. mia	Ilość	Cena zł	Wartość zł
1	2	3	4	5	6	7
10 d.2	KNNR 4 1411-02 analogia	Podłoża pod kanały i obiekty z materiałów sypkich grub. 15 cm		17,500	239,54	4 191,95

Odwołujący podniósł, że zgodnie z przedmiarem robót Zamawiającego, wskazał 17,500 m3 materiałów sypkich przewidzianych jako podłoże pod kanały i obiekty. Wykorzystanie -przy wykonaniu tej pozycji nakładów - 17,500 m3 materiałów sypkich na przewidzianej w Projekcie budowlanym powierzchni zapewni efekt końcowy w postaci wykonania: „podłoża pod kanały i obiekty z materiałów sypkich grub. 30 cm (obsypka)". Odwołujący podniósł, że wskazana przez niego w opisie pozycji 10 d.2 kosztorysu ofertowego grubość podłoża „15 cm" jest zatem oczywistą omyłką pisarską, w rozumieniu przepisu art. 223 ust. 2 pkt 1 Pzp.

II. Przedmiar robót Zamawiającego

L .	Podstawa	Opis i wyliczenia	.m.	Razem
12 d.2	KNNR 6 010401 analogia	Warstwy odsączające zagęszczane mechanicznie o gr. 3 cm (ciągi komunikacyjne)	m3	
		156,14		
				156,140

Kosztorys ofertowy Odwołującego

Lp	Podstawa wyceny	Opis	Jedn. miary	Ilość	Cena zł	Wartość zł
1	2	3	4	5	6	7
12 d.2	KNNR 6 0104-01 analogia	Warstwy odsączające zagęszczane mechanicznie o gr. 10 cm	M3	156,14	7,81	1 219,45

Odwołujący podniósł, że zgodnie z przedmiarem robót Zamawiającego, wskazał 156,14 m3 materiałów sypkich. Wykorzystanie - przy wykonaniu tej pozycji nakładów - 156,14 m3 materiałów sypkich na przewidzianej w Projekcie budowlanym powierzchni zapewni efekt końcowy w postaci wykonania: „Warstwy odsączające zagęszczane mechanicznie o gr. 3 cm (ciągi komunikacyjne)". Odwołujący argumentował, że wskazana przez niego w opisie pozycji 12 d.2 kosztorysu ofertowego grubość warstw odsączających „10 cm" jest zatem oczywistą omyłką pisarską, w rozumieniu przepisu art. 223 ust. 2 pkt 1 Pzp.

III. Przedmiar robót Zamawiającego

Lp.	Podstawa	Opis i wyliczenia	j.m.	Razem
15	KNNR 10 0119-02	Wykonanie przerwanych połączeń rurociągów drenarskich o śr. 12.5-15.0 cm w gruntach kat. II i III na głębokość 2.00	połącz	
		5	połącz	

5,000

Kosztorys ofertowy Odwołującego

Lp	Podstawa wyceny	Opis	Jedn. miary	Ilość	Cena zł	Wartość zł
1	2	3	4	5	6	7
15 d.2	KNNR 10 0119-02	Wykonanie przerwanych połączeń rurociągów drenarskich o śr. 12.5-15.0 cm w gruntach kat. II i III na głębokość 1.00	połącz	5	167,54	837,70

Odwołujący podniósł, że, jego zdaniem, rozbieżność opisu przedmiotowej pozycji nakładów, w zakresie określenia głębokości wykonania przerwanych połączeń rurociągów drenarskich, pomiędzy treścią opisu tej pozycji, zawartą w kosztorysie ofertowym Odwołującego, a treścią opisu tej pozycji z przedmiaru robót Zamawiającego, wynika z przyjętej przez Zamawiającego podpozycji normy o nr KNNR 10 011902 (norma ta przewiduje pięć głębokości: 1,00 m, 1,25 m, 1,50 m, 1,75 m i 2,00 m). Zdaniem odwołującego, zmiana głębokości dla wyceny wartości tego nakładu jest irrelewantna, gdyż nakłady sprzętu i materiału są stałe dla tego nakładu, bez względu na przyjętą głębokość (zmienne są tylko koszty robocizny od współczynnika 4,8 do 14,4, które mogą być przedmiotem uzasadnionej modyfikacji). Stąd, odwołujący podniósł, że wskazana przez niego w opisie pozycji 15 kosztorysu ofertowego głębokość „1.00 m" stanowi oczywistą omyłką pisarską, w rozumieniu przepisu art. 223 ust. 2 pkt 1 Pzp, w szczególności że brak jest w dokumentacji SWZ jakichkolwiek parametrów dotyczących głębokości posadowienia rurociągów drenarskich, a konieczność wykonania tych nakładów ma charakter hipotetyczny, uzależniony od faktu rzeczywistego przerwania (uszkodzenia) przez wykonawcę — w toku wykonywania robót — tych rurociągów (Projekt budowlany - pkt 9. Odtworzenie przerwanych rurociągów

drenarskich — str. 18-19).

IV. Przedmiar robót Zamawiającego

Lp.	Podstawa	Opis i wyliczenia	.m.	Razem
58 d.4.2	KNNR5 0405-08 p.z.	Skrzynki i rozdzielnice skrzynkowe o masie do 50 kg wraz z konstrukcją mocowaną do podłoża przez przykręcenie REpw w.g. schematu ideowego w P.B.: obudowa szafa metalowa IP 55 , WP-125A, ochr. kl. B+C, LS-3szt, RBK1-1szt, S301-7szt, P4 25A-30mmA AC-2szt, S303-2szt, aparatura zasilania i sterowania oświetlenia terenu	szt.	
		1	szt.	
				1,000

Kosztorys ofertowy Odwołującego

Lp.	Podstawa wyceny	Opis	Jedn. mia	Ilość	Cena zł	Wartość zł
1	2	3	4	5	6	7
58 d.4.2	KNNR 5 0405-08	Skrzynki i rozdzielnice skrzynkowe o masie do 50 kg wraz z konstrukcją mocowaną do podłoża przez przykręcenie	szt.	1,00	12 618,36	12 618,36

Odwołujący podniósł, że podstawą wyceny tej pozycji nakładów (Lp. 58 d.4.2) w przedmiarze robót Zamawiającego była kosztorysowa norma nakładów rzeczowych o nr KNNR 5 0405-08. Katalogowy opis tej pozycji, to: „Skrzynki i rozdzielnice skrzynkowe o masie do 50 kg wraz z konstrukcją mocowaną do podłoża przez przykręcenie". Zamawiający dokonał modyfikacji (nadpisania) katalogowego opisu tej pozycji bez oznaczenia, że stosuje metodę analogii, bądź dokonuje analizy indywidualnej.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie wyjaśnił też znaczenia użytego przy tej pozycji nakładów skrótu „p.z. Odwołujący wskazał, że zaniechanie Zamawiającego w tym zakresie (brak zasygnalizowania, że Zamawiający dokonuje opisu tej pozycji nakładów z odstąpieniem od normatywnej treści tych nakładów, a zatem przy wykorzystaniu metody analogii, bądź analizy indywidualnej) spowodowało przyjęcie przez niego w kosztorysie ofertowym katalogowego opisu normy o nr KNNR 5 0405-08. Zdaniem odwołującego pominięcie w kosztorysie ofertowym przez niego, przy opisie tej pozycji, części opisu zawartego w przedmiarze robót Zamawiającego nie ma jednak żadnego wpływu na zgodność złożonej przez niego oferty z warunkami zamówienia, gdyż nadpisana przez Zamawiającego w przedmiarze robót treść tej pozycji nakładów jest niczym innym, jak tylko odesłaniem do schematu ideowego z Projektu budowlanego (Tytuł rysunku: E1 - Schemat ideowy zasilania obiektu — instalacje z RG i RE str.34 Projektu budowlanego) oraz Specyfikacji Technicznej (SPECYFIKACJA TECHNICZNA ST 4 – ROBOTY ELEKTRYCZNE - str. 37 - 39). Zdaniem odwołującego nie sposób zatem przyjąć, jak uczynił to Zamawiający, że samo pominięcie przez niego w tej pozycji kosztorysu ofertowego części opisu z przedmiaru robót Zamawiającego w postaci: „(…) w.g. schematu ideowego w P.B.: obudowa szafa metalowa IP 55 , WP-125A, ochr. kl. B+C, LS-3szt, RBK1-1szt, S301-7szt, P4 25A-30mmA AC-2szt, S303-2szt, aparatura zasilania i sterowania oświetlenia terenu", stanowiącego de facto odesłanie do unormowań zawartych dokumentacji projektowej (Projektu budowlanego i Specyfikacji technicznej), przesądza o niezachowaniu przez niego „zgodności (jego oferty) co do zakresu prac i użytych materiałów", co z kolei przesądza o tym, że treść złożonej przez niego oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, w

rozumieniu przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. Stąd, zdaniem odwołującego, pominięcie przez niego w opisie tych nakładów bezprzedmiotowego merytorycznie i zakresowo odesłania do dokumentacji technicznej (Projektu budowlanego i Specyfikacji technicznej), należy uznać za oczywistą omyłkę pisarską, w rozumieniu przepisu art. 223 ust. 2 pkt 1 Pzp.

V. Przedmiar robót Zamawiającego

Lp.	Podstawa	Opis i wyliczenia	j.m.	Razem
59 d.4.2	KNNR5 0403-01 P.z.	Urządzenia rozdzielcze (zestawy) o masie do 20 kg na fundamencie prefabrykowanym-RG w.g. schematu ideowego w PB, przełącznik sieć/agregat 125A, listwa rozgałęźna do podłączenia przewoźnego zespołu prądotwórczego	szt.	
		1	szt.	
				1,000

Kosztorys ofertowy Odwołującego

Lp.	Podstawa wyceny	Opis	Jedn. miary	Ilość	Cena zł	Wartość zł

1	2	3	4	5	6	7
59 d.4.2	KNNR 5 0403-01	Urządzenia rozdzielcze (zestawy) o masie do 20 kg na fundamencie prefabrykowanym	szt.	1,00	10 616,01	10 616,01

Odwołujący, w ww. zakresie powołał się na wnioski jak przy pkt IV powyżej.

VI. Przedmiar robót Zamawiającego

Lp.	Podstawa	Opis i wyliczenia	j.m.	Razem
66 d.4.2	KNNR5 0406-02	Aparaty elektryczne o masie do 5 kg - rozdzielnica warsztatowa - zestaw odbiorczy ZO	szt.	
		1	szt.	
				1,000

Kosztorys ofertowy Odwołującego

Lp.	Podstawa w cen	Opis	Jedn. miary	Ilość	Cena zł	Wartość zł
1	2	3	4	5	6	7
66 d.4.2	KNNR5 0406-02	Aparaty elektryczne o masie do 5 kg	szt.	1,00	536,62	536,62

Odwołujący podniósł, że podstawą wyceny tej pozycji nakładów (Lp. 66 d.4.2) w przedmiarze robót Zamawiającego była kosztorysowa norma nakładów rzeczowych o nr KNNR 5 0406-02. Katalogowy opis tej pozycji, to: „Aparaty elektryczne o masie do 5 kg".

Odwołujący wskazał, że Zamawiający dokonał modyfikacji (nadpisania) katalogowego opisu tej pozycji bez oznaczenia, że stosuje metodę analogii, bądź dokonuje analizy indywidualnej. Co więcej, Zamawiający — odmiennie aniżeli w dwóch pozycjach poprzedzających nie oznaczył zastosowanej podstawy wyceny skrótem „p.z.", abstrahując od braku wyjaśnienia w przedmiarze robót znaczenia tego skrótu (oznaczenia). Stąd odwołujący formułował tożsame wnioski, jak w pkt IV powyżej.

V. Przedmiar robót Zamawiającego

Lp.	Podstawa	Opis i wyliczenia	.m.	Razem
67 d.4.2	KNNR 5 0504-02 P.z.	Oprawy oświetleniowe LED naścienne do 20W bryzgoodporne strugoodporne przykręcane-oprawa ewakuacyjna	kpl.	
		1	kpl.	
				1,000

Kosztorys ofertowy Odwołującego

Lp.	Podstawa wyceny	Opis	Jedn. miary	Ilość	Cena zł	Wartość zł
1	2	3	4	5	6	7
67 d.4.2	KNNR 5 0504-02	Oprawy oświetleniowe żarowe bryzgoodporne strugoodporne porcelanowe przykręcane	kpl.	1,00	456,87	456,87

Odwołujący podniósł, że podstawą wyceny tej pozycji nakładów (Lp. 67 d.4.2) w przedmiarze robót Zamawiającego była kosztorysowa norma nakładów rzeczowych o nr KNNR 5 0504-02. Katalogowy opis tej pozycji, to: „Oprawy oświetleniowe żarowe bryzgoodporne strugoodporne porcelanowe przykręcane". Odwołujący wskazał, że Zamawiający dokonał modyfikacji katalogowego opisu tej pozycji, polegającej na zastąpieniu zapisu „żarowe" zapisem „LED" i nadpisaniu „naścienne do 20 W" oraz „oprawa ewakuacyjna", bez oznaczenia, że stosuje metodę analogii, bądź dokonuje analizy indywidualnej. Odwołujący argumentował, że Zamawiający nie wyjaśnił też znaczenia użytego przy tej pozycji nakładów skrótu „p.z. ". Zdaniem odwołującego, zaniechanie Zamawiającego w tym zakresie (brak zasygnalizowania, że Zamawiający dokonuje opisu tej pozycji nakładów z odstąpieniem od normatywnej treści tych nakładów, a zatem przy wykorzystaniu metody analogii, bądź analizy indywidualnej) spowodowało przyjęcie przez niego w kosztorysie ofertowym katalogowego opisu normy o nr KNNR 5 0504-02. Biorąc pod uwagę zakres przedmiotu zamówienia (jako całości) oraz uwzględniając stosunek wartości przedmiotu zamówienia (jako całości) do wartości pozycji tych nakładów, odwołujący uważał,

że jego błąd w tym zakresie, Zamawiający zobligowany był zakwalifikować, jako inną omyłkę, w rozumieniu przepisu art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp i wdrożyć procedurę z poprawy jego oferty przewidzianą powołanym przepisem.

VIII. Przedmiar robót Zamawiającego

Lp.	Podstawa	Opis i wyliczenia	j.m.	Razem
68 d.4.2	KNNR5 0511-01	Oprawy świetlówkowe do pomieszczeń produkcyjnych strugoodporne, pyłoszczelne w obudowie metalowej - LED 65 W	kpl.	
		2	kpl.	
				2,000

Kosztorys ofertowy Odwołującego

Lp.	Podstawa wyceny	Opis	Jedn. miary	Ilość	Cena zł	Wartość zł
1	2	3	4	5	6	7
68 d. 4.2	KNNR 5 0511-01	Oprawy świetlówkowe do pomieszczeń produkcyjnych strugoodporne, pyłoszczelne w obudowie metalowej 2x40W	kpl.	2,00	725,82	1 451,64

Odwołujący podniósł, że podstawą wyceny tej pozycji nakładów (Lp. 68 d.4.2) w przedmiarze robót Zamawiającego była kosztorysowa norma nakładów rzeczowych o nr KNNR 5 0511-01. Katalogowy opis tej pozycji, to: „Oprawy świetlówkowe do pomieszczeń produkcyjnych strugoodporne, pyłoszczelne w obudowie metalowej 2x40W". Odwołujący wskazał, że Zamawiający dokonał modyfikacji katalogowego opisu tej pozycji, polegającej na zastąpieniu zapisu „2x40W" zapisem „LED 65W", bez oznaczenia, że stosuje metodę analogii, bądź dokonuje analizy indywidualnej. Co więcej, Zamawiający — odmiennie aniżeli w pozycji poprzedzającej - nie oznaczył zastosowanej podstawy wyceny skrótem „p.z. ", abstrahując od braku wyjaśnienia w przedmiarze robót znaczenia tego skrótu (oznaczenia). Odwołujący argumentował, że powyższe spowodowało przyjęcie przez niego w kosztorysie ofertowym katalogowego opisu normy o nr KNNR 5 0511-01. Stąd odwołujący formułował tożsame wnioski, jak w pkt VII powyżej.

IX. Przedmiar robót Zamawiającego

Lp.	Podstawa	Opis i wyliczenia	j.m.	Razem
95 d.5	KNR 2-02 1801- 02 analogia	Cokoły betonowe 0,3x1,0m	m	
		104,05	m	
				104,050

Kosztorys ofertowy Odwołującego

Lp	Podstawa wyceny	Opis	Jedn. miary	Ilość	Cena zł	Wartość zł
1	2	3	4	5	6	7
95 d.5	KNR 2-02 1801-02 analogia	Cokoły betonowe 0,2 x0,3m z fundamentami 0,2x0,8m	m	104,05	182,79	19 019,30

Odwołujący podniósł, że podstawą wyceny tej pozycji nakładów (Lp. 95 d.5) w przedmiarze robót Zamawiającego była kosztorysowa norma nakładów rzeczowych o nr KNNR 2-02 1801-02, przy zastosowaniu przez Zamawiającego metody analogii. Katalogowy opis tej pozycji, to: „Cokoły betonowe 0,2 x0,3m z fundamentami 0,2x0,8m". Odwołujący podniósł, że tak też pozycja ta, pomimo odwołania się do metody analogii, została wprost opisana w jego kosztorysie ofertowym. Zgodnie z treścią projektu budowlanego: „Ogrodzenie przepompowni o wymiarach zgodnie z załączonym projektem zagospodarowania terenu i wysokości 1,6m należy wykonać z ocynkowanych paneli ogrodzeniowych montowanych na monolitycznym cokole betonowym " (Rozdział 6.7. Zagospodarowanie terenu — str. 15). Odwołujący podniósł, że oferowane przez niego rozwiązanie jest innym, niż podane w dokumentacji projektowej, to jednakże gwarantuje równorzędne parametry techniczne i technologiczne nie gorsze niż określone w dokumentacji projektowej oraz zgodność z obowiązującymi wymaganiami prawnymi, a takie rozwiązania (równoważne) Zamawiający dopuścił w SWZ (Rozdział VI. pkt 1.3. oraz 1.4. SWZ). Zdaniem odwołującego jeżeli jednak nawet przyjąć, że nie mógł on skorzystać z rozwiązań równoważnych, to biorąc pod uwagę zakres przedmiotu zamówienia (jako całości) oraz uwzględniając stosunek wartości przedmiotu zamówienia (jako całości) do wartości pozycji tych nakładów, jego błąd w tym zakresie, Zamawiający zobligowany był zakwalifikować, jako inną omyłkę, w rozumieniu przepisu art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp i wdrożyć procedurę z poprawy jego oferty przewidzianą powołanym przepisem.

X. Przedmiar robót Zamawiającego

Lp.	Podstawa	Opis i wyliczenia	j.m.	Razem
98 d.5	KNR 2-02 1802-02 analogia	Panele ogrodzeniowe obsadzone w gniazdach cokołów	m	

		104,05	m	
				104,050

Kosztorys ofertowy odwołującego

Lp	Podstawa wyceny	Opis	Jedn. miary	Ilość	Cena zł	Wartość zł
1	2	3	4	5	6	7
98 d.5	KNR 2-02 1802-02 analogia	Ogrodzenie z siatki w wysokości 1,5 m w ramach na słupkach stalowych z rur o śr. 70 mm o rozstawie 3 m obsadzonych w gniazdach cokołów	m	104,50	132,02	13 796,09

Odwołujący wskazał, że w tym zakresie przedstawia wnioski tożsame, jak w pkt IX powyżej.

XI. Przedmiar robót Zamawiającego

Lp.	Podstawa	Opis i wyliczenia		Razem
99 d.5	KNR 2-02 1808-02 analogia	Wrota panelowe szer. 5,0m	kpl.	
		1	kpl.	
				1

Kosztorys ofertowy Odwołującego

Lp	Podstawa wyceny	Opis	Jedn. miary	Ilość	Cena zł	Wartość zł
1	2	3	4	5	6	7
98 d.5	KNR 2-02 1808- 02 analogia	Wrota z furtkami wysokości 1,6 m; szerokość wrót 3 m i furtki 1 m z siatki w ramach stalowych na gotowych słupkach bez pasa dolnego z blachy	kpl.	1	4 651,43	4 651,43

Odwołujący podniósł, że podstawą wyceny tej pozycji nakładów (Lp. 98 d. 5) w przedmiarze robót Zamawiającego była kosztorysowa norma nakładów rzeczowych o nr KNNR 2-02 1808-02, przy zastosowaniu przez Zamawiającego metody analogii. Katalogowy

opis tej pozycji, to: „Wrota z furtkami wysokości 1,6 m; szerokość wrót 3 m i furtki 1 m z siatki w ramach stalowych na gotowych słupkach bez pasa dolnego z blachy". Odwołujący wskazał, że tak też pozycja ta, pomimo odwołania się do metody analogii, została wprost wpisana w jego kosztorysie ofertowym. Zgodnie z treścią projektu budowlanego: „W ogrodzeniu należy wykonać bramę przesuwną, otwieraną ręcznie o szerokości 5,0 m -odpowiednią dla danego systemu panelowego"(Rozdział 6.7. Zagospodarowanie terenu — str. 15). Zdaniem odwołującego zastosowana przez Zamawiającego kosztorysowa norma nakładów rzeczowych o nr KNNR 2-02 1808-02, nawet przy uwzględnieniu zastosowania metody analogii, była nieadekwatna dla dokonania opisu przedmiotowego nakładu zgodnie z Projektem budowlanym. Odwołujący wskazywał, że „Wrota" w terminologii budowlanej to dwuskrzydłowe drzwi (wierzeje), co odpowiada zresztą powszechnemu rozumieniu tego słowa. Odwołujący argumentował, że oferowane przez niego rozwiązanie jest niezgodne z dokumentacją projektową, jednakże opis tej pozycji nakładów w przedmiarze robót Zamawiającego również pozostaje w sprzeczności z dokumentacją projektową (Projektem budowlanym). Odwołujący wskazywał, że zastosowane przez niego rozwiązanie gwarantuje jednak równorzędne parametry techniczne i technologiczne nie gorsze niż określone w dokumentacji projektowej oraz zgodność z obowiązującymi wymaganiami prawnymi, a takie rozwiązania (równoważne) Zamawiający dopuścił w SWZ (Rozdział VI. pkt 1.3. oraz 1.4. SWZ). Odwołujący wskazywał, że nawet jeżeli przyjąć, że nie mógł on skorzystać z rozwiązań równoważnych, to biorąc pod uwagę zakres przedmiotu zamówienia (jako całości) oraz uwzględniając stosunek wartości przedmiotu zamówienia (jako całości) do wartości pozycji tych nakładów, jego błąd w tym zakresie, Zamawiający zobligowany był zakwalifikować, jako inną omyłkę, w rozumieniu przepisu art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp i wdrożyć procedurę poprawy jego oferty przewidzianą powołanym przepisem.

Następnie w uzasadnieniu odwołania odwołujący zacytował kilka fragmentów orzeczeń Izby i sadów okręgowych. Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu, pomimo prima facie tożsamej sytuacji jego oraz przystępującego, bez podjęcia w trybie przepisu art. 223 ust. 1 Pzp - próby wyjaśnienia ofert tych wykonawców, jedynie względem oferty drugiego z wykonawców przeprowadził - przewidzianą przepisem art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp - procedurę poprawienia złożonej przez niego oferty, i to w okolicznościach, w których skutkiem poprawienia tej oferty w zakresie jednostek miar robót było rażące, w stosunku do jego oferty, zaniżenie cen tych robót.

Odwołujący argumentował, że Zamawiający rezygnując z próby wyjaśnienia - w trybie przepisu art. 223 ust. 1 Pzp ofert przystępującego i jego, pozbawił wszystkich uczestników postępowania jakiejkolwiek możliwości zbadania, jakie obiektywne i weryfikowalne przesłanki legły u podstaw kwestionowanych w odwołaniu czynności. W szczególności, jakie Zamawiający zastosował kryteria oceny ofert, które przesądziły o tym, że omyłki co do

jednostek miar poszczególnych robót, mające konsekwencje w ich cenie (Tabele z pkt 8 i 9 odwołania) podlegały - przewidzianej przepisem art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp - sanacji, zaś omyłki w opisach poszczególnych robót, pomimo zachowania podstaw ich wyceny (kosztorysowych normy nakładów rzeczowych), jak również wymaganych jednostek miar i ilości, niemające wpływu na cenę tych robót (patrz: Tabela z pkt 14 odwołania), na taką sanację nie zasługiwały.

Zdaniem odwołującego, zaniechania Zamawiającego w powyższym zakresie są przejawem nierównego traktowania wykonawców w przedmiotowym postępowaniu, co stanowi naruszenie art. 16 pkt 1 Pzp i w konsekwencji wszystkich powołanych petitum odwołania przepisów.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie z dnia 3 kwietnia 2023 r., w której oświadczył, że uwzględnia odwołanie w części tj.:

1) w zakresie zarzutu w pkt III ppkt 1) petitum odwołania, w części w jakiej zarzuca się Zamawiającemu, że nie wezwał Odwołującego do wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty tj. naruszenia art. 223 ust. 1 Pzp,

2) w zakresie zarzutu w pkt III ppkt 2) petitum odwołania, w części w jakiej zarzuca się Zamawiającemu, że odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp bez umożliwienia Odwołującemu złożenia wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty,

3) w zakresie zarzutu w pkt III ppkt 3) petitum odwołania, w części w jakiej zarzuca się Zamawiającemu naruszenie art. 239 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty PBO K. K. w sytuacji gdy oferta Odwołującego przedwcześnie (tj. wezwania do wyjaśnienia treści oferty i zapoznania się z tymi wyjaśnieniami) została odrzucona.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w pozostałej części. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca K. K., prowadzący w Gołdapi działalność gospodarczą pod firmą PBO K. K.. Złożył sprzeciw wobec częściowego uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), informację z otwarcia ofert, oferty

wykonawców, zawiadomienie o poprawieniu oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie przystępującego, zawiadomienie o odrzuceniu oferty odwołującego, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty;

3) proporcjonalny.

Stosownie do art. 223 ustawy Pzp:

1. 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. 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.

2. Zamawiający poprawia w ofercie:

1) oczywiste omyłki pisarskie,

2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,

3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty

– niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

3. W przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 3, zamawiający wyznacza wykonawcy odpowiedni termin na wyrażenie zgody na poprawienie w ofercie omyłki lub zakwestionowanie jej poprawienia. Brak odpowiedzi w wyznaczonym terminie uznaje się za wyrażenie zgody na poprawienie omyłki.

Art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami

zamówienia.

Art. 239 ust. 1 Pzp stanowi, że Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest budowa sieci wodociągowej Bałupiany – Niedrzwica – Łobody – Wiłkajcie – Somaniny – Mażucie – Pietraszki wraz z przepompownią wody w Gołdapi.

Zamawiający wskazał także, że Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia w zakresie budowy wodociągu określony został w dokumentacji projektowej, szczegółowych specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, przedmiarze robót, inwentaryzacji powykonawczej – stanowiących załączniki od nr 12.1 do nr 12.6 do SWZ.

Zamawiający wskazał ponadto, że Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia w zakresie budowy pompowni wody określony został w dokumentacji projektowej, szczegółowych specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, przedmiarze robót, opinii geotechnicznej – stanowiących załączniki od nr 13.1 do nr 13.4 do SWZ.

(por. pkt VI.1 specyfikacji warunków zamówienia, w dokumentacji przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym, w aktach sprawy).

Ustalono także, że w pkt XVIII SWZ zamawiający wskazał, że:

1. Wykonawca składając ofertę, zobowiązany jest złożyć:

    1.7.1. Kosztorys ofertowy.

Uwaga!

Kosztorys ofertowy należy sporządzić zgodnie z dyspozycją określona w Rozdziale XXXI SWZ, tzn: Wykonawca sporządzi kosztorys ofertowy ściśle w oparciu o przedmiar robót stanowiący załącznik nr 12.6 i 13.4 do SWZ, zachowując wszystkie pozycje, j.m., ilości robót oraz ich kolejność. Do kosztorysu należy dołączyć zestawienie cen robocizny, materiałów i sprzętu oraz wskaźniki kalkulacyjne (m.in. koszty pośrednie, koszty zakupu materiałów, zysk, itp.).

Ustalono także, że w pkt XXXI SWZ zamawiający wskazał:

XXXI. Sposób obliczenia ceny

1. Wynagrodzenie kosztorysowe - cena brutto podana w ofercie musi obejmować wszystkie koszty związane z wykonaniem robót, wynikające z dokumentacji technicznej, ze specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, przedmiaru robót a także koszty związane z pracami przygotowawczymi, porządkowymi, zabezpieczającymi, zagospodarowaniem placu budowy, obsługą geodezyjną (m.in. inwentaryzacją powykonawczą), zagospodarowaniem odpadów zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa i innymi opłatami związanymi z realizacją robót budowlanych.

2. Wykonawca sporządzi kosztorys ofertowy ściśle w oparciu o przedmiar robót stanowiący załącznik nr 12.6 i 13.4 do SWZ, zachowując wszystkie pozycje, j.m., ilości robót oraz ich kolejność. Do kosztorysu należy dołączyć zestawienie cen robocizny, materiałów i sprzętu oraz wskaźniki kalkulacyjne (m.in. koszty pośrednie, koszty zakupu materiałów,

zysk, itp.). Cena musi być wyrażona w złotych polskich (PLN), z dokładnością nie większą niż dwa miejsca po przecinku. (…)

6. Zamawiający informuje o kosztorysowym charakterze wynagrodzenia.

Ustalono także, że do upływu terminu składania ofert do zamawiającego wpłynęły m.in. oferty:

1) przystępującego - PBO K. K. - z ceną brutto 6.991.320,00 zł,

2) odwołującego - PHUP "PALWOD" EXPORT-IMPORT R. P., z ceną brutto 6.919.991,97 zł.

Ustalono ponadto, że zamawiający pismem z 14 marca 2023 r. poinformował przystępującego, że w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprawia w jego ofercie omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnej zmiany oferty, w następujący sposób:

Lp.	poz. Kosztorysu ofertowego	Jednostka miary (jest)	Jednostka miary (winna być)
Przepompownia wody w Gołdapi			
1	1	km	kpl
2	48	kpl	przew.
3	50	szt	żył

Budowa sieci wodociągowej wraz z przyłączami			
1	48	próba	szt
2	49	odcinek	odcinek - 200m
3	50	odcinek	odcinek - 200 m
4	97	km	szt

W dalszej kolejności ustalono, że przystępujący przesłał do zamawiającego w dniu 14 marca 2022 r. oświadczenie, zgodnie z którym wyraził zgodę na poprawienie omyłek w złożonej ofercie.

(por. zawiadomienie i oświadczenie, w dokumentacji przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym, w aktach sprawy).

W dalszej kolejności ustalono, że zamawiający pismem z dnia 17 marca 2023 r. zawiadomił odwołującego o odrzuceniu złożonej przez niego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, ponieważ jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. W uzasadnieniu faktycznym czynności odrzucenia oferty odwołującego zamawiający wskazał, co następuje:

„Zamawiający w rozdziale VI pkt. 1 Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: SWZ) określił, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia w zakresie budowy wodociągu i pompowni

wody określony został w dokumentacji projektowej, szczegółowych specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, przedmiarze robót, inwentaryzacji powykonawczej – stanowiących odpowiednio załączniki od nr 12.1 do nr 12.6 oraz załączniki od nr 13.1 do nr 13.4.

Jednocześnie w rozdziale XXXI pkt. 2 SWZ oraz Sekcji V, pkt 5.11), ppkt 1.7.1. Ogłoszenia o zamówieniu, wskazano, że: „Wykonawca sporządzi kosztorys ofertowy ściśle w oparciu o przedmiar robót stanowiący załącznik nr 12.6 i 13.4 do SWZ, zachowując wszystkie pozycje, j.m., ilości robót oraz ich kolejność. (…)”.

Wymóg złożenia kosztorysu ofertowego, wynika bowiem z kosztorysowego charakteru wynagrodzenia przyszłego Wykonawcy, co wskazane zostało m.in. w Rozdziale XXXI pkt 6 oraz w § 6 ust. 1 projektowanych postanowień umowy, stanowiących załącznik nr 10 do SWZ.

W toku analizy kosztorysu ofertowego Zamawiający zwrócił uwagę na nieścisłości (rozbieżności) pomiędzy opisem pozycji przedmiaru robót stanowiącego załącznik nr 13.4 do SWZ, a opisem pozycji przyjętych przez Wykonawcę do wyceny, występujących w kosztorysie ofertowym, tzn.:

- w poz. 10 kosztorysu ofertowego do wyceny przyjęto: Podłoża pod kanały i obiekty z materiałów sypkich grubości 15 cm, natomiast zgodnie z przedmiarem robót do wyceny należało przyjąć: Podłoża pod kanały i obiekty z materiałów sypkich grub. 30 cm (obsypka),

- w poz. 12 kosztorysu ofertowego do wyceny przyjęto: Warstwy odsączające zagęszczane mechanicznie o gr. 10 cm, natomiast zgodnie z przedmiarem robót do wyceny należało przyjąć: Warstwy odsączające zagęszczane mechanicznie o gr. 3 cm (ciągi komunikacyjne),

- w poz. 15 kosztorysu ofertowego do wyceny przyjęto: Wykonanie przerwanych połączeń rurociągów drenarskich o śr. 12.5 - 15.0 cm w gruntach kat. II i III na głębokość 1.00, natomiast zgodnie z przedmiarem robót do wyceny należało przyjąć: Wykonanie przerwanych połączeń rurociągów drenarskich o śr. 12.5 - 15.0 cm w gruntach kat. II i III na głębokość 2.00,

- w poz. 58 kosztorysu ofertowego do wyceny przyjęto: Skrzynki i rozdzielnice skrzynkowe o masie do 50 kg wraz z konstrukcją mocowaną do podłoża przez przykręcenie, natomiast zgodnie z przedmiarem robót do wyceny należało przyjąć: Skrzynki i rozdzielnice skrzynkowe o masie do 50 kg wraz z konstrukcją mocowaną do podłoża przez przykręcenie REpw w.g. schematu ideowego w P.B.: obudowa szafa metalowa IP 55, WP-125A, ochr. kl. B+C, LS-3szt, RBK1-1szt, S301-7szt, P4 25A-30mmA AC-2szt,

S303-2szt, aparatura zasilania i sterowania oświetlenia terenu,

- w poz. 59 kosztorysu ofertowego do wyceny przyjęto: Urządzenia rozdzielcze (zestawy) o masie do 20 kg na fundamencie prefabrykowanym, natomiast zgodnie z przedmiarem robót do wyceny należało przyjąć: Urządzenia rozdzielcze (zestawy) o masie do 20 kg na fundamencie prefabrykowanym - RG wg. schematu ideowego w PB, przełącznik sieć/agregat 125A, listwa rozgałęźna do podłączenia przewoźnego zespołu prądotwórczego,

- w poz. 66 kosztorysu ofertowego do wyceny przyjęto: Aparaty elektryczne o masie do 5 kg, natomiast zgodnie z przedmiarem robót do wyceny należało przyjąć: Aparaty elektryczne o masie do 5 kg- rozdzielnica warsztatowa-zestaw odbiorczy ZO,

- w poz. 67 kosztorysu ofertowego do wyceny przyjęto: Oprawy oświetleniowe żarowe bryzgoodporne strugoodporne porcelanowe przykręcane, zgodnie z przedmiarem robót do wyceny należało przyjąć: Oprawy oświetleniowe LED naścienne do 20W bryzgoodporne kpl. strugoodporne przykręcane- oprawa ewakuacyjna,

- w poz. 68 kosztorysu ofertowego do wyceny przyjęto: Oprawy świetlówkowe do pomieszczeń produkcyjnych strugoodporne, pyłoszczelne w obudowie metalowej 2x40 W, natomiast zgodnie z przedmiarem robót do wyceny należało przyjąć: Oprawy świetlówkowe do pomieszczeń produkcyjnych strugoodporne, pyłoszczelne w obudowie metalowej - LED 65 W,

- w poz. 95 kosztorysu

ofertowego do wyceny przyjęto: Cokoły betonowe 0,2x0,3 m z fundamentami 0,2x0,8 m, zgodnie z przedmiarem robót do wyceny należało przyjąć : Cokoły betonowe 0,3x1,0m,

- w poz. 98 kosztorysu

ofertowego do wyceny przyjęto: Ogrodzenie z siatki wysokości 1,5 m w ramach na słupkach stalowych z rur o śr. 70 mm o rozstawie 3 m obsadzonych w gniazdach cokołów, natomiast zgodnie z przedmiarem robót do wyceny należało przyjąć: Panele ogrodzeniowe obsadzone w gniazdach cokołów,

- w poz. 99 kosztorysu

ofertowego do wyceny przyjęto: Wrota z furtkami wysokości 1,6 m; szerokość wrót 3 m i furtki 1 m z siatki w ramach stalowych na gotowych słupkach bez pasa dolnego z blachy, natomiast zgodnie z przedmiarem robót do wyceny należało przyjąć: Wrota panelowe szer. 5,0m;

Przytaczając zapisy komentarza do Prawa Zamówień Publicznych, cyt.: „Jak stanowi art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp, poprawieniu podlegają omyłki niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Powyższa regulacja poprzez odniesienie do „istotności zmian" wyraża zasadę, że skoro to zamawiający ma dokonać weryfikacji oferty, to poprawki muszą mieścić się w

ramach korekty możliwej dla zamawiającego. (…) W stanie faktycznym jednego z wyroków KIO w kosztorysie wykonawcy wycenione zostały materiały innego typu niż wymagał zamawiający. Jak wyjaśniła KIO, „niezgodności te nie stanowią omyłek niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Chcąc poprawić błędy Zamawiający zmuszony byłby wskazać ceny jednostkowe za pręty o innej niż wycenione przez Odwołującego średnicy. Takie działanie Zamawiającego jest niedopuszczalne – jedynym podmiotem, który może wskazać w ofercie cenę za realizację przedmiotu zamówienia lub jego części jest Wykonawca. Zamawiający nie jest uprawniony do samodzielnej jego wyceny tym bardziej, że podana przez Zamawiającego w ramach poprawienia oferty cena byłaby dowolną ceną przyjętą przez Zamawiającego, co z zasady budzi wątpliwości lub ceną przyjętą po uzgodnieniach z Wykonawcą", co z kolei jest sprzeczne z zakazem prowadzenia negocjacji.".

Z analizy powyższego wynika, że oferent sporządził kosztorys niezgodnie z załączonym przedmiarem, tym samym nie zachował zgodności co do zakresu prac, użytych materiałów w związku z czym treść złożonej oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia.

W przypadku wynagrodzenia kosztorysowego, Wykonawca wycenia roboty budowlane przyjęte w przedmiarze, w sposób ustalony przez Zamawiającego, następnie wraz z formularzem oferty składa wyceniony przedmiar robót budowlanych, który stanowi integralną część treści oferty. W tym miejscu podnieść należy, że kosztorys ofertowy nie stanowi podmiotowego lub podmiotowego środka dowodowego, który może podlegać złożeniu, poprawieniu lub uzupełnieniu w trybie art. 128 ust. 1 lub złożeniu lub uzupełnieniu w trybie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp. Kosztorys ofertowy stanowi bowiem element oferty w rozumieniu art. 66 k.c., jako podstawa kalkulacji ceny oferty, co oznacza, że jest jednym z istotnych elementów przyszłej umowy.

Taki sam pogląd wynika z orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt: KIO 2753/21 z 19 października 2021 r.), cyt.: „W ocenie Izby należy zgodzić się z Zamawiającym, że kluczowy był opis pozycji przedstawiony przez Odwołującego w złożonym kosztorysie, który miał odpowiadać opisowi z przedmiaru, a nie wskazany KNR czy KNNR. Tymczasem opis robót w pozycjach wskazanych w ww. zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego był inny, niż wymagany przez Zamawiającego. Oznacza to, że Odwołujący wycenił pozycje kosztowe inne, niż określone przez Zamawiającego w przedmiarze robót (…) Powyższe wskazuje, że zaoferowane przez Odwołującego elementy mają inne parametry, niż wymagane przez Zamawiającego, przy czym nie zostało wykazane, aby różnice te powstały na skutek omyłek podlegających poprawie zgodnie z oczekiwaniami Odwołującego. (…) Obowiązkiem wykonawców było dopilnowanie, aby opis pozycji kosztorysu ofertowego był

dostosowany do opisu przedstawionego w przedmiarze sporządzonym przez Zamawiającego i taki wycenić, bowiem miało to służyć na etapie oceny ofert do weryfikacji złożonych kosztorysów i ich porównania z warunkami postawionymi w SWZ, zaś na etapie realizacji umowy przez wybranego wykonawcę do jej rozliczenia".

W dalszej kolejności ustalono, że zamawiający pismem z dnia 17 marca 2023 r. zawiadomił odwołującego o wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zasadne okazały się zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, art. 223 ust. 2 pkt 3, art. 16 pkt 1 i 2 Pzp.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami

zamówienia. Jednakże, jak wynika z przepisu art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp, Zamawiający poprawia w ofercie omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Analiza obydwu przepisów prowadzi do wniosku, że zamawiający przed odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp ma obowiązek poprawić omyłkę w treści oferty powodującą jej niezgodność z dokumentami zamówienia w sytuacji, gdy zachodzi przypadek określony w art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a więc gdy jej poprawa nie może spowodować istotnej zmiany treści oferty.

Przypomnienia wymaga również, że przepis art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp, odpowiada co do zasady przepisowi art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z 2004 r. Regulacja art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z 2004 r. została wprowadzona ustawą z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2008r. Nr 171 poz. 1058). Ratio legis tego przepisu to sanowanie ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty – nie zniekształcają w znaczącym stopniu oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Na powyższą intencję ustawodawcy wskazywało uzasadnienie do ww. ustawy nowelizującej. „W projekcie wprowadza się istotne zmiany dotyczące sposobu poprawiania oczywistych omyłek pisarskich i 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 25

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. (…). 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.”

Dostrzeżenia wymagało również, że z przepisu art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wynika obowiązek zamawiającego poprawienia omyłek polegających na niezgodności treści oferty z dokumentami zamówienia, jeżeli nie powodują one istotnych zmian w treści oferty. Tak ogólnie sformułowana przesłanka wskazuje na pewną dozę elastyczności i uznaniowości pozwalającą odnieść ją do okoliczności konkretnego stanu faktycznego. Na uwagę zasługuje także fakt, że dla wystąpienia podstaw do dokonania przez zamawiającego poprawek w ofercie wykonawcy z zastosowaniem regulacji art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, konieczne jest zatem stwierdzenie, że oferta nie odpowiada dokumentom zamówienia; że dostrzeżone niezgodności mają charakter omyłek; wreszcie – że nie powodują one istotnych zmian w treści oferty (ich poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści pierwotnego oświadczenia woli zawartego w ofercie). Podkreślić także należy, że w przeciwieństwie do omyłek z art. 223 ust. 2 pkt 1 i pkt 2 ustawy Pzp, omyłki uregulowane w art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, nie muszą charakteryzować się cechą oczywistości.

Dodatkowo, dokonując poprawek zamawiający musi kierować się naczelnymi zasadami równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz zasadą przejrzystości, wynikającymi z art. 16 pkt 1 i pkt 2 Pzp. W art. 56 ust. 3 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/WE z 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE wskazano wyraźnie, że „jeżeli informacje lub dokumentacja złożone przez wykonawców są lub wydają się niekompletne lub błędne, lub gdy brakuje konkretnych dokumentów, instytucje zamawiające mogą – chyba że przepisy krajowe wdrażające niniejszą dyrektywę stanowią inaczej – zażądać, aby wykonawcy złożyli, uzupełnili, doprecyzowali lub skompletowali te informacje lub dokumentację w odpowiednim terminie, pod warunkiem pełnego poszanowania zasad równego traktowania i przejrzystości”. Jak wynika z przywołanego przepisu, wszelkie próby poprawienia lub uzupełniania ofert prawodawca unijny uzależnia od pełnego poszanowania zasad równego traktowania wykonawców i przejrzystości. W ślad za prawodawcą unijnym, ustawodawca

krajowy sformułował wyraźnie obowiązek przestrzegania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Przestrzeganie tej zasady zamawiający zobowiązany jest zapewnić także podejmując decyzję o poprawieniu lub zaniechaniu poprawienia omyłek w ofertach wykonawców.

Jak wynikało z uzasadnienia faktycznego czynności odrzucenia oferty odwołującego, powodem odrzucenia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp była sprzeczność kosztorysów ofertowych odwołującego na budowę pompowni wody, z przedmiarem robót w zakresie pozycji 10, 12, 15, 58, 59, 66, 67, 68, 95, 98, 99.

Zdaniem Izby zamawiający i przystępujący po jego stronie nie wykazali, aby poprawienie oferty odwołującego w ww. zakresie spowodowało istotną zmianę w treści oferty odwołującego. Jak wskazuje się w orzecznictwie Izby i piśmiennictwie, przy ocenie istotności poprawy należało zbadać zakres poprawy w stosunku do całości oferty i przedmiotu zamówienia.

W tym kontekście dostrzeżenia wymagało, że łączna wartość zakwestionowanych przez zamawiającego pozycji kosztorysu odwołującego stanowiła sumę zaledwie 69.395,42 zł. Powyższa kwota odpowiadała więc około 1 % globalnej ceny ofertowej zaoferowanej przez odwołującego za wykonanie całego przedmiotu zamówienia (6.919.991,97 zł). Z pewnością zatem poprawienie oferty nie dotyczyłoby znaczących finansowo pozycji kosztorysu ofertowego odwołującego. Na uwagę zasługiwał fakt, że jednocześnie zamawiający w dniu 14 marca 2023 r., korzystając z przepisu art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp, dokonał poprawy w kosztorysach ofertowych przystępującego. Suma wartości pozycji kosztorysowych poprawionych przez zamawiającego w ofercie przystępującego wyniosła 67.255,56 zł. Zdaniem Izby

kwota ta okazała się porównywalna z sumą spornych pozycji kosztorysu odwołującego. Wobec powyższego należało przyznać rację odwołującemu, który wskazywał, że odrzucenie jego oferty, będące następstwem niepoprawienia omyłek w jego kosztorysie, przy jednoczesnym poprawieniu omyłek w ofercie przystępującego, o analogicznej sumarycznej wartości, budziło wątpliwości co do przestrzegania przez zamawiającego zasady równego traktowania wykonawców, wyrażonej w art. 16 pkt 1 Pzp i zasady przejrzystości z art. 16 pkt 2 Pzp.

Kolejno na uwagę zasługiwał fakt, że niezgodności w ofercie odwołującego dotknęły zaledwie 11 pozycji kosztorysu ofertowego spośród ogółem wszystkich 196 pozycji kosztorysowych (99 pozycji z kosztorysu na pompownię + 97 pozycji z kosztorysu na sieć wodociągową). Powyższe prowadziło do wniosku, że również w aspekcie ilościowym niezgodności w ofercie odwołującego nie dotknęły znaczącego zakresu oferowanych robót. W tym kontekście na uwagę zasługiwał fakt, że jednocześnie zamawiający w dniu 14 marca

2023 r., korzystając z przepisu art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp, dokonał poprawy w 7 pozycjach kosztorysowych w ofercie przystępującego. Porównanie liczby spornych pozycji w kosztorysach ofertowych odwołującego i przystępującego również wskazywało na zbliżoną skalę nieścisłości w ofertach obu wykonawców. Pomimo to, zamawiający - z niezrozumiałych powodów – odmiennie potraktował obydwu wykonawców, czym, w ocenie Izby, naruszył zasadę równego traktowania wykonawców i zasadę przejrzystości.

Przy ocenie charakteru omyłek odwołującego dostrzeżenia wymagało także, że w przypadku niektórych spornych pozycji zamawiający w przedmiarach robót dokonał modyfikacji (nadpisania) katalogowego opisu tych pozycji. Co istotne jednak, zamawiający uczynił to, bez wyraźnego oznaczenia, że stosuje metodę analogii, bądź dokonuje analizy indywidualnej. Powyższe dotyczyło pozycji 58, 59, 66, 67, 68 przedmiaru robót na pompownię wody. Odwołujący, w zakresie ww. pozycji, złożył kosztorys ofertowy, w którym powołał się wprost na ich opis katalogowy. Takie zachowanie wykonawcy mogło być więc wynikiem chęci skrupulatnego przestrzegania postanowienia pkt XXXI. 2 SWZ. W postanowieniu tym zamawiający nałożył na wykonawców obowiązek sporządzenia kosztorysu ofertowego ściśle w oparciu przedmiar robót, stanowiący załącznik nr 12.6 i 13.4 do SWZ. Nie można było zatem wykluczyć, tak jak utrzymywał odwołujący, że to zaniechanie zamawiającego w tym zakresie (brak zasygnalizowania, że zamawiający dokonuje opisu danej pozycji nakładów z odstąpieniem od normatywnej treści tych nakładów, a zatem przy wykorzystaniu metody analogii, bądź analizy indywidualnej), spowodowało przyjęcie przez niego w kosztorysie ofertowym katalogowego opisu normy.

Argumentacja przystępującego, który w sprzeciwie przedstawiał zestawianie brzmienia przedmiarów robót z pozycjami kosztorysowymi odwołującego i wskazywał na różnice obu dokumentów, nie świadczyła o braku możliwości dokonania poprawy. Dostrzeżenia wymaga, że w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp podlegają poprawie omyłki polegające właśnie na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia. Wykazanie zatem niezgodności oferty odwołującego z dokumentami zamówienia samo przez się nie świadczyło jeszcze o braku możliwości dokonania poprawy w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp. O braku możliwości poprawy można byłoby mówić wyłącznie w sytuacji, gdyby poprawa doprowadziła do zmiany oferty odwołującego w sposób istotny, czego – jak już wskazano wcześniej, zamawiający ani przystępujący, nie wykazali.

Zdaniem Izby, wbrew twierdzeniom przystępującego, poprawa omyłek w ofercie odwołującego nie doprowadzi także do naruszenia zakazu prowadzenia między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty, o którym mowa w art. 223 ust. 1 Pzp. Poprawa polegać powinna na zastąpieniu błędnych opisów w spornych

pozycjach kosztorysów ofertowych odwołującego poprawnymi opisami wynikającymi z przedmiarów robót. W szczególności poprawa taka nie będzie pociągała za sobą zmiany ceny w kwestionowanych pozycjach kosztorysu, ani ogólnej ceny oferty odwołującego.

Dostrzeżenia wymagało, że idąc tokiem rozumowania przystępującego, również poprawa omyłek w jego ofercie, w sposób dokonany przez zamawiającego w piśmie z dnia 14 marca 2023 r., także musiałaby zostać uznana za negocjacje. Zamawiający poprawiając omyłki w ofercie przystępującego zastąpił wszak nieprawidłowe jednostki miary w kosztorysach ofertowych przystępującego – jednostkami miary wynikającymi z przedmiaru robót. Zamawiający dokonując tego zabiegu nie miał jednak wątpliwości, w jaki sposób poprawić ofertę przystępującego, gdyż wymagało to zastąpienia nieprawidłowych jednostek miary w kosztorysach ofertowych przystępującego – prawidłowymi jednostkami miary wynikającymi z przedmiaru. W analogiczny sposób mogła i powinna zostać wykonana poprawa omyłek w ofercie odwołującego. Poprawa polegać powinna na zastąpieniu błędnych opisów w spornych pozycjach kosztorysów ofertowych odwołującego - poprawnymi opisami wynikającymi z przedmiarów robót. Ponadto, tak jak wskazano już wcześniej, w przeciwieństwie do omyłek z art. 223 ust. 2 pkt 1 i pkt 2 ustawy Pzp, omyłki uregulowane w art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, nie muszą charakteryzować się cechą oczywistości.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, również w tym aspekcie zamawiający odmiennie potraktował obydwu wykonawców, którzy dopuścili się zbliżonych uchybień, czym naruszył zasadę równego traktowania wykonawców i przejrzystości. Zgodzić należało się zatem z odwołującym, że w postępowaniu zamawiającego nie sposób było dopatrzeć się jednolitych kryteriów oceny ofert odwołującego i przystępującego i jakiejkolwiek konsekwencji.

Biorąc powyższe pod uwagę powyższe rozważania Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Stosownie do art. 553 ustawy Pzp, o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP

109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym

orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza 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 analizowanej sprawie stwierdzone naruszenia ustawy Pzp, mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania, gdyż zamawiający bezzasadnie odrzucił ofertę odwołującego, która może być wybrana jako najkorzystniejsza, w świetle kryteriów oceny ofert określonych w SWZ.

W świetle art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, uwzględniając odwołanie, Izba może jeżeli umowa nie została zawarta:

a) nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo

b) nakazać unieważnienie czynności zamawiającego, albo

c) nakazać zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie, jeżeli jest niezgodne z przepisami ustawy.

W konsekwencji Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wykonanie, na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, czynności poprawienia w ofercie odwołującego omyłek polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujących istotnych zmian oferty, w zakresie pozycji 10, 12, 15, 58, 59, 66, 67, 68, 95, 98, 99 kosztorysu ofertowego

odwołującego na budowę pompowni wody.

Wobec powyższego, na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 i art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą" sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)" Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192

ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.

W analizowanej sprawie Izba uwzględniła odwołanie. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosili po połowie zamawiający i wnoszący sprzeciw. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 10.000 zł, koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł, oraz 17 zł tytułem uiszczonej opłaty skarbowej od pełnomocnictwa, ustalone na podstawie dokumentów złożonych do akt sprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 3 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b i d 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: ……..…