Sygn. akt: KIO 1491/24

WYROK

Warszawa, dnia 22 maja 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Andrzej Niwicki
Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 maja 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 kwietnia 2024 r. przez
INTOP Warszawa Sp. z o.o. ul. Łukasza Drewny 70, 02-968 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – „PKP Intercity" S.A.Al. Jerozolimskie 142A,02-305 Warszawa przy udziale uczestnika przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego - Konsorcjum Wykonawców KZN RAIL Sp. z o.o. Kraków i WADOMA W. MAŁKOWIAK, W. BODZIONY SPÓŁKA KOMANDYTOWA Podegrodzie Warzecze 229, 33-386

orzeka:

1.Oddala odwołanie.
2.kosztami postępowania obciąża wykonawcę INTOP Warszawa Sp. z o.o. i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr
(słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez INTOP Warszawa Sp. z o.o.tytułem wpisu od odwołania;
2.2. zasądza od wykonawcy INTOP Warszawa Sp. z o.o.na rzecz zamawiającego „PKP Intercity" S.A.z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Na 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.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 1491/24

Uzasadnienie

Zamawiający:PKP Intercity S.A.Warszawa prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Przebudowa bocznicy kolejowej Przemyśl Bakończyce, wraz z zaprojektowaniem i wykonaniem robót w branży elektroenergetycznej oraz SRK" (nr postępowania: 23/WNP-017154/INF, „Postępowanie") Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym UE 14 czerwca 2023 r., numer: 2023/S 113-354564.

Odwołujący: Intop Warszawa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawiewniósł dnia 29 kwietnia 2024 r. odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań Zamawiającego:

(1)odrzucenia oferty Odwołującego, pomimo iż oferta Odwołującego pozostaje zgodna z warunkami zamówienia;

(2)zaniechania poprawienia oferty Odwołującego w sposób niepowodujący istotnej zmiany treści oferty, tj. poprzez uwzględnienie przedstawionych przez Odwołującego cen jednostkowych dla branży – 4789-PW-2-13- System Lokalnego Monitorowania i Sterowania SLMs („System SLM");

II.Zamawiającemu zarzuca naruszenie następujących przepisów ustawy pzp:

(1)art. 226 ust. 1 pkt 5 przez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego i uznanie, iż oferta Odwołującego pozostaje niezgodna z warunkami zamówienia, albowiem przedłożony wraz z ofertą Odwołującego kosztorys nie zawierał uzupełnionych cen jednostkowych 21 pozycji znajdujących się w arkuszu nr 57, podczas gdy oferta Odwołującego odpowiada warunkom zamówienia postawionym przez Zamawiającego, w szczególności, gdyż Odwołujący uwzględnił kwestionowany zakres prac w swojej wycenie (a tym samym oferta jest zgodna z przedmiotem zamówienia), co znalazło swoje odzwierciedlenie w zbiorczym zestawieniu kosztów Załącznika nr 4 do Specyfikacji Warunków Zamówienia („SWZ"), zaś Odwołujący wskazał Zamawiającemu z jakich kwot składa się łączna cena za zakres prac związany z wykonaniem Systemu SLM;

(2)art. 223 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 przez zaniechanie uznania przez Zamawiającego, iż brak podania cen jednostkowych w arkuszu prac Systemu SLM stanowi inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty z dokumentami

zamówienia, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty, i w rezultacie zaniechanie zastosowania przez Zamawiającego instytucji poprawy oferty w tym trybie, podczas gdy Zamawiający miał wiedzę na temat tego, w jaki sposób poprawić ofertę, zaś sama czynność i zakres poprawienia oferty Odwołującego nie powodowałby istotnych zmian w treści oferty, albowiem oferta nie uległaby zmianie zarówno pod względem przedmiotowym (wyceniony pozostawał cały czas ten sam zakres prac), ani pod względem cenowym (cena oferty nie uległaby zmianie), co doprowadziło Zamawiającego do błędnego uznania, że oferta Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia a w konsekwencji powyższego;

(3)art. 16 ust. 1 przez prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

III.Wnosi uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

(1)unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego;

(2)unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

(3)poprawienie oferty Odwołującego w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp, przez zaakceptowanie i uzupełnienie pozycji kosztorysu szczegółowego, arkusz 57 (System SLM) o ceny jednostkowe w poszczególnych pozycjach tego arkusza 57, w sposób zaprezentowany przez Odwołującego w piśmie z dnia 15 stycznia 2024 roku;

(4)dokonania ponownego badania i oceny ofert złożonych w Postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego i dokonanie wyboru oferty złożonej przez Odwołującego.

Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia bowiem jego oferta uplasowała się na pierwszym miejscu w rankingu ofert, gdyby Zamawiający przeprowadził czynności zgodnie z przepisami Pzp, prawidłowo ocenił zaistniały w sprawie stan faktycznie i prawidłowo zastosował przepisy o poprawianiu omyłek, wówczas oferta Odwołującego mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą.

U Z A S A D N I E N I E

Wykonawcy ubiegający się o przedmiot zamówienia zobowiązani byli złożyć wraz z ofertą wypełniony przedmiar robót (kosztorys ofertowy), który stanowił zał nr 4 do SWZ („Kosztorys”). Kosztorys składał się z143 stron oraz 4193 pozycji kosztorysowych.

Wytyczne w zakresie sposobu obliczenia ceny oferty zawarte zostały w SWZ, gdzie Zamawiający wskazał, że cenę oferty wyliczyć posługując się przedmiarem robót stanowiącym zał 4 – Kosztorys (ust. 3). Wymaganą metodą kalkulacji ceny jest metoda kalkulacji uproszczonej polegająca na obliczeniu ceny kosztorysowej jako sumy iloczynów określonych w przedmiarze jednostek przedmiarowych i cen jednostkowych.

Jednocześnie w ustępie 5 powyższego rozdziału SWZ Zamawiający wskazał:

Termin składania ofert przypadł na 5 grudnia 2023 roku.

Odwołujący zaoferował cenę 328 313 138 zł brutto. Wraz z ofertą złożył wypełniony Kosztorys, z którego – co potwierdzają już pierwsze jego strony – wynikało, iż Intop przygotował ofertę zgodnie z wymaganiami, tj. wypełnił zał 4, którego wypełnienie automatycznie zliczyło łączną cenę. Cena uwzględniała wykonanie wszystkich branż w zbiorczym zestawieniu kosztów.

7.Po złożeniu oferty, a w toku badania i oceny oferty ofert, pismem z dnia 9 stycznia 2024 r. Zamawiający zwrócił się do Odwołującego z zawiadomieniem o poprawieniu oczywistych omyłek rachunkowych w arkuszu 26 Kosztorysu oraz arkuszu zbiorczym (zestawieniu zbiorczym).

8.Odwołujący po otrzymaniu powyższego zawiadomienia, zweryfikował ponownie złożony przez siebie Kosztorys weryfikując złożony z ofertą plik w formacie *.pdf (w celu weryfikacji omyłki rachunkowej wskazanej przez Zamawiającego). W wyniku weryfikacji Odwołujący dostrzegł jednak samodzielnie omyłkę w swojej ofercie, która polegała na braku uwidocznienia dwóch kolumn na str. 140 Kosztorysu, tj. kolumny przedstawiającej cenę jednostkową oraz wartość poszczególnych pozycji w rozbiciu kosztów składających się na System Lokalnego Monitorowania i Sterowania SLMS.

9.Wskazany zakres prac i cena za jego wykonanie została jednak uwzględniona przez Odwołującego w zbiorczym zestawieniu kosztów, na drugiej stronie Kosztorysu, arkusz 57:

10.Tuż po powzięciu przez Odwołującego wiedzy o zaistniałej omyłce, Odwołujący niezwłocznie, pismem z dnia 15

stycznia 2024 r. poinformował Zamawiającego, z własnej inicjatywy, o dostrzeżonym przez siebie braku. Wskazał Zamawiającemu, że wycenił zakres prac związany z Systemem SLM, co znalazło odzwierciedlenie w zbiorczym zestawieniu, lecz wypełnione przez niego kolumny z ceną jednostkową za poszczególne pozycje zawarte w pliku excel (Zamawiającego) i ich łączna wartość nie wyświetliły się ostatecznie w złożonym wydruku do pliku *.pdf. Oprócz tego Odwołujący wskazał, że sporny zakres prac zamierzał od samego początku zlecić podwykonawcy, i ustalając cenę za System SLM kierował się cenami z oferty (tego i innych elementów oferty) podwykonawczej, którą uzyskał przed terminem składania ofert w Postępowaniu. Odwołujący do pisma z 15 stycznia 2024 r. dołączył wspomnianą ofertę podwykonawczą w zakres, której wchodziły 3 branże (kosztorysy) oraz część Projektuj-Buduj na kolejowe sterowanie ruchem oraz wskazał, iż do poszczególnych cen konsekwentnie do przyjętej w całości oferty podwykonawczej doliczył narzut, czego efektem jest wartość dopisana w zbiorczym zestawieniu kosztów (obejmującą łącznie 4 pozycje ze zbiorczego zestawienia kosztów skalkulowaną na tej ofercie podwykonawczej).

11.Odwołujący do pisma wyjaśniającego załączył wypełnioną, brakującą część Kosztorysu, wskazując jednocześnie, iż w świetle takich okoliczności faktycznych, Jego oferta winna zostać poprawiona w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp, albowiem Zamawiający uzyskał wiedzę, w jaki sposób poprawić ofertę Odwołującego, zaś poprawienie jej nie będzie stanowiło istotnej zmiany oferty zarówno w zakresie części merytorycznej (zakresu zamówienia), jak i w zakresie cenowym (cena oferty pozostanie bez zmian).

12.Informacją z dnia 17 kwietnia 2024 r. Zamawiający przekazał wykonawcom wyniki Postępowania. Oprócz informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, Zamawiający poinformował również odrzuceniu oferty złożonej przez Intop, wskazując, iż odrzuca ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp tj. jako niezgodną z warunkami zamówienia. Zamawiający, w uproszczony sposób, przywołał stan faktyczny, wskazując na charakter wynagrodzenia w tym Postępowaniu, fakt nieuzupełnienia cen jednostkowych w arkuszu nr 57 (Zamawiający w uzasadnieniu wskazał, że nie złożono w ogóle kosztorysu dla tej branży) oraz brak możliwości uzupełnienie powyższego, z uwagi na rzekome wytworzenie nowej treści oferty.

13.Jak zostanie wykazane w dalszej części odwołania, Zamawiający niesłusznie zastosował względem Odwołującego sankcję odrzucenia jego oferty. Oferta Odwołującego jest zgodna z warunkami zamówienia, zaś niezgodność, na podstawie której Zamawiający dopatruje się możliwości odrzucenia jego oferty powinna była zostać poprawiona w trybie art. 223 ust. 2 pkt 2 Pzp.

II. UZASADNIENIE PRAWNE

II.1. Uwagi ogólne

14.Istota zaistniałego w sprawie sporu sprowadza się do pominięcia przez Zamawiającego instytucji poprawy tzw. innej omyłki, która uregulowana została w art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp. Szczegółowe rozważania prawne w tym zakresie Odwołujący przedstawi w drugiej części pisma, jednak już teraz – oceniając wyłącznie stan faktyczny sprawy – Odwołujący pragnie zwrócić uwagę Izby na okoliczności, które przemawiają za niezasadnością podjętych przez Zamawiającego działań i zaniechaniu przez Niego poprawienia oferty Odwołującego w sposób, który umożliwiał utrzymanie (prawidłowej i najkorzystniejszej) oferty w Postępowaniu.

15.Odwołujący w żadnym wypadku nie zaprzecza okoliczności, iż wraz z jego ofertą został złożony Kosztorys, w którym na stronie 140 – mówiąc wprost – brakowało cen jednostkowych i łącznej ich wartości dla poszczególnych prac z zakresu Systemu SLM. Okoliczność ta nie została przez Odwołującego niedostrzeżona przy składaniu oferty, co jednak zdaje się – z praktycznego punktu widzenia – zrozumiałym - Kosztorys liczył 143 strony, zaś wycenie podlegało ponad cztery tysiące pozycji kosztorysowych. Niezależnie od tego, powyższe uchybienie w żadnym wypadku nie wskazuje na to, aby oferta Odwołującego pozostawała niezgodna z warunkami zamówienia, w sposób, który uniemożliwiałby Odwołującemu dalszy udział w Postępowaniu.

16.Zaistniała w ofercie Odwołującego nieprawidłowość nie ingeruje w istocie w treść oferty na tyle, by możliwa była mowa o niezgodności oferty z warunkami zamówienia. Wadliwość ta sprowadza się wyłącznie do sposobu prezentacji informacji w ofercie, lecz sposób ten nie zniekształca oświadczenia woli Intop, które pozostaje niezmienne i zgodne z wymaganym zakresem zamówienia. Oferta Intop obejmuje bowiem wycenę zakresu, o którym mowa w arkuszu 57 (co jest okolicznością niekwestionowaną przez Zamawiającego). Poza sporem jest więc, że zakres przedmiotowy oferty Intop jest zgodny z wymaganiami Zamawiającego. Sporne pozostaje natomiast czy wadliwość o charakterze formalnym (a nie merytorycznym, tj. dotyczącym zakresu oferty), jaka zaistniała w niniejszej sprawie winna skutkować tak daleko idącą sankcją, jaką zdecydował się zastosować Zamawiający

17.Intop wyliczył cenę ofertową zgodnie z przedmiarem robót (Kosztorysem), a wynik poszczególnie ustalonych przez

niego cen znalazł się w formularzu ofertowym oraz w zbiorczym zestawieniu kosztów w Kosztorysie.

18.Nie jest więc tak, jak próbuje insynuować Zamawiający w treści uzasadnienia o odrzuceniu oferty Intop, iż doszło do niezłożenia kosztorysu ofertowego w danej branży (tak na stronie 5, akapit drugi uzasadnienia). Odwołujący złożył pełny Kosztorys, który uwzględniał zakresowo i cenowo System SLM. Kosztorys przedstawiał również arkusz 57 (tj. System SLM). Jedyna wadliwość jaka wystąpiła w Kosztorysie sprowadzała się do braku prezentacji cen jednostkowych za prace z tej branży. Braku tego nie można jednak postrzegać jako utrudniającego badanie i ocenę oferty. W ramach kryteriów oceny ofert nie była badana i punktowana cena za ten zakres. Jednym kryterium oceny ofert była cena łączna oferty, która jednak w ofercie Odwołującego przewidywała wykonanie Systemu SLM. Dodatkowo – a co zdaje się mieć w przekonaniu Odwołującego niebagatelne znaczenie – wszystkie pozycje kosztorysu zliczane były automatycznie (zgodnie z rozdziałem XIV ust. 5 SWZ). Skoro zatem w zbiorczym zestawieniu kosztów uwidoczniona została wartość ceny za System SLM, to prowadzić to powinno do konstatacji, iż wartości jednostkowe zostały wypełnione przez Odwołującego (bowiem system je finalnie, automatycznie podliczył), lecz przez błąd systemu wycena poszczególnych elementów Systemu SLM nie wyświetliła się przy ostatecznym zapisaniu pliku (a zatem wadliwość ta jest efektem niezamierzonego działania Intop - omyłką).

19.Odwołującemu nie jest przy tym znana przyczyna wystąpienia omawianej wadliwości w Kosztorysie Odwołującego. Odwołujący może się tylko domyślać, że przy zapisywaniu ostatecznej wersji Kosztorysu w programie Excel (który jednak uwzględniał wykonanie Systemu SLM), system komputerowy „uciął" kolumny prezentujące ceny jednostkowe i ich łączną wartość (potwierdza to chociażby wizualna prezentacja arkusza 57), natomiast – co kluczowe – system uwzględnił wypełnioną w nich wartość (ceny jednostkowe) do ceny łącznej oferty. Powyższe dobitnie pokazuje, iż skoro cena za System SLM została de facto uwzględniona w cenie końcowej oferty, to wadliwość w ofercie Odwołującego odnosi się wyłącznie do sfery prezentacji informacji o cenie, a nie do sfery merytorycznej oferty (ceny czy też przedmiotowej zawartości).

20.Stanowisko Zamawiającego pozostaje więc z gruntu rzeczy nieprawidłowe, albowiem oferta Odwołującego złożona została w formie i zakresie wymaganym przez Zamawiającego. Wadliwość, która ujawniła się na etapie weryfikacji oferty Odwołującego (zakomunikowanej Zamawiającemu samodzielnie przez Intop) nie ma charakteru niezgodności oferty z warunkami zamówienia powodującego zaoferowanie przedmiotu zamówienia sprzecznego z wymaganiami Zamawiającego. Wadliwość oferty Odwołującego jest usuwalna i sprowadza się do wady formalnej, której poprawienie, nie stanowi istotnej zmiany oferty. Należy nadmienić iż ta wadliwość nie została dostrzeżona przez Zamawiającego, który poprawiając cenę Odwołującego nie skorygował zbiorczego zestawienia kosztów do ceny „0" za zakres System SLM. Tym samym Zamawiający miał świadomość, iż oferta Odwołującego ten zakres zawiera.

II.2. W Postępowaniu nie zaistniały podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego – w ofercie Odwołującego wystąpiła inna omyłka polegająca na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, lecz niepowodująca istotnej zmiany treści oferty

I.2.1 Niezgodność oferty Odwołującego nie była istotna i nie wpływała na zakres złożonego oświadczenia woli wraz z ofertą

21.Mając na uwadze chronologię zdarzeń w Postępowaniu, a przede wszystkim okoliczność samodzielnej notyfikacji Zamawiającemu przez Intop wadliwości, która wykryta została przez Intop na etapie badania i oceny ofert, niewątpliwym wydaje się być, iż Zamawiający zaniechał poprawienia Kosztorysu jako innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. W wyniku złożonego Zamawiającemu w dniu 15 stycznia 2024 r. pisma Odwołujący, oprócz poinformowania Zamawiającego o wadliwości swojej oferty, wskazał jednocześnie w jaki sposób wycenił pracę Systemu SLM. Wszystkie ceny jednostkowego oddawały wartość, która wskazana z kolei została w zbiorczym zestawieniu kosztów, która już prawidłowo widniała w złożonym z ofertą dokumencie.

Wartość łączna wskazana w zbiorczym zestawieniu:

Wartość łączna wskazana w Kosztorysie dla Systemu SLM przedłożonym wraz z pismem z dnia 15 stycznia 2024 r.:

Wartość łączna wskazana w Kosztorysie dla Systemu SLM przedłożonym wraz z pismem z dnia 15 stycznia 2024 r.:

22.Choć sam fakt tożsamości obu cen potwierdza, iż Odwołujący nie dokonał jakiejkolwiek ingerencji w treść oferty, dodatkowo, na potwierdzenie niezmienności cen od momentu złożenia oferty do momentu dostrzeżenia swojej wadliwości, Odwołujący przedstawił Zamawiającemu ofertę podwykonawcy, któremu planuje zlecić sporny zakres prac. Oferta datowana była na dzień poprzedzający termin składania ofert. Jednocześnie oferta prezentowała ceny, które przy uwzględnieniu marży Intop, odpowiadały łącznej wartości prac za System SLM.

23.Nie ulega przy tym wątpliwościom, że nieuwidocznienie cen jednostkowych na jednej ze 143 stron Kosztorysu miało charakter niezamierzony, a co za tym idzie – braki te kwalifikują się jako omyłki. Czynność poprawienia oferty Odwołujący, w ten sposób, iż Zamawiający przyjąłby/uzupełnił treść Kosztorysu o wartości cen jednostkowych wskazanych w piśmie z dnia 15 stycznia 2024 r. w żaden sposób nie ingerowałaby w merytoryczną zawartość oferty. Poprawienie oferty w taki sposób nie prowadziłoby bowiem do zmiany oferty (w istotny sposób), lecz co najwyżej do jej poprawienia (w nieistotnym zakresie). Z pewnością, poprawienie oferty w taki sposób nie powodowałoby zatem istotnej zmiany treści ofert. Zamawiający powinien był zatem zastosować art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp.

24.Zgodnie z treścią art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp „zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją h warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty". Warto w tym miejscu wskazać na ratio legis omawianego przepisu. W wyroku z dnia 6 marca 2018 r. Izba wskazuje, że „intencją ustawodawcy było uczynienie dopuszczalnym [poprawiania] wszelkiego rodzaju błędów, omyłek, nieścisłości i innych niedoskonałości oferty, o ile tylko nie spowodują one zniekształcenia woli wykonawcy w istotnym zakresie".

25.Wyjaśniając przy tym kontekst wprowadzenia do ustawy Pzp „innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty" warto wrócić do uzasadnienia projektu ustawy nowelizującej z 2004 r., w której wprowadzono po raz pierwszy ten rodzaj omyłki. W uzasadnieniu projektu ustawy nowelizującej wskazano w tym zakresie, że:

„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 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 wykonawcami3."

26.Nie powinno więc ulegać wątpliwościom, iż istotą przepisu art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp jest sanowanie wadliwości oferty, która zasadniczo jest poprawna i uniknięcie sytuacji, w której dochodziłoby do odrzucenia ważnych (prawidłowo skalkulowanych) ofert z uwagi na stosunkowo błahe wadliwości. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej zwraca się uwagę, iż chociaż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego cechuje się dużym formalizmem, to jednak formalizm ten nie może przesłaniać celu postępowania i prowadzić do eliminacji ofert zawierających uchybienia, które mogą zostać poprawione, a których poprawienie nie będzie stało w sprzeczności z zasadami udzielania zamówień publicznych. Celem przepisu art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest właśnie niedopuszczenie do wyeliminowania z postępowania ofert w przeważającym zakresie poprawnych, na skutek zaistnienia niezgodności z treścią SWZ, których poprawienie nie ma zasadniczego znaczenia dla przyszłej realizacji przedmiotu zamówienia i oczekiwań Zamawiającego . Kluczowym dla rozstrzygnięcia kwestii czy w danym przypadku możliwe jest skorzystanie z dyspozycji art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp ma charakter niezgodności oferty i jej wpływ na pierwotnie złożone oświadczenie woli. Innymi słowy - granicą dla ustalenia tego czy oferta może zostać poprawiona w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp jest ocena tego, czy ingerencja w treść oferty nie spowoduje istotnej zmiany w treści tej oferty.

27.W orzecznictwie Izby zagadnienie „istotności zmiany w treści oferty" było wielokrotnie analizowane, również w kontekście zmian dotyczących ceny ofertowej i jej składników cenotwórczych. W wyroku KIO 85/22.Izba stwierdza: „Z przepisu tego [art. 223 ust. 2 pkt 3 p.z.p. – dop. Odwołujący] 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.”.

28.Podobnie wypowiedziała się Izba w wyroku z 6 kwietnia 2023 r., gdzie pod ocenę poddano okoliczność dokonania takiej ingerencji w ofertę wykonawcy, która powodowała zmianę ceny oferty wykonawcy o około 1% (zmieniono wartości 11 ze 196 pozycji kosztorysowych). Co ciekawe – a jednocześnie w pełni zgodne z linią orzeczniczą dot. stosowania art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp – KIO, doszła w tej sprawie do przekonania, że nawet taka zmiana ceny, nie może być uznana za istotną: „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. […] 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. […] Dostrzeżenia wymaga, że w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 P.z.p. 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 P.z.p.. 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.”

29.Powyższe buduje przekonanie, że w ramach poprawy „innych omyłek” dopuszczalne są ingerencje nawet w essentialiae negotii oferty, natomiast możliwość ich konwalidowania ograniczona jest przez wskazanie przez ustawodawcę w art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp, że nie spowoduje to istotnych zmian w ofercie.

30.Trafnym, w kontekście powyższego pozostaje teza wyroku 1725/18, gdzie Izba wprost wskazała, że ówcześnie obowiązujący art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp (obecnie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp) nie zawiera żadnych ograniczeń co do sfer oferty, które można poprawić. Oznacza to nic innego, jak to, iż nieprawidłowość oferty w zakresie kalkulacji cenotwórczej (kosztorysu) musi być oceniania tak samo, jak każda inna względem której zamawiający rozważa zastosowanie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp: „W przepisie art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. ustawodawca nie zawarł ograniczeń dotyczących obszarów treściowych oferty, których by nie można było objąć poprawkami. Zakres poprawek jest ograniczony tylko istotnością zmian w treści oferty.” .

31.Odwołujący pragnie również zwrócić uwagę na wyrok KIO 372/19 (sprawa w dużej mierze analogiczna), w którym Izba rozstrzygała, czy zmiana cen jednostkowych podanych w kosztorysie ofertowym załączanym wraz z ofertą jest istotną zmianą treści oferty, czy też może być potraktowana jako poprawa oferty w trybie ówczesnego art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp (obecnie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp). Stan faktyczny sprawy sprowadzał się do sytuacji, w której wykonawca, po złożeniu oferty samodzielnie dostrzegł, iż w szczegółowym kosztorysie ofertowym (rozbiciu ceny ofertowej) źle podał ceny jednostkowe za wykonanie dokumentacji wykonawczej oraz za wycinkę drzew. Wartości obu pozycji podane były na odwrót. Nie była to jednak jedyna niezgodność w ofercie wykonawcy. Powyższa wadliwość powodowała przekroczenie przez wykonawcę limitu łącznego wynagrodzenia za dokumentację projektową (limit wynosił 5%, zaś w z uwagi na podanie złej wartości przez wykonawcę, limit ten został przez wykonawcę przekroczony i wynosił 5,03%). Wykonawca samodzielnie zwrócił się do zamawiającego z informacją o dostrzeżonej przez siebie wadliwości. Źródłem wadliwości była okoliczność, iż obie zamienione pozycje wyceniane były na podstawie ofert podwykonawczych. Wykonawca zamierzał zlecić te zakresy zamówienia podwykonawcom, więc obie wartości wskazane w ofertach podwykonawców przedstawiał w swoim kosztorysie. Na etapie wypełnienia rozbicia cenowego – mówiąc wprost – wykonawca pomylił się i wartość oferty podwykonawczej za wykonanie dokumentacji wykonawczej wpisał do rubryki z wycinką drzew, zaś wartość z oferty podwykonawczej za wycinkę drzew wpisał do rubryki z dokumentacją wykonawczą. Wykonawca, wraz z pismem informującym zamawiającego o powyższej wadliwości, dołączył oferty podwykonawcze potwierdzające wycenę za poszczególne zakresy, wykazując, że zamiana faktycznie była omyłką i ceny za oba zakresy powinny być takie jak w ofertach podwykonawczych. Zamawiający w tym postępowaniu zaakceptował stanowisko wykonawcy i dokonał poprawienia oferty w sposób przedstawiony w piśmie wykonawcy. Od powyższego odwołał się jeden z ubiegających się o zamówienie wykonawca, który wywodził, iż doszło do istotnej zmiany treści oferty. Ze

stanowiskiem odwołującego się wykonawcy nie zgodziła się jednak Krajowa Izba Odwoławcza, która po dokładnym zbadaniu stanu faktycznego stwierdziła, iż poprawienie oferty w sposób, jaki miał miejsce, jest zgodny z przepisami Pzp i wchodzi w zakres innej omyłki. Podobnie jak w tym Postępowaniu – w rezultacie nie doszło do zmiany ceny końcowej oferty. Poprawienie oferty wykonawcy doprowadziło do jej zgodności ze specyfikacją warunków zamówienia, albowiem wartość za dokumentację mieściła się w ustalonym limicie.

32.Rozważając zastosowanie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp nie należy również pomijać różnic, jakie ustawodawca uwzględnił w treści przepisu w stosunku do omyłki pisarskiej i rachunkowej. Te dwie ostatnie muszą mieć charakter oczywisty (ich poprawienie powinno być możliwe już „na pierwszy rzut oka"), to wymogu takiego brak w przypadku tzw. innej omyłki. Oznacza to, że brak wiedzy Zamawiającego na temat tego jak powinien być wypełniony arkusz 57 nie jest przeszkodą do zastosowania art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp (tym bardziej, że w wiedzę taką Zamawiającego wyposażył Intop). Jak wskazuje Izba w wyroku z dnia 9 listopada 2018 r. (przy ówczesnym art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, którym obecnie jest art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp): „Omyłka, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. - w przeciwieństwie do omyłek wskazanych w art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 p.z.p. nie musi być omyłką "oczywistą". Oraz: „Omyłka, o której mowa w ust. 3 niekoniecznie musi mieć charakter oczywisty. Dopuszczalne jest również poprawienie omyłek niemających takiego charakteru, byleby poprawa nie spowodowała istotnej zmiany treści oferty. O tym, czy dana zmiana ma charakter istotny czy nie, należy rozstrzygać każdorazowo biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności sprawy" .

33.Nie należy pomijać, że odrzucenie oferty winno być traktowane jako rozwiązanie ostateczne, a zamawiający (przed podjęciem decyzji o zastosowaniu tak daleko idącej sankcji) powinien rozważyć czy nie jest dopuszczalne skorzystanie z ustawowych regulacji pozwalających doprowadzić ofertę wykonawcy do pełnej zgodności z warunkami zamówienia. Jak wskazała KIO w wyroku z dnia 10 stycznia 2022 r.: „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." .

34.W tym miejscu rozważyć należy, czy sytuacja zaistniała w Postępowaniu może zatem zostać potraktowana jako spełniająca przesłanki zastosowania art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp. Poprawiona omyłka dotyczy elementów cenotwórczych, a więc elementów składających się na ofertę. Nie sposób jednak uznać jej za „istotną zmianę w treści oferty". Kluczowe dla tej konstatacji jest to, że:

a)w żaden sposób nie wpływa ona na cenę końcową oferty, która pozostaje bez zmian;

b)w żaden sposób nie wpływa na zaoferowany zakres zamówienia – Odwołujący uwzględnił prace związane z wykonaniem Systemu SLM, co znalazło swoje odzwierciedlenie w zbiorczym zestawieniu kosztów, w rezultacie nie istnieje po stronie Zamawiającego ryzyko roszczeń

Odwołującego do zapłaty znacząco wyższej kwoty za przedmiot zamówienia; c) oświadczenie woli Odwołujący nie zmienia się – Odwołujący od momentu złożenia oferty zadeklarował wykonanie całego przedmiotu zamówienia;

d) wprowadzona poprawa nie rzutuje na przebieg realizacji przyszłej umowy o zamówienie publiczne.

35.Bezspornym zatem jest, iż sugerowana przez Odwołującego Zamawiającemu modyfikacja w Kosztorysie nie jest istotna. Odwołujący jednocześnie podkreśla, że tak bagatelna zmiana nie może stanowić o wypaczeniu woli Odwołującego towarzyszącej złożonej ofercie. Skoro bowiem Odwołujący wycenił sporny zakres prac, wycena ta ujęta jest w cenie globalnej oferty, a w rezultacie Zamawiający miał również wiedzę nt. tego w jaki sposób poprawić ofertę Odwołującego, to irracjonalnym pozostaje czynność wyeliminowania oferty Odwołującego z Postępowania, podczas gdy Jego oferta pozostaje z gruntu rzeczy prawidłowa.

36.Jednocześnie uprzedzając jakiekolwiek argumenty ze strony Zamawiającego czy też innych, ewentualnych uczestników postępowania odwoławczego, sprowadzających zaistniały stan faktyczny do tezy o braku możliwości poprawienia oferty Odwołującego bez jego ingerencji w czynność poprawienia, Odwołujący ponownie wskazuje, iż w odróżnieniu do omyłki pisarskiej czy rachunkowej, inna omyłka nie musi być oczywista. To w kolei implikuje po stronie Zamawiającego niejednokrotnie obowiązek dopytania się wykonawcy czy i jak poprawić jego ofertę. Nic nie stoi na przeszkodzie, aby Zamawiający nabył wiedzę na temat sposobu poprawienia omyłki w drodze wyjaśnień uzyskanych w oparciu o art. 223 ust. 1 Pzp (za równoważne z przeprowadzeniem przez Zamawiającego procedury wyjaśnień uznać

należy oświadczenie złożone z własnej inicjatywy przez Odwołującego).

37.Znajduje to potwierdzenie chociażby w orzeczeniu Izby w sprawie o sygn. KIO 2165/18: „W ramach dokonywania oceny oferty w odniesieniu do możliwości poprawienia omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. dopuszcza się możliwość skorzystania przez zamawiającego z instytucji uregulowanej w art. 87 ust. 1 p.z.p., tj. wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty" .

38.Możliwość uprzedniego wyjaśnienia źródła omyłki w ofercie potwierdziła również Izba w opisanym już szczegółowo wyroku Izby – KIO 372/19, gdzie Izba oprócz wskazania, iż inna omyłka nie musi mieć charakteru oczywistego, wskazała przy tym, że: „(…) w zakresie możliwości samodzielnego poprawienia przez zamawiającego omyłkowej niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, 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 Pzp, gdyż przepis wprost takiej przesłanki nie formułuje. Niewątpliwie stosowanie jej w praktyce przez zamawiających eliminuje ryzyko naruszenia wynikającego z art. 87 ust. 1 Pzp zakazu prowadzenia jakichkolwiek negocjacji z wykonawcą na temat złożonej oferty oraz gwarantuje zachowanie podstawowych zasad równego traktowania wykonawców i przestrzegania uczciwej konkurencji pomiędzy nimi, niemniej nie może mieć charakteru absolutnego gdyż przy rozstrzyganiu o prawidłowości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp należy brać pod uwagę indywidualny stan każdej rozpatrywanej sprawy. Skoro dopuszczalne jest wyjaśnienie treści złożonej oferty, dysponowanie przez zamawiającego wszystkimi niezbędnymi danymi do dokonania poprawienia omyłek bez ingerencji wykonawcy należy oceniać z uwzględnieniem informacji uzyskanych w wyniku wyjaśnień. Należy podkreślić, że z uwagi na "nieoczywisty" charakter "innych omyłek", o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, wezwanie do wyjaśnień może służyć zarówno ustaleniu, czy i gdzie zostały one popełnione, a także czy i w jaki sposób mogą zostać poprawione."

39.W świetle powyższego, Odwołujący stoi więc na stanowisku, że na gruncie aktualnego stanu prawnego oraz panującej linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej Zamawiający był w niniejszej sprawie zobowiązany do poprawienia omyłki w Kosztorysie Odwołującego na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp. Powstała w ofercie Odwołującego omyłka prowadzi wyłącznie do modyfikacji struktury wewnętrznej ceny ofertowej Odwołującego (do jej doprecyzowania). Nie implikuje to zmian istotnych elementów oferty.

40.W konsekwencji powyższego, nie sposób zgodzić się z przyjętą przez Zamawiającego oceną, iż oferta Odwołującego miałaby pozostawać niezgodna z warunkami zamówienia, a jednocześnie – aby względem oferty Odwołującego proporcjonalnym działaniem było odrzucenie Jego oferty. Odwołujący, jak wskazano już wcześniej, nie zaprzecza okoliczności złożenia Kosztorysu, w którym brak było uwidocznionych cen jednostkowych dla branży dot. System SLM.

41.Końcowo, poddając pod ocenę prawidłowość merytoryczną uzasadnienia odrzucenia oferty koniecznym zdaje się również poczynienie uwag w zakresie przywołanych przez Zamawiającego orzeczeń, które miałyby potwierdzać zasadność decyzji Zamawiającego odnośnie odrzucenia oferty Odwołującego. Wbrew bowiem stanowisku Zamawiającego nie należy oceniać sytuacji Odwołującego przez ich pryzmat.

42.W pierwszej kolejności Zamawiający przywołał tezę wyroku Izby z dnia 26 sierpnia 2016 r., sygn. KIO 1509/16, z której wynikało, iż w przypadku wynagrodzenia kosztorysowego, kosztorys ofertowy jest częścią oferty, bowiem stanowi podstawę rozliczenia oferty. Odwołujący w żadnym wypadku nie przeczy tej tezie. Zamawiający nie zweryfikował jednak okoliczności faktycznych, jakie towarzyszyły wydaniu powyższego orzeczenia. Kluczową różnicą pomiędzy stanem faktycznym z wyroku KIO 1509/16 a stanem faktycznym mającym miejsce w tym Postępowaniu, jest fakt, iż wykonawca, którego oferta została odrzucona nie załączył w ogóle kosztorysu dla jednej z wycenianych branż. W tym Postępowaniu jest inaczej – Odwołujący złożył kosztorys dla Systemu SLM, przedmiar stanowiący załącznik nr 4 do SWZ uwzględnił w automatycznym wyliczeniu ceny jednostkowe, które wpisane zostały przez Odwołującego i ostatecznie cena łączna za wykonanie tej branży uwzględniona została w zestawieniu zbiorczym. Zamawiający zatem miał wiedzę co do tego ile zapłaci wykonawcy za tę branżę. W przywołanym przez Zamawiającego wyroku, zamawiający nie miał wiedzy co do wartości prac.

43.W dalszej kolejności, nie można się zgodzić z tezą wysuniętą przez Zamawiającego wyprowadzoną z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 lipca 2012 r. sygn. KIO 1493/12, zgodnie z którą kosztorysy ofertowe nie są dokumentami, w których mowa w art. 128 ust. 1 Pzp. O ile teza sama w sobie pozostaje z gruntu rzeczy prawidłowa (Odwołujący wcale nie twierdzi, że kosztorys to podmiotowy środek dowodowy podlegający uzupełnieniu w trybie art. 128 ust. 1 Pzp), to jednak nie można przejść obojętnie wobec stanu faktycznego, w jakim teza o takim brzmieniu została wydana przez Izbę. Gdyby bowiem Zamawiający podjął się nieco bardziej skrupulatniejszej lektury przywoływanego przez siebie wyroku, wówczas powziąłby wiedzę, iż również w tamtym postępowaniu odwoławczym wykonawca, którego oferta została odrzucona nie złożył w ogóle kosztorysu ofertowego (w całości), choć było to wymagane przez

zamawiającego. Oferta ta pozostawała więc istotnie niepełna, bowiem nie zawierała kluczowych – z punktu widzenia formalnych i praktycznych – informacji, pozwalających zbadać tę ofertę.

44.Do podobnych wniosków można również dojść analizując przywołane przez Zamawiającego orzeczenie Izby z dnia 11 stycznia 2017 r. sygn. KIO 2383/16. Również w oparciu o ten wyrok Zamawiający wyprowadza swoje uzasadnienie do odrzucenia oferty Odwołującego, lecz po raz kolejny posługuje się wyłącznie wyrwaną z kontekstu tezą, która nie pozostaje zbieżna z Postępowaniem. Podobnie jak przy poprzednio przywołanym wyroku, również i w tym wykonawca, którego oferta została odrzucona, nie złożył pełnego kosztorysu ofertowego (złożono tylko część, nie złożono całości – drugiej połowy). Nie sposób więc uciec od wrażenia, że i w tym zakresie teza z wyroku KIO 2383/16 niewiele ma wspólnego z okolicznościami faktycznymi Postępowania.

45.Ostatni z przywołanych przez Zamawiającego wyroków - KIO/UZP 866/09 – nie sposób potraktować jako adekwatny. Wyprowadzona z wyroku teza dotyczyła bowiem sytuacji, w której ofertę wykonawcy odrzucono z uwagi na nieprzedstawienie w kosztorysie dla całej branży „roboty budowlanej" rozbicia cen na stawki roboczogodziny, zysku. Odrzucenie oferty wykonawcy nie wiązało się przy tym tylko i wyłącznie z brakiem wskazania odpowiednich wartości przez wykonawcę, ale także z ich rażąco niską ceną, która ujawniła się na etapie procedury wyjaśniającej ofertę wykonawcy w tym zakresie.

46.To co bez wątpienia odróżnia stan faktyczny Postępowania od tych, których tezami z wyroku posługuje się Zamawiający sprowadza się do okoliczności złożenia przez Odwołującego pełnego Kosztorysu, w tym wskazania ceny za wykonanie prac Systemu SLM. Niezgodność sprowadza się więc w istocie do innej prezentacji ceny. Nie oznacza to jednak, że oferta jest automatycznie niezgodna z warunkami zamówienia i powinna podlegać odrzuceniu. Zamawiający od chwili złożenia mu oferty przez Intop miał wiedzę na temat tego czy Odwołujący wykona system SLM oraz za jaką cenę. Zamawiający otrzymał również od Odwołującego informację, w jaki sposób możliwe jest usunięcie niezgodności oferty Odwołującego (co – jak już wskazywano – jest możliwe). Poprawienie oferty Odwołującego, w sposób zaprezentowany w piśmie z dnia 15 stycznia 2024 r. nie wygenerowałoby w żadnym wypadku nowego oświadczenia woli. Odwołujący w swoim piśmie to oświadczenie woli uszczegółowił podając informacje o podwykonawstwie kilku elementów branży teletechnicznej oraz ryczałtowego srk, procentowego narzutu kosztów pośrednich na te elementy oferty podwykonawcy oraz przedstawił informację o kompleksowości oferty podwykonawczej w całym jej zakresie . W związku z powyższym Oferta Odwołującego nie uległaby zmianie w zakresie jej istotnych elementów – Odwołujący niezmiennie zobowiązany byłby do wykonanie pełnego zakresu zamówienia, za tą samą cenę, którą podano w dniu złożenia oferty.

47.Wreszcie – nie sposób domniemywać, by doprecyzowanie oferty w zakresie prac Systemu SLM miałoby negatywnie wpłynąć na realizację przedmiotu zamówienia. Odwołujący wskazuje, że choć w Postępowaniu przewidziane zostało wynagrodzenie kosztorysowe, to Zamawiający jest w posiadaniu informacji z przedłożonej oferty podwykonawczej oraz narzutu. Prace związane z wykonaniem Systemu SLM mają charakter podwykonawczy. Wykonanie prac Systemu SLM nie trwa przez cały okres realizacji zamówienia, tylko przez jego krótki czas, a prawidłowe jego wykonanie ma na celu doprowadzenie do działania systemu, tym samym jego rozliczenie ma w istocie charakter ryczałtowy. Powyższe tym dalej implikuje stwierdzenie, iż poprawienie oferty w przedstawianym zakresie, nie wygeneruje szkody po stronie Zamawiającego, zaś doprowadzi wyłącznie do wyboru oferty, która jest – z punktu widzenia przedmiotowego i przepisów prawa – prawidłowa.

Zamawiający:„PKP Intercity" S.A.Warszawa w odpowiedzi na odwołanie wniesione wniósł o oddalenie w całości wniesionego przez Wykonawcę odwołania. Wskazał, co następuje:

Zgodnie z Rozdziałem XI ust. 5 SWZ Oferta powinna zawierać:

1)Formularz oferty, którego wzór określa Załącznik nr 3 do SWZ,

2)Wypełniony Przedmiar robót (kosztorys ofertowy) stanowiący Załącznik nr 4 do SWZ (w formie xls).

Jednocześnie jak zastrzeżono w ust. 13 w/w Rozdziału SWZ Wykonawca po upływie terminu do składania ofert nie może skutecznie dokonać zmiany ani wycofać złożonej oferty (załączników). W niniejszej sprawie kluczowe znaczenie ma także Rozdział XIV SWZ, na gruncie którego Zamawiający dokonał opisu sposobu obliczenia ceny. Co ważne Zamawiający przyjął w niniejszym postępowaniu wynagrodzenie kosztorysowe (ust. 2). Ponadto w myśl Rozdziału XIV ust. 3 SWZ cenę oferty należy podać w Formularzu ofertowym stanowiącym Załącznik nr 3 do SWZ. Cenę oferty należy wyliczyć posługując się Przedmiarem robót stanowiącym Załącznik nr 4 do SWZ. Wykonawca winien dołączyć do oferty wypełniony Przedmiar robót, wg. Załącznika nr 4 do SWZ, który stanowić będzie Kosztorys ofertowy (ust. 4). Zasadnym jest także wskazać, że na gruncie Rozdziału XIV ust. 5 SWZ Zamawiający wyjaśnił, że w celu prawidłowego wypełnienia

Przedmiaru robót, o którym mowa w ust. 4 wykonawca zobowiązany jest wpisać w kolumnie „G" cenę jednostkową odpowiadającą konkretnemu zakresowi robót opisanemu w kolumnie „D". Uzupełnienie wszystkich cen jednostkowych w kolumnie „G" arkusza poszczególnej branży, doprowadzi do automatycznego przeliczenia przez arkusz Excel wartości dla danego zakresu robót (kolumna „H") i automatycznego wyliczenia wartości całkowitej oferty. Wyliczona kwota będzie wartością netto oferty za jaką Wykonawca wykona przedmiotowe zadanie.

Odwołujący wraz z ofertą złożył wypełniony Załącznik nr 4 do SWZ – stanowiący kosztorys ofertowy, jednakże nie zawierał on uzupełnionych cen jednostkowych 21 pozycji znajdujących się w arkuszu nr 57 (branża: System Lokalnego Monitorowania i Sterowania SLMS). W zestawieniu zbiorczym wszystkich branż wskazana została wyłącznie łączna wartość danej branży wynosząca 440 938,09 zł netto.

9 stycznia 2024 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego o poprawieniu oczywistych omyłek rachunkowych w treści złożonego wraz z ofertą kosztorysu ofertowego. W odpowiedzi na powyższe zawiadomienie Odwołujący poinformował PKP Intercity S.A., że w załączonym do oferty kosztorysie w zakresie dotyczącym Sytemu Lokalnego Monitorowania i Sterowania SLMS cen jednostkowych oraz wartości poszczególnych pozycji w rozbiciu kosztów. Jednocześnie wniósł o zakwalifikowanie tego błędu jako innej omyłki i poprawienia jej przez Zamawiającego w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 PZP.

Zamawiający dokonując oceny złożonej przez Odwołującego oferty uznał, że brak wskazania cen jednostkowych poszczególnych elementów rozliczeniowych dotyczących SLMS nie może być uznany jako inna omyłka w rozumieniu art. 223 ust. 2 pkt 3 PZP. W konsekwencji oferta INTOP Warszawa Sp. z o.o. została odrzucona na podstawie art. 226 ust 1 pkt 5 PZP.

Z niniejszym rozstrzygnięciem nie zgodził się Odwołujący, który w dniu 29kwietnia 2024 r. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów pzp.

W ocenie Zamawiającego zarzuty Odwołującego są w całości bezpodstawne, a w konsekwencji odwołanie powinno zostać oddalone w całości.

Odnosząc się natomiast do zarzutów zawartych we wniesionym odwołaniu wskazać należy, co niżej następuje.

W niniejszej sprawie kluczowe znaczenie ma fakt, że Zamawiający określił, iż wynagrodzenie Wykonawcy będzie miało charakter kosztorysowy. W tym celu na gruncie SWZ wyraźnie wskazano, że elementem oferty jest wypełniony Przedmiar robót (kosztorys ofertowy) stanowiący Zał nr 4 do SWZ (w formie xls). Zamawiający nie może zatem zgodzić się ze stwierdzeniem Odwołującego, że wadliwość w ofercie Odwołującego odnosi się wyłącznie do sfery prezentacji informacji o cenie, a nie do sfery merytorycznej oferty. Tymczasem to na podstawie załączonego do oferty kosztorysu będzie określane - w toku realizacji umowy - należne wykonawcy wynagrodzenie. Jak wyjaśnił Sąd Okręgowy w Poznaniu: „wynagrodzenie kosztorysowe ustalane jest na podstawie planowanych prac i przewidywanych kosztów, poprzez ustalenie elementów jednostkowych istotnych dla kalkulacji. Ostateczne ustalenie wynagrodzenia jest obliczeniem wynikowym na podstawie przyjętego kosztorysu, który strony uznają za wiążący. Jednocześnie uzgodniony kosztorys stanowi integralny element umowy. W umowach o roboty budowlane kosztorys sporządzany jest zwykle na podstawie tzw. przedmiaru robót. Poza tym trzeba zaznaczyć, że kosztorys w przypadku umowy o roboty budowlane może mieć także istotne znaczenie dla ustalenia ewentualnego zakresu robót, jakie zobowiązał się wykonać wykonawca. Kosztorys zawiera bowiem specyfikacje robót, których podejmuje się wykonawca w ramach umowy o roboty budowlane." Wyrok z 30.10.2018 r. XIIc1575/13.

Mając na względzie powyższe jednoznacznym jest, że bez przedstawienia przez Wykonawcę prawidłowo sporządzonego (tj. kompletnego) kosztorysu nie będzie możliwe obliczenie finalnej kwoty wynagrodzenia należnej z tytułu zrealizowanej umowy.

Wymagany w SWZ kosztorys ofertowy był niezbędny także do dokonania czynności badania i oceny ofert, w tym w szczególności pod kątem zgodności poszczególnych jego pozycji z warunkami zamówienia. Co ważne dopiero analiza poszczególnych cen jednostkowych pozwala Zamawiającemu na stwierdzenie czy dany wykonawca w cenie całkowitej oferty (uwzględniającej wynagrodzenie o charakterze kosztorysowym) ujął wszystkie konieczne z punktu widzenia prawidłowego wykonania zamówienia elementy.

Wobec powyższego przyjęcie formy kosztorysowej wynagrodzenia implikuje w sposób bezpośredni konieczność ujęcia przygotowanego przez danego wykonawcę kosztorysu jako treści oferty. Twierdzenie to koresponduje z ugruntowaną linią orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej. Izba ta przykładowo w wyroku z dni 26 sierpnia 2016 r. podkreśliła, że: „tym samym ustalając, że Zamawiający określił kosztorysowy charakter wynagrodzenia umownego, sporządzenie i załączenie w ofercie kosztorysu ofertowego jest niezbędne, co więcej kosztorys ofertowy w takim wypadku stanowi

element samej oferty, który podlega merytorycznej weryfikacji jak również stanowi następnie podstawę do rozliczania umowy". KIO 1509/16

Argumentacja przedstawiona przez Odwołującego we wniesionym odwołaniu sprowadza się de facto do próby wykazania, że brak ujawnienia w kosztorysie ofertowym cen jednostkowych danego zakresu robót może zostać naprawiony w drodze poprawienia innej omyłki w rozumieniu art. 223 ust. 2 pkt 3 PZP. Co do zasady należy zgodzić się z Odwołującym, że Zamawiający ma możliwość poprawienia omyłek zaistniałych także w kosztorysach ofertowych, o ile zaistnieje jedna z przesłanek wskazanych w art. 223 ust. 2 PZP. W myśl w/w normy prawnej Zamawiający poprawia w ofercie: oczywiste omyłki pisarskie, oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Jednakże wyraźnego podkreślenia wymaga, że poprawienie, którejkolwiek z omyłek wymienionych w art. 223 ust. 2 PZP jest możliwe wyłącznie w sytuacji, w której z pozostałej treści oferty lub dokumentów do niej załączanych wynikać będzie w jaki sposób Zamawiający ma dokonać jej wyeliminowania. Niniejszy wymóg dotyczy także innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia wymienionej w art. 223 ust. 2 pkt 3) PZP. Jak bowiem podkreśliła KIO 1509/16: „dla przyjęcia dopuszczalności zmiany oferty w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 konieczne jest spełnienie następujących przesłanek: omyłka nie może być wynikiem świadomego, zamierzonego działania wykonawcy, wystąpienie omyłki powoduje niezgodność oferty z dokumentami zamówienia, a poprawienie takiej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty, dodatkowo sposób skorygowania omyłki wynikać musi z dokumentów zamówienia i oferty w taki sposób by umożliwić zamawiającemu korektę. Jednocześnie Zamawiający ma obowiązek poprawić omyłkę wtedy, gdy sposób, w jaki ma być dokonana poprawa, wynika z innych elementów treści oferty."

Co więcej Izb wielokrotnie wskazywała także, że zamawiający może dokonać poprawienia innej omyłki w rozumieniu art. 223 ust. 2 pkt 3 PZP, o ile ma on możliwość samodzielnego (tj. bez udziału wykonawcy) odczytania sposobu poprawienia oferty. Poprawienie omyłek w rozumieniu tego przepisu, nie może prowadzić do dostosowania treści oferty do wymagań zamawiającego, wyartykułowanych w treści specyfikacji, czyli do rekonstrukcji oświadczeń woli wykonawcy. Zamawiający musi mieć wiedzę w jaki sposób omyłkę poprawić bez konieczności występowania do wykonawcy o informacje w tym zakresie. Ponadto musi istnieć wyłącznie jeden możliwy do samodzielnego ustalenia przez zamawiającego sposób poprawienia oferty." Zasadnym jest odwołać się do wyroku z dnia 30 marca 2023 r., w którym Izba również zauważyła, iż: „zamawiający jest zobowiązany poprawić omyłkę w szczególności wtedy, gdy sposób, w jaki ma być dokonana poprawa, wynika z innych elementów składających się na ofertę. Omyłki, o których mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 wskazanej ustawy, muszą mieć taki charakter, aby ich poprawy mógł dokonać zamawiający samodzielnie, co do zasady bez udziału wykonawcy w tej czynności."

Stanowisko potwierdził także Sąd Okręgowy w Warszawie, który w wyroku z 13 kwietnia 2022 r. jednoznacznie wskazał, że: „zgodnie z art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp zamawiający poprawia w ofercie inne (poza pisarskimi i rachunkowymi) omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Już sama treść tego przepisu wskazuje, że to zamawiający prostuje w ofercie omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia. Oznacza to, że podstawą takiego sprostowania mogą być jedynie informacje, czy dane zawarte w ofercie lub dokumentach stanowiących do niej załączniki. W wysoce sformalizowanym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego poprawienie oferty (dopuszczalne) jest czymś zupełnie innym niż jej uzupełnienie (które dopuszczalne nie jest)"

Odnosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy istotne znaczenie ma okoliczność, że kosztorys ofertowy Odwołującego nie zawierał cen jednostkowych dla całego zakresu zamówienia jakim jest SLMS. Ponadto zarówno z treści oferty, jak i pozostałych dokumentów przekazanych przez Wykonawcę wraz ofertą nie wynika o jakie wartości kosztorys ten powinien zostać uzupełniony. Zamawiający na bazie złożonej oferty nie ma zatem możliwości odczytania jakie konkretne ceny jednostkowe powinny być wpisane w poszczególnych rubrykach kosztorysu ofertowego w części dotyczącej SLMS. Wbrew twierdzeniom Odwołującego samo podanie ceny łącznej w zestawieniu zbiorczym dla przedmiotowego zakresu nie może stanowić podstawy do wyliczenia kilkudziesięciu cen jednostkowych. Kwota ta wskazuje jedynie jaka powinna być suma wszystkich cen jednostkowych wyszczególnionych w zakresie prac związanym z systemem SLMS. Jednoznacznym jest, że kwota łączna wynosząca 440.938,09 zł może być przy tym uzyskana przy zastosowaniu wielu kombinacji cen jednostkowych.

Zamawiający nie miał zatem możliwości samodzielnego (tj. bez udziału INTOP Warszawa Sp. z o.o.) odczytania jedynie z ceny łącznej jaka była intencja Odwołującego i jakie konkretne ceny jednostkowe zamierzał on wpisać w kosztorysie

ofertowym. Brak jakiegokolwiek potwierdzenia cen jednostkowych w pozostałej treści umowy lub załączonych do niej dokumentach oznacza więc, że Wykonawca mógłby swobodnie zmieniać poszczególne ceny jednostkowe mając jedynie na uwadze, żeby ich suma nadal wynosiła 440.938,09 zł netto. Zamawiający nie dysponowałby natomiast żadnymi narzędziami, które mogłyby zweryfikować czy ceny jednostkowe uzupełnione przez Odwołującego są dokładnie tymi samymi, jakie powinny być ujętej w kosztorysie ofertowym złożonym jako część oferty. Bez znaczenia pozostaje przy tym jaką procentową część całego zamówienia stanowią prace związane z systemem SLSM. Zamawiający nie otrzymał bowiem kompletnego kosztorysu, który umożliwiałby mu dokonanie oceny oferty w tym zakresie oraz późniejsze rozliczenie umowy.

Mając na względzie powyższe uzupełnienie kosztorysu ofertowego o ponad 20 pozycji jednostkowych składających się na całości danego zakresu prac nie może być uznane jako poprawienie innej omyłki w rozumieniu art. 223 ust. 2 pkt 3) PZP.

Odwołujący podnosi również, że niezgodność złożonej przez niego oferty nie była istotna i nie wpływa na zakres złożonego oświadczenia woli wraz z ofertą. Odwołujący jednak w swojej argumentacji ponownie pomija funkcję jaką ma pełnić kosztorys ofertowy. Wyraźnego zaakcentowania więc wymaga, że kosztorys ten będzie stanowił podstawę do wyliczenia rzeczywistego wynagrodzenia należnego Wykonawcy w związku z realizacją umowy zawartej w wyniku przeprowadzenia niniejszego postępowania. W ocenie Zamawiającego uzupełnienie kosztorysu ofertowego poprzez dopisanie wszystkich cen jednostkowych dla danego zakresu prac stanowiłoby zatem istotną zmianę oferty złożonej przez Odwołującego. KIO w wyroku z dnia 4 marca 2022 r. jednoznacznie orzekła, że: „przepis art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy nie stanowi narzędzia do naprawiania błędnie złożonych ofert lecz ma na celu poprawienie takich omyłek, których może dokonać zamawiający a znaczenie tych poprawek nie będzie istotne. Niezgodność ta, wbrew twierdzeniom odwołującego, ma charakter istotny. Istotność ceny jednostkowej, a tego elementu brak jest w złożonym przez Odwołującego kosztorysie, została bowiem podkreślona przez Zamawiającego już w treści SWZ i na wcześniejszym etapie postępowania nie była kwestionowana przez żadnego z wykonawców ubiegających się o udzielenie tego zamówienia. Wobec czego nie ma możliwości poprawienia kosztorysu na tej właśnie podstawie. Zamawiający może bowiem poprawiać, ale nie może zastępować wykonawcy. Trudno aby sam Zamawiający autorytarnie stwierdził jaka jest cena jednostkowa wszystkich wyspecyfikowanych w kosztorysie robót. Cen jednostkowych nie wyspecyfikowano bowiem dla kilkudziesięciu pozycji. Poprawienie treści kosztorysu ofertowego w sposób w jaki oczekuje Odwołujący skutkowałoby „poprawieniem czegoś czego w istocie nie ma" i stanowiło zmianę treści oferty a tym samym naruszenie przepisów PrZamPubl. Cena jednostkowa ma bowiem charakter istotny gdyż stanowi podstawę do ustalenia wynagrodzenia wykonawcy i podstawę jego wyliczenia. Tak więc to wykonawca (Odwołujący), składając ofertę, powinien był dołożyć należytej staranności wymaganej w profesjonalnym obrocie i prawidłowo sporządzić ofertę a tym samym prawidłowo sporządzić wymagany przez Zamawiającego kosztorys ofertowy." KIO 387/22

Zamawiający zatem – wbrew stanowisku Odwołującego – nie miał podstaw do zastosowania art. 223 ust. 2 pkt 3 PZP, tj. dokonania poprawienia innej omyłki w ofercie złożonej przez INTOP Warszawa Sp. z o.o. W konsekwencji Odwołujący nie złożył z ofertą kompletnego kosztorysu, a tym samym należy stwierdzić wadę oferty, która nie podlega konwalidacji w żadnym z trybów przewidzianych przepisami PZP i powoduje konieczność odrzucenia oferty na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 Ustawy PZP.

W całości bezpodstawny jest więc także zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 16 ust. 1 PZP. PKP Intercity S.A. prowadziło postępowanie w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości. W ocenie Zamawiającego to właśnie umożliwienie Odwołującemu uzupełnienie kosztorysu ofertowego w zakresie systemu SLMS skutkowałoby naruszeniem zasad wynikających z w/w normy prawnej. Jeden z wykonawców, którzy złożyli ofertę otrzymałby bowiem możliwość dokonania zmian w kosztorysie ofertowym już po otwarciu ofert. Oznacza to, że Odwołujący poprawiając kosztorys miałby wiedzę o tym jakie ceny jednostkowe podali inni wykonawcy. Tak jak to zostało wspomniane powyżej Zamawiający - nie dysponując żadnym innym dokumentem, z którego mógłby odczytać jaka była intencja Odwołującego na etapie składania oferty – nie miałby żadnej możliwości zweryfikowania czy ceny jednostkowe uzupełniane przez INTOP Warszawa Sp. z o.o. są tymi, które zamierzał on podać wraz z ofertą, czy też wprowadzone zostały w tym zakresie jakieś modyfikacje/zmiany. Ponownie wskazać należy, że łączną wartość zakresu prac związanych z systemem SLMS można uzyskać przy zastosowaniu wielu różnych kombinacji cen jednostkowych. W ocenie Zamawiającego dopuszczenie zatem możliwości uzupełnienia cen jednostkowych w kosztorysie ofertowym przez Odwołującego naruszyłoby m. in. zasadę równego traktowania wykonawców, którzy wzięły udział w przedmiotowym postępowaniu, a którzy to nie mieliby możliwości dokonywania jakichkolwiek zmian kosztorysu ofertowego.

Przystępujący do postępowania po stronie zamawiającego:Konsorcjum KZN RAIL Sp. z o.oKraków i WADOMA W. MAŁKOWIAK, W. BODZIONY SPÓŁKA KOMANDYTOWA -– w piśmie z dnia 20 maja 2024 roku wniósł o oddale odwołania w całości, jako oczywiście bezzasadnego.

1.W SWZ, Zamawiający określił swoje wymogi, co do sposobu złożenia oferty, przez wskazanie, że wymaga on przedłożenia oferty oraz wypełnionego przedmiaru robót (kosztorysu ofertowego) stanowiącego zał numer 4 do SWZ (rozdział XI ust. 5 SWZ), który jest merytoryczną częścią oferty.

2.W rozdziale XIV ust. 2 SWZ, Zamawiający wskazał, że wynagrodzenie umowne jest wynagrodzeniem kosztorysowym, zaś podstawę do jego wyliczenia stanowi przedmiar robót (rozdział XIV ust. 3 SWZ). W dalszych postanowieniach rozdziału XIV, Zamawiający zawarł zasady obliczania wynagrodzenia kosztorysowego. Każdy z wykonawców ubiegających się o zamówienie zobowiązany był obliczyć wynagrodzenie ofertowe jako sumę iloczynów określonych w przedmiarze - jednostek przedmiarowych i cen jednostkowych (rozdział XV ust. 4 pkt 1 SWZ). Podstawą obliczenia wynagrodzenia wykonawcy były ceny jednostkowe robót oferowane przez wykonawcę (rozdział XIV ust. 4 pkt 2 lit. d) SWZ).

3.Dalsze wytyczne określające sposób przygotowania kosztorysu ofertowego zostały zawarte w ust. 5 i 6 rozdziału XIV, przy czym istotne jest postanowienie ust. 5, z którego wynika zobowiązanie dla Wykonawców dla wypełnienia wszystkich cen jednostkowych, co będzie dalszą podstawą dla obliczenia ceny oferty. Zasady obliczania wynagrodzenia określone w SWZ były jasne i nie budziły wątpliwości, co potwierdza brak pytań co do sposobu przygotowania kosztorysów.

4.Odwołujący składając ofertę przedłożył jako kosztorys dokument, który nie zawierał:

- cen jednostkowych odpowiadających konkretnemu zakresowi robót opisanych w kolumnie 4, tj. kolumny 7 z wzoru kosztorysu nr 57,

- wartości łącznej dla danej pozycji kosztorysowej (wartości dla danego zakresu branży) tj. kolumny 8 z wzoru kosztorysu nr 57 oraz

- łącznego wynagrodzenia dla konkretnej branży tj. pozycji w wierszu 22 wzoru kosztorysu nazwanej „ŁĄCZNIE netto".

5.Brak cen jednostkowych w kosztorysie jest okolicznością przyznaną przez Odwołującego w treści odwołania. Działanie Odwołującego było sprzeczne z jasnymi, precyzyjnymi i konkretnymi wymogami SWZ sprecyzowanymi przez Zamawiającego na prawie 6 miesięcy przed terminem złożenia ofert.

6.Przedstawiono treść kosztorysu nr 57, załączonego do oferty Odwołującego („Kosztorys"):

Wskazano widok wzoru kosztorysu nr 57 z kolumnami pominiętymi przez Odwołującego, tj. kolumnami 7 (cena jednostkowa), 8 (wartość):

Z powyższego zestawienia Kosztorysu i wzoru tego kosztorysu z SWZ wynika, że dla tej branży Odwołujący nie wskazał żadnej ceny jednostkowej, co również uniemożliwiło obliczenie łącznej ceny pozycji kosztorysowej w kolumnie 8 oraz łącznego wynagrodzenia za wykonanie wszystkich czynności w tej branży, które znajdowało się w wierszu 22.

8. Zamawiający zobowiązany jest odrzucić ofertę wykonawcy, w przypadku wynagrodzenia kosztorysowego, gdy kosztorys nie zostanie sporządzony w sposób sprecyzowany w SWZ, a niezgodność ta polega w szczególności na pominięciu wszystkich cen jednostkowych i ceny łącznej jednego z kosztorysów składających się na treść oferty. W judykaturze wskazuje się, że przedstawienie niepełnego kosztorysu stanowi wadę, której nie da się w żaden sposób dopuszczalny przepisami konwalidowaćl./wyroki KIO…/

9. Braków w ofercie Odwołującego nie da się poprawić w oparciu o przepis art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp, gdyż nie spełniają one przesłanek dla uznania ich za inne omyłki, które nie spowodują istotnych zmian w treści oferty. Dla uznania, że omyłka stanowi inną omyłkę, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp, niezbędne jest wykazanie ziszczenia się trzech przesłanek: a) błąd zawarty w ofercie stanowi omyłkę — czyli wynika z nieintencjonalnego działania wykonawcy, b) omyłka polega na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, c) poprawienie omyłek nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Oceny czy poprawa innej omyłki prowadzi do istotnych zmian w treści oferty należy dokonywać z uwzględnieniem treści art. 223 ust. 1 zd. 1 Pzp, który wskazuje na zakaz prowadzenia negocjacji pomiędzy zamawiającym a wykonawcą w zakresie treści oferty po terminie składania ofert. Dane stanowiące podstawę do poprawienia innej omyłki powinny znajdować się w treści złożonej w terminie oferty, a działanie zamawiającego w tym zakresie powinno podlegać na ich przeniesieniu z jednej pozycji kosztorysu do innej .

10. Ponadto że celem art. 223 ust.2 pkt 3 Pzp jest umożliwienie Zamawiającemu poprawiania uchybień w ofertach

merytorycznie poprawnych, w celu zapobieżenia ich eliminacji z postępowania z przyczyn wyłącznie formalnych lub niemających istotnego znaczenia w kontekście oferowanego świadczenia. Przepis ten nie stanowi zatem narzędzia do naprawiania błędnie złożonych ofert, lecz jest podstawą poprawienia omyłek, którego może dokonać zamawiający samodzielnie, a znaczenie tych poprawek dla całości złożonego oświadczenia woli (oferty) wykonawcy nie będzie istotne .

11. W stanie faktycznym sprawy, Zamawiający nie mógł w oparciu o dane zawarte w ofercie dokonać popraw Kosztorysu, ponieważ ceny jednostkowe wymagane w kosztorysie nr 57 nie powtórzyły się w żadnym z pozostałych Kosztorysów złożonych przez Odwołującego. Zamawiający korzystając z informacji zawartych w piśmie Odwołującego z dnia 15 stycznia 2024 roku, wykreowałby nową treść oferty, co byłoby niezgodne z naczelnymi zasadami zamówień publicznych, do których należy zaliczyć zasadę niezmienności oferty po jej złożeniu (art. 223 ust. 1 Pzp) oraz zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (art. 16 Pzp) .

12. Istotnym jest również, w kontekście faktu złożenia przez Odwołującego wniosku o uzupełnienie Kosztorysu nr 57 za pismem z dnia 15 stycznia 2024 r. w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp, że Odwołujący w momencie składania przedmiotowego wniosku, posiadał przewagę w stosunku do pozostałych wykonawców, którzy złożyli oferty w Postępowaniu. Mianowicie, Odwołujący w dniu 11 grudnia 2023 r. otrzymał wgląd do ofert pozostałych wykonawców biorących udział w Postępowaniu, dzięki czemu uzyskał wiedzę w zakresie kształtowania się poszczególnych cen w ofertach pozostałych wykonawców, w tym w szczególności cen jednostkowych wskazanych w kosztorysach nr 57. W praktyce powyższe oznacza to, że Odwołujący miał ponad miesiąc, aby dokładnie przeanalizować oferty konkurencji i w oparciu o tę analizę uzupełnić brakujące pozycje, w taki sposób, aby zoptymalizować swój zysk. W konsekwencji, pomimo rzekomej niezmienności sumarycznej kwoty Kosztorysu nr 57 (w brzmieniu załączonym do pisma z dnia 15 stycznia 2024 r.) w stosunku do kwoty wskazanej w zbiorczym zestawieniu oferty Odwołującego, złożonej w terminie składania ofert, mogło dojść do manipulacji przy ustalaniu wysokości poszczególnych cen jednostkowych, w porównaniu do pierwotnych założeń Odwołującego, które legły u podstaw sporządzenia Kosztorysu załączonego do oferty Odwołującego, tj. inżynierii cenowej.

13. Dodatkowo, porównując wartość Kosztorysów nr 57 złożonych przez wykonawców składających oferty w Postępowaniu, wartość Kosztorysu nr 57 złożona przez Odwołującego w znacznym stopniu odbiega od wartości wskazanych w pozostałych ofertach złożonych w Postępowaniu, tj. oferta Odwołującego w tym zakresie stanowiła 15 % średniej arytmetycznej ofert złożonych. Powyższe przeciwnie do tego, co twierdzi Odwołujący, świadczyć może o fakcie że zakres przedmiotowy oferty Odwołującego nie odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego w SWZ.

14. Również twierdzenie Odwołującego, że rzekome wadliwe zapisanie pliku, które doprowadziło do pominięcia dwóch kolumn kosztorysu nr 57 należy traktować jako inną omyłkę jest niedopuszczalne na gruncie przepisów Pzp. Pzp nie przewiduje omyłki polegającej na błędnym zapisaniu pliku .

15. Odwołujący przygotowując ofertę, zapisuje i przekazuje plik z kosztorysem na platformę zakupową Zamawiającego i może przed jego złożeniem zweryfikować, czy jest to plik kompletny. Jeśli tego nie zrobił, to jako profesjonalista ponosi ryzyko złożenia oferty niespełniającej wymogów SWZ.

16. Na brak staranności Odwołującego w zakresie weryfikacji dokumentów oferty wskazuje też czas jej złożenia. Zamawiający opublikował dokumenty zamówienia obejmujące wymagania, co do sposobu sporządzenia kosztorysów ofertowych w czerwcu 2023 roku, termin składania ofert upływał dnia 5 grudnia 2023 roku o godzinie 12:00, zaś Odwołujący podpisał kosztorys ofertowy dnia 5 grudnia 2023 roku o godzinie 11:57, tj. 3 minuty przed terminem na złożenie ofert. Odwołujący przed wgraniem na platformę i złożeniem oferty nie zweryfikował zatem sam, czy kosztorys jest prawidłowy, co można uznać za zaniechanie z jego strony.

17. Ostatnim zagadnieniem, które jest istotne dla oceny stanu faktycznego jest charakter wynagrodzenia dla prac wyszczególnionych w kosztorysie nr 57. Analiza dokumentów zamówienia, prowadzi do jednoznacznej konkluzji, że wynagrodzenie za wykonanie tych prac ma charakter wynagrodzenia kosztorysowego, które zostanie ustalone na podstawie faktycznie wykonanych prac wynikających ze sporządzonych kosztorysów powykonawczych (53 ust. 4 projektowanych postanowień umowy). A co za tym idzie brak danych wyjściowych z kosztorysu ofertowego nr 57 uniemożliwi obliczenie wynagrodzenia wykonawcy bez późniejszej ingerencji w treści oferty w tym zakresie. Uzupełnienie cen jednostkowych po terminie składania ofert czy to w drodze wyjaśnień z dnia 15 stycznia 2024 roku czy też jakiegokolwiek działania na etapie realizacji umowy, należy potraktować jako modyfikację treści oferty, niedopuszczalną po dniu jej złożenia.

18.Odnosząc się do twierdzenia Odwołującego, że wypełniony Przedmiar w poz. Nr 57 omyłkowo nie uwidocznił się w

wydruku pdf na str. 140, w związku z czym wnioskował on o poprawienie tego braku, jako innej omyłki (na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp) należy zauważyć, że przy wynagrodzeniu kosztorysowym nie jest dopuszczalne uznanie za omyłkę istotnych zmian w treści oferty, tj. braku wyceny pozycji kosztorysu ofertowego. Bowiem brak wskazania ceny jednostkowej uniemożliwia dokonanie wyceny pozycji kosztorysowej, a zatem Zamawiający nie jest w stanie ustalić prawidłowej treści oświadczenia woli. W judykaturze, wskazuje się, że pominięcie ceny jednostkowej, niezależnie od jej wysokości, nie jest omyłką, lecz istotnym brakiem oświadczenia, którego uzupełnienia ustawodawca nie dopuścił. (KIO/UZP 1073/09)

19. Konkludując, wskazać należy, że braki w Kosztorysie załączonym do oferty Odwołującego nie kwalifikują się do ich poprawy jako innej omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt. 3 Pzp, bowiem w tym przypadku nie ziściły się przesłanki zawarte w przepisie. Po pierwsze, uzupełnienie cen jednostkovvych przez Zamawiającego, w oparciu o wyjaśnienia zawarte w piśmie z dnia 15 stycznia 2024 roku, prowadziłyby do "kreowania nowej treści oferty, tj. doszłoby do istotnej zmiany treści oferty — jej ceny. Po drugie, działaniu Odwołującego nie można nadać miana omyłki, bowiem błąd w przedłożonym Kosztorysie wynika z jego niedbalstwa i odłożenia podpisania dokumentu na tzw. ostatnią chwilę, co uniemożliwiło mu weryfikację czy pliki prawidłowo się zapisały. W konsekwencji, uznać należy, że oferta Odwołującego jest niezgodna z SWZ i jako taka słusznie została odrzucona przez Zamawiającego w oparciu o treść art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Strony i uczestnik przedstawili stanowiska jw. tj. na piśmie oraz do protokołu rozprawy.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację postępowania prowadzonego przez zamawiającego oraz pozostałą zgromadzoną w ramach postępowania odwoławczego ustaliłai zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Niesporne jest, co odwołujący wskazał zamawiającemu z własnej inicjatywy, że w załączonym do oferty kosztorysie w zakresie dotyczącym Sytemu Lokalnego Monitorowania i Sterowania SLMS brak było wymaganych cen jednostkowych oraz wartości poszczególnych pozycji w rozbiciu kosztów. Jednocześnie wykonawca wniósł o zakwalifikowanie tego błędu jako innej omyłki i poprawienia jej przez Zamawiającego w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 PZP.

W ocenie składu orzekającego, mając na uwadze wymogi specyfikacji, brak wskazania cen jednostkowych poszczególnych elementów rozliczeniowych dotyczących SLMS nie może być uznany jako inna omyłka w rozumieniu art. 223 ust. 2 pkt 3 PZP. W konsekwencji oferta INTOP Warszawa Sp. z o.o. została zasadnie odrzucona na podstawie art. 226 ust 1 pkt 5 PZP.

W sprawie kluczowe znaczenie ma fakt, że wynagrodzenie w tym postępowaniu będzie miało charakter kosztorysowy. W SWZ wyraźnie wskazano, że elementem oferty jest wypełniony Przedmiar robót (kosztorys ofertowy) stanowiący Zał nr 4 do SWZ (w formie xls). Zatem wadliwość w ofercie Odwołującego nie odnosi się wyłącznie do sfery prezentacji informacji o cenie, lecz do sfery merytorycznej oferty. Na podstawie załączonego do oferty kosztorysu będzie określane wynagrodzenie wykonawcy. Bez przedstawienia przez Wykonawcę prawidłowo sporządzonego (tj. kompletnego) kosztorysu nie będzie możliwe obliczenie finalnej kwoty wynagrodzenia należnej z tytułu zrealizowanej umowy. Niewystarczające jest wobec tego przedstawienie dla elementów oferty kwoty łącznej przedmiotowego systemu w zbiorczym zestawieniu kosztów. Mając tę świadomość sam wykonawca oczekiwał uzupełnienia braku zwracając się w tym zakresie do zamawiającego z kosztorysem zawierającym ceny jednostkowe z wnioskiem o poprawienie popełnionej omyłki.

Wobec powyższego przyjęcie formy kosztorysowej wynagrodzenia wskazuje bezpośrednio na konieczność ujęcia przygotowanego przez danego wykonawcę kosztorysu jako treści oferty.

Można zgodzić się z Odwołującym, że Zamawiający ma możliwość poprawienia omyłek zaistniałych także w kosztorysach ofertowych, o ile zaistnieje jedna z przesłanek wskazanych w art. 223 ust. 2 PZP. Pomijając kwestie omyłek z pkt 1 i 2 tego przepisu, należy zauważyć, że co do zasady, biorąc pod uwagę, że poprawienia omyłki dokonuje zamawiający, winien on dysponować wystarczającą wiedzą opartą na dokumentach ofertowych co do zaistnienia omyłki, jak i sposobu jej poprawienia, który powinien z tej wiedzy wynikać. Izba nie neguje przy tym twierdzenia odwołującego, że nie ma przeszkód prawnych w żądaniu od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści oferty, w tym jej elementów, nie oznacza to jednak możliwości, a raczej dopuszczalności uzupełnienia treści oferty o stwierdzone braki i to w sposób wskazany po terminie składania ofert przez wykonawcę tak, jak to miało miejsce w niniejszej sprawie.

Podkreślić należy, że zamawiający nie dysponował żadnym instrumentem umożliwiającym sporządzenie przez niego brakującego kosztorysu na podstawie tylko informacji o łącznej cenie w arkuszu 57. Słusznie przypomniał zamawiający,

że sposób skorygowania omyłki wynikać musi z dokumentów zamówienia i oferty w taki sposób by umożliwić zamawiającemu korektę. Jednocześnie Zamawiający ma obowiązek poprawić omyłkę wtedy, gdy sposób, w jaki ma być dokonana poprawa, wynika z innych elementów treści oferty. Taka sytuacja nie miała miejsca w sprawie.

Istotne znaczenie ma okoliczność, że kosztorys ofertowy nie zawierał cen jednostkowych dla całego zakresu zamówienia jakim jest SLMS. Ponadto zarówno z treści oferty, jak i pozostałych dokumentów przekazanych przez Wykonawcę wraz ofertą nie wynika o jakie wartości kosztorys ten powinien zostać uzupełniony. Zamawiający na bazie złożonej oferty nie ma zatem możliwości odczytania jakie konkretne ceny jednostkowe powinny być wpisane w poszczególnych rubrykach kosztorysu ofertowego w części dotyczącej SLMS. Samo podanie bowiem ceny łącznej w zestawieniu zbiorczym dla przedmiotowego zakresu nie może stanowić podstawy do wyliczenia kilkudziesięciu cen jednostkowych. Kwota ta wskazuje jedynie jaka powinna być suma wszystkich cen jednostkowych wyszczególnionych w zakresie prac związanym z systemem SLMS. Jednoznacznym jest, że kwota łączna wynosząca 440.938,09 zł może być przy tym uzyskana przy zastosowaniu wielu kombinacji cen jednostkowych. Zamawiający nie miał zatem możliwości samodzielnego odczytania jedynie z ceny łącznej jaka była intencja Odwołującego i jakie konkretne ceny jednostkowe zamierzał on wpisać w kosztorysie ofertowym. Brak jakiegokolwiek potwierdzenia cen jednostkowych w pozostałej treści umowy lub załączonych do niej dokumentach oznacza więc, że Wykonawca mógłby swobodnie zmieniać poszczególne ceny jednostkowe mając jedynie na uwadze, żeby ich suma nadal wynosiła 440.938,09 zł netto. Zamawiający nie dysponowałby natomiast żadnymi narzędziami, które mogłyby zweryfikować czy ceny jednostkowe uzupełnione przez Odwołującego są dokładnie tymi samymi, jakie powinny być ujętej w kosztorysie ofertowym złożonym jako część oferty. Bez znaczenia pozostaje przy tym jaką procentową część całego zamówienia stanowią prace związane z systemem SLSM. Zamawiający nie otrzymał bowiem kompletnego kosztorysu, który umożliwiałby mu dokonanie oceny oferty w tym zakresie oraz późniejsze rozliczenie umowy.

Mając na względzie powyższe uzupełnienie kosztorysu ofertowego o ponad 20 pozycji jednostkowych składających się na całości danego zakresu prac nie może być uznane jako dopuszczalne w drodze poprawienia innej omyłki w rozumieniu art. 223 ust. 2 pkt 3) PZP.

Ponadto zaakcentowania wymaga, że kosztorys ten (brakujący), podobnie jak pozostałe, będzie stanowił podstawę do wyliczenia rzeczywistego wynagrodzenia należnego Wykonawcy w związku z realizacją umowy zawartej w wyniku przeprowadzenia niniejszego postępowania. W ocenie Izby uzupełnienie kosztorysu ofertowego poprzez dopisanie wszystkich cen jednostkowych dla danego zakresu prac stanowiłoby zatem istotną zmianę oferty złożonej przez Odwołującego.

W konsekwencji Odwołujący nie złożył z ofertą kompletnego wymaganego kosztorysu, a tym samym należy stwierdzić wadę oferty, która nie podlega konwalidacji w żadnym z trybów przewidzianych przepisami PZP i powoduje konieczność odrzucenia oferty na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 Ustawy PZP.

W takim stanie rzeczy orzeczono, jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 i 576 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania odwoławczego odwołującego w postaci uiszczonego wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia zamawiającego do wysokości limitu określonego w rozporządzeniu.

Przewodniczący:…….....