Warszawa, 7 czerwca 2024 r.

WYROK

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**
Protokolant: Mikołaj Kraska
po rozpoznaniu na rozprawie **4 czerwca 2024 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **17 maja 2024 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **R.S. USŁUGOWY ZAKŁAD Wodno-Kanal. C.O. i Gaz, Przeworsk** [„Odwołujący"]

w postępowaniu pn. *Przebudowa kotłowni z paliwa stałego na gazowe w DPS Wysock* (DPS-AG-1.271.2.2024)

prowadzonym przez zamawiającego: **Dom Pomocy Społecznej w Wysocku** [„Zamawiający"]

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania i odrzucenia oferty Odwołującego, a przy powtarzaniu czynności w prowadzonym postępowaniu – zawiadomienie Odwołującego o poprawieniu jego oferty w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 Ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), polegającym na uwidocznieniu w kosztorysie ofertowym, w ramach pkt 1 *Roboty remontowo-budowlane*, poz. 27u w następującym brzmieniu [kolejnych rubryk]: [*Nazwa*] *KNR 2-02 1101-1 Uzupełnienie posadzki*betonem [*Jednostka miary*] *m^3* [*Ilość*] *0,20* [*Cena jedn.*] *926,05* [*Wartość*] *185,21*, co nie pociąga za sobą jakiejkolwiek zmiany ceny oferty.**
2. **Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego i:**

   1) **zalicza w poczet tych kosztów kwotę 10000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania,
   2) **zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 10000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) jako odpowiadającą kosztom postępowania odwoławczego z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania.

Na niniejsze orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.**

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

Dom Pomocy Społecznej w Wysocku {dalej: „Zamawiający"} przeprowadza na podstawie Ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp" lub „pzp"} w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane pn. *Przebudowa kotłowni z paliwa stałego na gazowe w DPS Wysock* (DPS-AG-1.271.2.2024).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 19 kwietnia 2024 r. zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 00292622.

Wartość tego zamówienia nie przekracza progów unijnych.

13 maja 2024 r. Zamawiający zawiadomił drogą o unieważnieniu powyższego postepowania w związku z odrzuceniem wszystkich złożonych ofert.

17 maja 2024 r. przedsiębiorca działający pod firmą *R.S. USŁUGOWY ZAKŁAD Wodno-Kanal. C.O. i Ga Przeworsk* {dalej: „R.S." lub „Odwołujący"} wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższej czynności Zamawiającego, w tym od odrzucenia jego oferty i zaniechania poprawienia jego oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {jeżeli poniżej nie wskazano na inne akty prawne}

1. Art. 16 ust. 1 – przez przeprowadzenie badania i oceny ofert w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, przejrzystości i równego traktowania wykonawców, polegające na bezpodstawnym odrzuceniu oferty złożonej przez R.S., wskutek czego doszło do unieważnienia postępowania.
2. Art. 223 ust. 1 – przez zaniechanie wezwania R.S. do wyjaśnienia treści oferty, pomimo tego, że omyłka w kosztorysie ofertowym była niezamierzona i nie wpływała na istotną treść oferty.
3. Art. 223 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 226 – przez odrzucenie oferty R.S. jako niezgodną z SIWZ, podczas gdy zawiera ona omyłkę, która powinna zostać poprawiona.

4.Art. 226 – przez odrzucenie oferty R.S. pomimo braku przeprowadzenia w celu jej weryfikacji wszelkich koniecznych działań wynikających z przepisów pzp.
5.Art. 255 – przez unieważnienie postępowania w sytuacji bezpodstawności odrzucenia oferty R.S., która powinna zostać oceniona jako najkorzystniejsza.
6.Art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 239 oraz 240 – przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób nieprzejrzysty oraz niezapewniający zachowania zasady równego traktowania wykonawców, polegające na wadliwym przeprowadzeniu badania i oceny oferty złożonej przez R.S., wskutek czego została ona odrzucona a postępowanie unieważnione.
7.Art. 240 ust. 1 i 2 – przez ich niezastosowane i odrzucenie oferty złożonej przez R.S., pomimo że była najkorzystniejsza w sytuacji, gdy pozostałe oferty zostały odrzucone z powodu braku uiszczenia wadium.
8.Art. 5 Kodeksu cywilnego {dalej: „kc"} w zw. z art. 8 ust. 1 pzp – przez przeprowadzenie badania i oceny oferty R.S. w sposób sprzeczny z ustawą pzp lub mający na celu jej obejście, wyrażającym się w bezpodstawnym odrzuceniu tej oferty, co narusza zasady współżycia społecznego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1.Unieważnienia odrzucenia oferty R.S. i unieważnienia postępowania.
2.Powtórzenia badania i oceny ofert, w tym poprawienia innej omyłki w kosztorysie ofertowym, względnie wezwania R.S. do wyjaśnień treści złożonej oferty.
3.Wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący sprecyzował powyższą listę zarzutów przez podniesienie następujących okoliczności faktycznych i prawnych dla uzasadnienia wniesienia odwołania.

{okoliczności faktyczne}

Złożona przez R.S. oferta opiewała na kwotę 668.362,81 zł, na taką samą kwotę jak załączony do niej kosztorys ofertowy, w którym przez omyłkę zabrakło poz. nr 27, dotyczącej uzupełnienia posadzki betonem, której wartość zawiera się w kwocie 185,20 zł.

Brak tej pozycji nie miał jakiegokolwiek wpływu na wartość złożonej oferty czy też jej kompletność.

Zamawiający uzasadnił decyzję o odrzuceniu oferty wskazując, że pominięcie wiersza, *kolumny lub komórki w kosztorysach ofertowych jest równoznaczne z niezgodnością oferty ze SWZ na podstawie art.226 ust 1 pkt 5.*

{okoliczności prawne}

Uprawnienie do żądania wyjaśnień treści oferty na podstawie art. 223 ust. 1 pzp przeradza się w obowiązek, gdy oferta zawiera postanowienia niejasne, sprzeczne lub gdy jej treści nie da się jednoznacznie i stanowczo wywieść bez udziału wykonawcy. Uruchomienie procedury z art. 223 ust. 1 pzp oznacza, że zamawiający miał wątpliwości co do jednoznacznego stwierdzenia o zgodności lub niezgodności oferty z warunkami zamówienia, których rozwianie może nastąpić wyłącznie przy udziale wykonawcy. Negatywna ocena wyjaśnień prowadzi do negatywnych dla wykonawców konsekwencji, dlatego zamawiający przy ich ocenie powinien wykazać się należytą starannością. Udzielenie przez wykonawcę wyjaśnień na wezwanie zamawiającego należy postrzegać jako korzystne dla obu stron prowadzonego postępowania o zamówienie.

Skoro z SWZ wynika, w jaki sposób należało przedstawić ofertę cenową, wykonawca musi przygotować swoją ofertę zgodnie z tymi wymaganiami, aby z jej treści wynikało, że zrealizuje świadczenie zgodnie z warunkami zamówienia. Warunki zamówienia zostały zdefiniowane w art. 7 pkt 29 pzp jako warunki dotyczące zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia określone w szczególności w opisie przedmiotu zamówienia, wymaganiach związanych z realizacją zamówienia, kryteriach oceny ofert oraz wymaganiach proceduralnych lub w projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wymagania zamawiającego dotyczące zakresu świadczenia, jego wyceny oraz sposobu realizacji przedmiotu zamówienia stanowią jeden z najistotniejszych elementów opisywanych w dokumentach zamówienia. Jeżeli z treści oferty wykonawcy wynika, że planuje realizować przedmiot zamówienia niezgodnie z oczekiwaniami zamawiającego, wówczas taka oferta podlega obligatoryjnemu odrzuceniu.

Tryb poprawiania omyłek z art. 223 ust. 2 pkt 3 pzp wykorzystywany jest bardzo często do korygowania nieprawidłowości w kosztorysach ofertowych. Poprawieniu podlegają wadliwie podane elementy kalkulacyjne, jednostki miary, opisy pozycji kosztorysowych, w tym ilości, wymiary lub ich brak np. na skutek błędnego skanowania oferty – również takie, które mają wpływ na cenę oferty, ale nie powodują istotnych zmian w treści oferty.

Warunkiem możliwości poprawienia omyłek w trybie tego przepisu jest niezgodność z SWZ połączona z możliwością ustalenia prawidłowych danych na podstawie, albo bezpośrednio SWZ, albo pozostałej treści oferty.

Jak uznała Izba w uzasadnieniu wyroku z 14 kwietnia 2011 r. sygn. akt KIO 689/11 (LEX nr 788763): *..zakres przedmiotu świadczenia, do którego zobowiązuje się wykonawca, nie wynika ze złożonego przez tego wykonawcę kosztorysu (wypełnionego przedmiaru robót), lecz z całej dokumentacji technicznej zamawiającego, zaś kosztorys ten ma znaczenie jedynie dla określenia ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z dokumentacją. Ponadto Krajowa*

Izba Odwoławcza stwierdziła, że brak jest podstaw do wnioskowania, iż nieujęcie pewnych pozycji (co jest równoznaczne ze skumulowaniem ich wyceny pod innymi pozycjami) jest tożsame z oświadczeniem o zamiarze niewykonania pewnych prac/zastosowania materiałów, świadczącym o niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Z kolei w uzasadnieniu wyroku z 5 lutego 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 1781/09*Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, że brak wyceny w pozycji 3.1. Robót uzupełniających – zadaszenia nad wejściem głównym do budynku mógł być usunięty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp, ponieważ pomimo, że jest to pomyłka polegająca na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia to nie spowoduje ona istotnych zmian w treści oferty dlatego, że w świetle SIWZ kosztorys ofertowy na znaczenie pomocnicze przy ustaleniu ceny, a rozliczenie realizowanej umowy nie będzie następować na podstawie cen jednostkowych zawartych w kosztorysie ofertowym, tylko na podstawie procentowo ustalanego zaawansowania realizacji robót przy obowiązywaniu ceny oferty jako ceny całkowitej za całość zadania. Dlatego też brak wyceny zadaszenia nad wejściem głównym do budynku w ogóle nie stanowi istotnego elementu oferty, a tym bardziej, gdy Odwołujący wskazywał na poprawienie pustego miejsca przez wpisanie kwoty zero. Zamawiający chcąc utrzymać korzystną cenowo ofertę miał prawo na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp dokonać wpisania kwoty zero zawiadamiając o tym Wykonawcę, którego oferta uległaby odrzuceniu gdyby takie poprawienie pozycji kosztorysowej Wykonawca zakwestionował (art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp). Natomiast również Odwołujący zasadnie wskazał na możliwość wyjaśnienia oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy pzp, ponieważ skoro w wyniku wyjaśnienia nie uległaby zmianie wartość oferty (w puste miejsce w pozycji 3.1. branży budowlanej roboty uzupełniające – zadaszenie drzwi w głównym budynku – wpisano by wartość zero co nie zmieniło by wartości tej pozycji, w efekcie puste miejsce = wartości zero) to nie stanowiłoby to w ocenie Izby negocjacji w sprawie zamówienia oraz również nie stanowiłoby zmiany treści oferty.*

Jak słusznie wskazuje Izba w uzasadnieniu wyroku z 27 maja 2013 r. sygn. akt KIO 1152/13: *…wprowadzenie przepisu art. 87 ust. 2 pzp miało na celu wyeliminowanie sytuacji, w których stwierdzone w ofertach niedokładności, rozbieżności, niespójności prowadziły do odrzucenia oferty. Ustawodawca wprowadzając powołany przepis dał prymat obowiązkowi korygowania ofert wykonawców, w granicach określonych przez prawo, na dalszy plan przesuwając formalizm postępowania…* To bowiem istotność wprowadzanej zmiany stanowi przesłankę zastosowania art. 223 ust. 2 pkt 3 pzp. Uzasadnieniem dla wprowadzenia powyższego przepisu było wyeliminowanie sytuacji odrzucania ofert z powodu drobnych uchybień, w tym takich, których wartość bywa pomijalna w stosunku do wartości całej oferty.

Z kolei w uzasadnieniu wyroku z 21 marca 2022 r. sygn. akt KIO 543/22 wskazano, że *…w sytuacji, kiedy po stronie zamawiającego wystąpią uzasadnione wątpliwości co do zgodności oferty z treścią SWZ, właściwe przeprowadzenie badania i oceny ofert wymaga uzyskania jednoznacznego potwierdzenia, że została wypełniona hipoteza art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp. Zamawiający może zastosować sankcję w postaci odrzucenia oferty wyłącznie wtedy, gdy jest w stanie wykazać co w ofercie wykonawcy nie jest zgodne z warunkami zamówienia i w jaki sposób ta niezgodność występuje – w konfrontacji z klarownie wskazanymi wymaganiami SWZ. Zamawiający nie może poprzestać na własnej interpretacji treści oferty, a winien zadać wykonawcy jasne pytania w tym zakresie. Dokonanie rzetelnej oceny złożonych ofert jest także przejawem zachowania zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu, polegającej również na w sumiennym wypełnieniu obowiązków, które na zamawiającego nakłada ustawodawca w toku przeprowadzenia postępowania, tak aby właściwie zabezpieczyć interes wszystkich uczestników procesu udzielania zamówień publicznych. …zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt 2 pzp, obowiązkiem zamawiającego jest wskazanie wszystkich okoliczności faktycznych i prawnych dotyczących odrzucenia oferty wraz z informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej. Usiłowanie uzupełnienia tej czynności dopiero w odpowiedzi na odwołanie jest spóźnione i godzi w zasady naczelne pzp. Zasada przejrzystego prowadzenia postępowania oznacza bowiem, iż wszelkie czynności podejmowane przez zamawiającego winny wynikać z klarownie określonych przesłanek, którymi kierował się zamawiający – i co najważniejsze, przesłanki te muszą być możliwe do zweryfikowania i ujawnione wykonawcy w informacji stanowiącej podstawę odrzucenia jego oferty*.

Klauzula generalna zawarta w art. 5 kc wskazuje na niedopuszczalność czynienia ze swego prawa użytku, który byłby sprzeczny z zasadami współżycia społecznego i ma na celu zapobieżenie stosowaniu prawa w sposób, który prowadzi do skutków nie akceptowalnych z aksjologicznego punktu widzenia. Klauzula każdorazowo musi być wypełniona konkretną treścią odnoszącą się do okoliczności sprawy, a kryterium oceny jest wykonywanie przez daną osobę, przysługującego jej uprawnienia materialno-prawnego w aspekcie zasad współżycia społecznego, przez które należy rozumieć podstawowe reguły etycznego i uczciwego postępowania, akceptowane i godne ochrony reguły rzetelnego postępowania w stosunkach społecznych.

Podsumowując, ideą, która przyświecała ustawodawcy przy wprowadzaniu instytucji poprawiania innych omyłek, polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, było zakwalifikowanie do ich grona możliwie szerokiego spektrum niezamierzonych działań ze strony wykonawców. Oczywiście ocena, czy dana omyłka jest zamierzona, czy też nie, oraz czy jej poprawienie wpłynie na istotną treść oferty stanowi obowiązek obciążający zamawiającego, którego realizacja w konkretnej sytuacji może generować trudności we

właściwej ocenie sytuacji. Jednocześnie unieważnienie postępowania bywa wykorzystywane jako sposób na uniknięcie wyboru oferty, której zamawiający wybrać po prostu nie chce. Zamawiający uważają, że takie rozstrzygnięcie jest zarówno bezpieczniejsze pod kątem ewentualnej kontroli, jak i zmniejsza ryzyko jego zaskarżenia.

{subsumpcja}

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy, jak w pkt 1.-8. *petitum* odwołania, wywodząc w podsumowaniu, że brak jednej pozycji nie miał jakiegokolwiek wpływu na wartość złożonej oferty czy też jej kompletność, a Zamawiający miał możliwość jej poprawienia lub też zażądania wyjaśnień bądź przeprowadzenia postępowania dowodowego.

W odpowiedzi na odwołanie z 3 czerwca 2024 r. Zamawiający wniósł o jego oddalenie, co następująco uzasadnił.

Według rozdziału VII ust. 9 SWZ wynagrodzenie przewidziane za realizację przedmiotowego zamówienia miało mieć charakter kosztorysowy, co znalazło również odzwierciedlenie w § 10 ust. 3 projektu umowy (załączniku nr 5 do SWZ).

Jednocześnie w rozdziale II SWZ zamieszczono następująco sformułowane postanowienia:

16. UWAGA: Pominięcie wiersza, kolumny lub komórki w kosztorysach ofertowych, równoznaczne będzie z odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp – jako niezgodnej z SWZ.

17. UWAGA: Pominięcie wiersza, kolumny lub komórki w uproszczonych kosztorysach ofertowych, które są do uzupełnienia na podstawie przedmiaru robót, równoznaczne będzie z odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp – jako niezgodnej z SWZ

Żaden z wykonawców nie skorzystał z możliwości dokonania zmiany tej treści SWZ dzięki zadaniu pytań, wystosowaniu wniosków o wyjaśnienie czy skorzystaniu ze środków ochrony prawnej).

Zgodnie z treścią przedmiaru robót dla branży budowlanej obowiązkiem każdego wykonawcy było wycenienie m.in. pozycji 1.27 dla branży budowlanej, której kosztorys ofertowy R.S. nie zawiera, co też zostało wskazane w informacji o odrzuceniu tej oferty.

Stąd zupełnie zaskakujące jest takie zaprezentowanie w odwołaniu (na samej górze str. 5.) sytuacji, jakby ta pozycja jednak znajdowała się w treści tego kosztorysu ofertowego.

Nie sposób było zatem uznać, że oferta została prawidłowo złożona i że zawiera cały zakres przedmiotu zamówienia, a z uwagi na powyżej przywołane postanowienia SWZ Zamawiający nie miał innej możliwości niż odrzucenia oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp.

Z kolei *kosztorys ofertowy stanowi bowiem element oferty w rozumieniu art. 66 kc, jako podstawa kalkulacji ceny oferty, co oznacza, że jest jednym z istotnych elementów przyszłej umowy* (KIO 797/23).

Jak wskazuje się w orzecznictwie Izby: *niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty wykonawcy, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp, ma miejsce w sytuacji, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w dokumentach zamówienia wymaganiom bądź też polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami zamawiającego* (sygn.. akt KIO 11/24). Z taką sytuacją mamy właśnie do czynienia w niniejszej sprawie – oferta R.S, po pierwsze – nie oferuje realizacji pełnego przedmiotu zamówienia, po drugie, przedstawia przedmiot zamówienia (kosztorys) w sposób odmienny od tego, jak wymagał tego Zamawiający (przy jednoczesnym zastrzeżeniu odrzucenia oferty z uwagi na taki nieprawidłowy sposób przedstawienia oferty).

W przekonaniu Zamawiającego w orzecznictwie Izby dokładnie taka kwestia, jak w niniejszym postępowaniu, posiada ukształtowaną linię orzeczniczą, której reprezentatywnym przykładem jest wyrok z 12 stycznia 2022 r. sygn. akt KIO 3725/21, w którego uzasadnieniu Izba wskazała, co następuje:*Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia w rozumieniu art. 226 ust.1 pkt 5 Pzp polega na niezgodności zobowiązania, co do którego wykonawca składa oświadczenie woli w swojej ofercie, i przez jej złożenie przyjmuje do wykonania, z zakresem zobowiązania, które Zamawiający opisał w SWZ i którego przyjęcia oczekuje od wykonawcy. Brak podania w ofercie wymaganych wartości w danej pozycji Kosztorysu ofertowego stanowi niezgodność, której doprowadzenie do zgodności z SWZ wymaga uzupełnienia w kosztorysie określonych informacji, które nie wynikają z treści oferty. Podkreślić należy, że w tym przypadku Zamawiający nie dokonał poprawy treści oferty wykonawcy Zakład Usług Leśnych DRWAL, przyjmując, że ostateczna treść oferty uwzględnia wyjaśnienia złożone przez wykonawcę. Podkreślenia wymaga również, że brak stwierdzony w ofercie ww. wykonawcy dotyczy określenia ceny jednostkowej, która zgodnie z SWZ jest elementem istotnym dla przyszłego zobowiązania umownego oraz do wyliczenia wynagrodzenia wykonawcy. Brak podania wartości ceny jednostkowej powoduje dodatkowo, że niemożliwe jest ustalenie wynagrodzenia za wykonanie elementu umowy w toku jej realizacji. Jest to istotna niezgodność treści oferty wykonawcy z warunkami zamówienia. Jednocześnie zauważyć należy, że uprawnienie Zamawiającego do żądania od wykonawcy wyjaśnień nie może prowadzić do negocjacji z wykonawcą, w tym do dokonania zmiany w treści złożonej oferty, z wyłączeniem przypadków uregulowanych w art. 223 ust. 2 Pzp. Wyjaśnienia treści złożonej oferty ograniczać się mogą jedynie do wskazania sposobu rozumienia treści jakie zawiera*

złożona oferta. Zamawiający nie może więc na podstawie wyjaśnień złożonych przez Odwołującego dokonywać tak istotnych zmian w treści złożonej oferty jak dodanie treści, która nie została w niej zawarta.

Według Zamawiającego właśnie z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie: 1) brak jest pozycji w kosztorysie ofertowym; 2) jego uzupełnienie powodowałoby nadanie nowej treści kosztorysowi (ofercie), a przez to zakresowi zamówienia, który został jednoznacznie zaoferowany; 3) z uwagi na charakter wynagrodzenia w toku realizacji umowy niemożliwe byłoby ustalenie wynagrodzenia za nieprzewidzianą pozycję; 4) brakuje informacji, na podstawie których można byłoby dokonać poprawienia kosztorysu; 5) nie ma możliwości wezwania do wyjaśnienia treści oferty, gdyż ich konsekwencją tych wyjaśnień byłoby dodanie nowej (nieznanej wcześniej) treści w kosztorysie (ofercie).

Zamawiający nie był uprawniony występowania o wyjaśnienie treści oferty. *Argumentacja zamawiającego, iż był on uprawniony do wyjaśnienia treści oferty wykonawcy IDUA w tym zakresie na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, jest nieprawidłowa, albowiem brak wyceny pozycji kosztorysu jest istotnym brakiem oświadczenia woli, niemieszczącym się w zakresie wyjaśnień, do których zamawiający może wzywać wykonawcę na podstawie wskazanej normy. W braku w ogóle pozycji kosztorysu nie może być mowy o jego wyjaśnieniu czy uzupełnieniu, albowiem prowadziłoby to do niedopuszczalnej zmiany treści oferty przez jej uzupełnienie o brakujące treści, nie wynikające ze złożonej oferty. Niedopuszczalnym jest interpretowanie przez zamawiającego postawionych wymagań na etapie złożonych ofert i odpowiednie dostosowanie przyjętej interpretacji pod konkretnego wykonawcę. Zamawiający najpierw precyzuje swoje wymaganie w sposób jasny i klarowny, a dopiero po ich sprecyzowaniu i określeniu w SWZ bada złożone oferty w oparciu o postawione warunki, nie zaś odwrotnie. Dlatego też czynność zamawiającego, polegająca na wyjaśnieniu i uzupełnianiu oferty wykonawcy IDUA o elementy, które nie były w niej zawarte, należało uznać za nieprawidłową* (sygn. akt KIO 2771/21).

Natomiast w opinii Zamawiającego orzecznictwo przywołane w uzasadnieniu odwołania jest z następujących powodów nieadekwatne.

Odnośnie sprawy o sygn. akt KIO 689/11 Odwołujący pominął następujące ustalenia Izby:*Zakres przedmiotu świadczenia, do którego zobowiązuje się wykonawca nie wynika ze złożonego przez tego wykonawcę kosztorysu (wypełnionego Przedmiaru Robót), bowiem wynika z całej dokumentacji technicznej Zamawiającego, zaś kosztorys ten ma znaczenie jedynie dla określenia ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z dokumentacją. Skutek pominięcia w wycenie w ramach tego kosztorysu (wypełnionego Przedmiaru) przewidziano w pkt 13.3 specyfikacji oraz w subklauzuli 5.3 Tomu IV/5 Przedmiary Robót, Część 1 Podstawa Wyceny Oferty: będzie ona uznana za włączoną do innych pozycji wypełnionego Przedmiaru Robót bez możliwości płatności. Analogiczny skutek wywołuje pominięcie pozycji – oznacza ono tyle, że wykonawca jest zobowiązany wykonać zamówienie zgodnie z jego zakresem opisanym w projekcie budowlanym oraz specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót, przy czym nie będzie się za to należało odrębne wynagrodzenie, poza tym, jakie jest należne za wykonanie wycenionych w Przedmiarze (kosztorysie wykonawcy) robót i materiałów.*

W sprawie o sygn. akt KIO/UZP 1781/09 już z przywołanego fragmentu uzasadnienia wyroku wynika, że charakter wynagrodzenia był zupełnie inny niż w niniejszej sprawie, tj. …*rozliczenie realizowanej umowy nie będzie następować na podstawie cen jednostkowych zawartych w kosztorysie ofertowym, tylko na podstawie procentowo ustalanego zaawansowania realizacji robót przy obowiązywaniu ceny oferty jako ceny całkowitej za całość zadania.* Nie można zatem porównać braków w kosztorysie przy rozliczeniu ryczałtowym (z uwzględnieniem tzw. przerobu) do braków w kosztorysie przy rozliczeniu kosztorysowym, jak w przedmiotowym postępowaniu.

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

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

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący i Zamawiający podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska i argumentację.

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

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

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jednocześnie Odwołujący może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż odrzucenia jego oferty i unieważnienie

postępowania uniemożliwia mu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba ustaliła poniższe okoliczności jako istotne dla rozpoznawanej sprawy.

R.S. złożył ofertę przy wykorzystaniu wzoru formularza oferty z załącznika nr 2 do SWZ, w szczególności następująco wypełniając pkt 1. *Przedmiot zamówienia* lit. a) *Cena ogólna* – 618.854,45 zł, w tym: *Cena ofertowa netto z załącznika 1a* – 125.272, 86 zł, *Cena ofertowa netto z załącznika 1b* – 449.726,99 zł, *Cena ofertowa netto z załącznika 1c* – 43.854,60 zł, *Należny podatek VAT – 8%*, łącznie *Kwota brutto* – 668.362,81 zł, *Słownie kwota brutto* – sześćset sześćdziesiąt osiem tysięcy trzysta sześćdziesiąt dwa złote 81/100 groszy.

Poszczególne wartości netto wynikają z poszczególnych rozdziałów załączonego do oferty kosztorysu uproszczonego, sporządzonego w programie Forte 14.00, w tym pierwsza z nich z podsumowania rozdziału (punktu) 1. Roboty remontowo-budowlane.

W odniesieniu do całego kosztorysu widać problemy z wpasowaniem poszczególnych stron w tzw. obszar wydruku (lub skanowania – jak to wskazano w odwołaniu), co w szczególności spowodowało, że zupełnie niewidoczna jest poz. 27u, która nie zmieściła się na końcu jednej strony, po poz. 26u, a jednocześnie nie pojawiła się na początku następnej, rozpoczynającej się od poz. 28u.

Jednocześnie poza wszelkim sporem jest fakt, że pozycja ta odpowiada poz. 1.27. załączonego do SWZ przedmiaru jako załącznik nr 1a – kosztorys ofertowy – część budowlana, czyli wiadomo, że przedmiotem wyceny w tej pozycji jest uzupełnienie posadzki betonem [KNR 202/1101/1 (1)] w ilości 0,20 m^3.

Widoczne są ceny jednostkowe i wartości wszystkich innych pozycji objętych powyżej wskazanym rozdziałem kosztorysu ofertowego, a także wspomniana łączna wartość, co pozwala na wyliczenie ceny jednostkowej i wartości poz. 27u w takiej wysokości, w jakiej zostało to uwidocznione w odwołaniu, w którym wklejono stosowny fragment kosztorysu, tym razem z uwidocznioną poz. 27u.

Niezależnie od powyższego pozycja ta ma marginalne znaczenie pod względem rzeczowym i wartościowym w skali całej oferty w sytuacji, gdy przedmiotem tego zamówienia jest wykonanie robót budowlanych polegających na przebudowie kotłowni z paliwa stałego na gazowe w oparciu o projekt architektoniczno-budowlany, projekt techniczny, specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych, z uwzględnieniem warunków przyłączenia do sieci gazowej i pozwolenia konserwatorskiego, które określają wymagany rezultat tych robót, a także sposób ich wykonania [patrz pkt 2. rozdziału I Postanowienia ogólne i pkt 1. rozdziału II Opis przedmiotu zamówienia].

Natomiast bez znaczenia są podnoszone w odpowiedzi na odwołanie uwagi zamieszczone w pkt (czy ustępach) 17. i 18. rozdziału II SWZ, gdyż Zamawiający nie może uchylić stosowania powszechnie obowiązujących przepisów ustawy pzp, w tym zadekretować, że będzie odrzucał oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp bez uwzględnienia regulacji zawartej w art. 223 ust. 2 pkt 3 pzp, do czego w istocie sprowadza się istota tych postanowień.

Izba stwierdziła, że w tych okolicznościach odwołanie jest zasadne.

Zamawiający bezpodstawnie odrzucił ofertę Odwołującego, błędnie uznając ją za definitywnie niezgodną z warunkami zamówienia, bez rozważenia, czy nie podlega ona poprawieniu.

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

Ponieważ poprzednio obowiązująca ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych {dalej: „popzp"} zawierała analogiczne uregulowania, w przeważającej mierze zachowuje aktualność dorobek doktryny i orzecznictwa wypracowany na tle stosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 popzp – zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 popzp – przy czym ten ostatni przepis miał niemal identyczne brzmienie jak obecnie obowiązujący art. 223 ust. 1 pkt 3 pzp. Różnice sprowadzają się do nieistotnych w okolicznościach tej sprawy zmian terminologii, wynikających z uczynienia obecnie punktem odniesienia dokumentów zamówienia zamiast, jak poprzednio, samej specyfikacji istotnych warunków zamówienia {w skrócie: „SIWZ"}, która z kolei obecnie nazywana jest specyfikacją warunków zamówienia {w skrócie: „SWZ"}. Innymi słowy na potrzeby zrozumienia dalszego wywodu „SWZ" i „SIWZ" należy poczytać za synonimiczne określenia specyfikacji (istotnych) warunków zamówienia {inaczej w skrócie: „specyfikacji"} jako zasadniczego dokumentu zamówienia opracowywanego przez zamawiających na potrzeby prowadzonego postępowania.

Z art. 223 ust. 1 pzp [poprzednio 87 ust. 1 pzp] wynika, że w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz z zastrzeżeniem ust. 2 (oraz dialogu konkurencyjnego), dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści. Zmiany te sprowadzają się właśnie do wspominanej instytucji poprawienia omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją, co nie może jednak powodować istotnej zmiany treści oferty.

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

Warto przypomnieć, że intencją ustawodawcy towarzyszącą wprowadzeniu art. 87 ust. 2 popzp [odpowiednika obowiązującego art. 223 ust. 2 pzp] było zniwelowanie formalizmu występującego na gruncie ustawy popzp, aby umożliwić branie pod uwagę w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, których skorygowanie nie prowadzi do istotnych zmian w treści oferty. Wynika to wprost z uzasadnienia do ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw: *W projekcie wprowadza się istotne zmiany dotyczące sposobu poprawiania oczywistych omyłek pisarskich rachunkowych (art. 87 ust. 2). Rezygnuje się z zamkniętego katalogu sposobu poprawiania omyłek rachunkowych, pozostawiając jednocześnie zamawiającemu uprawnienie do poprawiania oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Proponowane rozwiązanie przyczyni się do usprawnienia procedury udzielania zamówienia publicznego oraz do zmniejszenia liczby odrzucanych ofert i unieważnianych postępowań. Ogranicza się sytuacje, w których oferty uznane za najkorzystniejsze podlegają odrzuceniu ze względu na błędy rachunkowe w obliczeniu ceny, które nie są możliwe do poprawienia w myśl ustawowo określonych reguł. Jest to szczególnie istotne w kontekście zamówień na roboty budowlane, w których oferty wykonawców, niezwykle obszerne i szczegółowe, liczące nieraz po kilkadziesiąt tomów, często podlegają odrzuceniu ze względu na drobne błędy w ich treści. Proponowany przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 w szczególności ma na celu umożliwienie poprawiania tego rodzaju błędów, które mogą pojawić się w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego. Należy również podkreślić, że proponowane rozwiązanie nie stoi na przeszkodzie temu, aby zamawiający samodzielnie precyzował w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przykładowe okoliczności, w których będzie dokonywał poprawy omyłek w ofertach w trybie art. 87 ust. 2. Powyższe prowadzi do przejrzystości postępowania, ogranicza kazuistykę ustawy i może ograniczyć ewentualne spory z wykonawcami.*

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

Izba podziela również stanowisko [wyrażone już w uzasadnieniu wyroku Izby z 5 sierpnia 2009 r. sygn. akt. KIO/UZP 959/09}, że rozumienie „innej omyłki" z art. 87 ust. 2 pkt 3 popzp [obecnie art. 223 ust. 2 pkt 3 pzp] nie powinno być interpretowane zawężająco, tj. jedynie jako techniczny błąd w sposobie sporządzenia oferty, pominięcie lub pomylenie określonych wyrażeń lub wartości czy wszelkich innych przeoczeń i braków, które powstały bez świadomości ich wystąpienia po stronie wykonawcy. Słownikowe rozumienie słowa „omyłka" oznacza spostrzeżenie, sąd niezgodny z rzeczywistością, błąd w postępowaniu, rozumowaniu itp. [tak w *Słowniku języka polskiego* pod red. Witolda Doroszewskiego, Wydawnictwo Naukowe PWN, dostępnym na stronie http://sjpd.pwn.pl]. Omyłka wykonawcy w przygotowaniu oferty może zatem również wynikać z jego błędnego przekonania co do wymaganego sposobu wykonania zamówienia i wyrażenia powyższego w ofercie. Wykonawca może więc sporządzić ofertę z pełną świadomością co do celowości i kształtu jej poszczególnych zapisów, jednakże mylnie nie zdaje sobie sprawy ze stanu jej niezgodności z treścią specyfikacji. Tego typu błędy wykonawcy, pod warunkiem ich nieistotności, również podlegają poprawie. Ostatecznym momentem weryfikacji omyłki, w tym przypadku zmiany przekonania wykonawcy co do poprawności jego oferty, jest wywołujące określone skutki prawne zawiadomienie o dokonanym poprawieniu omyłki i ewentualne jego zakwestionowanie przez wykonawcę (art. 226 ust. 1 pkt 11 pzp; poprzednio w art. 89 ust. 1 pkt 7 popz mowa była o braku zgody na poprawienie), niezależnie od wcześniej składanych deklaracji w tym przedmiocie.

Resumując, jeżeli jakieś konkretne okoliczności nie wskazują co innego, należy przyjąć założenie, zgodnie z

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

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

Na powyższe uwarunkowania trafnie zwrócił uwagę Sąd Okręgowy w Krakowie w uzasadnieniu wyroku z 23 kwietnia 2009 r. sygn. akt XII Ga 102/09: *W ocenie Sądu Okręgowego nie ulega jednak kwestii, iż ocena, czy poprawienie innej omyłki przez zamawiającego powoduje (lub nie) istotną zmianę w treści oferty musi być dokonywana na tle konkretnego stanu faktycznego. To co w ramach danego zamówienia może prowadzić do istotnej zmiany w treści oferty nie musi rodzić takiego efektu przy ocenie ofert innego podobnego zamówienia. Nadto należy zaznaczyć, że poprawienie przez zamawiającego innej omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp nie może powodować istotnych zmian w treści całej oferty, a nie jej fragmentu. Innymi słowy kwantyfikator „istotnych zmian" należy w ocenie sądu odnosić do całości treści oferty i konsekwencję tych zmian należy oceniać, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i całość oferty.* Ponadto jak to słusznie wskazano w uzasadnieniu wyroku z 13 stycznia 2012 r. sygn. akt KIO 2810/11: [w] *orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych przyjmuje się np. możliwość poprawiania treści oferty odnoszących się bezpośrednio do ich essentialia negotii (np. w celu uniknięcia tzw. „kazusu lamp na obwodnicy Wrocławia", czyli odrzucania ofert z powodu drobnych błędów w ich treści).* Podobne stanowisko Izba zajęła w uzasadnieniach wyroków wydanych 24 listopada 2010 r. sygn. akt KIO 2490/10 i 28 września 2010 r. sygn. akt KIO1978/10.

Co do możliwości samodzielnego poprawienia przez zamawiającego omyłkowej niezgodności, bez udziału wykonawcy, w pierwszej kolejności należy zauważyć, że jest to wypracowana w orzecznictwie wskazówka zmierzająca do wytyczenia bezpiecznej granicy zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 popzp [aktualnie art. 223 ust. 2 pkt 3 pzp], gdyż przepis ten wprost takiej przesłanki nie formułuje. Niewątpliwie stosowanie jej w praktyce przez zamawiających eliminuje ryzyko naruszenia zakazu prowadzenia jakichkolwiek negocjacji z wykonawcą na temat złożonej oferty oraz gwarantuje zachowanie podstawowych zasad równego traktowania wykonawców i przestrzegania uczciwej konkurencji pomiędzy nimi. W ocenie Izby nie oznacza to jednak braku możliwości uprzedniego zastosowania instytucji wezwania wykonawcy do wyjaśnienia treści złożonej oferty. Wręcz przeciwnie, skorzystanie przez zamawiającego z wyjaśnień wykonawcy może być wręcz nieodzowne nie tylko dla oceny, czy doszło w ogóle do pomyłki, lecz również dla ustalenia, w jaki sposób należałoby ją poprawić. Zdaniem Izby należy odróżnić skorzystanie z treści udzielonych przez wykonawcę wyjaśnień od niedopuszczalnej ingerencji wykonawcy. Skoro dopuszczalne jest wyjaśnienie treści złożonej oferty, dysponowanie przez zamawiającego wszystkimi niezbędnymi danymi do dokonania poprawienia omyłek bez ingerencji wykonawcy należy oceniać z 0uwzględnieniem treści informacji uzyskanych w wyniku wyjaśnień.

Reasumując, w okolicznościach rozstrzyganej sprawy przy dołożeniu należytej staranności Zamawiający, nawet bez kierowania wezwania do wyjaśnień, powinien był z łatwością nie tylko stwierdzić, na czym polega niezgodność oferty Odwołującego z treścią specyfikacji, ale i w jaki sposób ją poprawić, czego bezpodstawnie w ogóle zaniechał. W ocenie Izby z całokształtu okoliczności towarzyszących złożeniu odrzuconej oferty wynika bowiem wola zaoferowania realizacji tego zamówienia na warunkach wynikających z SWZ, w tym wykonania objętego brakującymi pozycjami zakresu rzeczowego, a zatem obowiązkiem Zamawiającego było poprawienie tej oferty w sposób, który powinien być dla niego oczywisty.

Jednakże nawet gdyby sytuacja przedstawiała się nieco odmiennie tzn. w kosztorysie brakowałoby tej jednej pozycji i jednocześnie nie byłoby możliwości wydedukowania jej wyceny, odrzucenie z tak błahego powodu, zamiast skorzystania z możliwości poprawienia w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp, choćby przez przyjęcie wyceny tej pozycji na poziomie 0 zł, aby nie zmieniać ceny oferty, również należałoby ocenić jako oczywiście nieproporcjonalne, czyli naruszające jedną z podstawowych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, o której mowa w art. 16 pkt 3 ustawy pzp.

W konsekwencji Zamawiający naruszył również art. 255 pkt 2 ustawy pzp, gdyż błędnie uznał, że wszystkie złożone w postępowaniu oferty podlegały odrzuceniu.

W sytuacji, gdy norma prawna, którą należy wywieść z art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy

pzp i norma wynikająca z art. 255 pkt 2 ustawy pzp stanowią wyczerpującą kwalifikację prawną czynności i zaniechań Zamawiającego objętych zarzutami odwołania, wskazanie na wstępie odwołania również na inne przepisy, w tym Kodeksu cywilnego, należy uznać za zbędne i niewymagające odniesienia się do nich.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającegoart. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 223 ust. 2 pkt 3 oraz art. 255 pkt 2 ustawy pzp miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, stąd – działając na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1, ust. 3 pkt 1 lit. a oraz b ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w tej sprawie, na które złożył się uiszczony wpis od odwołania, orzeczono stosownie do jej wyniku na podstawie art. 557 ustawy pzp w zw. z § 5 pkt 1 oraz § 7 ust. 1 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. poz. 2437), tj. obciążając nimi Zamawiającego. Natomiast nie mógł zostać uwzględniony wniosek pełnomocnika Odwołującego o zasądzenie kosztów zastępstwa przed Izbą wg tzw. norm przepisanych, gdyż z § 5 pkt 2 lit. b wynika, że wymagane jest w tym zakresie złożenie do zamknięcia rozprawy co najmniej spisu tych kosztów.