

Sygn. akt **XXIII Zs 121/22**

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 25 października 2022 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych w składzie:

Przewodniczący:	sędzia Monika Skalska
Protokolant:	sekr. sądowy Wernika Banach

po rozpoznaniu w dniu 12 października 2022 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

z udziałem:

zamawiającego Skarbu Państwa – (...) Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Z.

odwołującego: R. N.

uczestnika przystępującego po stronie zamawiającego: R. W.

ze skargi odwołującego od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w W.

z dnia 27 lipca 2022 r., sygn. akt KIO 1820/22

I. oddala skargę;

II. zasądza od R. N. na rzecz Skarbu Państwa – (...) Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Z. 5400 zł (pięć tysięcy czterysta złotych) tytułem kosztów postępowania skargowego.

Monika Skalska

## UZASADNIENIE

Zamawiający Skarb Państwa – (...) Wojskowy Oddział Gospodarczy w Z. – prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są roboty budowlane: 1. Roboty budowlane w budynku nr (...) C., 2. Roboty budowlane na placu przy budynku nr (...) C., 3. Remont budynku nr (...) w Z. skrzydło A, 4. Roboty budowlane – strzelnica garnizonowa Z., 5. Roboty budowlane – strzelnica garnizonowa W..

W dniu 20 maja 2022 roku doszło do otwarcia ofert.

Kosztorys ofertowy budowlany złożony przez R. N. został sporządzony w oparciu o różne ceny jednostkowe dla tych samych robót. Cena jednostkowa robót objętych pozycją nr 4 kosztorysu ofertowego to 1,27 zł/m<sup>2</sup> a cena jednostkowa tych samych robót objętych pozycją nr 50 to 3,89 zł/m<sup>2</sup>, pozycją nr 142 to 2,49 zł/m<sup>2</sup>.

Łączna ilość roboczogodzin w kosztorysie ofertowym budowlanym odwołującego dla części 3, zsumowana ze wszystkich pozycji Zestawienia Robocizny jest niż w kosztorysie ślepych zamieszczonym przez zamawiającego, stanowiącym załącznik do SWZ. W kosztorysie ślepych łączna ilość roboczogodzin to 12315,56, natomiast w kosztorysie ofertowym odwołującego to 12315,58. W ofercie odwołującego zmieniony został nakład „Woda z rurociągów”. W kosztorysie ślepych jest to ilość 15,17 m<sup>(3)</sup> przyjęta jako materiał inwestora, natomiast w kosztorysie ofertowym budowlanym odwołującego dla części 3 w zestawieniu materiałów przyjęto 14,96 m<sup>(3)</sup> jako materiał inwestora i 0,21 m<sup>(3)</sup> jako materiał odwołującego.

W dniu 14 czerwca 2022 roku zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej w części 2 i 3, tj. oferty odwołującego R. N..

Pismem z dnia 17 czerwca 2022 roku zamawiający zawiadomił wykonawców o unieważnieniu czynności wyboru z dnia 14 czerwca 2022 roku w części 2 i 3, wskazując, że w dniu 15 czerwca 2022 roku Komisja przetargowa uznała, iż czynność wyboru najkorzystniejszej oferty mogła być dokonana z pewnymi uchybieniami na etapie oceny oferty wybranego wykonawcy.

Żaden z wykonawców biorących udział w postępowaniu nie zaskarżył decyzji zamawiającego z dnia 17 czerwca 2022 roku w zakreślonym przez Prawo zamówień publicznych terminie.

Pismem z dnia 5 lipca 2022 roku zamawiający zawiadomił o ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej w części 3. Za najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez R. W.. W tym samym piśmie zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty odwołującego, wskazując, że kosztorys ofertowy budowlany skarżącego został sporządzony w oparciu o różne ceny jednostkowe dla tych samych robót i tak cena jednostkowa robót objętych pozycją nr 4 kosztorysu ofertowego to 1,27 zł/m<sup>2</sup> a cena jednostkowa tych samych robót objętych pozycją nr 50 to 3,89 zł/m<sup>2</sup>, pozycją nr 142 to 2,49 zł/m<sup>2</sup> co jest niezgodne z zapisami SWZ. Zamawiający podniósł, że stosując różne ceny jednostkowe dla tych samych robót brak jest możliwości rozliczenia powykonawczego robót ze względu na brak możliwości przyjęcia jednej ceny jednostkowej do rozliczenia robót. Powołał przy tym postanowienia SWZ, zgodnie z którymi:

#### Rozdział XVII:

- pkt. 3: „obliczona na podstawie przedmiaru robót – ślepego kosztorysu – załącznik nr 2 do SWZ, który należy załączyć do Formularza ofertowego (załącznik nr 1 do SWZ) cena za wykonanie przedmiotu umowy będzie traktowana w umowie, jako wynagrodzenie: kosztorysowe powykonawcze”
- pkt 5: „Wykonawca powinien obliczyć cenę oferty metodą kalkulacji szczegółowej w oparciu o ceny jednostkowe robót, zgodnie z powszechnie obowiązującymi zasadami kosztorysowania robót budowlanych, a także zgodnie z zakresem robót określonym w przedmiarze robót ślepych kosztorysie załącznik nr 2 do SWZ.
- pkt 10: „ceny jednostkowe netto ujęte w kosztorysie ofertowym Wykonawcy, jak również składniki cenotwórcze podane w kosztorysie ofertowym nie mogą być podwyższone w całym okresie obowiązywania umowy.”
- pkt 11: „cena powinna być tylko jedna; nie dopuszcza się wariantowości cen.”

Zgodnie z zapisami projektu Umowy § 4

20. Podstawą płatności jest cena jednostkowa skalkulowana przez Wykonawcę w kosztorysie ofertowym, za jednostkę obmiarową ustaloną dla danej pozycji kosztorysu.

21. wysokość wynagrodzenia wykonawcy określa się według cen jednostkowych z kosztorysu ofertowego oraz rzeczywiście wykonanych i odebranych robót. Ceny jednostkowe kosztorysu ofertowego mają charakter cen ryczałtowych (niezmiennych).

22. cena jednostkowa pozycji kosztorysowej uwzględnia wszystkie czynności, wymagania i badania składające się na jej wykonanie, określone dla tej roboty w Specyfikacji Technicznego Wykonania i Odbioru Robót zgodnie z załącznikiem nr 2a, 2b do umowy.

Zgodnie z rozdziałem XVII pkt 6 SWZ zmiana w ilościach określonych przez zamawiającego skutkować będzie odrzuceniem oferty: „Kosztorys powinien zawierać: stronę tytułową, przedmiar robót, kosztorys szczegółowy, tabele elementów scalonych oraz zestawienie materiałów, zestawienie robocizny, zestawienie robocizny, zestawienie sprzętu. Brak wypełnienia i określenia wartości w którejkolwiek pozycji jak i wprowadzenie jakichkolwiek zmian w ilościach określonych przez zamawiającego skutkować będzie odrzuceniem oferty.”

Ponadto zamawiający wskazał że łączna ilość roboczogodzin w kosztorysie ofertowym budowlanym wykonawcy dla części 3, zsumowana ze wszystkich pozycji Zestawienia Robocizny jest inna niż w kosztorysie ślepych zamieszczonym przez zamawiającego, stanowiący załącznik do SWZ, brak zaś wypełnienia i określenia którejkolwiek pozycji jak i wprowadzenie jakichkolwiek zmian w ilościach określonych przez zamawiającego zgodnie z SWZ skutkowało odrzuceniem oferty. Poza tym w ofercie wykonawcy zmieniony został nakład „Woda z rurociągów”. Zamawiający wskazał, że w tym zakresie oferta wykonawcy zostaje odrzucona w związku z niezgodnością treści oferty z warunkami zamówienia polegającą na niezgodności zobowiązania, które wykonawca wyraził w swojej ofercie i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, które zamawiający opisał w SWZ i którego przyjęcia oczekuje.

W dniu 11 lipca 2022 roku wykonawca R. N. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą (...) wniósł odwołanie wobec zawiadomienia o ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej w części 3 zarzucając zamawiającemu:

1) Niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego, polegającej na dokonaniu przez zamawiającego ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 5 lipca 2022 roku pod pozornymi zarzutami dotyczącymi kosztorysu ofertowego Odwołującego w części 3, który to winien, na podstawie art. 239 ust. 1 ustawy Pzp zostać wybrany z uwagi na kompletny, zgodny z przedmiotem zamówienia oraz SWZ kosztorys ofertowy, zapewniając przy tym najkorzystniejszą ofertę;

2) Niezgodnego z przepisami ustawy Pzp zastosowania art. 226 ust. 1 pkt. 5 oraz jego nadużycia i odrzucenia oferty odwołującego, przy czym odrzucenie oferty na podstawie tego przepisu może mieć miejsce wyłącznie w przypadku, kiedy treść oferty, rozumianej jako oświadczenie woli wykonawcy (zawartość merytoryczna oferty), nie odpowiada warunkom zamówienia opisanym lub określonym w dokumentach zamówienia w odniesieniu do przedmiotu zamówienia lub sposobu jego realizacji, co w żadnym wypadku nie ma miejsca w ofercie złożonej przez odwołującego, tym bardziej nie ma miejsca w pozornych zarzutach zamawiającego wskazanych w zawiadomieniu o ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej w części 3 z dnia 5 lipca 2022 roku;

3) Niezgodnego z przepisami ustawy Pzp zastosowania art. 253 ust.1 pkt 2) zgodnie z którym niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje jednocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone – podaje uzasadnienie faktyczne i prawne- zamawiający w zawiadomieniu z dnia 17 czerwca 2022 roku o unieważnieniu czynności wyboru z dnia 14 czerwca 2022 roku w części 2 i 3 jedynie lakonicznie uzasadnił unieważnienie czynności wyboru w żaden sposób nie dokonując uzasadnienia faktycznego i prawnego, a następnie zamawiający w piśmie z dnia 5 lipca 2022 roku nie dokonał uzasadnienia prawnego czynności odrzucenia oferty odwołującego;

4) Zaniechanie przez zamawiającego dokonania następującej czynności w przytoczonym powyżej postępowaniu, do której to zamawiający był obowiązany na podstawie art. 223 ust. 1, 2 i 3 pkt 3) ustawy Pzp, gdzie w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń, czego w przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie uczynił, a zgodnie z ugruntowaną linią orzeczniczą KIO w każdym przypadku powzięcia przez zamawiającego wątpliwości co do treści oferty lub w przypadku, gdy wątpliwości te obiektywnie występują, prawo żądania wyjaśnień staje się jego obowiązkiem;

5) Z uwagi na fakt, iż zarzuty zamawiającego miały marginalne znaczenie, w żadnym wypadku niepowodujące zmian w treści oferty, zamawiający winien poprawić ofertę oraz niezwłocznie zawiadomić o tym wykonawcę do czego zamawiający był obowiązany a czego nie uczynił (ewentualnie zamawiający zobowiązany był na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp do żądania złożenia wyjaśnień przez Wykonawcę)

Wskazując na powyższe zarzuty odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. b), unieważnienia czynności z dnia 5 lipca 2022 roku w przedmiocie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej oraz utrzymania decyzji z dnia 14 czerwca 2022 roku w przedmiocie wyboru oferty najkorzystniejszej lub, na podstawie art. 554 ust. 3 pkt. 1 lit. a) nakazanie zamawiającemu wykonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z zawiadomieniem o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 14 czerwca 2022 roku oraz o zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa prawnego.

Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 27 lipca 2022 roku wydanym w sprawie odwołania wniesionego przez wykonawcę R. N. w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Skarb Państwa – (...) Wojskowy Oddział Gospodarczy w Z. w pkt 1. Odrzuciła odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 253 ust. 1 pkt. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych poprzez lakoniczne uzasadnienie unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zawiadomieniu z dnia 17 czerwca 2022 roku, w pkt 2 w pozostałym zakresie oddaliła odwołanie, w pkt 3. Kosztami postępowania obciążyła wykonawcę R. N. i: 3.1 zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10000 zł uiszczoną przez wykonawcę R. N..

Izba zważyła, że w zakresie zarzutu naruszenia art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez lakoniczne uzasadnienie unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zawiadomieniu z dnia 17 czerwca 2022 roku podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp, zaś w pozostałym zakresie odwołanie podlega oddaleniu.

Izba wskazała, iż odwołanie wnosi się w terminach określonych w art. 515 ust. 1 pkt 2 Pzp. Informacja z dnia 17 czerwca 2022 roku została przekazana wykonawcom drogą elektroniczną, zatem termin na jej zaskarżenie wynosił 5 dni i upływał w dniu 22 czerwca 2022 roku. Zaskarżenie czynności w odwołaniu wniesionym w dniu 11 lipca 2022 roku należało uznać za spóźnione i podlegające odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp.

Za niezasadniony Izba uznała zarzut niezgodnego z przepisami ustawy Pzp zastosowania art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp, gdyż po przeanalizowaniu zawiadomienia z dnia 5 lipca 2022 roku, stwierdziła, że zawiadomienie to zawiera zarówno wskazanie podstawy prawnej odrzucenia oferty odwołującego (art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp), jak również uzasadnienie, dlaczego zamawiający przyjął wskazany przepis za podstawę odrzucenia oferty. Okoliczność, że zamawiający nie wyodrębnił w treści zawiadomienia fragmentu tekstu i nie opatrzył go śródtytułem „uzasadnienie prawne” nie oznacza, że uzasadnienie takie nie zostało wskazane, skoro fakt jego zamieszczenia wynika wprost z treści pisma.

Izba uznała za niezasadniony zarzut niezgodnego z przepisami ustawy Pzp zastosowania art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oraz jego nadużycia i odrzucenia oferty odwołującego oraz skorelowany z nim zarzut zaniechania przez zamawiającego wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty i jej poprawienia na podstawie art. 223 ustawy Pzp, w zakresie sporządzenia kosztorysu ofertowego budowlanego odwołującego w oparciu o różne ceny jednostkowe dla tych samych robót.

Izba wskazała, że przepis art. 223 Pzp ma charakter wyjątku od zasady, iż złożona oferta od początku powinna odpowiadać w pełni SWZ (art. 218 ust.2 Pzp). Warunkiem skutecznej poprawy omyłki w ofercie odwołującego jest okoliczność, że dokonana poprawa nie może prowadzić do istotnej zmiany treści oferty. Ponadto, aby dokonać poprawienia innej omyłki w rozumieniu art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp, zamawiający musi mieć wiedzę, w jaki sposób omyłkę poprawić, a wiedza ta musi wynikać z zapisów SWZ oraz z treści oferty wykonawcy. Istota omyłki polega na tym, że jej zauważenie i uznanie, że dana treść została błędnie wpisana możliwe jest bez konieczności występowania do wykonawcy o informacje w tym zakresie. Ponadto musi istnieć wyłącznie jeden możliwy do samodzielnego ustalenia przez zamawiającego sposób poprawienia oferty. Zdaniem Izby, w rozpoznawanej sprawie, wskazane wyżej warunki

umożliwiający poprawienie oferty odwołującego nie zaistniały. Odwołujący w kosztorysie ofertowym zastosował trzy różne stawki w odniesieniu do tych samych robót. W ofercie odwołującego nie ma informacji, która pozwalałaby zamawiającemu na ustalenie, która z pozycji kosztorysu jest tą właściwą. Ustalenie tego przez zamawiającego byłoby niemożliwe bez uzyskania wyjaśnień od odwołującego. Uzyskanie zaś tego rodzaju informacji od odwołującego wykraczałoby poza dyspozycję art. 223 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp., zgodnie z którą niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 1 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Poprawienie oferty odwołującego po uprzednim złożeniu wyjaśnień przez odwołującego doprowadziłoby do istotnych zmian w jego ofercie, przede wszystkim z tego powodu, że informacje te miały stanowić podstawę rozliczenia powykonawczego robót. Wskazanie kilku stawek za te same roboty powoduje brak możliwości rozliczenia powykonawczego robót ze względu na brak możliwości przyjęcia jednej ceny jednostkowej do rozliczenia robót.

Tym samym KIO uznała, że zamawiający, nie dokonując poprawy oferty odwołującego i odrzucając jego ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, nie naruszył przepisów ustawy Pzp.

Izba uznała za słuszne co do zasady zarzuty podniesione na podstawie tych samych przepisów ustawy Pzp, co zarzut rozpoznany wyżej, a dotyczące zaniechania przez zamawiającego poprawienia oferty odwołującego w zakresie ilości roboczogodzin oraz nakładu „Woda z rurociągów”. W ocenie Izby zmiany te mieszczą się w dopuszczalnym zakresie zmian przewidzianych art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Są to zmiany tak nieistotne, że ich poprawienie nie doprowadziłoby do istotnych zmian w treści oferty – nie zniekształciłoby w znaczącym stopniu oświadczenia woli odwołującego. Co prawda, zamawiający w treści SWZ (rozdział XVII pkt 6) wskazał, że zmiana w ilościach określonych przez zamawiającego skutkować będzie odrzuceniem oferty, niemniej jednak – w ocenie Izby – zamawiający tym zapisem nie może wyłączyć stosowania bezwzględnie obowiązujących przepisów ustawy pzp, w tym art. 223 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp i zastosować go każdorazowo, gdy okoliczność przewidziana tym zapisem będzie miała miejsce.

Niemniej jednak Izba wskazała, że uznanie słuszności zarzutów nie zawsze jest równoznaczne z ich uwzględnieniem. Zgodnie bowiem z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Izba uwzględni 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. W rozpoznawanym wypadku oferta odwołującego podlegała odrzuceniu z uwagi na wskazanie w kosztorysie ofertowym różnych cen jednostkowych dla tych samych robót. Uwzględnienie zarzutów dotyczących ilości roboczogodzin i nakładu „Woda z rurociągów” nie zmieniłoby statusu oferty odwołującego w postępowaniu i nie miałyby wpływu na wynik postępowania. Zatem zarzuty te, na podstawie art. 554 ust 1 pkt 1 ustawy pzp (a contrario) podlegały oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 575 Pzp, stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania.

R. N. wniósł skargę na powyższy wyrok Krajowej Izby Odwoławczej zaskarżając go w części pkt 2) i 3), zarzucając mu:

1) Niezgodną z przepisami ustawy Pzp czynność zamawiającego, polegającej na dokonaniu przez zamawiającego ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 5 lipca 2022 roku pod pozornymi zarzutami dotyczącymi kosztorysu ofertowego odwołującego w części 3, który to winien na podstawie art. 239 ust. 1 ustawy Pzp zostać wybrany z uwagi na kompletny, zgodny z przedmiotem zamówienia oraz SWZ kosztorys ofertowy, zapewniając przy tym najkorzystniejszą ofertę, przy czym wyrokiem z dnia 27 lipca 2022 roku KIO uznała słuszność dwóch z trzech zarzutów skarżącego, tj. w zakresie ilości roboczogodzin oraz nakładu „woda z rurociągów” jako mieszczących się w dopuszczalnym zakresie zmian przewidzianych w art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, wskazując jednocześnie za podstawę oddalenia odwołania zasadność odrzucenia oferty skarżącego z uwagi na wskazanie w kosztorysie ofertowym różnych cen jednostkowych dla tych samych robót (trzeci zarzut);

2) Niezgodnego z przepisami ustawy Pzp zastosowania art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 223 ust. 1 oraz jego nadużycia i odrzucenia oferty skarżącego, przy czym odrzucenie oferty na podstawie tego przepisu może mieć miejsce wyłącznie w przypadku, kiedy treść oferty, rozumianej jako oświadczenie woli wykonawcy (zawartość merytoryczna oferty), nie odpowiada warunkom zamówienia opisanym lub określonym w dokumentach zamówienia w odniesieniu do przedmiotu zamówienia lub sposobu jego realizacji, co w żadnym wypadku nie ma miejsce w ofercie złożonej przez Skarżącego, tym bardziej z uwagi na fakt, iż wyrokiem z dnia 27 lipca 2022 roku KIO uznała słuszność dwóch z trzech zarzutów skarżącego, tj. w zakresie ilości roboczogodzin oraz nakładu „woda z rurociągów” jako mieszczących się w dopuszczalnym zakresie zmian przewidzianych w art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, wskazując jednocześnie za podstawę oddalenia odwołania zasadność odrzucenia oferty skarżącego z uwagi na wskazanie w kosztorysie ofertowym różnych cen jednostkowych dla tych samych robót (trzeci zarzut), która ta podstawa nie może stanowić o odrzuceniu oferty z uwagi na prawidłowość złożonej oferty zgodnie z wymaganiami zamawiającego określonymi w SWZ, w których to brak jest warunku wskazania identycznej ceny jednostkowej dla danego rodzaju robót przez wykonawcę, tym bardziej brak jest okoliczności uniemożliwiających wskazanie konkretnej ceny jednostkowej dla danego rodzaju robót w konkretnym pomieszczeniu, jak również dokonania rozliczenia powykonawczego robót;

3) Nieprawidłowe ustalenie stanu faktycznego polegające na wskazaniu, iż skarżący w kosztorysie ofertowym zastosował trzy różne stawki w odniesieniu do tych samych robót, gdzie w ofercie skarżącego nie ma informacji, które pozwalałyby zamawiającemu na ustalenie, która z pozycji kosztorysu jest tą właściwą, a tym samym brak możliwości uzyskania informacji, które miały stanowić podstawę rozliczenia powykonawczego robót, podczas gdy skarżący wskazuje, iż:

a) SWZ nie przewidywał warunku wskazania identycznej ceny jednostkowej dla danego rodzaju robót, wobec czego skarżący zastosował ceny jednostkowe konkretnych robót w odniesieniu do konkretnych pomieszczeń, przy uwzględnieniu konkretnych nakładów niezbędnych do wykonania określonych działań,

b) Ceny jednostkowe wskazane w kosztorysie ofertowym zostały wskazane poprawnie – zgodnie z SWZ, przy uwzględnieniu art. 3 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 roku o informowaniu o cenach towarów i usług oraz zgodnie z ugruntowaną linią orzecniczą KIO – wyrok KIO z dnia 29 listopada 2018 roku, sygn. akt KIO 2337/18, wobec czego zarzut zamawiającego, skutkujący odrzuceniem oferty skarżącego jest pozorny i nieuzasadniony,

c) KIO błędnie uznało, iż w ofercie skarżącego brak jest możliwości ustalenia przez zamawiającego, która z pozycji kosztorysu jest tą właściwą dot. Pozycji nr 4, 50 i 142 kosztorysu ofertowego, przy czym stwierdzenie to jest w całości błędne z uwagi na fakt, iż skarżący wskazał konkretną cenę jednostkową danego rodzaju robót dla danego pomieszczenia tj. dla pozycji nr 4 cena jednostkowa dotyczyła pomieszczenia nr 1, dla pozycji nr 50 cena jednostkowa dotyczyła pomieszczenia nr 2, dla pozycji nr 142 cena jednostkowa dotyczyła pomieszczenia nr 4, co w sposób jasny i konkretny wynika z kosztorysu ofertowego, wobec czego nie ma jakichkolwiek logicznych przeciwwskazań do ustalenia przez zamawiającego właściwej pozycji kosztorysu dla danego pomieszczenia i konkretnej ceny jednostkowej,

d) KIO błędnie uznało, iż w ofercie skarżącego brak jest możliwości ustalenia przez zamawiającego, która z pozycji kosztorysu jest tą właściwą dot. pozycji nr 4, 50 i 142 kosztorysu ofertowego, przy czym uzyskanie tych informacji przez zamawiającego byłoby niemożliwe bez uzyskania wyjaśnień od skarżącego, a tym samym naruszałoby to art. 223 ust. 1 zdanie drugie Pzp, zgodnie z którym niedopuszczalne jest prowadzenie między wykonawcą a zamawiającym negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187 dokonanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści, podczas gdy skarżący wskazał konkretną cenę jednostkową danego rodzaju robót dla danego pomieszczenia tj. dla pozycji nr 4 cena jednostkowa dotyczyła pomieszczenia nr 1, dla pozycji nr 50 cena jednostkowa dotyczyła pomieszczenia nr 2, dla pozycji nr 142 cena jednostkowa dotyczyła pomieszczenia nr 4, co w sposób jasny i konkretny wynika z kosztorysu ofertowego, nawet przy uzyskaniu wyjaśnień przez zamawiającego od skarżącego nie byłoby żadnego elementu negocjacji oferty z uwagi na fakt, iż informacje dotyczące ceny jednostkowej robót na danego i konkretnego pomieszczenia wskazane są w kosztorysie ofertowym i w związku z powyższym w żadnym wypadku nie ma mowy o jakiegokolwiek zmianie w jej treści – za zarzutem pkt 2 lit.b,

e) KIO błędnie założyło, iż poprawienie oferty skarżącego po uprzednim złożeniu wyjaśnień przez skarżącego doprowadziłoby do istotnych zmian w jego ofercie, przede wszystkim z tego powodu, że informacje te miały stanowić podstawę rozliczenia powykonawczego robót oraz, że wskazanie kilku stawek za te same roboty powoduje brak możliwości rozliczenia powykonawczego robót ze względu na brak możliwości przyjęcia jednej ceny jednostkowej do rozliczenia robót, podczas gdy SWZ nie przewidywał warunku wskazania identycznej ceny jednostkowej dla danego rodzaju robót, wobec czego skarżący zastosował ceny jednostkowe konkretnych robót w odniesieniu do konkretnych pomieszczeń, przy uwzględnieniu konkretnych nakładów niezbędnych do wykonania określonych działań wobec czego nie ziszczyły się przesłanki uniemożliwiające rozliczenie powykonawcze robót, KIO przyjęło hipotetyczną sytuację w postaci poprawienia oferty skarżącego podczas gdy do poprawienia oferty nie dochodzi z uwagi na wskazanie przez skarżącego konkretnej ceny jednostkowej danego rodzaju robót dla danego pomieszczenia tj. dla pozycji nr 4 cena jednostkowa dotyczyła pomieszczenia nr 1, dla pozycji nr 50 cena jednostkowa dotyczyła pomieszczenia nr 2, dla pozycji nr 142 cena jednostkowa dotyczyła pomieszczenia nr 4, co skutkuje bezproblemową możliwością rozliczenia powykonawczego robót – brak jest jakiegokolwiek elementu negocjacyjnego czy warunkowości ceny jednostkowej, co implikuje stwierdzenie, że KIO nieprawidłowo rozpoznało stan faktyczny przedmiotowej sprawy, przyjmując powyższe za podstawę do oddalenia odwołania, podczas gdy przesłanki do oddalenia odwołania nie zachodziły, w części uzasadnienia KIO przyjęło hipotetyczny stan faktyczny, który się nie ziszczył – samym nie może stanowić podstawy orzekania, KIO pominęło fakt, iż skarżący złożył ofertę poprawnie – zgodnie z przepisami Pzp, SWZ, ustawy o informowaniu o cenach towarów i usług.

Wskazując na powyższe zarzuty skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w części pkt 2) i 3) oraz orzeczenie co do istoty sprawy poprzez uwzględnienie odwołania w całości przy uwzględnieniu powyższych zarzutów oraz zarzutów uwzględnionych w wyroku KIO – zarzut pierwszy i drugi – i nakazanie zamawiającemu, na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. b, unieważnienia czynności z dnia 5 lipca 2022 roku w przedmiocie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej oraz utrzymania decyzji z dnia 14 czerwca 2022 roku w przedmiocie wyboru oferty najkorzystniejszej tj. oferty skarżącego lub, na podstawie art. 554 ust. 3 pkt. 1 lit. a) nakazanie zamawiającemu wykonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z zawiadomieniem o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 14 czerwca 2022 roku tj. wyboru oferty skarżącego.

Na wypadek zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego przed dniem wydania orzeczenia kończącego postępowanie w niniejszej sprawie, jeżeli umowa zostanie zawarta w okolicznościach dopuszczonych w przepisach ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych, na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 3) w zw. z art. 588 ust. 2 Pzp skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i stwierdzenie naruszenia przepisów ustawy.

Ponadto skarżący wniósł o rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego zgodnie z art. 575 pzp w zw. z art. 589 ust. 2 Pzp poprzez zasądzenie od zamawiającego na rzecz skarżącego zwrotu kosztów postępowania skargowego za obie instancje, w tym kosztów zastępstwa procesowego wg norm przepisanych.

W odpowiedzi na skargę zamawiający wniósł o oddalenie skargi w całości jako bezzasadnej i zasądzenie kosztów postępowania skargowego od skarżącego na rzecz zamawiającego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm prawem przepisanych.

Uczestnik R. W. – przystępujący po stronie zamawiającego wniósł o oddalenie skargi w całości i zasądzenie kosztów postępowania skargowego według norm przepisanych.

Na rozprawie w dniu 12 października 2022 roku wobec podania przez zamawiającego informacji, że umowa została zawarta i jest realizowana, Skarżący wniósł o stwierdzenie naruszenia art. 226 ust. 1 pkt. 5 pzp w zw. z art. 239 i art. 253 Pzp.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Na podstawie art. 15zsz<sup>1</sup> pkt 4 ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych w brzmieniu nadanym z dniem 3 lipca 2021 r. sprawa podlegała rozpoznaniu przez Sąd odwoławczy w składzie 1-osobowym.

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. 579 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych znajduje odpowiednie zastosowanie również w postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi) ograniczył się do przedstawienia jedynie wyjaśnienia podstawy prawnej wyroku z przytoczeniem przepisów prawa.

W ocenie Sądu Okręgowego, skarga nie zasługiwała na uwzględnienie.

Na wstępie wskazać należy, że w toku sprawy zawarta została umowa pomiędzy wykonawcą R. W. a Zamawiającym o udzielenie zamówienia publicznego. W tym zakresie podnieść należy, że zgodnie z art. 554 ust. 3 pkt 2-3 nPzp, 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 uwzględnienia odwołania od czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w takich warunkach w jakich miało to miejsce w przedmiotowej sprawie.

Zgodnie z art. 581 Pzp skarga powinna czynić zadość wymaganiom przewidzianym dla pisma procesowego oraz zawierać oznaczenie zaskarżonego orzeczenia, przytoczenie zarzutów, zwięzłe ich uzasadnienie, wskazanie dowodów, a także wnioski o uchylenie orzeczenia lub o zmianę orzeczenia w całości lub w części. Zgodnie z art. 579 ust. 2 Pzp w postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi stosuje się odpowiednio przepisy k.p.c. o apelacji, jeżeli przepisy rozdziału trzeciego, regulującego skargę do sądu nie stanowią inaczej. Oznacza to, że odpowiednie zastosowanie dotyczyć może przepisów objętych rozdziałem pierwszym działu V, tytułu VI księgi pierwszej k.p.c.

Rozpoznając skargę Sąd Okręgowy bada, czy spełnia ona wymogi przewidziane dla pisma procesowego, jakim jest apelacja, tj. m.in., czy zawiera wniosek o zmianę lub o uchylenie wyroku z zaznaczeniem zakresu żądanej zmiany lub uchylenia. Zgodnie zaś z art. 582 Pzp w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi nie można rozszerzyć żądania odwołania ani występować z nowymi żądaniami. Należy zauważyć, że zawarty ww. przepisie zakaz rozszerzania żądania odwołania lub występowania z nowymi żądaniami ma charakter bezwzględny. W postępowaniu apelacyjnym również nie można rozszerzyć żądania pozwu ani występować z nowymi roszczeniami. Jednak w razie zmiany okoliczności można żądać zamiast pierwotnego przedmiotu sporu jego wartości lub innego przedmiotu, a w sprawach o świadczenie powtarzające się można nadto rozszerzyć żądanie pozwu o świadczenia za dalsze okresy (art. 383 k.p.c.). Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 8 grudnia 2016 r. (I CSK 19/16), ponieważ przepisy rozdziału trzeciego Pzp nie regulują problemu zmiany okoliczności sprawy zaistniałych po wydaniu wyroku przez Izbę i jej wpływu na postępowanie zainicjowane skargą, koniecznym jest w przypadku zaistnienia takiej zmiany sięgnięcie do art. 383 k.p.c. Mając na względzie powyższe orzeczenie, jak i zbieżne z nim poglądy doktryny przyjąć należy, że na skutek zmiany okoliczności faktycznych możliwa jest zmiana wniosku skargi w zakresie żądania wydania jednego z rozstrzygnięć, o których mowa w art. 588 ust. 2 i 3 w zw. z art. 554 ust. 1-3 nPzp. W przypadku bowiem, kiedy umowa zostanie zawarta po ogłoszeniu wyroku przez Izbę a po wniesieniu skargi (czyli w okolicznościach dopuszczonych w Pzp), sąd rozpoznający sprawę w postępowaniu skargowym może – w przypadku uznania jej zasadności – stwierdzić jedynie naruszenie przepisów Pzp (Komentarz do art. 582 Pzp, red. Jaworska 2021, wyd. 2/M. Jaworska, Legalis 2021).



W konsekwencji, po powzięciu informacji o zawarciu umowy strona skarżąca winna była zmienić żądanie skargi, bądź chociażby wystąpić z żądaniami ewentualnymi, a także podnieść nowe zarzuty w zakresie tych żądań, podtrzymując skargę w zakresie zarzutów w niej opisanych. W niniejszym postępowaniu, strona skarżąca na rozprawie 12 października 2022 r. zmodyfikowała żądanie skargi w zakresie zmiany zaskarżonego wyroku KIO, uwzględniając nowe okoliczności. W związku z tym, w myśl art. 378 § 1 k.p.c. w zw. z art. 579 ust. 2 Pzp Sąd w postępowaniu skargowym rozpoznał sprawę w granicach skargi.

Rozpoznając skargę Sąd Okręgowy bada, czy spełnia ona wymogi przewidziane dla pisma procesowego, jakim jest apelacja, tj.m.in., czy zawiera wniosek o zmianę lub o uchylenie wyroku z zaznaczeniem zakresu żądanej zmiany lub uchylenia. Zgodnie zaś z art. 582 Pzp w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi nie można rozszerzyć żądania odwołania ani występować z nowymi żądaniami. Należy zauważyć, że zawarty ww. przepisie zakaz rozszerzania żądania odwołania lub występowania z nowymi żądaniami ma charakter bezwzględny. W postępowaniu apelacyjnym również nie można rozszerzyć żądania pozwu ani występować z nowymi roszczeniami. Nie można w związku z tym skutecznie dokonać modyfikacji poprzez „zastąpienie” dotychczasowych żądań innym żądaniem, nawet gdy wcześniej tych żądań było więcej, a w skardze pojawia się tylko jedno. Przesądzające bowiem jest kryterium „orzekania” o nim przez KIO. Jeśli nie było przedmiotem badania, analizy faktycznej i prawnej oraz rozstrzygnięcia Izby, nie może być poddane teraz tym samym czynnościom, dopiero przez Sąd Okręgowy, który stanowi drugą instancję, kontrolującą prawidłowość rozstrzygnięcia KIO. Nie sposób zaś poddać kontroli przedmiot sprawy, który nie był wcześniejszej rozstrzygnięty.

Odnosząc powyższe stanowisko do niniejszej sprawy, Sąd Okręgowy podziela stanowisko zamawiającego co do tego, że zarzut nr 3 ze skargi, tj. zarzut nieprawidłowego ustalenia stanu faktycznego polegającego na wskazaniu, iż skarżący w kosztorysie ofertowym zastosował trzy różne stawki w odniesieniu do tych samych robót, jest nowym zarzutem, którego nie było w treści odwołania. W odwołaniu bowiem skarżący nie podnosił, iż zamawiający bezpodstawnie przyjął, iż odwołujący zastosował trzy różne stawki w odniesieniu do tych samych robót. Zatem stosownie do treści art. 583 pzp SO nie mógł orzekać co do tego zarzutu.

Przechodząc do merytorycznej oceny pozostałych zarzutów skargi, zauważyć należy, że Sąd Okręgowy w całości podziela ustalenia faktyczne dokonane przez Krajową Izbę Odwoławczą w odniesieniu do zarzutów odwołania, jak i wywody 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, Krajowa Izba w sposób staranny, wyczerpujący i wszechstronny rozważyła wszystkie dowody przeprowadzone w toku rozprawy. 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. Żaden z zarzutów podniesionych w skardze okazał się zasadny.

W szczególności, wbrew zarzutom zawartym w skardze, Krajowa Izba Odwoławcza dokonała prawidłowej oceny przedstawionego i powoływanego w toku postępowania materiału dowodowego. Zauważyć tu bowiem 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, dokonała 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 materiałem dowodowym.

Niezasadny był zarzut naruszenia 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 223 ust. 1 pzp.

Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego winien złożyć ofertę zgodną pod względem treści w zakresie przedmiotu zamówienia z jego opisem zawartym w specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, jak również pod względem zgodnym z przedmiarem robót, co wynika z SWZ. Jak słusznie wskazywał w odpowiedzi na skargę zamawiający „treść oferty” to treść zobowiązania wykonawcy do zgodnego z żądaniami zamawiającego – wynikającymi z SWZ – wykonania przedmiotu zamówienia publicznego.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Definicja warunków zamówienia zawarta jest w art. 7 pkt 29) Pzp, zgodnie z którą przez warunki zamówienia należy rozumieć: warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na niezgodności zobowiązania, które Wykonawca wyraża w swojej ofercie i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, które Zamawiający opisał w SWZ i którego przyjęcia oczekuje. Niezgodność treści oferty z treścią SWZ ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami Zamawiającego.

Zgodzić należy się z Krajową Izbą Odwoławczą, że w kosztorysie ofertowym skarżący zastosował trzy różne stawki do tych samych robót. Jak wynika natomiast z treści pkt. 11 i 13 rozdziału XVII SWZ w powiązaniu z projektem umowy, w szczególności jej § 4 ust. 2 zamawiający jednoznacznie określił, że ceny nie mogą być wariantowe (pkt.11). Jeśli wykonawca po dokonaniu wizji lokalnej widział, iż za taki sam rodzaj robót konieczne jest wskazanie różnych cen z uwagi na różny nakład pracy konieczny do ich wykonania w zależności od pomieszczenia, w którym prace te mają być wykonane, to winien albo zadać pytanie do zamawiającego co do sposobu rozumienia ceny jednostkowej albo nawet zaskarżyć postanowienia SWZ. Tymczasem skarżący żadnej z takich czynności nie wykonał. W ofercie natomiast podał trzy różne ceny za taki sam rodzaj prac, co słusznie ocenione zostało przez zamawiającego jako złożenie oferty sprzecznej z SWZ. To zaś wyczerpywało przesłanki odrzucenia oferty określone w art. 226 pkt 5 Pzp, jako niezgodne z warunkami zamówienia. W ocenie Sądu Okręgowego postanowienia SWZ zakazujące stosowania cen wariantowych odnosić należało nie tylko do ceny ofertowej, ale także do cen jednostkowych robót, skoro SWZ posługiwał się sformułowaniem nie tylko ceny ofertowej, ale również cen jednostkowych, zaś postanowienie zakazujące wariantowości cen odnosiło się do „cen”, czyli do wszelkich cen zawartych w ofercie. Stwierdzone przez zamawiającego niezgodności nie dawały podstaw do uznania ich ani za oczywistą omyłkę pisarską, ani też omyłkę rachunkową, czy też inną omyłkę, którą w trybie przewidzianych przez ustawę Pzp można by sanować. Wariantowość cen za jednorodne prace, zostały wskazane w sposób jednoznaczny, niebudzący wątpliwości i nie wypełniają w ocenie Sądu Okręgowego przesłanek omyłki.

Jednocześnie zauważyć należy niekonsekwencję w stanowisku skarżącego. Z jednej strony wskazuje on bowiem, że cena w ofercie podana została przez niego jak najbardziej prawidłowo – z uwagi na pracochłonność w różnych pomieszczeniach, z drugiej zaś oczekuje na dokonania przez zamawiającego sprostowania jego oferty. Dla Sądu stanowisko to jest wewnętrznie sprzeczne – skoro bowiem oferta i podane w niej ceny są zgodne z SWZ, to dlaczego i w jakim zakresie miałyby zamawiający prostować ofertę skarżącego. Jednocześnie w ocenie SO przedstawione w ofercie przez Odwołującego wartości odbiegały od wymagań SWZ, ale w sposób jednoznaczny i właściwie określały intencje wykonawcy składającego ofertę. Nie dawało to zatem zamawiającemu prawa do zastosowania instrumentów określonych w art. 223 ust. 1, 2 i 3 pkt 3 ustawy Pzp. Przedstawione bowiem przez skarżącego wartości odbiegały wprawdzie od wymagań wskazanych w SWZ, niemniej jednak w sposób jednoznaczny i właściwie określały intencje odwołującego. Potwierdził to zresztą również skarżący na rozprawie przed Sądem wskazując na przyczyny podania różnych cen jednostkowych dla tych samych robót w zależności od pomieszczenia, w którym prace miały być wykonywane.

W każdym razie - wbrew twierdzeniom skarżącego - przedmiotowych sprzeczności zawartych w treści oferty wykonawcy nie sposób było uznać za zwykłe omyłki podlegające sprostowaniu przez zamawiającego w trybie

art. 223 ust. 3 Pzp. W pierwszej kolejności 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 zleca wykonawcy poprawienie innych omyłek polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. 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, jak słusznie przyjęła Krajowa Izba Odwoławcza, nie wystąpiły. Zauważyć należy, że przepis art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp odnosi się do poprawiania w ofercie innych omyłek, polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, a nie usuwaniu niezgodności tkwiących w samej ofercie.

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 (Zamawiającego) w całości. Odnośnie wysokości zasądzonych kosztów (ustalonych od wskazanej w skardze wartości przedmiotu zaskarżenia), Sąd Okręgowy uwzględnił treść § 2 pkt 7 w zw. z § 10 ust. 1 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, z uwzględnieniem 50% stawki minimalnej, biorąc pod uwagę wartość przedmiotu zaskarżenia (czyli wartość przedmiotu zamówienia). Sąd Okręgowy stoi na stanowisku, iż niniejsze postępowania należy do spraw cywilnych, do których zastosowanie mając ogólne przepisy dotyczące stawek zastępstwa procesowego.