



Mateusz Brzeziński

Partner w Kancelarii JBP Jarzyński Brzeziński Partners specjalizującej się w zamówieniach publicznych

Możliwość poprawienia omyłek w kosztorysie ofertowym przy wynagrodzeniu kosztorysowym

Nie ulega wątpliwości, że podstawowym elementem wynagrodzenia kosztorysowego jest to, że zamawiający ma zapłacić wykonawcy wynagrodzenie w oparciu o realnie wykonane roboty budowlane. Zatem, wynagrodzenie kosztorysowe różni się od wynagrodzenia ryczałtowego przede wszystkim tym, że w momencie zawierania umowy można jedynie określić przybliżone koszty oraz przedstawić podstawy rozliczenia się, natomiast wartość ostateczna wynagrodzenia zostanie ustalona dopiero po wykonaniu robót budowlanych. Stąd też, w przypadku błędów w przedkładanych kosztorysach ofertowych, a w szczególności w zakresie braków w określonych pozycjach kosztorysu, zamawiający zdecydowali się odrzucać oferty na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm., dalej zwana „PZP”). Należy jednak zadać pytanie – czy każdy błąd w kosztorysie w przypadku przewidzenia wynagrodzenia kosztorysowego winien stanowić przesłankę do odrzucenia oferty na podstawie ww. przepisu PZP?

Odrzucenie oferty

Zgodnie z treścią przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP, odrzuca się ofertę wykonawcy, jej treść nie odpowiada treści dokumentów zamówienia.

Przewidziane w przepisie art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP odrzucenie oferty skutkuje tym, że oferta ta zostaje wyeliminowana z postępowania, co w konsekwencji przekreśla szanse wykonawcy, który ją złożył, na uzyskanie zamówienia. Zatem tak istotna i brzemienna w skutki czynność zamawiającego, jaką jest odrzucenie oferty, w przypadku omawianego przepisu, może być podjęta wyłącznie wtedy, gdy zachodzi niewątpliwa i jednoznaczna niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Tym samym niezgodność ta musi wynikać wprost z postanowień SIWZ i nie może być domniemywana albo też wyinterpretowana z treści wyjaśnień składanych przez wykonawców w toku postępowania.

Zastosowanie dyspozycji przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, możliwe jest jedynie w przypadkach, gdy niezgodność treści oferty z SIWZ ma charakter zasadniczy i nieusuwalny, przy czym dotyczyć musi ona sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania deklarowanego w ofercie.

Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, „aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP [w nowej PZP – art. 226 ust. 1 pkt 5)

– przyp. autora] musi być możliwe uchwycenie na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami SIWZ” (wyrok KIO z dnia 22 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 1472/20).

Zatem, aby zamawiający mógł rzeczywiście skorzystać z przesłanki odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP, zamawiający jest zobowiązany wykazać, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ dotyczy tego, że zaoferowana dostawa, usługa, czy robota budowlana nie odpowiada opisanemu jasno i precyzyjnie przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego. Zatem uchwycenie, na czym konkretnie ma polegać ta „niezgodność” jest kluczowe dla możliwości odrzucenia oferty. Stąd zamawiający ma obowiązek każdorazowo oceniać, jakie wymagania postawił w dokumentacji postępowania, które nie zostały przez wykonawcę spełnione w zakresie opisanym przez zamawiającego w SIWZ.

Kosztorysy a odrzucenie oferty

Skoro zatem kosztorysy w przypadku przyjęcia wynagrodzenia kosztorysowego są

podstawą do określenia zarówno przedmiotu zamówienia (przyszłych robót budowlanych), jak i również określenia wynagrodzenia należnego wykonawcy, to ich odpowiednie i prawidłowe wypełnienie skutkuje, de facto, w ogóle możliwością ubiegania się o dane zamówienie publiczne. Jak wskazuje się bowiem w orzecznictwie KIO, „istotą kosztorysowego rozliczenia realizacji przedmiotu zamówienia jest wyliczenie ceny końcowej w oparciu o ilość faktycznie zrealizowanych prac oraz ceny jednostkowe poszczególnych rodzajów nakładów i prac. Mając wiedzę o takim rodzaju rozliczenia zadania wykonawcy musieli być świadomi, że ich obowiązkiem jest załączenie do oferty wszystkich cen jednostkowych dla nakładów i prac składających się na całość przedmiotu zamówienia. Tym samym pominięcie w kosztorysie ofertowym kosztorysu dotyczącego branży telekomunikacyjnej sporządzonego na podstawie odpowiedniego przedmiaru było równoznaczne z nieokreśleniem w ofercie cen jednostkowych dla tej branży” (wyrok KIO z dnia 16 lipca 2019 r., sygn. akt KIO 1224/19). W innym wyroku KIO podkreśliła, że „w związku z tym niezłożenie wraz z ofertą kosztorysu ofertowego szczegółowego, pomimo złożenia oświadczenia w formularzu ofertowym, że taki kosztorys jest składany, jest brakiem merytorycznym oferty, chodzi bowiem o element oświadczenia woli wykonawcy, który na etapie oceny ofert pozwala na weryfikację przez Zamawiającego oferty w zakresie spełnienia wymogów postawionych w SIWZ, co do sposobu zbudowania ceny oferty, obejmuje zobowiązanie do świadczenia i związanego z tym rozliczenia za wykonane roboty” (wyrok KIO z dnia 14 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1737/20).

Niemniej jednak, sytuacja wskazywana powyżej może być odnoszona do nieprzedłożenia jednego lub kilku kosztorysów razem z ofertą. W takiej sytuacji zamawiający rzeczywiście nie jest pewny, czy wykonawca zamierza w ogóle zrealizować przedmiot zamówienia, co do którego nie przedłożył wymaganych kosztorysów. Czy zamawiający zobowiązany jest odrzucić ofertę na tej samej podstawie w przypadku, gdyby wykonawca przedłożył kosztorysy, jednak gdyby zawierały one błędy lub omyłki?

Jak wskazuje się w orzecznictwie KIO, „często spotykaną przy robotach budowlanych



i wymaganiu w postępowaniu, złożenia kosztorysu opracowanego na podstawie przedmiaru robót, jest pominięcie pewnych pozycji lub kwot, czy podanie kwoty 0 zł wartości jednostkowej. (...) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem „plastycznym” nie tylko pozwalającym, ale wręcz wymuszającym na zamawiającym podejmowanie różnego rodzaju czynności naprawczych, celem doprowadzenia stanu złożonych ofert, do stanu zgodności z wymaganiami SIWZ. Podkreślenia wymaga fakt, że zamawiający może odrzucić ofertę wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) PZP [w nowej PZP – art. 226 ust. 1 pkt 5) – przyp.

autora] jedynie w sytuacji ustalenia w sposób niebudzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w SIWZ celu, a oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści SIWZ wymaganiom (wyrok KIO 1327/09). Czynność odrzucenia ofert wykonawcy jest czynnością ostateczną i zastosowanie instytucji uregulowanej w art. 89 ust. 1 pkt 2) PZP [w nowej PZP – art. 226 ust. 1 pkt 5)] winno nastąpić dopiero po wyczerpaniu wszystkich dozwolonych prawem możliwości zmierzających do wyjaśnienia lub uzupełnienia oferty w celu ustalenia jej zgodności treścią SIWZ (wyrok Sądu Okręgowego w Białymstoku



z dnia 24 listopada 2010 r., w sygn. akt II Ca 803/10). (...) Niewłaściwe jest utożsamianie pominięcia wyceny danej pozycji kosztorysu z nieobjęciem treścią oświadczenia woli wykonawcy całego przedmiotu zamówienia. (...) Pominięcie pozycji poprzez jej niewycenienie wprost – oznacza tyle, że wykonawca jest zobowiązany wykonać zamówienie zgodnie z jego zakresem opisanym w projekcie budowlanym oraz specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót, przy czym nie będzie się za to należało odrębne wynagrodzenie. Dlatego też zdaniem Izby pominięcie w tym postępowaniu wyceny niektórych pozycji należy traktować, jak

wycenienie danej pozycji w kwocie 0,00 zł, bądź też, że wycena danej pozycji została ujęta w innych wycenionych pozycjach” (wyrok KIO z dnia 7 sierpnia 2014 r., sygn. akt 1515/14).

Jak podkreśla się w orzecznictwie KIO, „złożenie oferty – co do zasady – stanowi de facto zaakceptowanie przez wykonawcę jednostronnie określonych przez zamawiającego oczekiwań co do zaoferowanego przedmiotu zamówienia. Stąd jako zasadę należy przyjąć; że wykonawca podejmując decyzję o uczestnictwie w postępowaniu i złożeniu w nim oferty chce przez to uczynić zadość postawionym w postępowaniu wymaganiom, w szczególności co do przedmiotu zamówienia, aby oferta odpowiadała treści siwz. W konsekwencji – jeżeli jakieś konkretne okoliczności dobitnie nie wskazują, że jest inaczej – należy przyjąć założenie, zgodnie z którym wykonawcy składają oferty w dobrej wierze i na serio, a zatem z zamiarem zaoferowania świadczenia we wszystkich elementach zgodnego z wymaganiami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia. (...) Nie sposób zaakceptować stanowiska, że sam fakt złożenia oferty nie w pełni zgodnej z siwz jest dowodem woli złożenia przez wykonawcę oferty niezgodnej z siwz” (wyrok KIO z dnia 22 lipca 2015 r., sygn. akt KIO 1472/15).

Wydaje się zatem, że kluczowe dla zrozumienia, dlaczego decyzja podjęta przez zamawiającego mogłaby być niezgodna z PZP, jest wskazanie, że rolą wykonawcy jest wykazanie zamawiającemu, że brakujące pozycje zostały „ukryte” w innych pozycjach kosztorysu ofertowego – dzieje się tak czasami w przypadku użycia programów do kosztorysowania, gdzie pewne pozycje oraz zakres zostaje połączony przez sam program (np. kosztorys zostaje źle wczytany). W tożsamym położeniu znalazłby się również wykonawca, który wskazał realizację danej pozycji za 0,00 zł – o ile zamawiający nie zastrzeże konieczności zaoferowania cen o wartości wyższej niż ta kwota.

W celu wyjaśnienia jednak wszelkich wątpliwości oraz w celu wykazania, że świadczenie wykonawcy jest niezmiennione (w szczególności – w zakresie wykonywanych prac oraz ceny ofertowej), wykonawca może przedłożyć tożsame kosztorys, w którym „ukryte” brakujące pozycje zostały wycenione (na potrzeby kompletności kosztorysu) na 0,00 zł.

Co może, a w zasadzie powinien, zrobić zamawiający?

Zgodnie z treścią art. 223 ust. 2 pkt 3) PZP, Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Już sama konstrukcja tego przepisu wskazuje, że ustawodawca (a w ślad za nim powinien zamawiający) dopuścił sytuację, w których składana oferta nie będzie w pełni zgodna z SIWZ, a jednocześnie nie będzie automatycznie podlegała odrzuceniu z postępowania. Jak wskazuje się w doktrynie, „za inną omyłkę, w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP [w nowej PZP – art. 223 ust. 2 pkt 3) – przyp. autora], uważane są zarówno błędy w przygotowaniu oferty oraz odpowiednim, prawidłowym wyrażeniu jej treści popełnione przez wykonawcę, jak też pominięcia (np. wynikające z zapomnienia, błędnego rozumienia treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia) w wypełnieniu lub przedłożeniu wszystkich elementów oferty. Omyłki muszą mieć charakter przypadkowych, niezamierzonych błędów. W żadnym wypadku za omyłkę nie można przyjąć świadomego i celowego działania wykonawcy” (K. Szyszko, Kiedy poprawiać „inne omyłki”, *Zamówienia Publiczne*. Doradca, nr 9/2018).

Okoliczność, że zmiana ma dotyczyć elementów przedmiotowo istotnych umowy (essentialia negotii) lub elementów uznanych za istotne przez Zamawiającego, a nawet fakt, że skutkiem dokonanej poprawy miałyby być zmiana ceny oferty, nie stanowi okoliczności uniemożliwiających dokonanie poprawy na postawie art. 223 ust. 2 pkt 3) PZP. Ważne jest bowiem to, czy poprawienie omyłki w sposób istotny zmienia treść oferty w znaczeniu treści oświadczenia woli wykonawcy, a nie, czy tkwi w jej istotnych postanowieniach. Zamawiający jest zobowiązany poprawić omyłkę w szczególności wtedy, gdy sposób, w jaki ma być dokonana poprawa, wynika z innych elementów składających się na ofertę, przy czym nie jest wykluczone, że w pewnych okolicznościach poprawienie omyłki będzie miało miejsce po uzyskaniu od wykonawcy wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 PZP.

Ważne jest, aby zamawiający uzyskał od wykonawcy cały zestaw narzędzi, którymi mógł i powinien się posłużyć, w celu

ewentualnej poprawy oferty wykonawcy (zarówno w zakresie samych kosztorysów, jak i również w wyniku odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia treści oferty z przepisu art. 223 ust. 1 PZP). W wyroku z dnia 26 marca 2014 r., sygn. akt KIO 479/14, Krajowa Izba Odwoławcza zaznaczyła, że dla oceny istotności zmiany znaczenie ma rodzaj, zakres i charakter czynności dla stron, których dotyczy poprawa, a dla samej czynności poprawienia ma znaczenie realność poprawienia, co do zasady, możliwość poprawienia na podstawie treści oferty, w taki sposób, by poprawa nie stanowiła zmiany oświadczenia woli wykonawcy, a przede wszystkim, by zmiana nie była niedopuszczalną ingerencją zamawiającego w treść oferty, powodującą powstanie nowej treści oświadczenia woli wykonawcy, nie może też prowadzić do negocjacji między stronami ani modyfikacji istotnych części oferty.

Ponadto zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 listopada 2017 r. (sygn. akt KIO 2326/17) w zakresie objętym dyspozycją art. 223 ust. 2 pkt 3) PZP, zamawiający uprawniony jest do ingerencji w treść oferty pod warunkiem, że dokonane w ten sposób zmiany nie będą istotne. Do oceny czy niezgodność ta ma charakter istotny należy wziąć pod uwagę rodzaj popełnionej omyłki, przedmiot oraz zakres oferty złożonej przez wykonawcę.

Również w wyroku z dnia 22 lipca 2020 r. (sygn. akt KIO 1472/20) KIO wskazała, że „co do możliwości samodzielnego poprawienia przez zamawiającego omyłkowej niezgodności, bez udziału wykonawcy, w pierwszej kolejności należy zauważyć, że jest to wypracowana w orzecznictwie wskazówka zmierzająca do wytyczenia bezpiecznej granicy zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP [w nowej PZP – art. 223 ust. 2 pkt 3) – przyp. autora], gdyż przepis wprost takiej przesłanki nie formułuje. Niewątpliwie stosowanie jej w praktyce przez zamawiających eliminuje ryzyko naruszenia wynikającego z art. 87 ust. 1 PZP [w nowej PZP – art. 223 ust. 1 – przyp. autora] zakazu prowadzenia jakichkolwiek negocjacji z wykonawcą na temat złożonej oferty oraz gwarantuje zachowanie podstawowych zasad równego traktowania wykonawców i przestrzegania uczciwej konkurencji pomiędzy nimi. W ocenie Izby nie oznacza to jednak braku możliwości uprzedniego

zastosowania instytucji wezwania wykonawcy do wyjaśnienia treści złożonej oferty. Wręcz przeciwnie, skorzystanie przez zamawiającego z art. 87 ust. 1 PZP [w nowej PZP – art. 223 ust. 1 – przyp. autora] może być wręcz nieodzowne nie tylko dla oceny, czy doszło w ogóle do pomyłki, lecz również dla ustalenia w jaki sposób należałoby ją poprawić. Zdaniem składu orzekającego Izby należy tu odróżnić dopuszczalne skorzystanie z treści udzielonych przez wykonawcę wyjaśnień od niedopuszczalnej ingerencji wykonawcy. Skoro dopuszczalne jest wyjaśnienie treści złożonej oferty, dysponowanie przez zamawiającego wszystkimi niezbędnymi danymi do dokonania poprawienia omyłek bez ingerencji wykonawcy należy oceniać z uwzględnieniem informacji uzyskanych w wyniku wyjaśnień. Należy podkreślić, że z uwagi na <<nieoczywisty>> charakter <<innych omyłek>>, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP [w nowej PZP – art. 223 ust. 2 pkt 3) – przyp. autora], wezwanie do wyjaśnienia może służyć zarówno ustaleniu, czy i gdzie zostały one popełnione, a także czy i w jaki sposób mogą zostać poprawione. (...) W ocenie składu orzekającego w tej sprawie, z uwagi na znikomość zakresu zmiany treści oferty nie wymaga rozstrzygnięcia czy poprawienie w tym ostatnim zakresie sprowadza się jedynie do dodania informacji o ujęciu dodatkowych materiałów dla trzech pozycji kosztorysu (uzupełnienia zestawienia materiałów o nie). Na przeszkodzie poprawieniu tych pozycji bez zmiany ich wyceny nie stoi przypuszczenie – choćby było uzasadnione {a tak nie jest w tej sprawie – patrz powyżej poczynione ustalenia} – że Konsorcjum sporządzając ofertę przeoczyło w ogóle konieczność uwzględnienia tych materiałów. Biorąc pod uwagę stanowisko Odwołującego brak podstaw do przypuszczenia, że stanie się to powodem braku jego zgody na dokonanie poprawienia tej omyłki w sposób, który z pewnością był dostępny Zamawiającemu. Resumując, w ocenie składu orzekającego Izby z całokształtu złożonej przez Odwołującego oferty wynika wola zaoferowania realizacji całości zamówienia dotyczącego, a zatem nie było przeszkód do poprawienia tej oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP [w nowej PZP – art. 223 ust. 2 pkt 3) – przyp. autora] w sposób, który powinien być oczywisty dla Zamawiającego”.

W innym wyroku KIO (z dnia 13 kwietnia 2016 r., sygn. akt KIO 463/16) podkreśliła,



że „niezależnie od powyższego, Izba wzięła pod uwagę także okoliczność, że wartość tych elementów tj. końcówek kablowych oraz przewodów podłączeń wyrównawczych jest znikomą w stosunku do ceny oferty i wynosi zaledwie ok. 730 zł łącznie (ok. 300 zł końcówki kablowe oraz ok. 430 zł przewody połączeń wyrównawczych), co w ocenie Izby świadczy o tym, że nawet ich hipotetyczny brak nie powodowałby istotnych zmian w treści oferty. Izba nie stwierdziła także naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP [w nowej PZP – art. 223 ust. 2 pkt 3) – przyp. autora] przez dokonanie poprawienia omyłek w treści oferty S. Celem regulacji art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP [w nowej PZP – art. 223 ust. 2 pkt 3) – przyp. autora] – jak wynika z uzasadnienia rządowego projektu tej ustawy – było umożliwienie poprawiania błędów, które mogą pojawić się w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego. Z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wynika, że tryb poprawiania omyłek określony w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP



Wskazać w tym miejscu należy, że ewentualnie dokonana poprawa nie może zmieniać oświadczenia woli wykonawcy, który od początku powinien deklarować wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z SIWZ. Również sposób poprawy powinien być znany zamawiającemu. Ocena czy doszło do istotnych zmian oferty jest dokonywana bowiem z uwzględnieniem treści całej oferty i całego przedmiotu zamówienia, a nie jedynie wybranych elementów z niektórych pozycji kosztorysu ofertowego.

[w nowej PZP – art. 223 ust. 2 pkt 3) – przyp. autora] wykorzystywany jest bardzo często do korygowania właśnie nieprawidłowości w kosztorysach ofertowych. Poprawieniu podlegają wadliwie podane elementy kalkulacyjne, jednostki miary, opisy pozycji kosztorysowych, w tym ilości, wymiary – również takie, które mają wpływ na cenę oferty, ale nie powodują istotnych zmian w treści oferty. Oceny istotności zmian w treści oferty należy dokonywać w konkretnym stanie faktycznym, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i całość oferty”.

Wskazać w tym miejscu należy, że ewentualnie dokonana poprawa nie może zmieniać oświadczenia woli wykonawcy, który od początku powinien deklarować wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z SIWZ. Również sposób poprawy powinien być znany zamawiającemu. Ocena czy doszło do istotnych zmian oferty jest dokonywana bowiem z uwzględnieniem treści całej oferty i całego przedmiotu zamówienia, a nie jedynie wybranych elementów z niektórych pozycji kosztorysu ofertowego.

Powyższe jednoznacznie wskazuje, iż w pewnych okolicznościach będzie możliwe uznanie, iż ewentualnie dokonana przez zamawiającego poprawa omyłek w kosztorysie ofertowym wykonawcy nastąpiłaby zgodnie z art. 223 ust. 2 pkt 3) PZP.

Podsumowanie

Wskazać w tym miejscu należy, że celem wprowadzenia przepisów nakazujących zamawiającemu dokonanie poprawy oferty niezgodnej na skutek omyłki z SIWZ, która nie prowadzi do istotnych zmian w treści oferty, było dopuszczenie do oceny w postępowaniu także takich ofert, które zawierają różnego rodzaju drobne niedoskonałości, pod warunkiem, że nie prowadzi to do istotnej zmiany treści oferty, co jest oceniane z uwzględnieniem całości kształtu okoliczności danej sprawy, w tym rodzaju i charakteru poprawianych niezgodności z SIWZ, sposobu przeprowadzenia poprawy, a także konsekwencji zmian dla treści oferty. Nie każdy zatem „błąd” w zakresie kosztorysów powinien skutkować odrzuceniem oferty – należy dokładnie sprawdzić, czy jest możliwe poprawienie „błędu” jako omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3) PZP i na tej podstawie możliwe jest doprowadzenie do sytuacji, w której oferta wykonawcy będzie w całości zgodna z SIWZ. ■