

prof. nadzw. dr hab. Przemysław Drapała
Radca prawny

Andrzej Sokołowski
Radca prawny

dr Marcin Chomiuk
Radca prawny

Maciej Chrzan, LL.M.
Radca prawny

Wojciech Bazan
Adwokat

Jakub Majewski
Adwokat

Wojciech Merkwa
Radca prawny

Jakub Abramowicz
Adwokat

Adrian Andrychowski
Adwokat

Magdalena Bartnik
Adwokat

Małgorzata Borowiak
Radca prawny

Krzysztof Brant
Radca prawny

Marcin Chojnacki
Adwokat

Dorota Dąbrowska
Doradca podatkowy

Michał Drozdowicz
Radca prawny

Piotr Duma
Radca prawny

Iwo Franaszczyk
Adwokat

dr Łukasz Paweł Goniak
Adwokat

Konrad Gortad
Adwokat

Arkadiusz Górski
Adwokat

Daria Gromotka
Radca prawny

Jakub Oliver Hottewitzsch
Adwokat

Michał Jagielski
Ekspert podatkowy

Katarzyna Jakubowska-Kaleta
Radca prawny

Zbigniew Jara
Radca prawny / Rechtsanwalt

Barbara Kaczała
Radca prawny

Ludwina Klein, LL.M.
Adwokat

Artur Krepa
Radca prawny

dr hab. Bogusław Lackoroński
Radca Prawny

Marcin Lewiński
Adwokat

Jaśmina Łyczewska
Adwokat

Karol Macias
Radca prawny

Anna Matusiak-Wekiera
Radca prawny

Ewa Mońdział
Radca prawny

Magdalena Nasiłowska
Radca prawny

Mariusz Nowakowski, MLE
Adwokat

Anna Nowodworska
Adwokat

dr Joanna Ostojńska-Kołodziej
Adwokat

Daria Pawelec-Supłat
Radca prawny

Emilia Putra
Radca prawny

Wiktor Rainka
Adwokat

Justyna Solarska
Adwokat

Michał Urbański
Adwokat

Anna Wójcik
Adwokat

Kinga Zagrajek
Adwokat

Magdalena Zasiewska
Doradca podatkowy

Warszawa, 14 lutego 2023

Do:

Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Odwołujący:

PRIMOST POŁUDNIE sp. z o.o.
ul. Odkrywkowa 91
42-504 Będzin
KRS: 0000781739

reprezentowany przez:

r.pr. Wojciecha Merkwę
adw. Łukasza Goniaka
JDP DRAPAŁA & PARTNERS Sp. j.
ul. Bonifraterska 17,00-203 Warszawa
tel.: +48 (22) 246 00 30
e-mail: wojciech.merkwa@jdp-law.pl

adres do doręczeń:

Zamawiający:

Miasto Katowice
Miejski Zarząd Ulic i Mostów
ul. J. Kantorówny 2a
04-381 Katowice
tel.: +48 (32) 256 99 17
e-mail: przetargi@mzum.katowice.pl

ODWOŁANIE

Działając w imieniu wykonawcy PRIMOST POŁUDNIE sp. z o.o. z siedzibą w Będzinie („**Odwołujący**”) w oparciu o udzielone pełnomocnictwo (odpis pełnomocnictwa wraz z informacją z Krajowego Rejestru Sądowego oraz dowodem uiszczenia opłaty skarbowej w załączeniu), w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*Poprawa bezpieczeństwa uczestników ruchu drogowego poprzez budowę i modernizację obiektów inżynierskich w ciągu dróg publicznych na terenie miasta Katowice*” (nr postępowania: 74/XII/2022/WP, „**Postępowanie**”) prowadzonym przez Miasto Katowice – Miejski Zarząd Ulic i Mostów („**Zamawiający**”), niniejszym na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych („**Pzp**”) wnoszę odwołanie wobec następujących czynności podjętych przez Zamawiającego w Postępowaniu:

- (1) zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych DIAG-MOST sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie („**DIAG-MOST**”);
- (2) uznania oferty złożonej przez DIAG-MOST za najkorzystniejszą.

Zamawiającemu zarzucam naruszenie następujących przepisów Pzp:

- (1) **art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz pkt 10 Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp** poprzez zaniechanie odrzucenia oferty DIAG-MOST, pomimo że jest ona niezgodna z następującymi wymaganiami Zamawiającego ujętymi w:

- a) ust. 15 Specyfikacji Warunków Zamówienia („**SWZ**”), gdzie wskazano, że kosztorysy ofertowe muszą uwzględniać wszystkie elementy i roboty wyszczególnione w przedmiarze;
- b) zał. nr 6 do SWZ (Założenie wyjściowe do kosztorysowania robót budowlanych), gdzie Zamawiający wymagał, aby:
 - kosztorysy zawierały cały zakres rzeczowy robót zawartych w przedmiarze, a opisy pozycji były zgodne z przedmiarami (ust. 1.7);
 - wykonawcy wycenili cały zakres robót z poszczególnych przedmiarów, w przeciwnym razie oferta powinna zostać odrzucona (ust. 1.10);
 - wykonawcy nie dokonywali zmian w zakresie oraz ilości robót wynikających z przedmiaru (ust. 1.11);

co stanowi konsekwencję tego, że nie zawiera ona wyceny w zakresie pozycji nr 44 kosztorysu ofertowego dla zadania „*Rozbiórka i budowa mostu w ciągu ul. Żelaznej nad rzeką Rawą w Katowicach*”, co powinno skłonić Zamawiającego do odrzucenia oferty DIAG-MOST jako niezgodnej z warunkami zamówienia oraz zawierającej błąd w obliczeniu ceny, tymczasem Zamawiający uznał ją za najkorzystniejszą i dokonał jej wyboru w Postępowaniu;

- (2) **art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp** poprzez poprawienie wadliwości w ofercie DIAG-MOST polegającej na braku uwzględnienia zawartości przedmiotowej pozycji nr 44 kosztorysu ofertowego dla zadania „*Rozbiórka i budowa mostu w ciągu ul. Żelaznej nad rzeką Rawą w Katowicach*” jako omyłki w rozumieniu art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp, gdyż zaistniała wadliwość nie ma charakteru omyłki (na co w szczególności wskazuje treść SWZ), a ponadto nie zostały spełnione przesłanki zastosowania tego przepisu, przez co działanie Zamawiającego stanowi nieuzasadnioną ingerencję w treść złożonej oferty;

a w konsekwencji powyższych

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

Na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. a) oraz b) Pzp wnoszę o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- (1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, za którą uznana została ta złożona przez DIAG-MOST;
- (2) odrzucenie oferty złożonej przez DIAG-MOST;
- (3) powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

Na podstawie art. 534 ust. 1 w zw. z art. 535 Pzp wnoszę o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym.

Na podstawie art. 573 Pzp wnoszę o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Interes we wniesieniu odwołania

Odwołujący podkreśla, że spełniły się w stosunku do niego obie przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp. Zamawiający wadliwie ocenił ofertę DIAG-MOST (co skutkuje poniesieniem przez Odwołującego szkody w postaci nieprzyznania mu zamówienia). Gdyby Zamawiający przeprowadził czynności w Postępowaniu zgodnie z treścią regulacji Pzp, oferta Odwołującego mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą w Postępowaniu.

Tym samym Odwołujący legitymuje się interesem w złożeniu odwołania, o którym mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Termin na wniesienie odwołania

Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej została opublikowana przez Zamawiającego w dniu 9 lutego 2023 r., co oznacza, że odwołanie zostało złożone w ustawowym terminie (5 dni).

Pozostałe wymogi formalne

Do odwołania załączono dowód wniesienia wpisu w wymaganej wysokości oraz potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych dnia 28 grudnia 2022 r. pod numerem 2022/BZP 00519121/01.

UZASADNIENIE

I. ISTOTNE DLA SPRAWY ELEMENTY STANU FAKTYCZNEGO

1. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *„Poprawa bezpieczeństwa uczestników ruchu drogowego poprzez budowę i modernizację obiektów inżynierskich w ciągu dróg publicznych na terenie miasta Katowice”*. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, w trybie podstawowym (wartość zamówienia nie przekracza tzw. progów unijnych).

2. W terminie przewidzianym przez Zamawiającego w SWZ złożonych zostało pięć ofert.
3. Pismem z dnia 9 lutego 2023 r. Zamawiający poinformował o dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej, za którą uznana została ta złożona przez DIAG-MOST.
4. Jak zostanie wykazane w treści niniejszego odwołania, uwzględniając zarówno wymogi SWZ, jak i charakter wynagrodzenia, które obrane zostało przez Zamawiającego, oferta DIAG-MOST powinna zostać odrzucona jako niezgodna z warunkami zamówienia oraz zawierająca błąd w obliczeniu ceny.

II. UZASADNIENIE PRAWNE

II.1. CHARAKTER WYNAGRODZENIA

5. W pierwszej kolejności krótkiego omówienia wymaga charakter wynagrodzenia, jaki obrany został przez Zamawiającego w Postępowaniu. Okoliczność ta bowiem rzutuje na czynności podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu.
6. Okolicznością bezsporną zdaje się być, że wynagrodzenie, z którym mamy do czynienia w Postępowaniu **ma charakter kosztorysowy** (poniżej fragment z ust. 2 wzoru umowy):

2. WYNAGRODZENIE WYKONAWCY

- 2.1. Za wykonanie przedmiotu niniejszej umowy Zamawiający zapłaci Wykonawcy wynagrodzenie ryczałtowo-ilościowe tj. kosztorysowe wynikające z rzeczywiście wykonanych ilości robót oraz cen jednostkowych podanych w kosztorysie ofertowym.

Użycie w przywołanym postanowieniu sformułowania „ryczałtowo-ilościowe” wskazuje, że „ryczałtowe”, a zatem wiążące i niezmiennie są wartości przypisane do poszczególnych pozycji kosztorysowych. Natomiast wynagrodzenie, które otrzyma wybrany wykonawca stanowić będzie iloczyn tych cen jednostkowych oraz faktycznych ilości robót. Przy czym, z perspektywy oceny prawidłowości wyceny kosztorysowej znaczenie ma nie tylko wskazanie cen jednostkowych, ale i opracowanie kosztorysu zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego (co jest niezbędne dla oceny prawidłowości oferty i porównywalności ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego).

7. Powyższe oznacza, iż, aby móc dokonać prawidłowego rozliczenia kontraktu, wykonawcy zobligowani zostali do dostarczenia wraz z ofertą dokumentów kosztorysowych. Okoliczności tej Zamawiający poświęcił szereg postanowień SWZ, m.in. mowa jest o w tym w ust. 15 SWZ (sposób obliczenia ceny):

„Wykonawca musi sporządzić kosztorys/ów ofertowy/we, uwzględniający/ce wszystkie elementy i roboty wyszczególnione w przedmiarze/rach robót, - a wynikający z dokumentacji projektowej załączonej do SWZ. Cena ofertowa (oferty) musi wynikać wprost z kosztorysu/ów ofertowego/ych. Tak wyliczone wartości netto, podatek VAT i brutto dla zakresu minimalnego - gwarantowanego oraz opcjonalnego należy wpisać do oferty. Wymagany przez zamawiającego sposób opracowania kosztorysu/ów ofertowego/ych podany jest w zał. Nr 6 tj. w „Założeniach wyjściowych do kosztorysowania”.

8. Kosztorysy ofertowe miały z kolei zostać przygotowane w oparciu o opracowane przez Zamawiającego przedmiary robót (o czym szczegółowo poniżej).

II.2. ROLA I ZNACZENIE KOSZTORYSÓW OFERTOWYCH

9. Obrany przez Zamawiającego charakter wynagrodzenia przekłada się w istotny sposób na znaczenie, jakie przypisać należy żądanym kosztorysom.
10. Jak wynika bowiem z ust. 13.3 SWZ (zawartość oferty) **kosztorys ofertowy jest elementem oferty:**

*„Oferta składana jest pod rygorem nieważności w formie elektronicznej (zgodnie z art.781 KC lub **w postaci elektronicznej** opatrzona być winna **podpisem zaufanym lub podpisem osobistym**).*

*Wykonawca składa ofertę (wraz z załącznikami j.n,) na platformie **<https://platformazakupowa.pl/pn/mzum.katowice>***

Oferta musi zawierać następujące oświadczenia i dokumenty:

- 1) *wypełniony formularz ofertowy sporządzony na podstawie wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ,*
- 2) ***Kosztorys ofertowy*** *opracowany metodą kalkulacji uproszczonej w sposób podany w zał. Nr 6 na podstawie załącznika Nr 11 do SWZ, (...).*

11. Na uwagę zasługuje, że sposobowi wypełnienia kosztorysów ofertowych Zamawiający poświęcił odrębny załącznik do SWZ – nr 6 (Założenia wyjściowe do kosztorysowania). W dokumencie tym przeczytać można m.in., że:

„Kosztorys/sy/ ofertowy/e/ muszą zawierać cały zakres rzeczowy poszczególnych robót zawartych w przedmiarze/ach/ będącym/mi/ integralną częścią dokumentacji projektowej/ch/, które otrzymali wszyscy Wykonawcy wraz ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia” (ust. 11.7);

*„Jeżeli Wykonawca nie wyceni całego zakresu robót z poszczególnych pozycji przedmiaru(ów), o którym mowa w pkt. 1.7. i 1.9. lub wszystkich pozycji kosztorysowych, **zamawiający uzna, że oferta nie dotyczy realizacji całego zadania, w związku z czym z mocy art. 226. ust. 1 pkt.10 ustawy Pzp zostanie odrzucona**” (ust. 11.10);*

*„**Wykonawca nie może samodzielnie zmienić zakresu oraz ilości robót (usług) ujętych w danej pozycji przedmiaru**” (ust. 11.11).*

12. Z powyższego wyprowadzić można wnioski istotne z perspektywy zarzutów odwołania. **Po pierwsze – wykonawcy definitywnie związani są zakresem zamówienia narzuconym przez Zamawiającego w przedmiarze robót. Po drugie – przedmiar robót znaleźć musi bezwzględnie odzwierciedlenie w treści kosztorysów ofertowych złożonych wraz z ofertą. Po trzecie – wykonawcy nie są uprawnieni do jakiegokolwiek ingerencji w treść przedmiarów robót lub (stanowiących ich konsekwencję) kosztorysów ofertowych. Po czwarte – skutkiem takiej (niedopuszczalnej) ingerencji będzie odrzucenie oferty wykonawcy.**
13. W tym zakresie dokumentacja jest jasna i nie budzi żadnych wątpliwości. **Zamawiający w sposób jednoznaczny określił niedopuszczalne z jego**

punktu widzenia działania wykonawców (nie wprowadzając w tym zakresie jakichkolwiek ograniczeń/ wyłączeń/ wyjątków), a także skutki braku przestrzegania takiego zakazu (odrzućcie oferty).

II.3. WADLIWOŚĆ W OFERCIE DIAG-MOST (NIEZGODNOŚĆ Z WARUNKAMI ZAMÓWIENIA ORAZ BŁĄD W OBLICZENIU CENY)

14. Wykonawca DIAG-MOST złożył wraz z ofertą wymagane przez Zamawiającego kosztorysy (w rozbiściu na pięć plików). W jednym z nich (kosztorys ofertowy dla zadania „Rozbiórka i budowa mostu w ciągu ul. Żelaznej nad rzeką Rawą w Katowicach”) DIAG-MOST usunął zawartość kolumny „ilość” w zakresie jednej z pozycji wymaganej przez Zamawiającego (w zakresie branży elektrycznej):

44	D-01.03.02		Wywóz ziemi samochodami samowyladowniczymi z załadowaniem i wyładowaniem gruntu kategorii: I		m3	80,00	0,00
----	------------	--	--	--	----	-------	------

15. Zaistniała sytuacja zrodziła konieczność właściwego zakwalifikowania powyższej wadliwości na gruncie regulacji Pzp oraz obostrzeń wynikających z SWZ.
16. Bezsporne jest, że wadliwość ta nie może zostać pominięta, na co wskazuje przywołana powyżej treść i postanowienia wprowadzone przez samego Zamawiającego. Także dlatego, że o ile jeszcze w przypadku kontraktów, które bazują na wynagrodzeniu ryczałtowym, ewentualne błędy w kosztorysach ofertowych bywają pomijane, to praktyka taka jest niedopuszczalna w przypadku kontraktów obmiarowych. W tego typu kontraktach kosztorys znajduje bowiem realne (a nie jedynie teoretyczne) przełożenie na wynagrodzenie, które otrzyma dany wykonawca. Na marginesie podkreślenia wymaga, że nawet w przypadku zamówień, w których wynagrodzenie ma charakter *stricte* ryczałtowy odchodzi się od liberalnego podejścia do wadliwości kosztorysowych. Należy bowiem uznać, że, w myśl zasady racjonalnego prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, skoro zamawiający wymaga złożenia danego dokumentu, to niezbędne jest mu przypisanie określonej roli. Wyjątki przewidziane są dla przypadków, w których zamawiający wprost w treści dokumentacji postępowania wskaże, że wadliwości kosztorysu nie będą miały żadnego znaczenia, a dokument ten ma charakter jedynie pomocniczy. Np. w wyroku z dnia 24 listopada 2017 r.¹ Izba stwierdza: „Podkreślić bowiem należy, że to zapisy SIWZ oraz umowy winny determinować znaczenie kosztorysu uproszczonego, nie zaś subiektywne założenia wykonawcy dążącego do uzupełnienia braków w swojej dokumentacji ofertowej. Podkreślić należy, że w przedmiotowej sprawie brak jest jakiegokolwiek postanowienia w SIWZ o pomocniczym charakterze kosztorysu. Zamawiający wskazywał jedynie na pomocniczy charakter, ale przedmiarów robót, w oparciu o które należało sporządzić kosztorysy ofertowe”. W podobnym duchu wypowiada się Izba chociażby w wyroku z dnia 27 stycznia 2014 r.², wskazując na obowiązki instytucji zamawiającego w kontekście badania ceny ofertowej (niezależnie od tego jaki ma ona charakter): „Zastrzeżenie wynagrodzenia ryczałtowego nie zwalnia zamawiającego z badania poprawności oferowanego świadczenia oraz ustalenia niewadliwej kalkulacji ceny oferty. Są to obowiązki ustawowe, od których wykonania zamawiający nie może się uchylić w żaden sposób. Nie można zgadzać się z

¹ Sygn. KIO 2389/17

² Sygn. KIO 50/14

twierdzeniem, że pomocniczy charakter kosztorysu, wynika ipso iure z ryczałtowego charakteru wynagrodzenia. Kosztorys jest pomocą dla wykonawców w tym sensie, że umożliwia im objęcie swoim świadczeniem całego przedmiotu zamówienia i prawidłowe obliczenie ceny oferty. Służy też rozproszeniu ewentualnych wątpliwości zamawiającego, które zrodziłyby się w toku badania i oceny ofert oraz umożliwia poprawienie oferty zgodnie z obowiązkiem wynikającym z art. 87 ust. 2 p.z.p. Zamawiający, który żąda kosztorysu, w toku badania i oceny ofert, odnosi się do jego treści bez konieczności zawierania odrębnej deklaracji w postanowieniach specyfikacji”.

17. Zatem, *a contrario*, przypadki, w których spełnione są warunki: (i) mamy do czynienia z wynagrodzeniem kosztorysowym, (ii) zamawiający nie pozostawia w treści dokumentacji postępowania wątpliwości co do znaczenia i roli kosztorysu, traktowane muszą być w sposób zapewniający poszanowanie okoliczności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym wymagań nakreślonych przez zamawiającego.

18. **Wadliwość, która popełniona została przez DIAG-MOST oceniana musi być przez pryzmat jednoznacznych i precyzyjnych w tym zakresie postanowień SWZ.** Uwzględniając przywołane powyżej wymagania stwierdzić należy, że:

a) doszło do naruszenia wymogu z ust. 11.1 SWZ, tj. **kosztorys złożony przez DIAG-MOST nie obejmuje całego zakresu rzeczowego wynikającego z przedmiaru**, wszak przedmiar ten zawiera następującą pozycję (pracę), którą bezwzględnie należało wycenić (a czego DIAG-MOST nie uczynił):

44	D-01.03.02	Wywóz ziemi samochodami samowładowniczymi z załadowaniem i wyładowaniem gruntu kategorii: III	4,8	m3
----	------------	---	-----	----

b) DIAG-MOST dopuścił się naruszenia ust. 11.11 SWZ, gdyż, poprzez usunięcie zawartości wynikającej z kolumny „ilość” analizowanego przedmiaru **doszło do samodzielnej (przeprowadzonej przez wykonawcę) zmiany zakresu i ilości robót;**

c) Zamawiający naruszył również ust. 11.10 SWZ, gdyż, wbrew temu postanowieniu, **pomimo braku wyceny przez DIAG-MOST całego zakresu robót określonego w przedmiarze, zaniechał odrzucenia oferty tego wykonawcy** jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny.

19. A zatem, uwzględniając sprzeczność czynności podjętych w Postępowaniu przez Zamawiającego z regulacjami SWZ, uznać należy, że zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty DIAG-MOST z uwagi na jej niezgodność z warunkami zamówienia (SWZ) oraz błąd w obliczeniu ceny (o czym bardziej szczegółowo poniżej) jest uzasadniony. Zamawiający winien stosować się do reguł i zasad, które sam ustanowił, bez wyjątku, o ile takiego wyjątku wprost nie sformułował w treści dokumentacji.

II.4. BRAK PODSTAW DO ZASTOSOWANIA PRZEPISÓW O OMYŁCE

20. Jak wynika z dokumentacji Postępowania, Zamawiający dokonał poprawienia wadliwości z oferty DIAG-MOST stosując przepis, o którym mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp. W piśmie z dnia 31 stycznia 2023 r. Zamawiający w następujący sposób uzasadnił przeprowadzoną procedurę:

W pkt 44 „kosztorysu ofertowego” - Wykonawca nie wypełnił rubryki dotyczącej ilości przedmiarowej. W związku z powyższym, zamawiający zamierza dokonać poprawy omyłki, polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia i wpisać w kosztorysie ofertowym brakującą ilość oraz dokonać stosownych przeliczeń w następujący sposób:

- w pkt 44 „Wywóz ziemi samochodami samowyladowczymi z załadowaniem gruntu kategorii I” - ilość 4,8m3 x 80. Wartość: 384zł.

W związku z powyższym wartość za cały kosztorys wynosi razem: 3.087.159,29zł.

21. W tym miejscu Odwołujący wskazuje, że **stanowisko Zamawiającego jest wadliwie nie tylko z uwagi na błędne (nieuzasadnione) zastosowanie procedury z art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp, ale i oparte na wadliwie odtworzonych faktach.** Ponadto – co wynika już w powyższego – zamawiający na etapie oceny ofert w stosunku do konkretnego wykonawcy odstępuje od jasnych i jednoznacznych postanowień specyfikacji (zmienia na obecnym etapie te postanowienia).
22. Otóż myli się Zamawiający stwierdzając, że zaistniała wadliwość polega na tym, że DIAG-MOST „nie wypełnił rubryki dotyczącej ilości przedmiarowej”. Rubryka ta została wypełniona w opublikowanym przez Zamawiającego przedmiarze i taka też pozostawała nieprzerwanie przez cały okres trwania Postępowania.
23. **Obowiązkiem wykonawców opracowujących kalkulację ofertową nie było zatem wypełnianie rubryki zawierającej ilości (te zostały bowiem narzucone przez Zamawiającego), lecz wypełnienie rubryki zawierającej cenę jednostkową oraz sumę dla danej pozycji** (iloczyn ilości i ceny jednostkowej).
24. To, z czym mamy do czynienia w Postępowaniu (wbrew twierdzeniu Zamawiającego) **nie jest więc zaniechaniem wypełnienia określonej pozycji, lecz usunięciem zawartości pozycji opracowanej przez Zamawiającego.** Tymczasem z perspektywy obostrzeń narzuconych przez Zamawiającego w treści SWZ sytuacje te drastycznie różnią się od siebie. Co więcej – postępowania DIAG-MOST jest dokładnie tym, czego zakazał Zamawiający w ust. 11.11 (zmiana zakresu/ilości robót) oraz ust. 11.10 (brak wyceny pełnego zakresu).
25. W tego typu przypadkach Zamawiający powinien zatem zdecydować się na automatyczne odrzucenie oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia oraz zawierającej błąd w obliczeniu ceny.
26. DIAG-MOST zdecydował się bowiem na usunięcie ilości prac narzuconych przez Zamawiającego w pozycji 44 przedmiaru (branża elektryczna). Nie sposób uznać, że niezgodność ta może zostać uznana za (niezamierzoną) omyłkę.
27. Decydując się na wycenę oferty z pominięciem określonej pozycji przedmiarowej **wykonawca DIAG-MOST oparł swoją wycenę na odmiennym od określonego w treści dokumentacji Postępowania stanie (zakresie) faktycznym.** Tego typu przypadki kwalifikowane są w jednolitym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej jako błędy w obliczeniu ceny. Wystarczy przywołać następujące orzeczenia:

- a) „Z błędem w obliczeniu ceny lub kosztu, o którym stanowi art. 226 ust. 1 pkt 10 p.z.p., mamy do czynienia wówczas, gdy doszło do błędu co do prawidłowego ustalenia stanu faktycznego”³⁴;
- b) „Odmiennność sposobu obliczenia ceny przez wykonawcę skutkowałaby tym, iż cena oferty byłaby inna, gdyby wykonawca ściśle zastosował się do sposobu obliczenia ceny wskazanego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Z błędem w obliczeniu ceny będziemy mieć zatem do czynienia w sytuacji przyjęcia przez wykonawcę niewłaściwych danych, wynikający przykładowo z nieprawidłowego ustalenia stanu faktycznego”³⁵
- c) „**Posłużenie się przez wykonawcę choćby tylko jednym nieprawidłowo określonym elementem kalkulacji ceny przekłada się na wystąpienie błędu w obliczeniu ceny i to bez względu na skalę czy matematyczny wymiar stwierzonego uchybienia**”³⁶.
28. Stanowisko Zamawiającego jest niezrozumiałe tym bardziej, jeśli wziąć pod uwagę, że w treści SWZ (ust. 11.10 i 11 zał. 6 do SWZ) wskazuje On wprost, że „jeżeli Wykonawca nie wyceni całego zakresu robót z poszczególnych pozycji przedmiaru(ów), o którym mowa w pkt. 1.7. i 1.9. lub wszystkich pozycji kosztorysowych, zamawiający uzna, że oferta nie dotyczy realizacji całego zadania, w związku z czym z mocy art. 226. ust. 1 pkt.10 ustawy Pzp zostanie odrzucona. Wykonawca nie może samodzielnie zmienić zakresu oraz ilości robót (usług) ujętych w danej pozycji przedmiaru”.
29. Gdyby zatem Zamawiający zastosowała się do obostrzeń, których sam jest autorem, nie mielibyśmy do czynienia z zaistniałą wadliwością.
30. W ocenie Odwołującego nieuprawnione jest działanie Zamawiającego, który na obecnym etapie, odwołując się do instytucji omyłki, próbuje zniweczyć treść postanowień, które sam sformułował. Robi tak na potrzeby konkretnego wykonawcy, nie zważając na fakt, iż jest związany treścią specyfikacji.
31. Niezależnie od powyższego (tj. nawet w przypadku, w którym w SWZ nie znalazłyby się postanowienia jednoznacznie odnoszące się do skutków wadliwości, jaka ma miejsce w ofercie DIAG-MOST) Odwołujący nie zgadza się, że w zaistniałej sytuacji możemy w ogóle mówić o omyłce w rozumieniu tego przepisu.
32. Zamawiający zdaje się bowiem nie dostrzegać, że dyspozycja przywołanego przepisu wskazuje na dopuszczalność ingerencji w treść oferty (w przypadku poprawiania omyłek dochodzi właśnie do takiej sytuacji) jedynie w przypadku, gdy zaistniała nieprawidłowość ma charakter omyłki, a nie błędu.
33. Jakkolwiek przepisy Pzp nie definiują pojęcia omyłki, to zdaje się nie budzić wątpliwości, że możliwe jest bezsporne ustalenie, iż **cechą każdej omyłki jest to, że powinna ona być skutkiem niezamierzonego działania**. Warto przy tym podkreślić, że ustawodawca rozróżnia pojęcie błędu od omyłki. Poprawie ulegają jedynie omyłki, jako zdarzenia niezamierzone. Potwierdza to w swoim orzecznictwie Krajowa Izba Odwoławcza: „Pierwszym warunkiem umożliwiającym dokonanie

³ Na marginesie – Odwołujący informował o tym fakcie pismem z dnia 3 lutego 2023 r.

⁴ Wyrok z dnia 24 stycznia 2022 r., sygn. KIO 34/22

⁵ Wyrok z dnia 29 czerwca 2021 r., sygn. KIO 1268/21

⁶ Wyrok z dnia 26 marca 2021 r., sygn. KIO 559/21

poprawy jest zatem stwierdzenie, że niezgodność oferty z wymaganiami zamawiającego nastąpiła w sposób niezamierzony przez wykonawcę.”

34. Tymczasem w przypadku oferty DIAG-MOST mamy do czynienia z sytuacją, w której (co wymaga ponownego podkreślenia) **doszło do usunięcia** zawartości pozycji kosztorysu. W opinii Odwołującego wydaje się być oczywiste, że nie dochodzi tu do omyłki. Gdyby rzeczywiście było tak, jak zdaje się sugerować Zamawiający, a więc wykonawcy mieliby wypełnić wszelkie pozycje kosztorysu, można by ewentualnie rozważyć zastosowanie przepisu o omyłce (przy czym oczywiście kwestią odrębną jest czy jego zastosowanie nie przybrałoby formy niedopuszczalnych negocjacji). Skoro jednak wykonawcy wypełnić mieli jedynie wartość ceny jednostkowej i całej pozycji, to usunięcie zawartości w zakresie ilości danej pozycji nie może być traktowane jako omyłka. O ile bowiem w pierwszym przypadku powodem rzeczywiście może być „omyłkowe” niewypełnienia danej pozycji, tak w drugim nie może być już mowy o omyłce, ale **usunięcie (aktywne działanie)** należy to traktować jako zamierzone działanie wykonawcy. To z kolei wyklucza możliwość zastosowania przepisu o omyłce. Potwierdza to w swoim orzecznictwie Izba: *„W sytuacji nieujęcia przez wykonawcę określonego, istotnego elementu przedmiotu zamówienia nie może ono zostać poprawione w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż byłoby to całkowicie niezgodne z podstawowymi zasadami postępowania wyrażonymi w art. 7 ust. 1 wskazanej ustawy”*⁷.
35. Za taką klasyfikacją wadliwości mającej miejsce w ofercie DIAG-MOST przemawia również to, że wadliwość ta dotyczy ceny ofertowej. Odwołujący zdaje sobie oczywiście sprawę, że również omyłki w zakresie ceny (kalkulacji) ofertowej podlegają sanowaniu na gruncie art. 223 ust. 2 Pzp, ale nie należy zapominać, że mówimy tu o tzw. innej omyłce, a nie o omyłce rachunkowej. Ta druga musi mieć charakter oczywisty, co oznacza, że zastosowanie art. 223 ust. 2 pkt 2 Pzp nie rodzi ryzyka manipulacji cenowych. Z odmienną sytuacją mamy do czynienia w przypadku innych omyłek. Otóż regulacja art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp teoretycznie wymaga jedynie, aby zaistniałe poprawienie omyłki nie prowadziło do istotnej zmiany w treści oferty.
36. Przenosząc to na przypadki zastosowania art. 223 ust. 2 Pzp może dojść do sytuacji, w której wprowadzona modyfikacja skutkować będzie zmianą w rankingu ofert, co, jeśli przyczyną jest zastosowanie przepisu o tzw. innej omyłce (w którym to przypadku omyłka nie musi mieć oczywistego charakteru), jest wyjątkowo niebezpieczne w kontekście zasady równego traktowania wykonawców i konkurencyjności.
37. Dlatego też przepis ten powinien być stosowany z nadzwyczajną ostrożnością i, każdorazowo, **przy uwzględnieniu obostrzeń narzuconych przez zamawiającego w postępowaniu.**
38. Dla oceny dopuszczalności (czy też określania istotności omyłki) nie należy się w tego typu przypadkach kierować jedynie kryterium wartości zmiany. Nawet bowiem w przypadku omyłek o drobnej wartości, może dojść do zakłócenia konkurencyjności. Co więcej – **można sobie wręcz wyobrazić sytuację, w której wykonawca świadomie usunie szereg zawartości z rubryki**

⁷ Wyrok z dnia 24 lutego 2021 r., sygn. KIO 352/21

kosztorysu obejmującej ilość. Jeśli mimo ich poprawienia nadal będzie na pierwszym miejscu, oczywiście zgodzi się na zastosowanie przepisu o omyłce. Jeśli ich poprawienie skutkować będzie spadkiem z pierwszego miejsca, nie wyrazi zgody, jego oferta zostanie odrzucona, a wykonawca taki argumentował będzie w postępowaniu odwoławczym, że wszelkie koszty zostały ujęte w innych pozycjach kosztorysowych (wszak Zamawiający takie praktyki wprost nie zabronił).

39. Odwołujący stoi na stanowisku, że Zamawiający nie powinien akceptować tego typu praktyk, szczególnie biorąc pod uwagę treść SWZ, której jest autorem, a której jasno i jednoznacznie określił skutki zaistniałej w tej sprawie sytuacji.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności odwołanie jest uzasadnione.

Wojciech Merkwa
radca prawny

ZAŁĄCZNIKI

- | | |
|--------------------|---|
| Załącznik 1 | Pełnomocnictwa |
| Załącznik 2 | Opłata skarbową za pełnomocnictwo |
| Załącznik 3 | Odpisy z Krajowego Rejestru Sądowego |
| Załącznik 4 | Dowód uiszczenia wpisu |
| Załącznik 5 | Dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu |