Sygn. akt: KIO 1968/23

WYROK

z dnia 31 lipca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Marek Bienias

Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 lipca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 lipca 2023 r. przez wykonawcę **K. M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Remontowo Budowlany K. M.w Stopnicy**, w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miejską Kraków – Zarząd Budynków Komunalnych w Krakowie,**

orzeka:

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **K. M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Remontowo Budowlany K. M. w Stopnicy** i

2.1.Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **K. M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Remontowo Budowlany K. M. w Stopnicy**, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodniczący:……..……..

Sygn. akt: KIO 1968/23

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

Zamawiający – Gmina Miejska Kraków – Zarząd Budynków Komunalnych w Krakowie – prowadzipostępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym pn. „Termomodernizację budynku użyteczności publicznej przy ul. Praskiej 52 w Krakowie". Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 25 maja 2023 r. pod numerem 00231926.

W dniu 10 lipca 2023 r. wykonawca K. M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Remontowo Budowlany K. M.w Stopnicy wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym na „Termomodernizację budynku użyteczności publicznej przy ul. Praskiej 52 w Krakowie", nr sprawy 46/2023, polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego oraz wyborze oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie przepisu:

1.art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez niezgodne z prawem odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia, a w konsekwencji zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu oraz nieprawidłowy wybór oferty MS Usługi Inżynierskie Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie jako najkorzystniejszej.

Opierając się na przedstawionych zarzutach wykonawca wnosił o:

1.unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

2.unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,

3. ewentualne poprawienie oferty Odwołującego zgodnie z art. 223 ust. 2 pkt 1 lub pkt 3 ustawy Pzp lub wyjaśnienia na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp,

4. dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,

a także zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wskazał, że:

Zamawiający prowadzi postępowanie na „Termomodernizację budynku użyteczności publicznej przy ul. Praskiej 52 w Krakowie". Wartość zamówienia nie przekracza progów unijnych, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp, w trybie podstawowym. Przedmiotem zamówienia jest wykonanie termomodernizacji budynku użyteczności publicznej przy ul. Praskiej 52 w Krakowie, polegające na ociepleniu i remoncie elewacji budynku wraz z robotami towarzyszącymi, zgodnie z załączoną do specyfikacji warunków zamówienia dokumentacją.

Zgodnie z rozdziałem XXVII „Sposób obliczenia ceny", pkt 1., cenę oferty należało obliczyć w oparciu o przedmiar robót, stanowiący załącznik do SWZ. W punkcie 12. Zamawiający wskazał: „Uwaga – Kosztorys ofertowy (podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym przez osobę upoważnioną do

reprezentowania Wykonawcy) – winien być opracowany metodą uproszczoną, zawierać wycenę wszystkich pozycji przedmiaru robót w kolejności wskazanej przez Zamawiającego oraz musi być zasadniczo zgodny z opisem przedmiotu zamówienia określonym w przedmiarach robót (opisami pozycji), stanowiącym Załącznik do niniejszej SWZ. W kosztorysie ofertowym winny być podane: stawka roboczogodziny kosztorysowej netto (zastosowana do obliczenia ceny jednostkowej), Koszty pośrednie oraz Zysk (zastosowane do obliczenia ceny jednostkowej). W parametrach wydruku kosztorysu należy ustawić wartość każdej pozycji z narzutami. Podstawy wyceny kosztorysu ofertowego powinny być zasadniczo takie jak wskazane w przedmiarach robót gdyż przy sprawdzaniu kosztorysu ofertowego, Zamawiający kieruje się zasadą, że wskazana przez Wykonawcę podstawa wyceny danej pozycji zawiera wyszczególnienie wszystkich robót towarzyszących oraz wszystkie założenia szczegółowe określone przez Katalogi Nakładów Rzeczowych, wskazane jako podstawa wyceny przez Zamawiającego w przedmiarze. Ceny jednostkowe materiałów do kosztorysowania należy przyjmować z kosztami zakupu. W przypadku, gdy którakolwiek pozycja przedmiaru zostanie skalkulowana w innej pozycji kosztorysu ofertowego, należy wskazać daną pozycję oraz pozycję, w której została skalkulowana. Ceny poszczególnych pozycji kosztorysowych należy przedstawić w setnych częściach złotego. Zamawiający dopuszcza złożenie kosztorysu ofertowego wykonanego w formie kalkulacji szczegółowej. W takim przypadku przedmiotem sprawdzenia kosztorysu będzie wyłącznie opis robót w jego poszczególnych pozycjach, wg zasad przyjętych przy sprawdzaniu kosztorysu ofertowego wykonanego metodą uproszczoną. Opracowanie kosztorysu ofertowego niezgodnie z ww. wymaganiami będzie skutkowało odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 ust 1 pkt. 5 Pzp (nie dotyczy kolejności pozycji kosztorysowych).”

Odwołujący sporządził kosztorys ofertowy zgodnie z ww. wymaganiami.

W trakcie badania ofert, 21 czerwca 2023 r., Zamawiający skierował do Odwołującego „Wezwanie do wyjaśnienia treści oferty” w zakresie przedłożonego kosztorysu ofertowego, tj. czy we wskazanych pozycjach kosztorysu zostały uwzględnione i wycenione dane elementy, które to wyjaśnienia Odwołujący złożył 23 czerwca 2023 r. zapewniając, że we wskazanych pozycjach uwzględniono i wyceniono elementy wymienione przez Zamawiającego w „Wezwaniu”.

Następnie, pismem z 5 lipca 2023 r., Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp jako niezgodnej z warunkami zamówienia. W ramach uzasadnienia faktycznego odrzucenia Zamawiający wskazał, że kosztorys ofertowy jest niezgodny z przedmiarem robót”. Przy czym, jak wynika ze wskazanych „wad” kosztorysu ofertowego, polegają ona na tym, że zastosowany w nich opis nie jest identyczny z zastosowanym przez Zamawiającego w przedmiarze. Przy czym pozycje wskazane w informacji o odrzuceniu oferty są to inne pozycje, niż będące przedmiotem wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp.

W informacji o odrzuceniu oferty Zamawiający wskazał następujące niezgodności pomiędzy opisami pozycji dotyczy kosztorysu ofertowego oraz przedmiaru:

a)dotyczy kosztorysu ofertowego na remont dachu:

- poz. 6 - niezgodna jedn. miary - jest „3 m2” winno być „3 szt”,
- poz. 19 - niezgodny opis - jest „Wyrównanie podłoża szybkotwardniejącą, tiksotropowa, cem. zapr. wyrównawczą wypełnienie ubytków grub. 10 mm, pow. poziome i pionowe - uwagi: 18.5kg/m2”, winno być „Wyrównanie podłoża i naprawa powierzchni betonowych zaprawą reperacyjną 18,5 kg/m2”,
- poz. 27 - niezgodna jedn. miary - jest „3 m2” winno być „3 szt”,
- poz. 29 - niezgodny opis - jest „Przygotowanie i montaż zbrojenia, zbrojenie elem. budynków i budowli - pręty gładkie do 7mm", winno być „Zbrojenie konstrukcji żelbetowych elementów budynków i budowli, pręty stalowe okrągłe gładkie, Fi 8-14 mm”,
- poz. 53 niezgodny opis - jest „Akrylowe tynki dekoracyjne wew. i zew. wykonywane ręcznie typu "Atlas", faktura nakrap. z Atlasu Cermit N-200 grub. 2 mm uzup. ubytków zapr. wyr.”, winno być „Wykonanie tynków dekoracyjnych zewnętrznych, nakładanych ręcznie - z akrylowej masy tynkarskiej”,
- poz. 60 - niezgodna jednostka miary - jest „1m2” winno być „1 szt”,
- poz. 72 - niezgodna jedn. miary - jest „1m2” winno być „1 szt”,
- poz. - 74 niezgodny opis - jest „Przygotowanie i montaż zbrojenia, zbrojenie elem. budynków i budowli - pręty gładkie do 7mm”, winno być „Zbrojenie konstrukcji żelbetowych elementów budynków i budowli, pręty stalowe okrągłe gładkie, Fi 8-14 mm”,
- poz. 92 - niezgodny opis - jest „Akrylowe tynki dekoracyjne wew. i zew. wykonywane ręcznie typu "Atlas", faktura nakrap. z Atlasu Cermit N-200 grub. 2mm uzup. ubytków zapr. wyr.”, winno być „Wykonanie tynków dekoracyjnych zewnętrznych nakładanych ręcznie - z akrylowej masy tynkarskiej”,
- poz. 94 - niezgodny opis - jest „Koszt podstawienia kontenera 7 m3 na papę wraz z opłatą za wywóz”, winno być „Koszt podstawienia kontenera 4 m3 na papę wraz opłatą za wywóz i składowanie”,
- poz. 101 - niezgodna jedn. miary - jest „1 m2”, winno być „1 szt”,
- poz. 110 - niezgodna jedn. miary - jest „1 m2”, winno być „1 szt”,

- poz. 112 - niezgodny opis - jest „Przygotowanie i montaż zbrojenia, zbrojenie elem. budynków i budowli - pręty gładkie do 7 mm", winno być „Zbrojenie konstrukcji żelbetowych elementów budynków i budowli, pręty stalowe okrągłe gładkie, Fi 8-14 mm",
- poz. 135 - niezgodny opis - jest „Akrylowe tynki dekoracyjne wew. i zew. wykonywane ręcznie typu "Atlas", faktura nakrap. z Atlasu Cermit N-200 grub. 2mm uzup. ubytków zapr. wyr.", winno być „Wykonanie tynków dekoracyjnych zewnętrznych, nakładanych ręcznie z akrylowej masy tynkarskiej",
- poz. 145 - niezgodny opis - jest „Przewody instalacji odgromowej nienapręŜane poziome z bednarki ocynk. mocow. na wspornik", winno być „Montaż przewodów instalacji odgromowej nienapręŜanych, poziomych z pręta stalowego ocynkowanego FeZn fi 8 mm",

b) dotyczy kosztorysu ofertowego na remont elewacji:

- poz. 18 - niezgodny opis - jest „Osłony okien folia polietylenowa z użyciem Ŝurawia" winno być „Osłony okien i drzwi wykonywane - folią polietylenową",
- poz. 38 - niezgodny opis - jest „Drzwi zew. jedno- i dwuskrzydłowe, wykończone - pełne i oszklone klepkowe o pow. ponad 1,5m2, dwukrotnie malowane, uwagi : w=1,3 w/m2K", winno być „Drzwi zewnętrzne drewniane, ponad 1,5 m, U=1,3 W/m2K",
- poz. 68 - niezgodny opis - jest „Akrylowe tynki dekoracyjne wew. i zew. wykonywane ręcznie typu "Atlas", faktura nakrap. z Atlasu Cermit N-200 grub. 2 mm uzup. ubytków zapr. wyr.", winno być „Wykonanie tynków dekoracyjnych zewnętrznych, nakładanych ręcznie z akrylowej masy tynkarskiej",
- poz. 71 - niezgodny opis - jest „Rury deszczowe, osadniki i podrynniki osadnik FIG.84", winno być „Montaż osadnika/czyszczaka deszczowego o średnicy 150 mm",
- poz. 78 - niezgodny opis - jest „Dzierżawa rusztowania", winno być „Czas pracy rusztowania zgodnie z założeniami ogólnymi KNR 202 rozdział 16 pkt 5.15",
- poz. 107 - niezgodny opis - jest „Izolacje przeciwwilgociowe powłokowe bitumiczne pionowe wykonane na zimno z roztworu asfaltowego - pierwsza warstwa", winno być „Izolacje przeciwwilgociowe powłokowe bitumiczne pionowe wykonywane na zimno, 1 warstwa - dyspersyjna masa bitumiczno kauczukowa",
- poz. 108 - niezgodny opis - jest „Izolacje przeciwwilgociowe powłokowe bitumiczne pionowe wykonane na zimno z roztworu asfaltowego - każda następna warstwa", winno być „Izolacje przeciwwilgociowe powłokowe bitumiczne pionowe wykonywane na zimno, dodatek za każdą następną warstwę - dyspersyjna masa bitumiczno-kauczukowa",
- poz. 141 - niezgodny opis - jest „Przygotowanie podłoża pod osprzęt instalacyjny, kołki plastikowe osadzone w gazobetonie", winno być „Przygotowanie podłoża z cegły pod montaż osprzętu instalacyjnego przez przykręcanie do kołków plastikowych fi 6 mm",
- poz. 148 - niezgodny opis - jest „Przewody instalacji odgromowej nienapręŜane poziome z bednarki ocynk. mocow. na wspornik", winno być „Montaż przewodów instalacji odgromowej nienapręŜanych, poziomych z pręta stalowego ocynkowanego Fi 8 mm".

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeŜeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Jednak, jak wynika z dyspozycji art. 223 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający poprawia w ofercie: 1) oczywiste omyłki pisarskie, 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Dodatkowo art. 223 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że w toku badania i oceny ofert zamawiający może Ŝądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złoŜonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złoŜonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.

Tym samym oferta podlega odrzuceniu jako niezgodna z warunkami zamówienia – w tym opisem przedmiotu zamówienia - pod warunkiem, że nie odpowiada tym warunkom, ale pod względem merytorycznym, a sama niezgodność z warunkami zamówienia nie da się usunąć w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W niniejszej sprawie taki stan nie występuje.

Odnosząc się bowiem do wskazanych przez Zamawiającego podstaw odrzucenia oferty naleŜy wskazać:

Ad. **poz. 6, 27, 60, 72, 101, 110** kosztorysu ofertowego na remont dachu, w których Zamawiający wskazał na niezgodną z przedmiarem jednostkę miary – wszystkie pozycje dotyczą tego samego przedmiotu, tj. demontaŜu starych i montaŜu nowych wyłazów dachowych i brzmią odpowiednio: „Okna i włazy dachowe fabrycznie wykończone, wyłaz dachowy - demontaŜ" (poz. 6, 60, 101) lub „Okna i włazy dachowe fabrycznie wykończone, wyłaz dachowy 80x80" (poz. 27, 72, 110).

Odwołujący przyznaje, że w przedmiarze podano jednostkę miary w sztukach, natomiast w kosztorysie ofertowym w m2,

jednak powyższe wynika z zastosowanego oprogramowania do kosztorysowania, który, w oprogramowaniu kosztorysanta Odwołującego, pozycji opisanej przez Zamawiającego automatycznie przypisuje jednostkę miary m2. Podobnie jest w programie ZUZIA (obecna nazwa BIMestiMate), zatem tam jednostka miary prawdopodobnie została zmieniana ręcznie. Kosztorysy ofertowe zostały wykonane na innym systemie kosztorysowym niż wynikający z przedmiaru (VIGOR z 1995 r.). Nie w każdym systemie kosztorysowym istnieje możliwość ręcznej zmiany jednostek przyjętych w KNR, widniejących nad tablicami.

Niezalenie jednak od powyższego w kosztorysie ofertowym Odwołującego została wyceniona jednostka miary 1 szt, zgodnie ze wskazaniem przedmiaru, co częściowo wynika wprost z opisów pozycji (wyceny materiałów). I tak w poz. 27, 72 i 110 (dot. montażu, gdzie w wycenie uwzględniano i rozpisywano materiały) wskazano m.in. „UWAGI:**80X80CM**" i „WLAZ DACHOWY **[SZT]**-ZAMIENNIK" oraz wyceniono odpowiednią liczbę sztuk. W ramach demontażu zdemontowane zostaną włazy istniejące, a więc o posiadanych rozmiarach.

Tym samym zaoferowany zakres prac i wycena są zgodne z opisem przedmiotu zamówienia, a podane jednostki miary stanowią jedynie nieścisłość, którą można usunąć albo w trybie wyjaśnienia treści oferty, o której mowa w art. 223 ust. 1 ustawy Pzp (o co Odwołujący w zakresie ww. pozycji nie był proszony), albo w ramach poprawienia w ofercie oczywistej omyłki pisarskiej (art. 223 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp) lub – gdyby Zamawiający uważał, że pomyłce tej brak przymiotu oczywistości – na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, czyli poprawienia jako innej niż oczywista omyłka pisarska lub oczywista omyłka rachunkowa, omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia (przedmiarem), niepowodującej istotnych zmian w treści oferty.

Nie ma tu bowiem wątpliwości, że podana w kosztorysie jednostka miary została podana omyłkowo – nie było bowiem zamiarem Odwołującego zmieniać tej jednostki – i jedynie w części opisu pozycji, bowiem z dalszego opisu pozycji (materiałów zaplanowanych do użycia) wynika, że do wyliczeń wartości pozycji została przyjęta cena za sztukę (odpowiednio 1 lub 3 sztuki). Jest to też zmiana nieistotna, nie powodująca istotnej zmiany treści oferty, o charakterze raczej formalnym i porządkującym niż merytorycznym, tj. mająca na celu doprowadzenie do identycznego brzmienia obu dokumentów (kosztorysu ofertowego i przedmiaru), a nie zmiany podstaw wyceny, które od początku zostały określone w sztukach.

Ad. **poz. 19.** W pozycji tej Zamawiający wskazał na opis zawarty w kosztorysie jako niezgodny z opisem z przedmiaru: „Wyrównanie podłoża szybkotwardniejącą, tiksotropowa, cem. zapr. Wyrównawczą wypełnienie ubytków grub. 10 mm, pow. poziome i pionowe - uwagi: 18.5kg/m2" (kosztorys ofertowy) i „Wyrównanie podłoża i naprawa powierzchni betonowych zaprawą reperacyjną 18,5 kg/m2" (przedmiar).

Jednak oba opisy są ze sobą merytorycznie zgodne. Oczywiste jest, że w przedmiarze zastosowano opis ogólny, podczas gdy w kosztorysie ofertowym Odwołujący dokonał wyceny tej pozycji już z zastosowaniem konkretnych podstaw wyceny wskazanych przez program do kosztorysowania (powyższemu bowiem służy kosztorys). Należy przy tym zauważyć, że określenie zaprawa „reperacyjna" czy „wyrównawcza" nie ma znaczenia i nie stanowi o odmienności rodzaju zapraw, a jedynie pierwsze z określeń wskazuje na cel użycia zaprawy, a drugie na metodę jej działania. Program do kosztorysowania Odwołującego nie posługuje się pojęciem „reperacyjna".

Tym samym wskazana przez Zamawiającego podstawa odrzucenia oferty ze względu na opis poz. 19. nie wskazuje na merytoryczne zarzuty w stosunku do dokonanej wyceny, a jedynie formalną (językową) odmienność opisu. Jeżeli, w ocenie Zamawiającego, treść obu dokumentów (kosztorysu ofertowego i przedmiaru) musi być identyczna, Zamawiający, zamiast dokonać odrzucenia oferty, co było działaniem stanowczo nadmiernym, mógł poprawić treść wstępnego opisu tej pozycji na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Również w tej pozycji nie było bowiem zamiarem Odwołującego zmieniać zakresu wyceny w stosunku do przedmiaru, a użyty opis jest skutkiem korzystania z danego programu do kosztorysowania oraz odpowiedniego odniesienia do KNR. Jest to też zmiana nieistotna, nie powodująca istotnej zmiany treści oferty, o charakterze raczej formalnym i porządkującym niż merytorycznym, tj. mająca na celu doprowadzenie do identycznego brzmienia obu dokumentów (kosztorysu ofertowego i przedmiaru), a nie zmiany podstaw wyceny i oferowanego przedmiotu zgodnego z opisem przedmiotu zamówienia, które pozostaną takie same.

Ad. **poz. 29, 74, 112** – w tych pozycjach Zamawiający wskazał na niezgodność opisów: „Przygotowanie i montaż zbrojenia, zbrojenie elem. budynków i budowli - pręty gładkie do 7mm" (kosztorys ofertowy) i „Zbrojenie konstrukcji żelbetowych elementów budynków i budowli, pręty stalowe okrągłe gładkie, Fi 8-14 mm". Różnica ta również wynika z zastosowanego programu do kosztorysowania oraz dopasowania przez kosztorysanta Odwołującego pozycji opisu odpowiadającej zastosowanej przez Zamawiającego KNR, której to normie w programie jest przypisany dany opis. Jest to jedynie formalna różnica dotycząca części opisu pozycji. Natomiast opis całej pozycji, tj. przewidzianych do zastosowania materiałów wskazuje na to, że Odwołujący prawidłowo wycenił ww. pozycje, w szczególności w zakresie zastosowanych prętów (zresztą zarzutem Zamawiającego nie jest niezgodność merytoryczna, a jedynie odmienne opisy). W zestawieniu przewidzianych do zastosowania materiałów Odwołujący wskazał bowiem pręty o prawidłowym, wymaganym w przedmiarze fi – w przedziale 8-14 mm: „PRETY OKRAGLE GLADKIE ZE STALI STOS KL.A

D=12MM".

Zatem odrzucenie oferty nastąpiło jedynie przez formalną odmienność opisu. Jeżeli, dla komfortu Zamawiającego, treść kosztorysu ofertowego i przedmiaru musi być identyczna, Zamawiający, zamiast dokonać odrzucenia oferty, co było działaniem stanowczo nadmiernym, mógł poprawić treść wstępnego opisu tej pozycji na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Nie było bowiem zamiarem Odwołującego zmieniać zakresu wyceny w stosunku do przedmiaru, a użyty opis jest skutkiem korzystania z danego programu do kosztorysowania oraz odpowiedniego odniesienia do KNR. Jest to też zmiana nieistotna, nie powodująca istotnej zmiany treści oferty, o charakterze raczej formalnym i porządkującym niż merytorycznym, tj. mająca na celu doprowadzenie do identycznego brzmienia obu dokumentów (kosztorysu ofertowego i przedmiaru), a nie zmiany podstaw wyceny i oferowanego przedmiotu zgodnego z opisem przedmiotu zamówienia, które pozostaną takie same.

Ad. **poz. 53, 92, 135** kosztorysu ofertowego na remont dachu oraz **poz. 68** kosztorysu ofertowego na remont elewacji, w których Zamawiający zarzucił niezgodność opisów „Akrylowe tynki dekoracyjne wew. i zew. wykonywane ręcznie typu "Atlas", faktura nakrap. z Atlasu Cermit N-200 grub. 2 mm uzup. ubytków zapr. wyr." (kosztorys ofertowy) i „Wykonanie tynków dekoracyjnych zewnętrznych, nakładanych ręcznie - z akrylowej masy tynkarskiej" (przedmiar).

Oba opisy (przedmiaru i kosztorysu) różnią się językowo, jednak Odwołujący wycenił pozycję prawidłowo i przewidział zastosowanie prawidłowego materiału, tj. tynku akrylowego, co wynika wyraźnie z zestawienia materiałów przewidzianych do użycia: „TYNK AKRYL.-"ATLAS CERMIT N-200" (FAKT.NAKRAP.)".

Tym samym również w przypadku tych pozycji podstawa odrzucenia oferty przez Zamawiającego nie wskazywała na jakiekolwiek błędy merytoryczne w wycenie Odwołującego, a jedynie na formalną odmienność opisu spowodowaną jego brzmieniem. I również w tym przypadku, jeżeli komfort Zamawiającego związany z wyborem oferty najkorzystniejszej jest zależny od tego, czy treść obu dokumentów jest identyczna, Zamawiający powinien poprawić treść opisu tej pozycji w oparciu o art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Również w tej pozycji nie było bowiem zamiarem Odwołującego zmieniać zakresu wyceny w stosunku do przedmiaru, a użyty opis jest skutkiem korzystania z danego programu do kosztorysowania oraz odpowiedniego odniesienia do KNR. Byłaby to zmiana nieistotna, nie powodująca istotnej zmiany treści oferty, o charakterze formalnym i porządkującym, a nie merytorycznym, tj. mająca na celu doprowadzenie do identycznego brzmienia obu dokumentów (kosztorysu ofertowego i przedmiaru), a nie zmiany podstaw wyceny, czy zaoferowanych produktów, które pozostają takie same.

Ad. **poz. 94**, w której Zamawiający również zarzucił Odwołującemu niezgodność opisów pomiędzy Kosztorysem ofertowym a przedmiarem, tj. „Koszt podstawienia kontenera 7 m3 na papę wraz z opłatą za wywóz" (w kosztorysie) zamiast „Koszt podstawienia kontenera 4 m3 na papę wraz opłatą za wywóz i składowanie" (w przedmiarze).

W poz. 94 Odwołujący wskazał: „KOSZT PODSTAWIENIA KONTENERA 7M3 NA PAPE WRAZ Z OPLATA WYWOZ". Pozycja ta jest powieleniem (kopiuj-wklej) poz. 93 kosztorysu „KOSZT PODSTAWIENIA KONTENERA 7 NA GRUZ, WRAZ Z OPLATA ZA WYWOZ". Przy czym Odwołujący w opisie poz. 94 zmienił rodzaj odpadu (gruz r papę), natomiast zapomniał zmienić objętość z 7 m3 na 4 m3. Natomiast w pozycji tej ujęty został cały zakres zamówienia z tej pozycji, tj. kontener o objętości 4 m3 oraz opłata za wywóz i składowanie danego rodzaju odpadu.

W związku z powyższym pozycja ta powinna zostać poprawiona zgodnie z art. 223 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp jako oczywista omyłka pisarska (błąd przy kopiowaniu treści opisu pozycji) lub też na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jako omyłka nie powodująca istotnych zmian w treści oferty. Pozycja ta została wyceniona prawidłowo i wysokość oraz sposób wyceny tej pozycji nie ulegnie zmianie.

Ad. **poz. 145** kosztorysu ofertowego na remont dachu oraz **poz. 148** kosztorysu ofertowego na remont elewacji, w których Zamawiający zarzucił niezgodność opisów: „Przewody instalacji odgromowej nienaprężane poziome z bednarki ocynk. mocow. na wspornik" (kosztorys ofertowy) zamiast „Montaż przewodów instalacji odgromowej nienaprężanych, poziomych z pręta stalowego ocynkowanego Fi 8 mm" (przedmiar).

Jak wynika z opisu poz. 145. i poz. 148., w pozycjach tych wyceniono montaż przewodów instalacji odgromowej nienaprężanych, poziomych, z pręta stalowego ocynkowanego Fi 8 mm. Wskazuje na to zarówno ujęcie w pozycji kosztów robocizny i sprzętu („ROBOCIZNA OGÓŁEM" oraz „SPRZET *SPAWARKA ELEKTRYCZNA PROSTOWNIKOWA 600A"), jak i materiału w postaci „DRUT STAL.OKRAGLY-TWARDY OCYNK.(ODGROMO D=8MM".

Tym samym zarzut Zamawiającego dotyczy wyłącznie nieidentycznego brzmienia obu opisów, nie zaś ich merytorycznej niezgodności co do oferowanego przedmiotu zamówienia czy zakresu wyceny. W związku z powyższym również ta przyczyna nie może stanowić podstawy odrzucenia treści oferty jako niezgodnej z wymaganiami specyfikacji warunków zamówienia. Jeśli zaś nadrzędnym celem Zamawiającego jest uzyskanie ofert o brzmieniu opisów pozycji kosztorysu identycznych z brzmieniem pozycji w przedmiarze raczej niż ofert zgodnych merytorycznie z przedmiarem, Zamawiający może dokonać poprawienia treści oferty Odwołującego na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jest to bowiem zmiana nieistotna i jedynie ściśle formalistyczna.

Ad. **poz. 18.** kosztorysu ofertowego na remont elewacji – Zamawiający zarzucił tu niezgodność opisu „Osłony okien folia polietylenowa z użyciem żurawia" (kosztorys) z opisem z przedmiaru: „Osłony okien i drzwi wykonywane - folią polietylenową". Również w tym wypadku jest to jedynie niezgodność językowa (brak identyczności obu zdań), nie zaś niezgodność oferty z opisem przedmiotu zamówienia.

Różnica opisów wynika prawdopodobnie z tego, że w programie kosztorysowym kosztorysanta Odwołującego jest bardziej szczegółowy opis niż w przedmiarze programu ZUZIA, przy czym żuraw okienny przenośny to sprzęt przewidziany do zastosowania w tej pozycji. Pomimo tego, że w opisie pozycji w kosztorysie nie ma odniesienia do drzwi, przewidziane w obu pozycjach ilości (285,26 m2) są identyczne, co oznacza, że Odwołujący w tej pozycji przewidział taki sam zakres prac jak w przedmiarze.

W związku z powyższym także ten zarzut Zamawiającego sprowadza się do nieco odmiennego brzmienia opisu pozycji, nie zaś jej niezgodności z opisem przedmiotu zamówienia. Tym samym oferta również w tym zakresie nie może być uznana za niezgodną z wymaganiami specyfikacji warunków zamówienia, a Zamawiający, dla uzyskania zamierzonego identycznego brzmienia kosztorysu ofertowego i przedmiaru, może zastosować korektę tej treści zgodnie z regulacją art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Jest ton bowiem zmiana niemerytoryczna i nieistotna, nie zmienia ani zaoferowanego zakresu robót budowlanych, ani ich wyceny.

Ad. **poz. 38** – w pozycji tej Zamawiający wskazał na niezgodność opisu kosztorysu ofertowego: „Drzwi zew. jedno- i dwuskrzydłowe, wykończone - pełne i oszklone klepkowe o pow. ponad 1,5m2, dwukrotnie malowane, uwagi: w=1,3 w/m2K" z opisem przedmiaru: „Drzwi zewnętrzne drewniane, ponad 1,5 m, U=1,3 W/m2K". Oba zdania w sposób oczywisty nie są identyczne, lecz odnoszą się do tego samego zakresu zamówienia, przy czym opis zastosowany w kosztorysie jest nieco szerszy, a wykonawca wybrał do wyceny dany rodzaj drzwi, co jest standardowym działaniem przy wycenie. Zakres zastosowanego materiału „DRZWI DREWNIANE KLEPKOWE ZEW." odpowiada opisc przedmiaru „drzwi zewnętrzne drewniane".

Natomiast wpis „w=1,3 w/m2K" zamiast „U=1,3 W/m2K" należy potraktować jak omyłkę pisarską, którą można poprawić i nie będzie to stanowiło istotnej zmiany treści oferty. „U" to współczynnik przenikania ciepła, który określa, ile energii (wyrażonej w Watach) przenika przez 1 metr kwadratowy przegrody (ściany, dachu, okna, drzwi), gdy różnica temperatury z obu jej stron wynosi 1 K (Kelwin). Jednostką współczynnika przenikania ciepła jest W/(m²K). Tym samym omyłkowe wpisanie „w" zamiast „U" i „w" zamiast „W" jest zwykłą omyłką pisarską i Zamawiający powinien tu zastosować procedurę poprawienia omyłki z art. 223 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Ewentualnie procedurę z art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zaś odrzucenie oferty z powodu tak ściśle formalistycznego stanowi nadużycie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Ad. **poz. 71** – w pozycji tej Zamawiający ponownie zarzucił Odwołującemu niezgodny opis: „Rury deszczowe, osadniki i podrynniki osadnik FIG.84" (w kosztorysie), zamiast „Montaż osadnika/czyszczaka deszczowego o średnicy 150 mm".

Ponownie przedmiotem zarzutu ze strony Zamawiającego jest tu wyłącznie językowa niezgodność pomiędzy oboma wpisami, a Zamawiający nie odniósł się do żadnej niezgodności merytorycznej.

Należy na wstępie wyjaśnić, że „FIG.84" to symbol katalogowy zastosowany w programie (od „figura" – rysunek) i znajduje się w opisie pozycji przygotowanym przez autora programu. Nazwa ta nie wskazuje na żadne parametry. W pozycji ujęto i wyceniono cały zakres prac wskazany w przedmiarze, również rodzaj, w tym średnica czyszczaka jest zgodna z przedmiarem.

Tym samym pozycja jest zgodna z opisem przedmiotu zamówienia i nie stanowi podstawy do odrzucenia oferty, a Zamawiający, jeśli jego celem jest uzyskanie kosztorysu o identycznych opisach jak w przedmiarze, może dokonać poprawienia treści oferty w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Ad. **poz. 78** – w pozycji tej Zamawiający zarzucił Odwołującemu opis pozycji kosztorysu niezgodny z opisem zastosowanym w przedmiarze, tj. „Dzierżawa rusztowania" zamiast „Czas pracy rusztowania zgodnie z założeniami ogólnymi KNR 202 rozdział 16 pkt 5.15".

Powyższe różnice polegają jedynie na zastosowanym opisie. Oczywiste jest, że rusztowania nie „pracują", więc pod tą pozycją kryje się najczęściej ich dzierżawa (czy *lege artis* – raczej najem) – i takiego określenia użyto w kosztorysie ofertowym. Jednak wycenione zostało to samo, co w pozycji przedmiaru, tj. 1 509,52 m-g.

Tym samym pozycja jest zgodna z opisem przedmiotu zamówienia i nie stanowi podstawy do odrzucenia oferty, a Zamawiający, jeśli jego celem jest uzyskanie kosztorysu o identycznych opisach jak w przedmiarze, może dokonać poprawienia treści oferty w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Ad. **poz. 107 i 108**, w której zarzuty Zamawiającego ponownie dotyczą niezgodności zastosowanych opisów: „Izolacje przeciwwilgociowe powłokowe bitumiczne pionowe wykonane na zimno z roztworu asfaltowego - pierwsza warstwa" zamiast: „Izolacje przeciwwilgociowe powłokowe bitumiczne pionowe wykonywane na zimno, 1 warstwa - dyspersyjna masa bitumiczno kauczukowa" oraz „Izolacje przeciwwilgociowe powłokowe bitumiczne pionowe wykonane na zimno z roztworu asfaltowego - każda następna warstwa" zamiast: „Izolacje przeciwwilgociowe powłokowe bitumiczne pionowe

wykonywane na zimno, dodatek za każdą następną warstwę - dyspersyjna masa bitumiczno-kauczukowa".
Zarzuty w tych dwóch pozycjach ponownie dotyczą tego, że zastosowane w kosztorysie opisy nie są idealnie identyczne z tymi w przedmiarach. Odwołujący zaoferował jednak przedmiot zgodny z wymaganiami Zamawiającego, zatem sam zastosowany opis nie stanowi podstawy do odrzucenia oferty, a Zamawiający, jeśli jego celem jest uzyskanie kosztorysu o identycznych opisach jak w przedmiarze, może dokonać poprawienia treści oferty w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.
Ad. **poz. 141** – Zamawiający zarzucił niezgodność opisu kosztorysu ofertowego: „Przygotowanie podłoża pod osprzęt instalacyjny, kołki plastikowe osadzone w gazobetonie" z opisem zawartym w przedmiarze: „Przygotowanie podłoża z cegły pod montaż osprzętu instalacyjnego przez przykręcanie do kołków plastikowych fi 6 mm".
W pozycji został wyceniony zakres prac i materiałów zgodny z przedmiarem. Różnica opisu wynika z tego, że w systemie kosztorysowym osadzenie kołków w podłożu z cegły jest pod inną podstawą wyceny, zatem zmiana powodowałaby niezgodność z podstawą wyceny. Kosztorysant zastosował prawidłową podstawę wyceny kosztem opisu pozycji. Pozycja ta dotyczy 10 sztuk kołków o łącznej wartości 45,08 zł.
Zastosowanie w tym przypadku owej różnicy jako podstawy odrzucenia oferty jest rażącym naruszeniem zasady proporcjonalności (podobnie jak i przy innych pozycjach), jak i podstaw odrzucenia ofert z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Jak wynika bowiem z procedury, obowiązek poprawienia treści oferty w przypadku zaistnienia w niej niewielkich omyłek, jest obowiązkiem poprzedzającym decyzję o odrzuceniu oferty, które może nastąpić dopiero, gdy istniejące w ofercie wady, błędy, niejasności itd. nie dają się usunąć w trybie art. 223 ust. 1 czy ust. 2 ustawy Pzp.
Zastosowane przez Zamawiającego podstawy odrzucenia oferty nie były spowodowane błędami czy wadami merytorycznymi oferty, w szczególności niezgodnością zakresu świadczenia z wymaganiami SWZ, lecz wyłącznie czynnikami czysto formalistycznymi.
W związku z powyższym odwołanie zasługuje na uwzględnienie w całości.
Ze względu na to, że w istocie we wszystkich pozycjach podstawy odrzucenia opierają się na tym samym czynniku (niezgodności opisu kosztorysu ofertowego i przedmiaru), argumentacja przywołana w każdym z odniesień „Ad." ma odpowiednie zastosowanie także do pozostałych pozycji.
Powyższe stanowisko Odwołującego zgodne jest z poglądami od wielu lat wyrażanymi w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, z którego wprost wynika, że odrzucenie oferty nie może nastąpić tylko dla zachowania czystego formalizmu, a poprawienie stwierdzonych w ofercie wykonawcy omyłek jest obowiązkiem zamawiającego – wynikającym wprost z brzmienia przepisu art. 223 ust. 2 ustawy Pzp, który takie poprawienie nakazuje. Dla przykładu można powołać choćby poglądy wyrażone w najnowszym orzecznictwie:
Wyrok KIO 423/23: „Jednocześnie Zamawiający ma obowiązek poprawić omyłkę wtedy, gdy sposób, w jaki ma być dokonana poprawa, wynika z innych elementów treści oferty. Poprawienie omyłek następuje poprzez ingerencję w oświadczenie woli Wykonawcy i mogą one dotyczyć każdego elementu lub elementów oferty, nie tylko ceny. W przedmiotowym przypadku zaistniały przesłanki zobowiązujące Zamawiającego do poprawienia oferty. Tym samym zachowaniu Zamawiającemu nie sposób zarzucić naruszenia Ustawy w tym zakresie. Izba zwraca uwagę na fakt, że postanowienia SWZ nie odnoszą się – tym bardziej nie ograniczają ani nie wyłączają – obowiązków Zamawiającego przewidzianych art. 223 PrZamPubl. Wobec tego, że treść oferty zawierała inna omyłkę w rozumieniu art. 223 ust. 2 pkt 3 PrZamPubl Zamawiający zobowiązany był ją skorygować. Izba wskazuje również, że nawet gdyby uznać, że postanowienia SWZ wskazują na wolę ingerencji w zasady ustawowe to niedopuszczalne byłoby dokonanie wykładni postanowień SWZ w sposób prowadzący do wyłączenia stosowania bezwzględnie obowiązujących przepisów PrZamPubl. Nieprawidłowe jest więc stanowisko,zgodnie z którym postanowienia SWZ, w szczególności ust. 15 SWZ i ust. 1.7, 1.10 i 1.11 załącznika nr 6do SWZ wykluczają stosowanie art. 223 PrZamPubl w sytuacji, gdy treść oferty zawiera inne omyłki w rozumieniu art. 223 ust. 2 pkt 3 PrZamPubl, których usunięcie nie prowadzi do niedozwolonych negocjacji. Ocena zgodności oferty z warunkami zamówienia dokonana powinna zostać po dokonaniu przez Zamawiającego korekt, do których zobowiązuje go w tym zakresie Ustawa – norma art. 223 PrZamPubl.
Wyrok KIO 298/23: „Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy Zamawiający dokonując badania i oceny ofert jest uprawniony, a nawet zobowiązany do wzięcia pod uwagę treści wszystkich oświadczeń złożonych przez wykonawcę w toku badania i oceny ofert."
Powyższy pogląd tym bardziej należy odnieść do wzięcia pod uwagę treści wszystkich oświadczeń złożonych przez wykonawcę w ramach samej oferty.
Wyrok KIO 2922/22: „Przywołując dyspozycjeart. 223 ust. 1 PrZamPubl, zamawiający dokonując badania i oceny ofert może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Powyższa dyspozycja prawna, jednak nie oznacza, że zamawiający jest jedynym i ostatecznym autorytatywnym decydentem do skorzystania, bądź nie skorzystania z przysługującego jemu prawa wyjaśnień treści oferty. Na obowiązek zamawiającego, wezwania wykonawcy do wyjaśnień, co do treści złożonej oferty, wskazują dalsze regulacje tego artykułu (223), a wynikające z pkt

3) ust. 2 art. 223 PrZamPubl, który reguluje wprost obowiązek zamawiającego. Czyli prawo zamawiającego, o którym mowa w ust. 1 art. 223 należy łączyć z obowiązkiem zamawiającego w sytuacji opisanej, w tym przypadku w pkt 3) ust. 2 art. 223 PrZamPubl."

Wyrok KIO 2202/22: „Z kolei stosownie do treściart. 223 ust. 2 PrZamPubl, zamawiający poprawia w ofercie oczywiste omyłki pisarskie, oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek oraz inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Tym samym w sytuacji wystąpienia jednej z ww. omyłek w ofercie wykonawcy, obowiązkiem zamawiającego jest jej poprawienie oraz zawiadomienie wykonawcy, którego oferta została poprawiona. Celem przepisu jest niedopuszczenie do eliminowania z postępowania ofert co do zasady merytorycznie poprawnych, z powodu błahych, niezamierzonych błędów, niewpływających na możliwość poprawnego wykonania zamówienia."

Wyrok KIO 1905/22: „Uzasadnienie dla wprowadzenia tego przepisu, który zachował aktualność na tle obowiązującej ustawy, przedstawiono w uzasadnieniu do ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, wskazując „(…) 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. (…)". Intencją ustawodawcy przy wprowadzaniu tego przepisu, którego odpowiednikiem jest w obecnie obowiązującej ustawie art. 223 ust. 1 i 2, było dopuszczenie poprawiania wszelkiego rodzaju błędów, omyłek, nieścisłości i innych niedoskonałości oferty, jeśli nie spowoduje to zniekształcenia woli wykonawcy w istotnym zakresie, po zaakceptowaniu przez wykonawcę dokonywanych przez Zamawiającego poprawek dotyczących niezgodności treści jego oferty z treścią SWZ. (…) Pominięcie wartości jednostkowych wskazanych pozycji i następnie ich poprawienie w sposób zgodny z art. 223 ust. 1 i 2 PrZamPubl pozbawione jest wpływu na prawidłowość wyboru najkorzystniejszej oferty. Tym samym brak jest podstaw do stwierdzenia, że oferta wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót Drogowych nie odpowiada merytorycznym wymaganiom zawartym w SWZ. W wyniku poprawy tego rodzaju różnic i błędów każdorazowo nastąpi zmiana treści oferty. Istotne jest jednak aby taka zmiana nie miała charakteru istotnej. O istotności zmiany treści oferty każdorazowo będą decydowały okoliczności konkretnej sprawy. W tym stanie faktycznym wprowadzone poprawki nie ingerują w zakres zobowiązania wykonawcy i oddają sens treści złożonej oferty, nie zmieniając przy tym złożonego oświadczenia wykonawcy. Wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Drogowych bowiem oświadczył, że <<niezmieniony opis poszczególnych pozycji KNR jest tożsamy z zakresem robót oczekiwanym przez Zamawiającego. Świadczy o tym między innymi fakt, iż „Rozwinięcie" pozycji uproszczonej do szczegółowej wskazuje na zastosowanie właściwych nakładów robocizny i materiałów>>. Dlatego też błędy powstałe w kosztorysach złożonych przez tego wykonawcę nie powodują istotnych zmian w treści oferty>>. Tym samym stwierdzić należy, że intencją wykonawcy składającego ofertę w postępowaniu o udzielenie tego zamówienia publicznego było złożenie oferty niewadliwej, która podlega ocenie i może być wybrana jako najkorzystniejsza. Nie sposób więc uznać, że wykonawca ten celowo pominął pewien zakres świadczenia, nie obejmując go treścią oferty."

Wyrok KIO 1799/22: „…podkreślić należy, że fakt, iż Zamawiający wymagał złożenia kosztorysów, w których opisy robót pozycji przedmiarowych, jednostki miar i ilości tych jednostek w kosztorysach ofertowych mają odpowiadać opisom robót pozycji przedmiarowych, jednostkom miar i ich ilościom z pozycji przedmiarowych Zamawiającego, nie uchyla konieczności oceny zaistniałych niezgodności pod kątem art. 223 ust. 2 pkt 3 PrZamPubl. Zamawiający może bowiem odrzucić ofertę tylko wtedy, gdy stwierdzone błędy nie kwalifikują się do poprawienia. Warunkiem zastosowania art. 223 ust. 2 pkt 3 PrZamPubl jest wystąpienie omyłek, które polegają na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, a których poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Poprawione przez Zamawiającego błędy w kosztorysie Przystępującego mają bez wątpienia charakter niezgodności z warunkami zamówienia, polegają one bowiem na opisaniu niektórych pozycji kosztorysowych w sposób nieodpowiadający w pełni pozycjom przedmiaru."

Wyrok KIO 1406/22: „Jak wynika ze wskazanych powyżej okoliczności poprawienie w ofercie odwołującego omyłki w zakresie poz. 68 kosztorysu nie będzie prowadzić do istotnej zmiany treści oferty. Wycena tej pozycji kosztorysu jak i cena całej oferty nie ulegną zmianie. Poprawienie omyłki będzie polegać jedynie na zmianie opisu ww. pozycji zgodnie z ostateczną wersją przedmiaru. W ocenie składu orzekającego Izby powyższe będzie jednocześnie zgodne z intencją odwołującego odnośnie treści jego oferty."

Wyrok KIO 987/22: „Artykuł 226 ust. 1 pkt 5 PrZamPubl nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia (…) Jednocześnie art. 223 ust. 2 pkt 3 PrZamPubl 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 PrZamPubl) polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian treści oferty, niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. (…) 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 PrZamPubl (poprzednio art. 87 ust. 2 pkt 3 ZamPublU). 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 ZamPublU (odpowiednika obowiązującego art. 223 ust. 2 PrZamPubl) było zniwelowanie formalizmu występującego na gruncie ustawy ZamPublU, 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 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. (…) 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 PrZamPubl. (…) 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.” Analogiczny pogląd został wyrażony w wyroku KIO 923/22.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 14 lipca 2023 r. (pismo NZ.271-46/23) podtrzymał w całości swoje stanowisko w zakresie odrzucenia oferty Odwołującego (pismo Izba otrzymała na posiedzeniu).

Stan faktyczny ustalony przez Izbę:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 25 maja 2023 r. pod numerem 00231926.

W dniu 10 lipca 2023 r. wykonawca K. M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Remontowo Budowlany K. M.w Stopnicy wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym na „Termomodernizację budynku użyteczności publicznej przy ul. Praskiej 52 w Krakowie”, nr sprawy 46/2023, polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego oraz wyborze oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie przepisu:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez niezgodne z prawem odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia, a w konsekwencji zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu oraz nieprawidłowy wybór oferty MS Usługi Inżynierskie Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie jako najkorzystniejszej.

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawcę K. M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Remontowo Budowlany K. M. w Stopnicy, Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Stan prawny ustalony przez Izbę:

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy PZP, W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i , dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.

Zgodnie z art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP, Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym

wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, konfrontując je z zebranym w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 ustawy PZP i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 ustawy PZP. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 ustawy PZP, których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 ustawy PZP, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy PZP może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że sformułowany przez Odwołującego zarzut nie znajduje oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że Zamawiający w informacji o wyborze oferty kierowanej do Wykonawców z dnia 5 lipca 2023 r., zawarł informacje o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, wskazując na niezgodności kosztorysu ofertowego z przedmiarem robót w następujących pozycjach:

„**a) dotyczy kosztorysu ofertowego na remont dachu:**

- poz. 6 - niezgodna jedn. miary - jest „3 m2” winno być „3 szt”,
- poz. 19 - niezgodny opis - jest „Wyrównanie podłoża szybkotwardniejącą, tiksotropowa, cem. zapr. wyrównawczą wypełnienie ubytków grub. 10 mm, pow. poziome i pionowe - uwagi: 18.5kg/m2”, winno być „Wyrównanie podłoża i naprawa powierzchni betonowych zaprawą reperacyjną 18,5 kg/m2”,
- poz. 27 - niezgodna jedn. miary - jest „3 m2” winno być „3 szt”,
- poz. 29 - niezgodny opis - jest „Przygotowanie i montaż zbrojenia, zbrojenie elem. budynków i budowli - pręty gładkie do 7mm", winno być „Zbrojenie konstrukcji żelbetowych elementów budynków i budowli, pręty stalowe okrągłe gładkie, Fi 8-14 mm”,
- poz. 53 niezgodny opis - jest „Akrylowe tynki dekoracyjne wew. i zew. wykonywane ręcznie typu "Atlas", faktura nakrap. z Atlasu Cermit N-200 grub. 2 mm uzup. ubytków zapr. wyr.”, winno być „Wykonanie tynków dekoracyjnych zewnętrznych, nakładanych ręcznie - z akrylowej masy tynkarskiej”,
- poz. 60 - niezgodna jednostka miary - jest „1m2” winno być „1 szt”,
- poz. 72 - niezgodna jedn. miary - jest „1m2” winno być „1 szt”,
- poz. - 74 niezgodny opis - jest „Przygotowanie i montaż zbrojenia, zbrojenie elem. budynków i budowli - pręty gładkie do 7mm”, winno być „Zbrojenie konstrukcji żelbetowych elementów budynków i budowli, pręty stalowe okrągłe gładkie, Fi 8-14 mm”,
- poz. 92 - niezgodny opis - jest „Akrylowe tynki dekoracyjne wew. i zew. wykonywane ręcznie typu "Atlas", faktura nakrap. z Atlasu Cermit N-200 grub. 2mm uzup. ubytków zapr. wyr.”, winno być „Wykonanie tynków dekoracyjnych zewnętrznych nakładanych ręcznie - z akrylowej masy tynkarskiej”,
- poz. 94 - niezgodny opis - jest „Koszt podstawienia kontenera 7 m3 na papę wraz z opłatą za wywóz”, winno być „Koszt podstawienia kontenera 4 m3 na papę wraz opłatą za wywóz i składowanie”,
- poz. 101 - niezgodna jedn. miary - jest „1 m2”, winno być „1 szt”,
- poz. 110 - niezgodna jedn. miary - jest „1 m2”, winno być „1 szt”,
- poz. 112 - niezgodny opis - jest „Przygotowanie i montaż zbrojenia, zbrojenie elem. budynków i budowli - pręty gładkie do 7 mm”, winno być „Zbrojenie konstrukcji żelbetowych elementów budynków i budowli, pręty stalowe okrągłe gładkie, Fi 8-14 mm”,
- poz. 135 - niezgodny opis - jest „Akrylowe tynki dekoracyjne wew. i zew. wykonywane ręcznie typu "Atlas", faktura nakrap. z Atlasu Cermit N-200 grub. 2mm uzup. ubytków zapr. wyr.", winno być „Wykonanie tynków dekoracyjnych zewnętrznych, nakładanych ręcznie z akrylowej masy tynkarskiej”,
- poz. 145 - niezgodny opis - jest „Przewody instalacji odgromowej nienapręŻane poziome z bednarki ocynk. mocow. na

wspornik", winno być „Montaż przewodów instalacji odgromowej nienaprężanych, poziomych z pręta stalowego ocynkowanego FeZn fi 8 mm”,

b) dotyczy kosztorysu ofertowego na remont elewacji:

- poz. 18 - niezgodny opis - jest „Osłony okien folia polietylenowa z użyciem żurawia” winno być „Osłony okien i drzwi wykonywane - folią polietylenową”,
- poz. 38 - niezgodny opis - jest „Drzwi zew. jedno- i dwuskrzydłowe, wykończone - pełne i oszklone klepkowe o pow. ponad 1,5m2, dwukrotnie malowane, uwagi : w=1,3 w/m2K”, winno być „Drzwi zewnętrzne drewniane, ponad 1,5 m, U=1,3 W/m2K”,
- poz. 68 - niezgodny opis - jest „Akrylowe tynki dekoracyjne wew. i zew. wykonywane ręcznie typu "Atlas", faktura nakrap. z Atlasu Cermit N-200 grub. 2 mm uzup. ubytków zapr. wyr.”, winno być „Wykonanie tynków dekoracyjnych zewnętrznych, nakładanych ręcznie z akrylowej masy tynkarskiej”,
- poz. 71 - niezgodny opis - jest „Rury deszczowe, osadniki i podrynniki osadnik FIG.84”, winno być „Montaż osadnika/czyszczaka deszczowego o średnicy 150 mm”,
- poz. 78 - niezgodny opis - jest „Dzierżawa rusztowania”, winno być „Czas pracy rusztowania zgodnie z założeniami ogólnymi KNR 202 rozdział 16 pkt 5.15”,
- poz. 107 - niezgodny opis - jest „Izolacje przeciwwilgociowe powłokowe bitumiczne pionowe wykonane na zimno z roztworu asfaltowego - pierwsza warstwa”, winno być „Izolacje przeciwwilgociowe powłokowe bitumiczne pionowe wykonywane na zimno, 1 warstwa - dyspersyjna masa bitumiczno kauczukowa”,
- poz. 108 - niezgodny opis - jest „Izolacje przeciwwilgociowe powłokowe bitumiczne pionowe wykonane na zimno z roztworu asfaltowego - każda następna warstwa”, winno być „Izolacje przeciwwilgociowe powłokowe bitumiczne pionowe wykonywane na zimno, dodatek za każdą następną warstwę - dyspersyjna masa bitumiczno-kauczukowa”,
- poz. 141 - niezgodny opis - jest „Przygotowanie podłoża pod osprzęt instalacyjny, kołki plastikowe osadzone w gazobetonie”, winno być „Przygotowanie podłoża z cegły pod montaż osprzętu instalacyjnego przez przykręcanie do kołków plastikowych fi 6 mm”,
- poz. 148 - niezgodny opis - jest „Przewody instalacji odgromowej nienaprężane poziome z bednarki ocynk. mocow. na wspornik”, winno być „Montaż przewodów instalacji odgromowej nienaprężanych, poziomych z pręta stalowego ocynkowanego Fi 8 mm”.

Izba zważa, że zgodnie z rozdziałem XXVII ust. 12 SWZ, Sposób obliczenia ceny, Zamawiający wskazał: „Uwaga – kosztorys ofertowy (podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym przez osobę upoważnioną do reprezentacji Wykonawcy) – winien być opracowany metodą uproszczoną, zawierać wycenę wszystkich pozycji przedmiaru robót w kolejności wskazanej przez Zamawiającego oraz musi być zasadniczo zgodny z opisem przedmiotu zamówienia określonym w przedmiarach robót (opisami pozycji), stanowiącym Załącznik do niniejszej SWZ”.

Biorąc powyższe pod uwagę, zdaniem Izby, Zamawiający bezsprzecznie wymagał opracowania kosztorysu ofertowego w formie uproszczonej, a nie szczegółowej. W ocenie Izby, nie zmienia powyższego zapis, iż „kosztorys ofertowy (…) musi być zasadniczo zgodny z opisem przedmiotu zamówienia (…)”.

Izba zważa, że w ramach badania i oceny ofert, Zamawiający stwierdził u Odwołującego niezgodność pomiędzy opisem pozycji kosztorysu, a opisem pozycji przedmiaru w zakresie 71 pozycji, na co wskazywał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, jak i na rozprawie. W związku powyższym, Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty z dnia 21 czerwca 2023 r. w trybie art. 223 ust. 1 ustawy PZP w zakresie 47 pozycji, zaś co do pozostałych pozycji, tj. 24, Zamawiający nie wzywał do złożenia przedmiotowych wyjaśnień.

Odnosząc się do zarzutów Odwołującego w poszczególnych pozycjach, Izba zważa, że w poz. 6, 27, 60, 72, 101, 110 (kosztorys ofertowy na remont dachu) Odwołujący w kosztorysie ofertowym wskazał jednostkę miary m^2 w przeciwieństwie do wymaganej przez Zamawiającego jednostkę miary w sztukach. Odwołujący powoływał się na oprogramowanie do kosztorysowania, w którym to oprogramowaniu „automatycznie przypisuje jednostkę miary m^2”, jednakże w ocenie Izby, przywołane okoliczności przez Odwołującego nie mogą być okolicznością usprawiedliwiającą przygotowanie kosztorysu ofertowego o treści innej niż wymaganej w przedmiarze.

Izba chciałaby w tym miejscu zwrócić uwagę, że od przedsiębiorcy wymagana jest szczególna staranność wyrażająca się większą zapobiegliwością, rzetelnością, dokładnością w działaniu, itd. Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, przedmiotowe środki dowodowe, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu (dotyczy to również kosztorysu ofertowego), aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości i konkretnym wymaganiom Zamawiającego.

Odnośnie poz. 19, Izba zważa, że Odwołujący zaoferował wyrównanie podłoża poprzez wypełnienie ubytków o grubości

10 mm, pow. poziome i pionowe – uwagi: 18.5 kg/m2, podczas gdy Zamawiający oczekiwał naprawy całej powierzchni bez względu na rodzaj i głębokość ubytków, na co wskazywał Zamawiający na rozprawie. Nadto należy zauważyć, że Zamawiający wymagał zaprawy reperacyjnej a nie wyrównawczej, w związku powyższym Izba nie zgadza się z Odwołującym, iż: „określenie zaprawa „reperacyjna" czy „wyrównawcza" nie ma znaczenia i nie stanowi o odmienności rodzaju zapraw", bowiem gdyby tak było, Zamawiający dałby temu wyraz w SWZ.

Odnośnie poz. 29, 74,112, Izba zważa, że Odwołujący zaoferował przygotowanie i montaż zbrojenia „prętami gładkimi do 7 mm", natomiast Zamawiający wymagał pręty stalowe okrągłe gładkie, Fi od 8 mm do 14 mm. Tym samym, Izba nie zgadza się z Odwołującym, że jest to „jedynie formalna różnica dotycząca części opisu pozycji". Izba wzięła pod uwagę, iż Odwołujący w materiałach wskazał: PRETY OKRAGLE GLADKIE ZE STALI STOS KL.A-O D=12 MM", jedna Zamawiający wyraźnie wymagał przygotowanie kosztorysu ofertowego w formie uproszczonej, a nie szczegółowej, co powodowało, że Zamawiający był uprawniony i zobowiązany oceniać wyłącznie kosztorys uproszczony bez konieczności analizy szczegółowej części kosztorysu, tym bardziej, że inni wykonawcy uczestniczący w przedmiotowym postępowaniu złożyli oferty zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, tj. w formie uproszczonej.

Co istotne, zgodnie bowiem z podstawową zasadą zamówień publicznych wyrażoną w art. 16 pkt 1 ustawy PZP, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, co oznacza, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający był zobowiązany do równego traktowania wszystkich wykonawców oceniając przedstawione przez nich kosztorysy ofertowe przez pryzmat kosztorysu ofertowego w formie uproszczonej.

Odnośnie poz. 53, 92, 135 (kosztorys ofertowy na remont dachu) oraz poz. 68 (kosztorys ofertowy na remont elewacji), Izba zważa, że Zamawiający oczekiwał położenia tynków dekoracyjnych zewnętrznych, nakładanych ręcznie – z akrylowej masy tynkarskiej na wskazanej powierzchni, z kolei Odwołujący zaoferował „Akrylowe tynki dekoracyjne wew. i zew. wykonywane ręcznie typu "Atlas", faktura nakrap. z Atlasu Cermit N-200 grub. 2mm uzup. ubytków zapr. Wyr", co oznacza, w ocenie Izby, że Odwołujący zaoferował „uzupełnienie ubytków zapr. Wyr", na co wskazywał Zamawiający na rozprawie, a powyższemu Odwołujący nie zaprzeczył. Co istotne, podstawą odrzucenia oferty Odwołującego w powyższym zakresie nie były kwestie związane z nazwą materiałów, co podnosił Odwołujący w odwołaniu, lecz rodzaj oferowanej roboty.

Odnośnie poz. 94, Izba zważa, że Odwołujący zaoferował „Koszt podstawienia kontenera 7 m3 na papę wraz z opłatą za wywóz" w przeciwieństwie do wymogu Zamawiającego: „Koszt podstawienia kontenera 4 m3 na papę wraz opłatą za wywóz i składowanie". Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, że tłumaczenie Odwołującego, iż: „Odwołujący w opisie poz. 94 zmienił rodzaj odpadu (gruz na papę), natomiast zapomniał zmienić objętość z $7m^3$ na $4m^3$", jest w ocenie Izby tłumaczeniem, którym Izba nie mogła wziąć pod uwagę, z uwagi na wymóg jednoznacznie opisany przez Zamawiającego i konieczność badania oceny ofert, w tym kosztorysu ofertowego przez pryzmat wymaganej formy uproszczonej, zasady równego traktowania wykonawców, jak również profesjonalnego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej przez Odwołującego.

Odnośnie poz. 145 (kosztorys ofertowy na remont dachu) oraz poz. 148 (kosztorys ofertowy na remont elewacji), Izba zważa, że Zamawiający oczekiwał montażu przewodu instalacji odgromowej z pręta stalowego, z kolei Odwołujący w kosztorysie ofertowym zaoferował przewody wykonane z bednarki ocynkowanej, która, jak podkreślił Zamawiający na rozprawie „stanowi rodzaj spłaszczonej taśmy o przekroju innej niż pręt", a powyższemu Odwołujący nie zaprzeczył.

Odnośnie poz. 18 (kosztorys ofertowy na remont elewacji) oraz poz. 38 (kosztorys ofertowy na remont elewacji), Izba zważa, że Odwołujący zaoferował odpowiednio „Osłony okien folia polietylenowa z użyciem żurawia" w przeciwieństwie do wymogu Zamawiającego: „Osłony okien i drzwi wykonywane – folią polietylenową" oraz „Drzwi zew. jedno- i dwuskrzydłowe, wykończone - pełne i oszklone klepkowe o pow. ponad 1,5m2, dwukrotnie malowane, uwagi : w=1,3 w/m2K" w przeciwieństwie do wymogu Zamawiającego: „Drzwi zewnętrzne drewniane, ponad 1,5 m, U=1,3 W/m2K".

Po pierwsze należy podkreślić, że Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie wymagał zastosowania żurawia, a po drugie co istotne, Odwołujący nie zaoferował wykonania osłon drzwi folią polietylenową. Nadto jak wskazał Zamawiający na rozprawie: „W toku postępowania były przedstawione zdjęcia referencyjne. Były wyjaśnienia, w których wskazano zdjęcia referencyjne drzwi – były to drzwi drewniane płycinowe". Biorąc powyższe pod uwagę, Izba doszła do przekonania, że Odwołujący zaoferował drzwi klepkowe zamiast drzwi drewnianych.

Odnośnie zaś wpisu „w=1,3 w/m2K" zamiast „U=1,3 W/m2K" i nawet gdyby ją uznać za oczywistą omyłkę pisarską, Izba nie mogła uwzględnić odwołania w powyższym zakresie, ponieważ zgodnie z art. 554 ust.1 pkt 1 ustawy PZP, Izba uwzględnia odwołanie w całości lub części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców", a biorąc pod uwagę niezgodności kosztorysu ofertowego z przedmiarem robót w tej samej pozycji, jak również w pozostałych pozycjach robót, nie doprowadziłoby to do zmiany decyzji Zamawiającego w informacji o wyborze oferty z dnia 5 lipca 2023 r.

Odnośnie poz. 71, Izba zważa, że Odwołujący oferując:„Rury deszczowe, osadniki i podrynniki osadnik FIG.84”, w przeciwieństwie do wymogu Zamawiającego: „Montaż osadnika/czyszczaka deszczowego o średnicy 150 mm”, doprowadził do sytuacji, w której Zamawiający nie wiedział o jakich parametrach został zaoferowany przez Odwołującego produkt w postaci oczyszczaka, zwłaszcza, że w przedmiarze jednoznacznie zostało wskazane, o jakie urządzenie chodzi.

Odnośnie poz. 78, Izba zważa, że Odwołujący zaoferował:„Dzierżawa rusztowania”, w przeciwieństwie do wymogu Zamawiającego: „Czas pracy rusztowania zgodnie z założeniami ogólnymi KNR 202 rozdział 16 pkt 5.15”, co powoduje, w ocenie Izby, że nie wiadomo jaka usługa została zaoferowana przez Odwołującego, tym bardziej, że czas pracy rusztowania obejmuje zarówno montaż rusztowania, użytkowanie przez cały czas na budowie oraz demontaż, na co wskazywał Zamawiający na rozprawie.

Odnośnie poz. 107 i 108, Izba zważa, że Odwołujący zaoferowałodpowiednio: „Izolacje przeciwwilgociowe powłokowe bitumiczne pionowe wykonane na zimno z roztworu asfaltowego - pierwsza warstwa”, w przeciwieństwie do wymogu Zamawiającego: „Izolacje przeciwwilgociowe powłokowe bitumiczne pionowe wykonywane na zimno, 1 warstwa - dyspersyjna masa bitumiczno kauczukowa” oraz „Izolacje przeciwwilgociowe powłokowe bitumiczne pionowe wykonane na zimno z roztworu asfaltowego - każda następna warstwa”, w przeciwieństwie do wymogu Zamawiającego: „Izolacje przeciwwilgociowe powłokowe bitumiczne pionowe wykonywane na zimno, dodatek za każdą następną warstwę - dyspersyjna masa bitumiczno-kauczukowa”, skutkowało tym, że w ocenie Izby Odwołujący zaoferowałinny materiał niż wymagany przez Zamawiającego, ponieważ Odwołujący zaoferował roztwór asfaltowy zamiast dyspersyjnej masy bitumiczno-kauczukowej.

Odnośnie poz. 141, Izba zważa, że Odwołujący zaoferował: „Przygotowanie podłoża pod osprzęt instalacyjny, kołki plastikowe osadzone w gazobetonie”, w przeciwieństwie do wymogu Zamawiającego: „Przygotowanie podłoża z cegły pod montaż osprzętu instalacyjnego przez przykręcanie do kołków plastikowych fi 6 mm”, a to w ocenie Izby oznacza, że Odwołujący zaoferował montaż kołków w podłożu gazowo-betonowym zamiast cegły, a jak wskazywał Zamawiający na rozprawie: „Cegła a gazobeton to co innego. Inne są koszty robocze” , a Izba zgadza się z powyższym stwierdzeniem Zamawiającego.

Nadto Izba odniesie się jeszcze do możliwości zastosowania przez Zamawiającego art. 223 ust. 1 ustawy PZP, zgodnie z którym, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i , dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.

Izba zważa, że przepis art. 223 ust. 1 ustawy PZP, jest przepisem, który jest uprawnieniem i jednocześnie obowiązkiem Zamawiającego, ale materializuje się wyłącznie w przypadku powstania wątpliwości, co do treści złożonej oferty, w tym jak w niniejszej sprawie co do treści kosztorysu ofertowego, co do sposobu ich rozumienia. Zastosowanie art. 223 ust. 1 ustawy PZP materializuje się w wielu stanach faktycznych, szczególnie w postępowaniach, w których Zamawiający wymaga jednoznacznego wyspecyfikowania przez wykonawcę przedmiotu zamówienia w ofercie, w tym kosztorysie ofertowym, chociażby poprzez podanie określonych parametrów.

W ocenie Izby przepis ten referuje w sposób oczywisty do sytuacji, kiedy cel wyjaśnień treści oferty, w tym treści kosztorysu ofertowego nakierowany będzie na dokonanie wykładni treści oświadczenia woli wykonawcy niejasnego dla Zamawiającego. Zamawiający jest zatem uprawniony zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienie w trybie art. 223 ust. 1 ustawy PZP w sytuacji powzięcia uzasadnionych wątpliwości. Izba chciałaby w tym miejscu jeszcze raz podkreślić, że Zamawiający stwierdził 71 błędów pomiędzy opisem pozycji kosztorysu Odwołującego a opisem pozycji wynikającej z przedmiaru, przy czym w ocenie Izby Zamawiający powziął uzasadnione wątpliwości co do 47 pozycji, o czym świadczy pismo Zamawiającego z dnia 21 czerwca 2023 r. wystosowane do Odwołującego w trybie art. 223 ust. 1 ustawy PZP. W związku z powyższym, zdaniem Izby, Zamawiający nie mając takich uzasadnionych wątpliwości co do pozostałych 24 pozycji, nie musiał wzywać Odwołującego do wyjaśnień kosztorysu ofertowego w trybie art. 223 ust. 1 ustawy PZP.

Natomiast w zakresie możliwości zastosowania przez Zamawiającego art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP, Izba wskazuje, że zgodnie z ww. normą prawną, Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Tym samym poprawienie nieprawidłowości z art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP występującej w ofercie uzależnione jest od spełnienia dwóch przesłanek, po pierwsze niezgodność musi mieć charakter omyłki, a nie celowe działania wykonawcy polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli, a po drugie poprawienie niezgodności nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty.

Jak wskazuje orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej poprawa innej omyłki na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP jest możliwa, jeśli nie prowadzi do wytworzenia zupełnie nowej treści oświadczenia woli. W przedmiotowym

postępowaniu, w ocenie Izby, Zamawiający w wyniku dokonanej poprawy otrzymałby oświadczenie Odwołującego merytorycznie o odmiennej treści niż pierwotnie złożone, zarówno co do rodzaju zastosowanych materiałów (np. gazobeton zamiast wymaganej przez Zamawiającego cegły, roztwór asfaltowy zamiast wymaganej przez Zamawiającego masy dyspersyjnej bitumiczno-kauczukowej), czy też przyjętego sposobu rozliczeń (np. metry kwadratowe zamiast wymaganych przez Zamawiającego sztuk). Istotne jest również to, iż w niniejszym postępowaniu Zamawiający oceniał oferty wykonawców, w tym przedstawione przez wykonawców kosztorysy ofertowe przez pryzmat wymaganej formy. Zgodnie bowiem z rozdziałem XXVII ust. 12 SWZ, Zamawiający wymagał opracowania kosztorysu metodą uproszczoną, co powodowało, że na Zamawiającym jako gospodarzu postępowania spoczywał obowiązek równego traktowania wszystkich wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu.

Nadto Izba zważa, że nie jest możliwe poprawienie oferty na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP w sytuacji, w której prowadziłoby to do negocjacji pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, a zdaniem Izby poprawa taka dokona przez Zamawiającego w kontekście użycia art. 223 ust. 1 ustawy PZP, prowadziłaby do takich nieuprawnionych negocjacji.

Izba wzięła również pod uwagę, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie sformułował żadnych ograniczeń lub wytycznych w zakresie możliwości korzystania przez Wykonawców z konkretnego rodzaju oprogramowania, w związku powyższym w ocenie Izby przywoływane okoliczności przez Odwołującego dotyczące różnic w sposobie przygotowania kosztorysu przy wykorzystaniu różnych oprogramowań (Odwołujący korzystał z oprogramowania do kosztorysowania „ZUZIA") nie może być okolicznością usprawiedliwiającą przygotowanie kosztorysu ofertowego o treści innej niż przedmiar, na co również wskazywał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie.

Nadto Izba wskazuje, że dowód wniesiony przez Odwołującego w postaci przeglądów katalogów w poszczególnych pozycjach wraz z odniesieniem do szczegółowej treści kosztorysu, nie miał znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

W związku z powyższym, zdaniem Izby, Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie naruszył zasady równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji, jak również zasady przejrzystości prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prawidłowo odrzucając ofertę Odwołującego jako ofertę niezgodną z warunkami zamówienia.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: …….