



**WYROK**

**W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Dnia 28 czerwca 2023 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień

Publicznych w składzie:

Przewodniczący: sędzia Andrzej Kubica

Sędziowie: Sylwia Paschke  
Aleksandra Komór

Protokolant: sekr.sądowy Weronika Banach

po rozpoznaniu w dniu 22 czerwca 2023 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z udziałem:

zamawiających: (...) w R. działającego w imieniu  
i na rzecz Gminy Miasta (...) i (...) spółki akcyjnej  
w W.

przeciwnika skargi (...) spółki akcyjnej w W.

uczestników postępowania: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia  
(...) A.G. w L. w Austrii i (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w K.

na skutek skargi wykonawcy (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością  
w B.

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w W.

z dnia 30 stycznia 2023 r., sygn. akt KIO 92/23

1. oddala skargę,
2. zasądza od (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w B. na rzecz (...) spółki akcyjnej w W. 3600 zł (trzy tysiące sześćset złotych) tytułem kosztów postępowania skargowego.

*Sylwia Paschke*

*Andrzej Kubica*

*Aleksandra Komór*

## UZASADNIENIE

(...) w R. działający w imieniu i na rzecz Gminy Miasta (...) i (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w W., działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „przebudowę wiaduktu w ul. (...) w R. nad torami (...) wraz z infrastrukturą towarzyszącą”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 czerwca 2022 r., pod numerem (...).

W dniu 9 stycznia 2023 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) wykonawca (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w W. wniósł odwołanie wobec następujących czynności oraz zaniechań Zamawiającego, które polegały na:

- 1) błędnej ocenie, a w konsekwencji wyborze oferty wykonawcy (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w B. jako najkorzystniejszej w postępowaniu, mimo iż powinna ona zostać odrzucona z uwagi na niezgodność z warunkami zamówienia, a także fakt, iż została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, zawiera błędy w obliczeniu ceny oraz została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu,
- 2) błędnej ocenie, a konsekwencji wyborze oferty wykonawcy (...), mimo że cena zaoferowana przez tego wykonawcę lub jej istotne części składowe są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- a) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b) oraz art. 119 w zw. art. 118 ust. 2-4 ustawy Pzp poprzez błędną ocenę, a w konsekwencji brak odrzucenia oferty wykonawcy (...), który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, albowiem z zobowiązania podmiotu trzeciego (wykonawcy (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W.), na doświadczenie którego powołał się ten wykonawca, nie wynika, że: 1) wykona on roboty budowlane, do realizacji których te zdolności są wymagane, co do czego wątpliwości powziął również sam Zamawiający wzywając wykonawcę (...) do wyjaśnień w tym zakresie, które jako oświadczenie wykonawcy nie mogły jednak potwierdzić powyższych okoliczności, a także, że 2) wykonawca (...) realizując zamówienie będzie dysponował niezbędnymi zasobami podwykonawcy

(...), co gwarantuje rzeczywisty dostęp do udostępnianych zasobów (brak realności udostępnienia zasobów), przy czym - zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, a także opinią Urzędu Zamówień Publicznych - z uwagi na wyczerpanie procedury uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, brak jest podstaw do ponownego wezwania wykonawcy (...) w tym zakresie celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu (zarzut nr 1),

- b) art. 226 ust. 1 pkt 5) i art. 226 ust. 1 pkt 10) w zw. z art. 223 ust. 2 pkt 3 i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez brak odrzucenia oferty wykonawcy (...), a w konsekwencji jej wybór, mimo że jest ona niezgodna z warunkami zamówienia i zawiera błędy w obliczeniu ceny, gdyż wykonawca ten wbrew wyraźnym postanowieniom Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ), w tym w szczególności z pkt 15.2. SWZ, znajdującym się w Rozdziale SWZ pod nazwą: „Sposób obliczenia ceny”, w zakresie pozycji nr 3.1 a kosztorysu ofertowego (...), III. Branża drogowa - organizacja ruchu, podał wartość „0”, która nie „pokrywa wszelkich kosztów i ryzyk wykonawcy związanych z realizacją czynności, której dotyczy”, jak tego wymagał Zamawiający, ewentualnie ma wartość „0”, gdyż - jak wydaje się to sugerować w swoich wyjaśnieniach wykonawca (...) - pozycję 3.1a kosztorysu ujął w innej pozycji, co jest wprost sprzeczne z wyrażonym w SWZ zakazem, iż „wykonawca nie może kosztów realizacji danej czynności doliczać do kosztów realizacji innych czynności”, dlatego też oferta wykonawcy (...) powinna zostać odrzucona jako niezgodna z warunkami zamówienia i zawierająca błędy w obliczeniu ceny (zarzut nr 2),
- c) art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy PZP poprzez błędną ocenę, a w konsekwencji wybór oferty wykonawcy (...) jako najkorzystniejszej w postępowaniu, mimo iż powinna ona zostać odrzucona z uwagi na fakt, że została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji (zarzut nr 3),
- d) art. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 5 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez błędną ocenę, a konsekwencji wybór oferty wykonawcy (...), mimo że cena zaoferowana przez tego wykonawcę lub jej istotne części składowe są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości, co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia, a pomimo tego Zamawiający zaniechał przeprowadzenia procedury wyjaśniającej w tym zakresie (zarzut nr 4),

e) art. 16 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, jak również proporcjonalności i przejrzystości (zarzut nr 5).

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o rozpatrzenie i uwzględnienie jego odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy (...) jako najkorzystniejszej w postępowaniu, przeprowadzenie ponownego badania i oceny złożonych ofert, odrzucenie oferty wykonawcy (...) jako oferty złożonej przez wykonawcę, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu lub też złożona przez tego wykonawcę oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia, zawiera błędy w obliczeniu ceny i stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Ponadto Odwołujący sformułował wniosek ewentualny dotyczący wezwania wykonawcy (...) do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie istotnych części składowych oferty, które są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości, co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia.

Odwołujący wniósł też o zasądzenie od Zamawiającego na swoją rzecz kosztów postępowania odwoławczego, w tym także kosztów zastępstwa procesowego według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie, jak również o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym lub ustnym.

Wyrokiem z 30 stycznia 2023 r. Krajowa Izba Odwoławcza w pkt 1. uwzględniła odwołanie w zakresie części zarzutu nr 2 odwołania dotyczącego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710, ze zm.) i całości zarzutu nr 5 odwołania dotyczącego naruszenia art. 16 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych oraz nakazała zamawiającemu: w pkt 1.1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, w pkt 1.2. odrzucenie oferty wykonawcy (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w B. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, w pkt 1.3. dokonanie ponownego badania i oceny ofert; w pkt 2. w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddaliła; w pkt 3. kosztami postępowania odwoławczego obciążyła odwołującego i zamawiającego oraz ustalił, że odwołujący ponosi 70% kosztów postępowania odwoławczego, natomiast zamawiający

ponosi 30% kosztów postępowania odwoławczego i: w pkt 3.1. zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, w pkt 3.2. zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 4 560 zł stanowiącą część kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Rozpoznając sprawę Krajowa Izba Odwoławcza w pierwszej kolejności nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została spełniona żadna z przesłanek negatywnych wynikająca z art. 528 ustawy Pzp, która uniemożliwiałaby merytoryczne rozpoznanie odwołania. Izba stwierdziła też, że wypełnione zostały wskazane w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp ustawowe przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów. Ponadto Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego zgłoszonego przez wykonawcę (...) oraz Konsorcjum (...).

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, a także stanowiska prezentowane na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego oraz uwzględniła stanowisko prezentowane przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie z dnia 23 stycznia 2023 r., stanowisko uczestnika postępowania odwoławczego - wykonawcę (...) zawarte w jego piśmie z dnia 23 stycznia 2023 r. Izba uznała wiarygodność oraz moc dowodową dokumentów znajdujących się w aktach sprawy odwoławczej.

W sprawie KIO ustaliła, że Zamawiający - (...) w R. działający w imieniu i na rzecz Gminy Miasta (...) i (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w W. działając w trybie przepisów ustawy PZP prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „przebudowę wiaduktu w ul. (...) w R. nad torami (...) wraz z infrastrukturą towarzyszącą”. Numer referencyjny tego zamówienia to (...). Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 czerwca 2022 r., pod numerem (...). Na przedmiotową inwestycję składają się dwa zadania, które z przyczyn technicznych muszą być wykonane łącznie: przebudowa wiaduktu w ul. (...) w R. nad torami (...) razem z infrastrukturą towarzyszącą oraz budowa peronu przy wiadukcie ul. (...) w R. realizowanego w ramach zadania pn.: „Poprawa bezpieczeństwa i likwidacja zagrożeń eksploatacyjnych na sieci kolejowej w R.”.

W Rozdziale 3 pkt 3.1 ppkt 5.1 i 5.2 SWZ został wskazany podstawowy zakres robót, który będzie musiał zostać wykonany w ramach realizacji obydwu zadań. Natomiast szczegółowy zakres robót budowlanych objętych przedmiotem zamówienia określony został

w: Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, Kosztorysach ofertowych, Dokumentacji projektowej, które stanowią załącznik nr 3 do SWZ, a także w projektowanych postanowieniach umowy w sprawie zamówienia publicznego stanowiących załącznik nr 12 do SWZ.

W Rozdziale 7 SWZ zostały określone warunki udziału w postępowaniu. Zgodnie z pkt 7.1.4 ppkt 4.1 SWZ (po zmianie SWZ z dnia 5 września 2022 r.) dotyczącym zdolności technicznej i zawodowej warunek ten, w zakresie doświadczenia, zostanie uznany za spełniony, jeśli wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 10 lat liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie):

- a) zrealizował roboty polegające na budowie lub przebudowie co najmniej dwóch obiektów mostowych (wiadukt drogowy lub most, lub estakada) o rozpiętości teoretycznej pojedynczego przęsła minimum 20,0 m lub długości obiektu co najmniej 60 m i klasie obciążenia „A” wg PN- 85/S-10030 lub równoważnej,
- b) zrealizował roboty polegające na budowie lub przebudowie co najmniej dwóch peronów, w tym co najmniej jeden wyspowy (dwukrawędziowy) z zadaszeniem lub wiatami peronowymi i wymaganą infrastrukturą budowany lub przebudowywany przy prowadzonym ruchu po torach sąsiednich.

Zgodnie natomiast z pkt 7.5 SWZ (po zmianie SWZ z dnia 5 września 2022 r.) wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych, z zastrzeżeniem, że w przypadku powoływania się na zasoby podmiotu udostępniającego zasoby celem wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, warunek określony w pkt 7.1.4 ppkt 4.1 SWZ musi spełniać co najmniej jeden z takich podmiotów lub wykonawca. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez podmioty udostępniające zasoby zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa, pozwalają na wykazanie przez Wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 7.1 SWZ, a także bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane w pkt 6.1, 6.2, 6.3 i 6.7 SWZ względem wykonawcy. Podmiot, który

zobowiązał się do udostępnienia zasobów, odpowiada solidarnie z wykonawcą, który polega na jego sytuacji finansowej, za szkodę poniesioną przez Zamawiającego powstałą wskutek niedostępności tych zasobów, chyba że za niedostępność zasobów podmiot ten nie ponosi winy. Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe, sytuacja finansowa podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, Zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez Zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu. Wykonawca nie może, po upływie terminu składania ofert, powoływać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby.

W JEDZ wykonawca (...) oświadczył, że będzie polegał na zdolności innych podmiotów w celu spełnienia kryteriów kwalifikacji określonych w części IV JEDZ. Do swojej oferty załączył zobowiązania do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia podpisane przez dwa podmioty: (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Z. oraz Przedsiębiorstwo (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w M.

W wezwaniu z dnia 17 listopada 2022 r. Zamawiający na podstawie art. 122 ustawy PZP zażądał, aby wykonawca (...) zastąpił podmioty udostępniające zasoby w celu potwierdzenia spełniania warunku, o którym mowa w Rozdziale 7 pkt 7.1.4 ppkt 4.1 SWZ, innym jednym podmiotem albo wykazał, że samodzielnie spełnia ten warunek udziału w postępowaniu. Zdaniem Zamawiającego sposób spełniania warunku określonego w Rozdziale 7 pkt 7.1.4 ppkt 4.1 SWZ przez obydwie podmioty trzecie udostępniające swoje zasoby wykonawcy (...) nie był zgodny z zapisami SWZ, co skutkowało tym, że wykonawca ten nie potwierdził spełniania przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu. W związku z tym Zamawiający wezwał wykonawcę (...) na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych wymienionych w pkt 9.1 SWZ - oświadczenie JEDZ wykonawcy i w pkt 9.4 SWZ - oświadczenia i dokumentów podmiotu trzeciego, w przypadku gdy wykonawca (...) w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznej lub zawodowej będzie posługiwać się zasobami podmiotu trzeciego.

W dniu 25 listopada 2022 r. wykonawca (...) uczynił zadość wezwaniu Zamawiającego i zastąpił dwóch dotychczasowych podwykonawców jednym podmiotem -

firmą (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. Z uwagi na to załączył do pisma swój uaktualniony JEDZ w zakresie informacji dotyczącej podmiotów udostępniających zasoby, JEDZ podwykonawcy (...), zobowiązanie podwykonawcy (...) do udostępnienia zasobów oraz oświadczenie tego podwykonawcy. Podwykonawca (...) w zobowiązaniu z dnia 24 listopada 2022 r. oświadczył, że jako podmiot trzeci zobowiązuje się udostępnić wykonawcy (...) swoją zdolność techniczną lub zawodową na potrzeby spełnienia przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 7.1.4 ppkt 4.1 SWZ. Podwykonawca (...) oświadczył, że będzie brał bezpośredni udział w realizacji części zamówienia w zakresie udostępnianego zasobu w charakterze podwykonawcy. W wykonywaniu zamówienia będzie uczestniczył w realizacji robót w zakresie peronów i części robót branży mostowej przez okres niezbędny do wykonania przedmiotowego zamówienia.

Następnie w dniu 2 grudnia 2022 r. Zamawiający na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp zwrócił się do wykonawcy (...) z pismem w sprawie udzielenia wyjaśnień dotyczących zobowiązania podwykonawcy (...) do oddania temu wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania przedmiotowego zamówienia. Według Zamawiającego zakres robót, który zobowiązała się wykonać firma (...) był w zobowiązaniu nieprecyzyjnie określony, wobec czego Zamawiający zażądał szczegółowego doprecyzowania rodzaju robót i ich wielkości, które podwykonawca (...) zobowiązał się wykonać w trakcie realizacji przedmiotowego zamówienia.

W odpowiedzi z dnia 6 grudnia 2022 r. wykonawca (...) wyjaśnił, że podwykonawca (...) wykona roboty, które w sposób szczegółowy zostały opisane w dwóch tabelach zawartych w treści odpowiedzi (zob. tabele na str. 1-10 odpowiedzi z dnia 6 grudnia 2022 r.). Dodatkowo wykonawca (...) wyjaśnił, że wartość opisanego w tabelach zakresu robót zgodnie z kosztorysem ofertowym wykonawcy wynosi ponad 141 800 000 zł 00 gr brutto, co stanowi ok. 80% wartości całej oferty. Tym samym zakres robót jaki wykona podmiot udostępniający zasoby stanowi istotną część wszystkich robót. Wykonawca (...) zaznaczył, że o istotności zakresu robót podwykonawcy (...) świadczy też ich charakter, ponieważ pozostają one kluczowym elementem branży mostowej, jak również całkowicie wypełniają asortyment robót związanych z budową peronu. Wykonawca (...) podkreślił także, że opisany w tabelach zakres prac podwykonawcy (...) koreluje całkowicie z treścią przedłożonego w tej sprawie zobowiązania do udostępnienia zasobów, gdyż asortyment robót tego podmiotu trzeciego stanowi część robót branży mostowej, jak również roboty związane z budową peronu.

Zgodnie z pkt 13.4 SWZ wykonawcy zobowiązani byli złożyć Zamawiającemu ofertę zawierającą m. in. Formularz Oferty sporządzony według wzoru stanowiącego Załącznik nr 1



do SWZ oraz Kosztorys Ofertowy sporządzonym metodą kalkulacji szczegółowej. Kosztorysy ofertowe wraz z całą dokumentacją projektową zostały uwzględnione w dokumentacji zamówienia jako załącznik nr 3 do SWZ. Według pkt 15.1 SWZ wykonawca zobowiązany jest podać w Formularzu Oferty łączną cenę za wszystkie pozycje (prace) przewidziane w Kosztorysie Ofertowym. Zgodnie zaś z pkt 15.2 SWZ ceny jednostkowe za poszczególne pozycje powinny być podane na Kosztorysie Ofertowym. Każda cena jednostkowa musi być tak podana, aby pokrywać wszelkie koszty i ryzyka wykonawcy związane z realizacją czynności, której dotyczy. Wykonawca nie może kosztów realizacji danej czynności doliczać do kosztów realizacji innych czynności. Cena łączna wynikająca z Kosztorysu Ofertowego za poszczególne pozycje powinna zostać przeniesiona do Formularza Oferty. Według pkt 15.5 SWZ określony w SWZ rzeczowy zakres przedmiotu zamówienia oraz postanowienia wynikające ze wzoru umowy załączonego do SWZ stanowią podstawę do obliczenia cen jednostkowych oraz ceny łącznej wynikającej z oferty.

W swoim kosztorysie ofertowym w zakresie pozycji 3.1 (D-07.02.01) obejmującej konstrukcje wsporcze - słupki wykonawca (...) zaoferował 40 sztuk słupków po 181 zł 00 gr każdy. Razem cena za 40 sztuk słupków wyniosła 7 272 zł 00 gr netto. Natomiast w zakresie pozycji 3.1a (D-07.02.01) obejmującej konstrukcje wsporcze - słupki z wysięgnikiem wykonawca (...) zaoferował 40 sztuk słupków z wysięgnikiem po 0 zł 00 gr każdy. Razem cena za 40 słupków z wysięgnikiem wyniosła 0 zł 00 gr netto.

W piśmie z dnia 3 listopada 2022 r. Zamawiający zwrócił się do wykonawcy (...) o udzielenie wyjaśnień pozycji kosztorysu ofertowego 3.1, a dotyczącego konstrukcji wsporczych - słupków z wysięgnikiem, którą wykonawca ten wycenił na 0 zł 00 gr. Zamawiający zażądał wyjaśnień w jaki sposób podana przez wykonawcę (...) cena jednostkowa 0 zł 00 gr pokrywa wszelkie koszty i ryzyka związane z realizacją czynności, której dotyczy, gdzie według pkt 15.2 SWZ wykonawca nie może kosztów realizacji danej czynności doliczać do kosztów realizacji innych czynności.

W odpowiedzi z dnia 8 listopada 2022 r. wykonawca na wstępie wskazał, że w wyniku zadanego pytania nr 127 do treści SWZ Zamawiający zdecydował się na zmianę treści kosztorysu poprzez rozróżnienie rodzaju słupków na słupki (pozycja 3.1) oraz słupki z wysięgnikiem (pozycja 3.1 a). Rozróżnienie to nastąpiło w związku z treścią projektu Docelowej Organizacji Ruchu, która przewiduje, iż w przypadku braku możliwości zachowania prawidłowej skrajni poziomej wykonawca zobowiązany będzie do zastosowania konstrukcji wsporczej w postaci słupka z wysięgnikiem. W samym projekcie nie podano natomiast ilości słupków z wysięgnikiem, które powinny być zastosowane. Na dzień złożenia

oferty nie było możliwe jednoznaczne określenie ilości słupków z wysięgnikiem, co może mieć wpływ na cenę jednostkową, dlatego wykonawca (...) dokonując wyceny przyjął założenie jednolitej ceny obejmującej wszystkie wymagane rodzaje słupków. Mając na względzie fakt, że różnica wartości materiału poszczególnych słupków nie jest znacząca, robocizna jest taka sama, a pozycja ta zawiera również inne jednostki obmiarowe, to założenia te pozostają zasadne i prawidłowe. Wykonawca (...) zaznaczył, że omyłkowo jednak w programie do kalkulacji cena z pozycji 3.1 nie została zaciągnięta do pozycji 3.1, a po dokonaniu rozbicia tej pozycji w kosztorysie przez Zamawiającego, przez co widnieje w niej wartość „0”, podczas gdy cena powinna być taka sama jak w pozycji 3.1. Według wykonawcy (...) opisane przez niego okoliczności w sposób ewidentny świadczą o omyłce, że była to czynność niezamierzona, którą można skorygować na podstawie innych danych zawartych w ofercie tego wykonawcy. Dlatego wykonawca ten wniósł o zakwalifikowanie tej sytuacji jako omyłki i zastosowanie procedury opisanej w art. 223 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zdaniem wykonawcy (...) możliwa zatem jest poprawa niezamierzonej omyłki, która pojawiła się w jego kosztorysie ofertowym, w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP poprzez przeniesienie ceny z pozycji 3.1. do pozycji 3.1a, co łącznie spowoduje wzrost wartości oferty o 7 272 zł 00 gr netto, a co stanowi tylko 0,005 % wartości netto oferty tego wykonawcy oraz zaledwie ok. 0,006 % wartości netto, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację przedmiotowej inwestycji. W ocenie wykonawcy (...) w takim przypadku nie można zatem mówić o istotnej zmianie treści oferty wykonawcy.

Ostatecznie Zamawiający w dniu 28 grudnia 2022 r. dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, którą została oferta wykonawcy (...). Oferta ta otrzymała 100 pkt w ramach kryteriów oceny ofert. Oferty w tym postępowaniu złożyło łącznie 10 wykonawców, natomiast oferta zwycięskiego wykonawcy opiewała na kwotę 176 240 665 zł 74 gr brutto.

W ramach rozważań prawnych Izba wskazała, że odwołanie złożone przez Odwołującego - wykonawcę (...) było częściowo uzasadnione. Izba uwzględniła w części zarzut nr 2 odwołania - tylko w zakresie wskazującym na naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, a także w całości zarzut nr 5 odwołania dotyczący naruszenia art. 16 ustawy Pzp. Natomiast pozostałe zarzuty odwołania, zdaniem Izby, nie znalazły potwierdzenia w materiale zgromadzonym w aktach sprawy odwoławczej.

W zakresie zarzutu nr 2 i nr 5 odwołania, Izba powołała przepis art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp oraz art. 16 Pzp i uznała, że oferta wykonawcy (...) zawierała błąd w obliczeniu ceny i z tego powodu powinna zostać odrzucona. O wadliwym wyliczeniu ceny całej oferty z powodu

błędne wpisanie w jednej z pozycji kosztorysu ofertowego kwoty „0” złotych zamiast właściwej, świadczyły wyjaśnienia samego wykonawcy (...) z dnia 6 listopada 2022 r., gdzie przyznał on, że w swoim programie do kalkulacji omyłkowo cenę z pozycji 3.1 nie zaciągnął do pozycji 3.1. Zdaniem Izby, w przedmiotowych okolicznościach nie istniały zaś podstawy do zastosowania art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i sanowania powyższej omyłki. Wpisanie liczby „0” w pozycji 3.1.a Kosztorysu Ofertowego stanowiło zatem ewidentny, choć niewątpliwie nieintencjonalny, błąd wykonawcy, którego nie można było naprawić w zgodzie z regulacją ustawy Pzp. Dalej Izba podniosła, że uchybienie Zamawiającego doprowadziło również do naruszenia art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, albowiem jako najkorzystniejsza została wybrana oferta, która powinna była zostać odrzucona, przez co doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp. Zamawiający naruszył również zasadę prowadzenia postępowania w sposób przejrzysty, ponieważ pomimo tego, że sam wyraźnie stwierdził brak ustawowych przesłanek do poprawienia oferty wykonawcy (...) w zakresie wpisania w kosztorysie ofertowym właściwej ceny jednego z jej elementów, to jednak z niezrozumiałych względów nie dostrzegł ewidentnych przesłanek do odrzucenia oferty tego wykonawcy. W ocenie Izby takie zachowanie Zamawiającego świadczy również o nierównym traktowaniu wykonawców.

Rozpoznając zarzut nr 2 odwołania Izba nie stwierdziła natomiast naruszenia ani art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, ani art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Postawienie tych dwóch zarzutów przez Odwołującego zostało ocenione jako niezrozumiałe w okolicznościach tej sprawy. Izba nie stwierdziła, aby oferta wykonawcy (...) była niezgodna z warunkami zamówienia. W takiej sytuacji nie mogło być mowy o naruszeniu przez niego zakazu doliczania kosztów realizacji danej czynności do kosztów realizacji innych czynności, o którym mowa w pkt 15.2 SWZ. Także zarzut naruszenia art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp okazał się być bezzasadny i to w stopniu oczywistym. O naruszeniu tego przepisu można by mówić dopiero wtedy, gdyby Zamawiający poprawił ofertę wykonawcy (...) i za zgodą tego wykonawcy wpisał w jego kosztorysie ofertowym do pozycji 3.1a inną cenę słupków z wysięgnikiem, aniżeli rzeczywiście ujęta w tej pozycji cena „0”. Nic takiego jednak nie miało miejsca. Mając powyższe na uwadze Izba uznała za uzasadniony zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp i art. 16 ustawy Pzp, natomiast zarzuty dotyczące naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp i art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp okazały się być bezzasadne.

Zarzut nr 1 odwołania Izba również uznała za nieuzasadniony. Zdaniem KIO, treść uzasadnienia odwołania odnosząca się do tego zarzutu prowadzi do wniosku, że naruszenia wskazanych przepisów prawa Odwołujący upatruje przede wszystkim w mało konkretnej i

mało szczegółowej, jego zdaniem, treści zobowiązania podmiotu trzeciego, który udostępnił swoje zasoby w zakresie zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy (...). Takie stanowisko nie znalazło jednak uznania na gruncie obecnie obowiązujących przepisów ustawy Pzp. Zobowiązanie podwykonawcy (...) zawierało dokładny opis przekazywanych zasobów (tj. w tym przypadku doświadczenia), co pozwalało na zidentyfikowanie przedmiotu świadczenia, zawierało ono również opis zachowania się podmiotu udostępniającego zasoby oraz określało, w jakim zakresie ten podmiot trzeci zrealizuje roboty budowlane, do realizacji których jego doświadczenie jest wymagane. W ocenie Izby takie zobowiązanie zawiera minimalną treść wymaganą przez art. 118 ust. 4 ustawy Pzp i jest wystarczająco szczegółowe i precyzyjne, aby uznać je za skuteczne na gruncie obowiązujących przepisów. W ocenie Izby nie było również żadnych podstaw do tego, aby móc skutecznie zakwestionować realność udostępnionego zasobu przez podwykonawcę (...), skoro wykonawca ten nie dość, że wykazał, że posiada wymagane doświadczenie, to jeszcze sam w ramach konsorcjum również startował w przedmiotowym postępowaniu. Mając powyższe na uwadze zarzuty odwołania dotyczące naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp w zw. z art. 119 ustawy Pzp w zw. z art. 118 ust. 2-4 ustawy Pzp nie mogły zostać uwzględnione.

Zarzut nr 3 odwołania Izba uznała za w ogóle nieudowodniony. Odwołujący w swoim środku ochrony prawnej nie wskazał nawet, w czym konkretnie upatruje on czynu nieuczciwej konkurencji w ofercie konkurenta. Uzasadnienie odwołania nie zawierało żadnej argumentacji na poparcie tego zarzutu odwołania, nie ma żadnych wskazówek w tym przedmiocie. Wobec powyższego Izba uznała ten zarzut za nieudowodniony i go w konsekwencji oddaliła.

W zakresie zarzutu nr 4 odwołania, Izba również go nie uwzględniła. Zdaniem Izby, w przedmiotowym przetargu brak było obligatoryjnych przesłanek do wzywania wykonawcy (...) do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny. Ani nie został spełniony warunek, że zaoferowana cena całkowita jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ani że jest ona niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, które nie podlegają odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 ustawy Pzp (vide art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp). Jednocześnie Izba wskazała, że wykonawca (...) w odwołaniu ograniczył się jedynie do wybiórczego porównania części składowych w ofercie wykonawcy (...) i w ofertach innych wykonawców biorących udział w przetargu, co nie było wystarczające dla stwierdzenia podejrzenia rażąco niskiej ceny, które uzasadniałoby zainicjowanie stosownej procedury wyjaśniającej przez Zamawiającego. W konsekwencji w powyższym zakresie Izba nie

stwierdziła również naruszenia podstawowych zasad prawa zamówień publicznych określonych w art. 16 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, tj. na podstawie art. 557, art. 574-576 ustawy PZP oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 7 ust. 3 pkt 1 i 2 zw. z § 5 pkt 1 i 2 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. Wobec uwzględnienia części zarzutu nr 2 i całości zarzutu nr 5 odwołania Izba ustaliła, że Zamawiający ponosi 30% kosztów postępowania odwoławczego, natomiast Odwołujący 70% kosztów postępowania odwoławczego.

Skargę na powyższe złożył wykonawca (...) sp. z o.o., zaskarżając rozstrzygnięcie w części, tj. w zakresie pkt. 1 (w całości, wraz z ppkt. 1.1.-1.3) oraz pkt. 3 (w całości, wraz z ppkt 3.1.-3.2). Zaskarżonemu wyrokowi zarzucono:

1. naruszenie następujących przepisów prawa materialnego:
  - a. art. 226 ust. 1 pkt. 10 Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że oferta złożona przez skarżącego podlega odrzuceniu z uwagi na błąd w obliczeniu ceny, podczas gdy wad takich oferta złożona przez Skarżącego nie zawierała, albowiem omyłka popełniona przez skarżącego w kosztorysie ofertowym (...), III. Branża drogowa — organizacja ruchu, w pozycji 3.1a (D-07.02.01) poprzez podanie wartości „0” miała charakter niezamierzony, będąc wynikiem błędu w działaniach technicznych wykonywanych na etapie sporządzania kosztorysu ofertowego w programie komputerowym i jako taka winna być konwalidowana przy zastosowaniu trybu z art. 223 ust. 2 pkt. 3 Pzp,
  - b. art. 223 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 3 Pzp, poprzez zaniechanie zastosowania wskazanych przepisów Pzp i zaniechanie nakazania Zamawiającemu dokonania sprostowania oferty skarżącego z uwagi na wystąpienie omyłki podlegającej sprostowaniu w trybie art. 223 ust. 2 pkt. 3 Pzp, a następnie przeprowadzenia ponownej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem poprawionej oferty skarżącego, a co skutkowało niezasadnym odrzuceniem oferty złożonej przez skarżącego i dokonaniem przez Zamawiającego ponownego badania i oceny ofert z wyłączeniem oferty (...) Sp. z o.o.,
  - c. art. 223 ust. 1 oraz ust. 2 pkt. 3 Pzp poprzez błędne przyjęcie, iż zastosowanie uregulowanego wskazanymi przepisami Pzp trybu sprostowania przez Zamawiającego omyłek nie może być poprzedzone uzyskaniem przez Zamawiającego wyjaśnień Wykonawcy pozwalających na poprawienie dostrzeżonych w ofercie

nieprawidłowości dotyczących określonej pozycji kosztorysu, a poprawienie omyłki przez Zamawiającego miałooby w realiach sprawy polegać na „mechanicznym” przepisaniu kwoty z innej pozycji kosztorysowej, w sytuacji gdy możliwość udzielenia przez Wykonawcę informacji niezbędnych celem dokonania poprawy omyłek w treści oferty przewiduje art. 233 ust. 1 Pzp, zaś wskazany przez skarżącego w piśmie z dnia 8 listopada 2022 r. zakres zmiany dotyczącej ceny pozycji kosztorysowej nie prowadzi do istotnych zmian w treści oferty,

- d. naruszenie art. 17 ust. 2 i art. 16 Ustawy Pzp poprzez błędne uznanie, iż Zamawiający udzielił zamówienia Wykonawcy, który został wybrany wbrew przepisom Pzp, naruszył zasadę prowadzenia postępowania w sposób przejrzysty i proporcjonalny, a nadto naruszył zasadę równego traktowania wykonawców, w sytuacji gdy Zamawiający postąpił w sposób zgodny z przepisami Pzp, słusznie nie dostrzegając przesłanki do odrzucenia oferty skarżącego, opisanej w art. 226 ust. 1 pkt. 10 Pzp, jak również - wzywając skarżącego do przedłożenia wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 Pzp - nie naruszył wskazanych przepisów Pzp,
2. naruszenie następujących przepisów postępowania, które mogło mieć istotny wpływ na wynik sprawy:
  - a. naruszenie art 554 ust 1 pkt 1 w zw. z ust 2 Pzp poprzez błędne uwzględnienie odwołania w części, a to z uwagi na niewłaściwie zastosowanie art 226 ust 1 pkt 10 w zw. z art 17 ust. 2 Pzp i uznanie, iż oferta skarżącego zawiera błędy w obliczeniu ceny, a co winno skutkować jej odrzuceniem,
  - b. naruszenie art 554 ust 3 pkt 1a i b Pzp, polegające na błędnym uwzględnieniu odwołania i nakazaniu Zamawiającemu odrzucenie oferty skarżącego jako zawierającej błędy w obliczeniu ceny, w sytuacji gdy oferta skarżącego nie zawierała błędów, o jakim mowa w art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp,
  - c. naruszenie art. 542 § 1 w zw. z art. 554 ust. 1 pkt. 1 Pzp poprzez dokonanie dowolnej oceny zebranego materiału dowodowego, a to błędną ocenę dowodu z pisemnych wyjaśnień skarżącego z dnia 8 listopada 2022 r., jak również zapisu pkt. 3.4., 15.1, 15.2. i 15.5. SWZ oraz złożonych przez skarżącego w treści oferty oświadczeń o uwzględnieniu w podanych cenach wszystkich elementów cenotwórczych dotyczących realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami SWZ (pkt. 2 oferty), a które to dowody, w powiązaniu z oświadczeniem skarżącego w przedmiocie woli pełnej realizacji zamówienia wskazują wyraźnie, iż umieszczenie w pozycji kosztorysu ofertowego (...), III. Branża drogową - organizacja ruchu 3.1.a wartości

„0” stanowiło wyłącznie niezamierzoną, podlegającą możliwości poprawienia omyłkę powodującą niezgodność oferty z SWZ, a nie stanowiło świadomego, intencjonalnego błędu w obliczeniu ceny lub kosztu,

3. nieprawidłowe ustalenie stanu faktycznego, polegające na mylnym przyjęciu, iż:
  - a. oferta złożona przez skarżącego winna podlegać odrzuceniu z uwagi na błąd w obliczeniu ceny lub kosztu (art. 226 ust. 1 pkt. 10 Pzp), w sytuacji gdy omyłka w kosztorysie ofertowym (...), III. Branża drogowa — organizacja ruchu, w zakresie wskazania w poz. 3.1a kosztorysu wartości „0”, nie stanowiła błędu w obliczeniu ceny, a oczywistą, nieintencjonalną omyłkę, podlegającą sprostowaniu na podstawie art. 223 ust. 1 pkt. 3 Pzp,
  - b. brak było podstaw do stwierdzenia, iż należy przyjąć kwotę 181,00 zł z pozycji 3.1 również w pozycji 3.1a kosztorysu ofertowego (...), III. Branża drogowa — organizacja ruchu, w sytuacji gdy nie tylko z treści kosztorysu ofertowego, ale i z datowanych na 8 listopada 2022 r. wyjaśnień skarżącego wyraźnie wynika, iż taka kwota winna widnieć również w poz. 3.1a, a jej niewskazanie było wynikiem błędu na etapie sporządzania kalkulacji oferty w programie komputerowym, zaś żaden z obowiązujących przepisów Pzp nie konstruuje zakazu uprzedniego uzyskania przez Zamawiającego wyjaśnień wykonawcy, pozwalających na poprawienie oczywistych omyłek dostrzeżonych w treści oferty.

Mając powyższe na uwadze, skarżący wniósł o uwzględnienie skargi i zmianę zaskarżonego wyroku w jego pkt. 1 poprzez unieważnienie wyboru oferty (...) S.A. jako najkorzystniejszej w postępowaniu, unieważnienie czynności odrzucenia oferty skarżącego, nakazanie Zamawiającemu poprawienia w kosztorysie ofertowym (...), III. Branża drogowa - organizacja ruchu, złożonym przez (...) Sp. z o.o., pozycji 3.1a (D-07.02.01) poprzez zastąpienie wartości „0 zł” wartością „7.272,0 zł” w trybie art. 223 ust. 2 pkt. 3 P.z.p., a następnie nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem poprawionej oferty (...) Sp. z o.o. Na wypadek zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego p.n. „Przebudowa wiaduktu w ul. (...) w R. nad torami (...) wraz z infrastrukturą towarzyszącą” (nr postępowania: (...)) przed dniem wydania orzeczenia w niniejszej sprawie, jeżeli umowa zostanie zawarta w okolicznościach dopuszczonych w przepisach Ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i stwierdzenie naruszenia przepisów ustawy. W każdym przypadku skarżący wniósł o rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego zgodnie z art. 575 Pzp w zw. z art. 589 ust. 2 Pzp, przeprowadzenie dowodów z dokumentów

znajdujących się w aktach postępowania odwoławczego na okoliczności wskazane w uzasadnieniu niniejszej skargi, zasądzenie od przeciwnika skargi na rzecz skarżącego zwrotu kosztów postępowania skargowego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

W ramach postępowania dowodowego, na podstawie art. 381 k.p.c. skarżący wniósł nadto o przeprowadzenie dowodów, których potrzeba powołania powstała dopiero po zapoznaniu się z uzasadnieniem zaskarżonego orzeczenia KIO, a które mają istotne znaczenie dla sprawy wskazanych w treści skargi celem wykazania faktów tam zakreślonych.

Odpowiedź na skargę złożył wykonawca (...) S.A. (Odwołujący), w której wniósł o oddalenie skargi, pominięcie zgłoszonych wniosków dowodowych jako spóźnionych i nieistotnych dla rozstrzygnięcia postępowania oraz zasądzenie od skarżącego na rzecz przeciwnika skargi kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Pismem z 20 czerwca 2023 r. skarżący poinformował, że 29 kwietnia 2023 r. w sprawie pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą (...) S.A. została zawarta umowa o udzielenie zamówienia publicznego. Mając na uwadze powyższe, skarżący zmodyfikował wnioski skargi poprzez cofnięcie wniosku zawartego w pkt 1 skargi (jako nieaktualnego) oraz sprecyzowanie wniosku zawartego w pkt 2, wnosząc o zmianę zaskarżonego wyroku i stwierdzenie naruszenia przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, wskazanych w treści skargi. Pozostałe wnioski wyrażone w skardze zostały przez skarżącego podtrzymane.

#### **Sąd Okręgowy zważył, co następuje:**

Na wstępie zauważyć należało, że w sprawie pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą (...) S.A. została zawarta umowa wykonanie zamówienia publicznego. Zgodnie z art. 554 ust. 3 pkt 2-3 Pzp, uwzględniając skargę, jeżeli umowa została zawarta oraz zachodzi jedna z przesłanek, o których mowa w art. 457 ust. 1 Izba, a aktualnie Sąd, może: unieważnić umowę albo unieważnić umowę w zakresie zobowiązań niewykonanych i nałożyć karę finansową w uzasadnionych przypadkach, w szczególności gdy nie jest możliwy zwrot świadczeń spełnionych na podstawie umowy podlegającej unieważnieniu albo nałożyć karę finansową albo orzec o skróceniu okresu obowiązywania umowy, w przypadku stwierdzenia, że utrzymanie umowy w mocy leży w ważnym interesie publicznym, w szczególności w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, albo jeżeli umowa została zawarta w okolicznościach dopuszczonych w ustawie, stwierdzić naruszenie przepisów ustawy.



Natomiast, po zawarciu umowy nie ma już możliwości oddalenia odwołania w takich warunkach w jakich miało to miejsce w przedmiotowej sprawie. W niniejszej sprawie, skarżący podniósł prawidłowe zarzuty i wnioski skargi uwzględniające zmianę okoliczności sprawy. Wobec czego, Sąd Okręgowy jako związany żądaniem skargi, dokonał rozpoznania sprawy z uwzględnieniem przedmiotowych wniosków.

Przed przystąpieniem do konkretnej oceny skargi zauważyć należy, że skarżący w skardze złożył szereg wniosków dowodowych, w tym o przeprowadzenie dowodu z dokumentów znajdujących się w aktach sprawy, w szczególności z akt postępowania odwoławczego. Wnioski te podlegały jednakże oddaleniu. W tym miejscu należy wskazać, że w postępowaniu skargowym odpowiednio stosuje się przepisy o postępowaniu apelacyjnym, co oznacza też, że na podstawie art. 391 § 1 k.p.c. mają zastosowanie przepisy k.p.c. o postępowaniu przez sądem pierwszej instancji. Sąd drugiej instancji natomiast rozpoznając sprawę na skutek apelacji bierze pod uwagę ustalony stan rzeczy istniejący w chwili zamknięcia rozprawy apelacyjnej (orzekania - art. 316 § 1 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c.), co jest oczywistą konsekwencją systemu apelacji pełnej przyjętej w kodeksie postępowania cywilnego. Tym samym, sąd rozpoznający skargę bierze pod uwagę całokształt materiału znajdującego się w aktach sprawy, w tym pisma procesowe stron, jak i samo zaskarżone rozstrzygnięcie. W konsekwencji, w sprawie nie jest konieczne zgłaszanie przez strony wniosków dowodowych z dokumentów stanowiących akta postępowania odwoławczego. Zwłaszcza, że zdaniem Sądu, powyższe dokumenty nie stanowią zaś dowodów *sensu stricto*. W rezultacie nie podlegają też rygorom z art. 381 k.p.c. w zw. z art. 579 ust. 2 Pzp i nie mogą zostać pominięte. Powyższe uzasadniało zatem oddalenie wskazanych wyżej wniosków dowodowych.

Natomiast w odniesieniu do wniosków dowodowych zgłoszonych w skardze w przedmiocie dowodu z dokumentu - oferty podmiotu (...) Sp. z o.o. Sp.k. wraz z załącznikiem w postaci kosztorysu, datowanej na 15 września 2022 r., dowodu z dokumentów - wyciągów z cennika „(...)” za II, III i IV kwartał 2022 r. oraz I kwartał 2023 r., dowodu z dokumentu - pisma (...) z dnia 7 marca 2023 r. znak: (...) wskazać należy, że podlegały one pominięciu na podstawie art. 381 k.p.c. w zw. z art. 579 ust. 2 Pzp jako spóźnione, jak również nieistotne dla rozstrzygnięcia sprawy. Zgodnie z treścią art. 381 k.p.c., sąd drugiej instancji może pominać nowe fakty i dowody, jeżeli strona mogła je powołać w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji, chyba że potrzeba powołania się na nie wynikła później. W niniejszej sprawie, skarżący złożył przedmiotowe wnioski dowodowe dopiero w postępowaniu skargowym, w sytuacji gdy niektóre z nich mogły zostać złożone na etapie postępowania odwoławczego.

Jednocześnie skarżący nie wyjaśnił, dlaczego przedstawił powyższe dowody dopiero w toku postępowania przed sądem drugiej instancji. Ponadto w ocenie Sądu, wnioski te należało pominąć, ponieważ okoliczności sporne sprawy zostały już dostatecznie wyjaśnione, a zgromadzony materiał dowodowy okazał się wystarczający do wydania rozstrzygnięcia. Przeprowadzenie przedmiotowych dowodów było zatem zbędne dla rozstrzygnięcia sprawy i doprowadziłoby do nieuzasadnionego wydłużenia postępowania.

Przechodząc do oceny merytorycznej sprawy, wskazać należy, że w ocenie Sądu Okręgowego, skarga nie zasługiwała na uwzględnienie.

Ponieważ Sąd Okręgowy nie prowadził postępowania dowodowego, ani nie zmienił ustaleń faktycznych Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 387 § 2<sup>1</sup> k.p.c. (który na podstawie art. 198a ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. / art. 579 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych znajduje odpowiednie zastosowanie również w postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi) ograniczy się do przedstawienia jedynie wyjaśnienia podstawy prawnej wyroku z przytoczeniem przepisów prawa.

Sąd Okręgowy w całości podziela ustalenia faktyczne dokonane przez Krajową Izbę Odwoławczą stanowiące podstawę odrzucenia odwołania, jak i wywody prawne zawarte w uzasadnieniu wyroku Izby. Zauważyć też należy, iż w istocie wywody zawarte w części merytorycznej skargi sprowadzają się do prezentowania przez skarżącego własnej, a konkurencyjnej wobec Krajowej Izby Odwoławczej oceny faktycznej i prawnej sprawy. W ocenie Sądu Okręgowego natomiast Krajowa Izba w sposób staranny, wyczerpujący i wszechstronny wyjaśniła podstawy oddalenia odwołania w niniejszej sprawie. Ocena materiału dowodowego została dokonana w sposób wszechstronny i bezstronny, nie naruszała granic oceny swobodnej, była zgodna z zasadami doświadczenia życiowego oraz nie zawierała błędów faktycznych lub logicznych, stąd ustalenia te Sąd Okręgowy uznaje za własne. Sąd Okręgowy w całości podziela także argumentację prawną przedstawioną przez Krajową Izbę Odwoławczą w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku w zakresie zasadności zarzutu nr 2 (w części) oraz zarzutu nr 5 (w całości) odwołania. W konsekwencji, zdaniem Sądu, żaden z zarzutów podniesionych w skardze nie zdołał podważyć prawidłowości orzeczenia KIO.

Z uwagi na zawarcie w niniejszym postępowaniu pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą (...) S.A. umowy o zamówienie publiczne, wnioski skargi sprowadzały się do żądania stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Zgodnie z art. 554 ust. 1 Pzp, Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi: naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o

udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców; niezgodność projektowanego postanowienia umowy z wymaganiami wynikającymi z przepisów ustawy. Przy czym, w myśl art. 554 ust. 3 pkt 3 uwzględniając odwołanie Izba może, jeżeli umowa została zawarta w okolicznościach dopuszczonych w ustawie, stwierdzić naruszenie przepisów ustawy. Tym samym, powyższe rozstrzygnięcie może nastąpić jedynie w sytuacji, gdy umowa została zawarta i nie zachodzi jedna z przesłanek unieważnienia umowy wymienionych w art. 457 ust. 1 Pzp, tzn. umowa została w okolicznościach dopuszczonych prawem. Dodatkową przesłanką jest też kwestia wykazania, że doszło do naruszenia przepisów prawa przez Zamawiającego.

Jak wskazuje się w doktrynie, naruszenie przepisów prawa może polegać zarówno na dokonaniu czynności wbrew przepisom ustawy, jak i na zaniechaniu czynności, do dokonania której zamawiający był zobowiązany na podstawie przepisów Prawa zamówień publicznych, w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie. Przedmiotem odwołania nie może być zaniechanie dotyczące czynności fakultatywnych. Co do zasady bowiem za bezprawne może być uznane tylko takie zachowanie, które stanowi obiektywne złamanie określonych reguł postępowania. Zaniechanie zamawiającego może także polegać na zaniechaniu przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub zorganizowania konkursu na podstawie Prawa zamówień publicznych, mimo że zamawiający był do tego obowiązany (A. Banaszewska [w:] *Zamówienia publiczne*, red. P. Bielarczyk, W. Gonet, A. Wójtowicz-Dawid, Warszawa 2021). Jednocześnie nie każde naruszenie prawa może stanowić podstawę rozstrzygnięcia z art. 554 ust. 3 pkt 3 Pzp, lecz jedynie takie, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców (art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp). Ocena, czy naruszenie może mieć istotny wpływ na wynik postępowania lub czy doszło do naruszenia przepisów, które mają wpływ na wynik postępowania, konkursu bądź systemu kwalifikowania wykonawców, powinna być dokonywana *ad casum* z uwzględnieniem indywidualnych okoliczności danej sprawy. Zaś w niniejszym postępowaniu, w ocenie Sądu Okręgowego, ponowna analiza akt sprawy nie dała podstaw do uznania, aby doszło do naruszenia przez Zamawiającego konkretnych przepisów prawa, które miały lub mogły mieć wpływ na jego wynik.

Przede wszystkim należy zauważyć, że skarżący we wnioskach skargi nie skonkretyzował swojego żądania w przedmiocie stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów prawa. Podkreślić należy, że Sąd w postępowaniu skargowym jest

związany żądaniem zawartym w skardze. Kwestia ta była przedmiotem orzecznictwa jeszcze na gruncie poprzedniego stanu prawnego. W wyroku Sądu Najwyższego z dnia 8 grudnia 2016 r. I CSK 19/16, niepubl. wskazano, że związanie Sądu żądaniem skarżącego uniemożliwia, bez jego oświadczenia, mającego na celu zmianę żądania pierwotnie wskazanego, orzekanie w odniesieniu do innego przedmiotu. Określenie rodzaju i zakresu ochrony prawnej jest rzeczą skarżącego. Postępowanie apelacyjne, którego uregulowania mają zastosowanie w postępowaniu skargowym, nie przewiduje możliwości decydowania przez sąd o przedmiocie żądania. Elementem obligatoryjnym skargi jest więc nie tylko przytoczenie zarzutów, ale również zakresu żądanej zmiany orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, a więc rodzaju żądania. W kontekście art. 554 Pzp strona skarżąca powinna jednoznacznie wskazać w jaki sposób domaga się zmiany zaskarżonego wyroku KIO. Powyższe ma o tyle znaczenie, że zgodnie z art. 378 § 1 k.p.c. w zw. z art. 579 ust. 2 Pzp Sąd w postępowaniu skargowym rozpoznaje sprawę w granicach skargi. Tymczasem, w niniejszym postępowaniu, skarżący sformułował jedynie ogólny wniosek z art. 554 ust. 3 pkt 3 Pzp, nie uszczegóławiając naruszenia jakich przepisów dopuścił się Zamawiający. Powyższe, w świetle zarzutów skargi opierających się jedynie na kwestionowaniu oceny materiału dowodowego przeprowadzonej przez Izbę i wykładni przepisów prawa materialnego, było więc niewystarczające do rozpoznania sprawy. Bez ściśle określonego żądania skargi, Sąd w tym zakresie nie był zatem władny do samodzielnego poszukiwania konkretnych naruszeń prawa, jak również ich formułowania w wyroku. Takie działanie Sądu mogłoby być bowiem oceniane jako naruszenie art. 321 k.p.c. w zw. z art. 579 ust. 2 Pzp. W związku z powyższym, przedmiotowa skarga nie mogła zostać uwzględniona już z tego względu.

Niezależnie od powyższego, w ocenie Sądu Okręgowego, skarga nie zasługiwała na uwzględnienie również z przyczyn merytorycznych. Izba słusznie uznała, że analiza akt przedmiotowej sprawy pozwala na stwierdzenie, że oferta złożona przez (...) sp. z o.o. zawierała w istocie błąd w obliczeniu ceny, co uzasadniało odrzucenie oferty skarżącego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp.

W pierwszej kolejności podnieść należy, że zarówno z przyczyn formalnych, jak i merytorycznych na uwzględnienie nie zasługiwały zarzuty skarżącego podnoszone w przedmiocie możliwości zastosowania w sprawie trybu art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp celem sprostowania omyłek zawartych w jego ofercie. Zauważyć należy, że zgodnie z art. 582 Pzp w zw. z art. 583 Pzp, Sąd jest związany zakresem żądań odwołania od decyzji Zamawiającego. Podkreślić przy tym należy, że pojęcie zarzutu w rozumieniu art. 583 Pzp to

nie tylko, a wręcz nie tyle wskazane przez skarżącego przepisy prawa, ile okoliczności faktyczne uzasadniające określone we wnioskach odwołania żądanie nakazania zamawiającego określonego zachowania. Tym samym, zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO, jak i Sądu są ściśle określone przez zarzuty odwołania oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Oznacza to w konsekwencji, że wyrok KIO podlega kontroli wyłącznie pod kątem podniesionych przez skarżącego zarzutów opartych na ustalonej podstawie faktycznej określonej zarzutami odwołania. W związku z czym, zarzuty naruszenia art. 223 ust. 1 i 2 pkt 3 Pzp oraz nieprawidłowego ustalenia stanu faktycznego (pkt 1b, 1c, 3a, 3b skargi) nie mogły stanowić samoistnej podstawy prawnej, zmierzającej do uchylenia zaskarżonego wyroku. Skarga w tej części zawierała bowiem zarzuty wykraczające nie tylko poza zarzuty podnoszone w odwołaniu, ale i prezentujące nowe okoliczności. Powyższe co do zasady nie może zaś stanowić przedmiotu orzekania Sądu Okręgowego. Dlatego już z tego względu przedmiotowy zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Ponadto uwadze Sądu Okręgowego nie umknęło również, że zarzuty te były spóźnione.

Przypomnieć należy, że ustawa Prawo zamówień publicznych opiera się na znacznym formalizmie. Prawdą jest, że podstawowym celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wybór oferty najkorzystniejszej i wykonawcy, który jest w stanie należycie wykonać zamówienie. Niemniej jednak restrykcyjny charakter przepisów analizowanej ustawy wymaga od osób starających się o udzielenie zamówienia publicznego dużej ostrożności i staranności w działaniu. Kluczowa na tle niniejszego stanu faktycznego jest zasada koncentracji środków ochrony prawnej, którą statuuje ustawa Prawo zamówień publicznych, polegająca na konieczności zgłaszania, w ściśle określonym terminie, przez wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu, zarzutów dotyczących działań lub zaniechań zamawiającego, pod rygorem utraty prawa do ich podnoszenia na dalszym etapie postępowania. Celem zasady koncentracji środków ochrony prawnej jest zapewnienie sprawnego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co sprzyja terminowemu dokonywaniu wydatków publicznych. Zasada ta ma na celu również, wespół z przepisami dotyczącymi łącznego rozpoznawania odwołań, eliminację rozbieżnych rozstrzygnięć organów rozpoznających środki ochrony prawnej, w tym w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Aktualny jest pogląd wyrażony przez Sąd Okręgowy w Warszawie z dnia 26 listopada 2007 r. (V CA 2056/07), zgodnie z którym wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego ma obowiązek działania z należytą starannością – zatem również tak, aby w pełni mogła być realizowana zasada koncentracji środków ochrony

prawnej, a postępowanie o udzielenie zamówienia nie było zbędnie przedłużane, gdyż nie leży to w interesie publicznym. Zachowaniem odpowiadającym profesjonalnemu charakterowi działalności skarżącego (zob. art. 355 § 2 k.c.) byłoby dążenie do zachowania swoich praw przez wniesienie odwołania w ustawowo określonym terminie. Podkreślenia wymaga, iż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, a tym bardziej postępowanie odwoławcze, stanowi fragment profesjonalnego obrotu gospodarczego. Uczestnictwo w nim, możliwość uzyskania zamówienia zależne jest od aktywności, przezorności i zapobiegliwości wykonawców, dokładania aktów należytej staranności w celu zabezpieczenia swoich praw w postępowaniu oraz możliwości uzyskania zamówienia. Wykonawca, który w określonym terminie zaniedbał ochrony swoich praw w postępowaniu, nie może obecnie domagać się od zamawiającego innej oceny ofert przedstawionych przez wykonawców. Działanie takie jest spóźnione. Przyjęcie poglądu odmiennego przeczyłoby elementarnej zasadzie koncentracji środków ochrony prawnej. W sprzeczności z zasadą koncentracji byłoby również przyzwolenie, aby istniejące uprzednio okoliczności, co do których wykonawca powziął lub przy zachowaniu należytej staranności mógł co najmniej powziąć wiadomość, służyły za podstawę do wnoszenia odwołania na późniejszym etapie postępowania (zob. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 31 maja 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 28/21). Zwłaszcza, że podkreślić należy, że terminy z art. 515 Pzp są terminami prekluzyjnymi. Zaś wynajdywanie zarzutów, w odniesieniu do informacji zawartych w dokumentach zamówienia znanych stronie postępowania, w wyniku niezadawalającego wyniku postępowania Zamawiającego mogłoby doprowadzić do paraliżu postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

W konsekwencji, w myśl powyższego, za spóźnione należało uznać zarzuty skarżącego naruszenia art. 223 ust. 1 i 2 pkt 3 Pzp oraz nieprawidłowego ustalenia stanu faktycznego (pkt 1b, 1c, 3a, 3b skargi). Jak trafnie zauważył Przeciwnik skargi, skarżący w skardze wprost wyartykułował, że nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego w przedmiocie braku podstaw do sprostowania omyłki znajdującej się w ofercie w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp. Wobec czego, skarżący w istocie kwestionował czynność Zamawiającego mającą miejsce w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w postaci zaniechania sprostowania oferty skarżącego z uwagi na wystąpienie w niej omyłki. Skarżący jednakże nie zaskarżył tejże czynności w określonym terminie (tj. w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej – art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a Pzp). W konsekwencji, bezpowrotnie utracił możliwość powoływania się na powyższe uchybienia Zamawiającego w dalszym toku

postępowania, w tym w postępowaniu skargowym. W ocenie Sądu Okręgowego, przedmiotowa okoliczność stanowiła dodatkowy argument przemawiający za odstąpieniem od rozpoznania skargi w tym zakresie.

Niemniej jednak, niezależnie od powyższego, Sąd Okręgowy uznał, że zarzuty naruszenia art. 223 ust. 1 i 2 pkt 3 Pzp oraz nieprawidłowego ustalenia stanu faktycznego (pkt 1b, 1c, 3a, 3b skargi) nie zasługiwały na uwzględnienie także z przyczyn merytorycznych. Nie sposób bowiem zgodzić się ze skarżącym, że jego oferta zawierała jedynie omyłkę polegającą na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty, która podlegała konwalidowaniu w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Zauważyć należy, że zasadą wynikającą z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych jest brak możliwości dokonywania zmian w treści złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznej oferty po upływie terminu wyznaczonego do składania ofert. Od tej zasady ustawa przewiduje wyjątek w postaci art. 223 ust. 2 Pzp. Stosownie do treści powołanego przepisu zamawiający poprawia w ofercie: oczywiste omyłki pisarskie, oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, a także inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Tak ukształtowany w Prawie zamówień publicznych zakres obowiązków Zamawiającego ma na celu zapewnienie możliwości dokonania prawidłowej oceny merytorycznej zgłoszonych ofert, z zachowaniem wynikającej z ustawy zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. O porównywalności ofert w zakresie zaproponowanej ceny można zatem mówić dopiero wówczas, gdy określone w ofertach ceny, mające być przedmiotem porównywania, zostały obliczone z zachowaniem tych samych reguł. W tym zakresie wykonawca nie może zaś samodzielnie dokonywać poprawek treści oferty, ani też wprowadzać do nich nowej treści.

Ustawa Pzp nie zawiera definicji oczywistej omyłki pisarskiej. Pojęcie to było wielokrotnie definiowane w orzecznictwie sądów okręgowych i Krajowej Izby Odwoławczej. Oczywistą omyłką pisarską, zdaniem Sądu Okręgowego w Gdańsku wyrażonym w wyroku z dnia 27 czerwca 2008 r., sygn. akt XII Ga 206/08, jest niezamierzona niedokładność nasuwająca się każdemu, bez przeprowadzania dodatkowych ustaleń. Może to być błąd literowy, widoczne niezamierzone opuszczenie wyrazu, czy inny błąd, wynikający z przeoczenia lub innej wady procesu myślowo-redakcyjnego, a niespowodowany uchybieniem merytorycznym. Przy czym, oczywistą omyłką pisarską jest nie tylko taka omyłka, która wynika z treści formularza ofertowego, czy też treści wyjaśnień, ale również taka, którą można zidentyfikować na podstawie porównania pozostałych dokumentów stanowiących

treść oferty. Istotne jest przy tym, żeby w wyniku poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej nie zmieniła się treść oferty rozumianej jako treść oświadczenia woli wykonawcy. Oczywistą omyłką pisarską może być również podanie przez wykonawcę ceny w ofercie rozbieżnie liczbą i słownie.

Powoływana ustawa nie zawiera w swym brzmieniu również definicji oczywistej omyłki rachunkowej. W ocenie Sądu, za taką omyłkę należy zaś uważać omyłkę wynikającą z błędnej operacji rachunkowej na liczbach. Jednakże stwierdzenie takiej omyłki może mieć miejsce jedynie w sytuacji, w której przebieg działania matematycznego może być prześledzony i na podstawie reguł rządzących tym działaniem możliwe jest stwierdzenie błędu w jego wykonaniu. W każdym przypadku, poprawienie omyłki nie może powodować istotnych zmian w treści umowy, musi być weryfikowalne, jak również istniejąca niezgodność nie może wynikać z celowego działania wykonawcy. W ocenie Sądu Okręgowego, w niniejszej sprawie powołane powyżej przesłanki sprostowania oferty nie wystąpiły.

Zgodnie z pkt 13.4 SWZ wykonawcy zobowiązani byli złożyć Zamawiającemu ofertę zawierającą m. in. Formularz Oferty sporządzony według wzoru stanowiącego Załącznik nr 1 do SWZ oraz Kosztorys Ofertowy sporządzonym metodą kalkulacji szczegółowej. Kosztorysy ofertowe wraz z całą dokumentacją projektową zostały uwzględnione w dokumentacji zamówienia jako załącznik nr 3 do SWZ. Według pkt 15.1 SWZ wykonawca zobowiązany jest podać w Formularzu Oferty łączną cenę za wszystkie pozycje (prace) przewidziane w Kosztorysie Ofertowym. Zgodnie zaś z pkt 15.2 SWZ ceny jednostkowe za poszczególne pozycje powinny być podane na Kosztorysie Ofertowym. Każda cena jednostkowa musi być tak podana, aby pokrywać wszelkie koszty i ryzyka wykonawcy związane z realizacją czynności, której dotyczy. Wykonawca nie może kosztów realizacji danej czynności doliczać do kosztów realizacji innych czynności. Cena łączna wynikająca z Kosztorysu Ofertowego za poszczególne pozycje powinna zostać przeniesiona do Formularza Oferty. Według pkt 15.5 SWZ określony w SWZ rzeczowy zakres przedmiotu zamówienia oraz postanowienia wynikające ze wzoru umowy załączonego do SWZ stanowią podstawę do obliczenia cen jednostkowych oraz ceny łącznej wynikającej z oferty.

W swoim kosztorysie ofertowym w zakresie pozycji 3.1 (D-07.02.01) obejmującej konstrukcje wsporcze - słupki wykonawca (...) zaoferował 40 sztuk po słupków po 181 zł 00 gr każdy. Razem cena za 40 sztuk słupków wyniosła 7 272 zł 00 gr netto. Natomiast w zakresie pozycji 3.1a (D-07.02.01) obejmującej konstrukcje wsporcze - słupki z wysięgnikiem wykonawca (...) zaoferował 40 sztuk słupków z wysięgnikiem po 0 zł 00 zł każdy. Razem



cena za 40 słupków z wysięgnikiem wyniosła 0 zł 00 gr netto. W dalszym toku postępowania wykonawca wskazywał, że umieszczenie w wymienionej pozycji kosztorysu wartości „0” stanowiło niezamierzoną omyłkę, które może zostać sprostowana poprzez uzupełnienie kosztorysu w tej pozycji o analogiczną kwotę wymienioną w pozycji 3.1. Z powyższym nie sposób się zgodzić. Wbrew stanowisku skarżącego, w przedmiotowych okolicznościach Zamawiający nie był uprawniony do sprostowania powyższego uchybienia w sugerowany sposób.

W ocenie Sądu Okręgowego, należy mieć na uwadze, że Zamawiający może sprostować jedynie takie omyłki oferty, które są łatwo weryfikowalne i można je zidentyfikować na podstawie pozostałych dokumentów składających się na treść oferty, a nadto do których stwierdzenia nie są konieczne jakieś szczególne badania czy też czynienie dodatkowych ustaleń. Zamawiający musi wiedzieć, w jaki sposób ma dokonać poprawienia takiej omyłki, a wiedza ta powinna mieć oparcie w treści oferty. W niniejszej sprawie powyższe przesłanki nie zostały zaś spełnione. Analiza treści oferty skarżącego nie dawała podstaw do uznania, że Zamawiający mógł samodzielnie, w oparciu o dane przedstawione w ofercie, dokonać sprostowania wartości przedstawionej przez wykonawcę w pozycji 3.1a kosztorysu. Wartość, jaką (...) proponuje, aby została wpisana w poz. 3.1a (7272, 00 zł), w żadnej mierze w sposób obiektywny nie wynikała z treści oferty. Wręcz przeciwnie, okoliczności przedmiotowej sprawy, a przede wszystkim wskazanie w kosztorysie ofertowym (na wniosek samych wykonawców) dwóch różnych pozycji (osobno dla słupków, osobno dla słupków z wysięgnikiem), a ponadto dane dostępne w ogólnodostępnych katalogach (np. (...)), czy też logika i doświadczenie życiowe wskazują, że cena poz. 3.1 i 3.1a powinna być różna. Z treści wyjaśnień skarżącego nie sposób też wywieść, na jakiej podstawie faktycznej przyjął on, że możliwa jest taka sama wycena słupków z wysięgnikiem, jak słupków bez wysięgnika, w sytuacji gdy powszechnie wiadomo, że cena obu rodzajów słupków różni się. Na żadnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego skarżący nie przedstawił Zamawiającemu danych, które umożliwiłyby poczynienie jakichkolwiek ustaleń w tym zakresie. Zaś podkreślić należy, że Zamawiający w tym zakresie nie był uprawniony do wykonania samodzielnej wyceny pozycji 3.1a kosztorysu, bądź prowadzenia w tym przedmiocie dalszych rozmów (negocjacji) z wykonawcą. W ocenie Sądu, w stanie faktycznym analizowanej sprawy poprawa zaistniałego błędu na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp nie byłaby możliwa w oparciu o treść samej oferty, bez podjęcia niedopuszczalnych negocjacji z wykonawcą (zob. wyrok TS z 7.04.2016 r., C-324/14, (...) v. (...), EU:C:2016:214; wyrok TS z 10.10.2013 r., C-336/12, (...)v. (...) A/S, EU:C:2013:647;

wyrok TS z 29.03.2012 r., C-599/10, (...) v. (...), EU:C:2012:191). Niezależnie od powyższego stwierdzić należy, że odwołujący nie wykazał braku istotności niezgodności treści jego oferty z treścią dokumentów postępowania, co jest warunkiem dokonania poprawienia omyłki na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W skardze (...) sp. z o.o. nie podniósł żadnej argumentacji w tym zakresie, takie wyjaśnienia (ograniczające się do wyliczeń matematycznych) zostały przedstawione wyłącznie w toku postępowania przed Zamawiającym.

W konsekwencji, w ocenie Sądu Okręgowego, wbrew stanowisku skarżącego w niniejszej sprawie nie zaistniały przesłanki do sanowania uchybienia treści oferty wykonawcy w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zarzuty skargi w tym przedmiocie nie zasługiwały zatem na uwzględnienie również z przyczyn merytorycznych. Na marginesie dodać należy, że zarzuty te miały błędną konstrukcję. Jak wiadomo, skargę w niniejszej sprawie wnosi się na orzeczenie KIO. Przedmiotem oceny Sądu Okręgowego są więc wyłącznie czynności dokonane przez Izbę, nie zaś Zamawiającego. Powołany przepis art. 223 ust. 1 Pzp odnosi się zaś do czynności Zamawiającego, wobec czego nie może stanowić on samodzielnej podstawy zarzutu w postępowaniu skargowym.

W rezultacie powyższego na uwzględnienie nie zasługiwały również pozostałe zarzuty skargi. Zauważyć bowiem należy, że skarżący konstruując zarzuty skargi, w przeważającej mierze, oparł je na zasadności zarzutów odnoszących się do możliwości zastosowania w sprawie trybu z art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp. Tym samym, rozpatrzenie dalszych zarzutów postawionych przez (...) możliwe było wyłącznie przy uprzedniej akceptacji możliwości rozpatrzenia zarzutu naruszenia art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp. Przy braku takiej aprobaty ze strony Sądu, zarzuty te pozostawały zatem irrelevantne dla rozpoznania sprawy. Niemniej jednak Sąd Okręgowy, dokonując ich ogólnej oceny, uznał je za bezpodstawne również co do zasady.

W szczególności, wbrew zarzutom zawartym w skardze, Krajowa Izba Odwoławcza dokonała prawidłowej oceny przedstawionego i powoływanego w toku postępowania materiału dowodowego, a także rozpoznała istotę sprawy. Zauważyć należy, iż rozpoznając odwołanie Izba ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału (art. 542 ust. 1 ustawy nPzp). W niniejszej sprawie Izba, wbrew twierdzeniom skarżącego, nie dokonała dowolnej i wybiórczej, lecz swobodnej i wszechstronnej oceny zgłoszonych dowodów. Izba w skarżonym wyroku prawidłowo ustaliła stan faktyczny, z którym skarżący w złożonej skardze co do zasady w ogóle nie polemizuje, ale wyłącznie w odmienny sposób dokonuje oceny

zgromadzonego materiału dowodowego. Dodać zaś należy, iż w ocenie Sądu sama nawet możliwość wywiedzenia z danego materiału dowodowego innych, niż wywodzi to skarżący wniosków, nie narusza jeszcze zasady swobodnej oceny dowodów i nie świadczy też jeszcze o braku logicznego powiązania przyjętych wniosków z zebrany materiał dowodowy. Skarżący nie wykazuje w skardze wystąpienia okoliczności mogących uzasadniać naruszenie zasady swobodnej oceny dowodów. Zaś Izba w wyniku prawidłowo przeprowadzonego postępowania dowodowego ustaliła wszystkie istotne dla rozstrzygnięcia sprawy okoliczności, które znajdowały odzwierciedlenie w całości materiału dowodowego. W szczególności, że Izba prawidłowo uznała, że w niniejszej sprawie oferta wykonawcy (...) podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp.

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Dla zastosowania ww. podstawy odrzucenia oferty konieczne jest stwierdzenie, że doszło do popełnienia przez wykonawcę tego rodzaju błędu, który skutkuje tym, iż cena podana w ofercie jest ceną nieprawidłową. Wymaga to zatem stwierdzenia, iż odmienność 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 (por. m. in. wyrok KIO z dnia 28 marca 2018 r., sygn. akt KIO 485/18). Z błędem w obliczeniu ceny będziemy mieć zatem do czynienia w sytuacji przyjęcia przez wykonawcę niewłaściwych danych, wynikających przykładowo z nieprawidłowego ustalenia stanu faktycznego, czy też określenia w ofercie nieprawidłowej stawki podatku VAT, jeżeli brak jest ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki (por. uchwała SN z dnia 20 października 2011 r. sygn. akt: III CZP 52/11 oraz III CZP 53/11).

Jak wskazano powyżej, wykonawca (...) w swoim kosztorysie w zakresie pozycji 3.1a (D-07.02.01) obejmującej konstrukcje wsporcze - słupki z wysięgnikiem wykonawca (...) zaoferował 40 sztuk słupków z wysięgnikiem po 0 zł 00 zł każdy. Razem cena za 40 słupków z wysięgnikiem wyniosła 0 zł 00 gr netto. Wobec czego, jego oferta nie wypełniała wymagań udzielenia wykonawcy zamówienia publicznego wskazanych w pkt 15.1 SWZ oraz pkt 15.2 SWZ. W omawianym stanie faktycznym omyłki w kosztorysach skutkowały jednocześnie obliczeniem cen w tych kwestionowanych pozycjach niezgodnie z wymogami SWZ, co skutkowało tym, że kalkulacja ceny oferty nie obejmowała całego przedmiotu zamówienia. Całości powyższych okoliczności uzasadniał zatem odrzucenie oferty wykonawcy (...) na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp.

Na marginesie należy dodać, że nietrafne okazały się również zarzuty naruszenia art. 17 ust. 1 oraz art. 16 Pzp. Sąd Okręgowy nie stwierdził, aby została naruszona którakolwiek z zasad prowadzenia postępowania w przedmiocie zamówienia publicznego. Trzeba podkreślić, że skarżący wbrew swojemu obowiązkowi procesowego nie podważył oceny materiału dowodowego w kontekście tych zasad, a tym samym nie wykazał, aby zostały one naruszone wskutek działania lub zaniechania Zamawiającego.

Podsumowując, należało uznać, że zarzuty skarżącego są wyłącznie polemiczne i opierają się na opozycyjnych twierdzeniach w stosunku do należyście ustalonego stanu sprawy przez Krajową Izbę Odwoławczą. Dlatego też Sąd Okręgowy nie znalazł przyczyn dyskwalifikujących zaskarżone orzeczenie. Skarga podlegała zatem oddaleniu.

Mając powyższe na uwadze, działając w granicach skargi i zaskarżenia, Sąd Okręgowy orzekł jak w wyroku i na podstawie art. 588 ust. 1 Pzp oddalił skargę.

O kosztach postępowania skargowego orzeczono na podstawie art. 98 k.p.c., art. 99 k.p.c. i art. 108 § 1 k.p.c. w zw. z art. 589 Pzp, stosownie do wyniku postępowania. Skarżący przegrał postępowanie skargowe w całości, dlatego też został obciążony kosztami procesu poniesionymi przez Przeciwnika skargi (Odwołującego) w całości. Odnośnie wysokości zasądzonych kosztów, Sąd Okręgowy uwzględnił treść § 14 ust. 2a pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz.U. 2015 r., poz. 1804 ze zm.) w brzmieniu obowiązującym w chwili wniesienia skargi, zasądzając je w wysokości 3.600 zł.

*Sylwia Paschke*

*Andrzej Kubica*

*Aleksandra Komór*