

WYROK

z dnia 19 marca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**
Beata Konik
Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie **14 marca 2019 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **1 marca 2019 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, Krakowskie Zakłady Automatyki S.A. z siedzibą w Krakowie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Opracowanie projektów wykonawczych i wykonanie robót budowlanych na Stacji Świnoujście – Zadanie 2 w ramach projektu pn.: „Poprawa dostępu kolejowego do portów morskich w Szczecinie i Świnoujściu”* (nr postępowania IREZA5b-0816-01/18, 9090/IREZA5/23279/06767/18/P)

prowadzonym przez zamawiającego: **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego:

A.Copasa Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie; S.A. de Obras y Servicios Copasa z siedzibą w Ourense (Hiszpania); Aldesa Construcciones Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Aldesa Construcciones S.A. z siedzibą w Madrycie (Hiszpania), COALVI S.A. z siedzibą w Saragossie (Hiszpania) wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia

B.Torpol S.A. z siedzibą w Poznaniu

orzeka:

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania obciąża odwołujących Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie i Krakowskie Zakłady Automatyki S.A. z siedzibą w Krakowie wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia i:

- 1)zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołujących Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie i Krakowskie Zakłady Automatyki S.A. z siedzibą w Krakowie wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia** tytułem wpisu od odwołania,
- 2)zasądza od **odwołujących Strabagu sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie i Krakowskich Zakładów Automatyki S.A. z siedzibą w Krakowie wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia** na rzecz zamawiającego **PKP Polskich Linii Kolejowych S.A. z siedzibą w Warszawie** kwotę **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie**.

Uzasadnienie

Zamawiający PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp” lub „ppz”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane pn. *Opracowanie projektów wykonawczych i wykonanie robót budowlanych na Stacji Świnoujście – Zadanie 2 w ramach projektu pn.: „Poprawa dostępu kolejowego do portów morskich w Szczecinie i Świnoujściu”* (nr postępowania IREZA5b-0816-01/18, 9090/IREZA5/ 23279/06767/18/P).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 20 listopada 2018 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2018/S 223 pod poz. 511233.

Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

1 marca 2019 r. Odwołujący Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie i Krakowskie Zakłady Automatyki S.A. z siedzibą w Krakowie wspólnie ubiegający się o udzielenie powyższego zamówienia {dalej również: „Konsorcjum Strabag”} wnieśli w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od odrzucenia jego oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

- 1.Art. 89 ust. 1 pkt 2 – przez uznanie, że treść oferty Odwołującego jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia {dalej w uzasadnieniu również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}, bo złożony przez Odwołującego plik w formacie pdf o nazwie „Rozbicie Ceny Ofertowej” {dalej również w uzasadnieniu: „RCO”} nie może zostać prawidłowo zweryfikowany jako podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a tym samym uznać należy go za niezłożony, podczas gdy Odwołujący złożył w postępowaniu kompletną ofertę, a jej treść odpowiada treści specyfikacji.
- 2.Art. 89 ust 1 pkt 8 – przez uznanie, że oferta Odwołującego jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów, bo nie zawiera podpisanego dokumentu RCO, a (...) *brak tej części oferty stanowi zobowiązanie do Zamawiającego do odrzucenia oferty*, podczas gdy w ocenie Odwołującego nie ma odrębnych przepisów, na których podstawie można by uznać że niepodpisanie części oferty, jaką jest RCO, skutkuje uznaniem oferty za nieważną.
{a w konsekwencji:}
- 3.Art. 7 ust 1 – przez naruszenie zasady przejrzystości w wyniku nadania treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia innego znaczenie niż wynika to z jej literalnego brzmienia.
- 4.Art. 7 ust. 1 – przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego w sytuacji, gdy nie została

spełniona żadna z przesłanek jej odrzucenia opisanych w art. 89 pzp, co w konsekwencji powoduje nieuzasadnione różnicowanie sytuacji Odwołującego i pozostałych wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania powtórnej oceny ofert i uznania oferty Odwołującego za niepodlegającą odrzuceniu.

Odwołujący sprecyzował powyższe zarzuty przez podniesienie następujących okoliczności prawnych i faktycznych w uzasadnieniu odwołania.

{1.}

W odwołaniu przytoczono następujące postanowienia specyfikacji:

- pkt 1.3 pkt 19) *Terminy użyte w SIWZ mają następujące znaczenie: RCO Rozbicie Ceny Ofertowej – sporządzone zgodnie ze wzorem stanowiącym Tom IV niniejszej SIWZ*

- pkt 12 Opis sposobu przygotowania oferty:

Każdy wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę. (pkt. 12.1)

Ofertę należy przygotować ściśle według wymagań określonych w niniejszej SIWZ. (pkt 12.2.)

Oferta powinna być sporządzona w języku polskim z zachowaniem postaci elektronicznej pod rygorem nieważności, w formacie danych pdf i podpisana kwalifikowanym podpisem elektronicznym zgodnym z obowiązującymi przepisami prawa. (pkt 12.3)

- pkt 13 Opis sposobu obliczenia ceny:

Wykonawca musi dostarczyć wypełnione Rozbicie ceny ofertowej. Wykonawca musi wycenić wszystkie pozycje Rozbicia ceny ofertowej gdzie zarówno ceny jednostkowe jak i cena za daną pozycję jest podana z matematycznym zaokrągleniem do dwóch miejsc po przecinku. W przypadku wstawienia przez Wykonawcę w jakiegokolwiek pozycji Rozbicia ceny ofertowej (RCO) cyfry 0 lub w ogóle jej nie wypełnienia, pozycje takie będą uznawane za włączone do innych pozycji wypełnionego Rozbicia ceny ofertowej.

- pkt 14 Forma dokumentów:

Oferta oraz dokumenty i oświadczenia wskazane w pkt 15 IDW składane są w oryginale. Pozostałe dokumenty lub oświadczenia w postępowaniu składane są w oryginale lub elektronicznej kopii dokumentu. (pkt 14.1.4)

Ofertę oraz inne oświadczenia i dokumenty wymienione w pkt 15.1. IDW należy skompresować do jednego pliku archiwum (zip.). (pkt 14.2.3.)

Wykonawca jest zobowiązany do zaszyfrowania pliku o którym mowa w pkt 14.2.3 (pkt 14.2.4.)

Oferta oraz inne dokumenty i oświadczenia Wykonawcy lub innych podmiotów w postępowaniu muszą być podpisane przez osoby upoważnione do reprezentowania Wykonawcy lub innych podmiotów zgodnie z formą reprezentacji (...)

- pkt 15 Zawartość oferty: *Kompletny zaszyfrowany plik przesłany przez ePuap musi zawierać następujące dokumenty: a) Formularz ofertowy – wypełniony Załącznik nr 1 do IDW, (...) d) Rozbicie Ceny Ofertowej – sporządzone zgodnie z wzorem określonym w Tomie IV niniejszej SIWZ*

Odwołujący zwrócił przede wszystkim uwagę, że zarówno w ostatecznej, jak i pierwotnej wersji RCO, w przeciwieństwie do innych załączników, nie zamieszczono następującej informacji, która została dodana w wyniku modyfikacji SIWZ z 29 stycznia 2019 r.: *Dokument należy wypełnić elektronicznie i podpisać kwalifikowanym podpisem elektronicznym zgodnie z zapisami SIWZ TOM I.*

Odwołujący wywodził z powyżej przywołanych postanowień specyfikacji, że skoro wzór RCO zamieszczony w SIWZ, po pierwsze – był obowiązujący, po drugie – miał być wypełniony i wyceniony, po trzecie – dzięki jego wypełnieniu we wskazanych miejscach stawał się dokumentem „wycenionym” (wycenione były wszystkie pozycje narzucone w RCO przez Zamawiającego), po czwarte – w przeciwieństwie do innych dokumentów, których wzory przygotował Zamawiający, nie zawierał miejsca na podpis – oczekiwanie co do formy RCO wykraczające poza treść wynikającą z wymagań SIWZ jest nieuzasadnione i nadmierne, a w konsekwencji nie może korzystać z ochrony prawnej, jaką daje Zamawiającemu art. 89 ustawy pzp.

Dodatkowo Odwołujący przywołał orzecznictwo Izby wskazujące na konieczność literalnej wykładni postanowień SIWZ {w odwołaniu zacytowano fragmenty uzasadnień wyroków Izby wydanych: 28 maja 2010 r. sygn. akt KIO 868/10, 15 października 2015 r. sygn. akt KIO 2125/15, 13 lipca 2015 r. sygn. akt KIO 1358/15 i 16 lutego 2017 r. sygn. akt KIO 249/17}.

Odwołujący stwierdził, że wykładni SIWZ należy również dokonywać zgodnie z zasadami wyrażonymi w art. 65 Kodeksu cywilnego {dalej w uzasadnieniu również: „Kc” lub „kc”} – z uwzględnieniem specyfiki umowy w sprawie zamówienia publicznego, która ma charakter zbliżony do adhezyjnego, co powoduje, że wykonawca jest ograniczony w kształtowaniu treści przyszłej umowy, z drugiej strony działa w uzasadnionym przekonaniu co do poprawności dokumentacji przygotowanej przez zamawiającego (nie tylko umowy). Stąd odpowiedzialność zamawiającego za treść SIWZ, w tym (za wyrokiem z 25 maja 2015 r. sygn. akt KIO 972/15): (...) *SIWZ, na którą składają się zarówno część zasadnicza SIWZ, jak w załączniki do niej powinna być spójna, zaś załączniki do SIWZ będące przygotowanymi przez zamawiającego do wypełnienia przez wykonawców wzorami formularzami mają ułatwić wykonawcom złożenie poprawnej i zgodnej z postanowieniami SIWZ treści oferty. Wykonawcy, sporządzając swoje oferty na podstawie przygotowanych przez zamawiającego wzorów formularzy mają pełne prawo oczekiwać – działając w zaufaniu do zamawiającego jako autora SIWZ – że ich wypełnienie gwarantuje zgodność treści ich oferty z treścią SIWZ, w żadnym zaś razie nie powinni zakładać, że podmiot zamawiający, ustawowo zobligowany do opracowania SIWZ sporządzi ten dokument w szczególności w części zawierającej załączniki z błędami (...)*

Zdaniem Odwołującego złożył dokument RCO sporządzony wg. wzoru stanowiącego załącznik do SIWZ i zapisów SIWZ referujących do sposobu sporządzenia tego dokumentu, tj. wypełniony i wyceniony.

Alternatywnie Odwołujący podniósł, że jeżeli nawet uznać, że SIWZ zawiera dwa różne i odmienne od siebie wymogi co do sposobu przygotowania dokumentu RCO, tj. z jednej strony obowiązek wypełnienia go i wyceny na obowiązującym formularzu, który nie przewiduje podpisu, a z drugiej strony obowiązek złożenia tego dokumentu jako podpisanego – „logicznym ciągiem myślowym w stosunku do tego co powiedziane powyżej, jest że” wszelkie rozbieżności w treści SIWZ nie mogą być interpretowane na niekorzyść wykonawcy.

Dodatkowo Odwołujący powołał się na ugruntowane w tej kwestii stanowisko orzecznictwa Izby i sądów powszechnych {w odwołaniu zacytowano fragmenty uzasadnień wyroków: Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z 18 marca 2015 r. sygn. akt III Ca 70/15 i Sądu Okręgowego w Szczecinie z 7 marca 2018 r. sygn. akt VIII Ga 102/18}.

W podsumowaniu Odwołujący wywodził, że jeżeli nawet powinien być złożony podpisany załącznik RCO, wobec rozbieżności przywołanych powyżej postanowień SIWZ brak tego podpisu nie może być podstawą do odrzucenia oferty.

{2.}

Według Odwołującego jeżeli nawet przyjąć, jak wskazał Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia, że RCO jest

integralnym elementem i częścią oferty, podpisanie formularza oferty, do którego załącznikiem było RCO, czyni zadość wymaganiu złożenia oferty w formie pisemnej, gdyż podpis ten znajduje się pod całością tego dokumentu, w tym pod oświadczeniem z pkt 26, że w załączeniu składane jest RCO, i pod listą załączników. Zachowanie formy pisemnej formularza oferty oznacza, że w takiej formie złożone zostały wszystkie załączniki do tego formularza stanowiące jego integralną część.

Zdaniem Odwołującego adekwatne jest tu stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w uzasadnieniu wyroku z 29 stycznia 2012 r. sygn. akt I CSK 373/11, że: *Podpisanie jako całości integralnego pod względem treści dokumentu składającego się z kilku elementów (np. umowy zasadniczej i załączników) oznacza zachowanie formy pisemnej zawartego w tym dokumencie oświadczenia woli (art. 78 § 1 Kodeksu cywilnego).* Odwołujący zwrócił uwagę, że Sąd Najwyższy analizował w rozstrzyganej sprawie, czy dla zachowania pisemnej formy umowy o zamówienie publiczne, zastrzeżonej zgodnie z art. 140 pzp pod rygorem nieważności, wystarczające było złożenie podpisu przez wykonawcę jedynie pod treścią załącznika nr 1, a nie bezpośrednio pod zasadniczą treścią umowy. Odwołujący podkreślił, że według Sądu Najwyższego warunkiem dla uznania, że oświadczenie woli jest skutecznie złożone jest integralność poszczególnych części: *W świetle art. 78 § 1 k.c. sama objętość „dokumentu” nie może mieć znaczenia. Może on składać się z kilku części (kilku stron) o różnej szacie redakcyjnej. Istotna jest przy tym sama relacja takiego dokumentu do umieszczonego w nim oświadczenia woli. Można mówić o tzw. dokumencie zintegrowanym, jeżeli składa się on z kilku części (kilku stron), lecz zawiera to samo oświadczenie woli pochodzące od określonego podmiotu. Rzecz jasna, o takiej integracji nie przesądzają jeszcze elementy natury technicznej (np. sposób fizycznego połączenia części dokumentu), lecz czynnik natury merytorycznej, tj. sama treść dokumentu wyrażająca objęte nim oświadczenie woli i wskazująca na sposób powiązania poszczególnych części dokumentu jako całości. Integralny pod względem treści oświadczenia woli dokument może być podpisany wówczas jako całość i podpis na takim dokumencie (pod treścią złożonego oświadczenia woli) może oznaczać zachowanie formy pisemnej tego oświadczenia woli w rozumieniu art. 78 § 1 k.c. (...)*

Odwołujący dodał, że w stanie faktycznym tamtej sprawy ową integralność Sąd Najwyższy ocenił, biorąc pod uwagę m.in. treść postanowień umowy mówiących, że załącznik stanowi jej integralną część, a w tej sprawie podobne oświadczenie zawiera pkt 26 formularza oferty.

Według Odwołującego na integralność tych dwóch dokumentów wskazuje też postanowienie zawarte w pkt 13.6 IDW (Cena oferty jest sumą pozycji podanych w wypełnionym Rozbiciu ceny ofertowej, powiększona o podatek VAT) – skoro cena oferty podawana w formularzu oferty jest sumą pozycji RCO, załącznik ten pozostaje w merytorycznym związku z tym formularzem, stanowiąc z nim zintegrowaną całość, zaś zachowanie formy pisemnej dla formularza rozciąga swoje skutki również na załączniki.

Zdaniem Odwołującego powyższe należy uznać okoliczność bezsporną, skoro Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia wskazuje, że (...) RCO stanowi integralną część oferty (...), a jego brak stanowi (...) brak części oferty (...).

Odwołujący przywołał również wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 29 listopada 2018 r. sygn. akt XX GC 827/14, w którym przy ocenie, czy podpisanie umowy rozciąga swoje skutki na załączniki wskazane w jej treści, powołano się na powyższy wyrok Sądu Najwyższego: (...) *okoliczność, że pełne podpisy pozwanych nie znajdują się wszystkich stronach umowy, pozostaje bez znaczenia dla oceny skuteczności złożenia oświadczenia woli o treści wskazanej w tej umowie.* Odwołujący zaznaczył, że argumentem za uznaniem, że podpisane są również załączniki, było wskazanie w treści umowy istnienia załącznika do niej.

Wreszcie Odwołujący wskazał, że o zasadności oceny oferty jako tzw. zintegrowanego oświadczenia wypowiedział się Sąd Najwyższy w wyroku z 8 września 1995 r. sygn. akt III CZP 102/95, wskazując, że ofertę może stanowić nie tylko samo oświadczenie woli zawarcia umowy tak nazwane, ale jej elementem może być także załącznik w postaci dodatkowego dokumentu opisującego przedmiot umowy.

Odwołujący wywodził z powyższego bezzasadność stwierdzenia nieważności oferty wynikającej z niezachowania formy pisemnej.

Dodatkowo Odwołujący zwrócił uwagę, że również w umowie RCO definiowane jest jako „dokument wypełniony”, a nie jako dokument podpisany. Jednak jako integralny element umowy, która ma formę pisemną, zgodnie ze wskazanym orzecznictwem również trzeba będzie traktować go jako spełniający wymagania pisemności.

Odwołujący zakwestionował również odrzucenie jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, w pierwszej kolejności wskazując za wyrokiem Izby z 22 września 2016 r. sygn. akt KIO 1672/16, jak orzecznictwo interpretuje taką niezgodność: (...) *Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 P.z.p. jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z s.i.w.z. ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p.); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w s.i.w.z. oraz zobowiązania oferowanego w ofercie, tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami s.i.w.z. (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania s.i.w.z. dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczania ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy również tradycyjnie zamieszczane w s.i.w.z.); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami s.i.w.z. (...) Zaznaczyć przy tym należy, iż co do zasady, dla oparcia i wyprowadzenia konsekwencji prawnych z norm s.i.w.z., jej postanowienia winny być sformułowane w sposób precyzyjny i jasny. Precyzyjne i jasne formułowanie warunków przetargu, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem sine qua non, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Z powyższego wynika, że czynność odrzucenia oferty z powodu niezgodności jej treści z treścią s.i.w.z. jest możliwa jedynie wówczas, gdy – po pierwsze - istnieje jasne i oczywiste postanowienie s.i.w.z. i – po drugie – treść oferty jest z tym postanowieniem niezgodna.*

Odwołujący przypominał, że kwestia możliwości odrzucenia oferty w oparciu o niejednoznaczne, niespójne postanowienia SIWZ jest jednolicie oceniana w orzecznictwie Izby jako niedopuszczalna {dla przykładu w odwołaniu zacytowano fragment uzasadnienia wyroku Izby z 31 maja 2016 r. sygn. akt KIO 833/16, w którym odwołano się także do wyroku Izby z 18 czerwca 2015 r. sygn. akt KIO 1148/15}.

W drugiej kolejności Odwołujący uznał za istotne ustalenie rozumienia pojęcia „oferta” w przedmiotowym postępowaniu, stwierdzając na wstępie, że wobec braku w samej ustawie pzp definicji oferty oraz w zw. z art. 14 ust. 1 pzp, pojęcie to rozumieć należy tak, jak wymaga tego art. 66 kc, zgodnie z którym oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy.

Odwolujący stwierdził, że w doktrynie i orzecznictwie poświęconym analizie rozumienia „istotnych postanowień umowy”, jakie określać ma oferta, wskazuje się że użycie w art. 66 § 1 kc tego zwrotu, odwołującego się do istotnych postanowień proponowanej umowy, może sugerować, że chodzi tu o tzw. *essentialia negotii*. Jednakże wskazuje się, że to ostatnie pojęcie służy do dokonania kwalifikacji prawnej umowy, a nie do oznaczenia jej koniecznej (minimalnej) treści. Dlatego lepiej pojęć tych nie utożsamiać {w odwołaniu przypis w brzmieniu: *Tak: System Prawa Prywatnego, Komentarz do Kodeksu Cywilnego KC, Art. 66 SPP T. 2 red. Radwański/Olejniczak 2019, wyd. 3, str. 429. Sąd Najwyższy w uzasadnieniu uchwały (7) z 28.9.1990 r., powołując się na art. 66 § 1 kc, definiuje ofertę jako skierowaną do drugiej strony stanowczą propozycję zawarcia umowy „obejmującą minimalną jej treść”*}. Pojęcie minimalnej treści umowy ma zatem charakter względny. W szczególności zbędne jest wyznaczanie tej treści w zakresie, w jakim ustawa pozwala określić ją przez wskazanie tylko podstaw do jej ustalenia (np. ceny, art. 536 kc), na co trafnie zwrócił na to uwagę G. Ćmikiwicz w głosie do wyroku Sądu Najwyższego z 20.10.1978 r. sygn. akt IV CR 402/78. Odwołujący podkreślił, że zakres istotnych postanowień nie może być wyznaczony w sposób generalny, zależy on od typu tworzonego stosunku prawnego i tego jak szczegółowo został on uregulowany w ustawie. Jak wskazuje się w doktrynie: *w zasadzie umowa tworząca stosunek zobowiązaniowy powinna pozwalać na ustalenie przynajmniej podstawowych składników tego stosunku – podmiotów, treści świadczenia, jego przedmiotu i rozmiaru, jednakże dla stwierdzenia niektórych typów zobowiązań określenie przedmiotu i rozmiaru świadczenia w umowie nie jest konieczne gdy da się je ustalić na podstawie przepisów ustawy (np. wysokość wynagrodzenia w umowie o dzieło czy umowie zlecenia)* {w odwołaniu przypis w brzmieniu: *Tak: Komentarz do kodeksu Cywilnego pod red. E. Gniewska, 2011, wyd. 4, str. 169*}.

Odwolujący zauważył, że w praktyce, w tym w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, można spotkać się ze stanowiskiem utożsamiającym pojęcie „istotnych postanowień umowy” w rozumieniu art. 66 kc z *essentialia negotii* umowy. Jako przykład wskazał wyrok z 28 czerwca 2017 r. sygn. akt KIO 1189/17, w którym Izba stwierdziła, że (...) *W myśl art. 66 k.c. oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Istotne postanowienia umowy stanowią minimalną treść każdej umowy zobowiązaniowej i składają się na nie takie elementy, jak: określenie podmiotów zamierzonego stosunku zobowiązaniowego, świadczenia lub świadczeń, ich strukturę, przez co należy rozumieć związki pomiędzy świadczeniami lub ich brak, ewentualnie inne elementy nakazane obu stronom normami bezwzględnie wiążącymi w zakresie określonych typów umów. Jako istotne postanowienia umowy poczytuje się co najmniej essentialia negotii (postanowienia przedmiotowo istotne) proponowanej umowy i wiążące oferenta przez pewien czas. Do postanowień przedmiotowo istotnych należą przedmiot umowy i jej cena. Ponadto ofertę można również rozszerzyć o zamieszczenie dodatkowych postanowień w zakresie innych części składowych proponowanej umowy (naturalia oraz accidentalia negotii), które jako jednolita całość będą wiązać oferenta (...)*

W ocenie Odwołującego nawet przyjęcie takiego rozumienia oferty w przedmiotowej sprawie nie stanowi o niezgodności jego oferty z SIWZ, gdyż za istotne postanowienia umowy uznać należy te elementy, które wskazał w formularzu oferty, a minimalną treść przyszłej umowy stanowić będzie: określenie podmiotu zobowiązanego, określenie zakresu świadczenia do którego się on zobowiązał oraz ceny, która w przypadku tego zamówienia został zdefiniowana jako cena ryczałtowa.

Odwolujący przywołał brzmienie subklauzuli 14.1. SWU: *a) Cena Kontraktowa będzie ryczałtowaną Zaakceptowaną Kwotą kontraktową i będzie podlegała korektom zgodnie z kontraktem (...) c) jakiegokolwiek ilości jakie mogą być umieszczone w jakimś Wykazie są ilościami szacunkowymi i nie mają być brane za faktyczne i poprawne ilości robót, których realizacji wymaga się od Wykonawcy, oraz d) jakiegokolwiek dane dotyczące cen podanych w tym Wykazie, będą używane do celów podanych w tym Wykazie*.

Odwolujący wywiódł, że skoro zgodnie z subklauzulą 14.1. SWU w zw. z § 3 Umowy Zamawiający za wykonanie przedmiotu umowy tj. zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych i usunięcie wszelkich wad i usterek zapłaci „Zaakceptowaną Kwotę Kontraktową” (tj. cenę podaną w ofercie określoną jako kwota ryczałtowa) lub kwotę, jaka będzie należna stosowanie do postanowień Umowy tj. „Cenę Kontraktową”, wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy ma charakter ryczałtowy. A zgodnie z art. 632 kc, który ma zastosowanie do umowy o roboty budowlane, jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Istotą wynagrodzenia ryczałtowego jest więc jego stały i niezmienny charakter. Jak określił to Sąd Najwyższy w wyroku z 20 listopada 2008 r. sygn. akt II CRN 913/97: *(...) ryczałt polega na ustaleniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej (...)*. W konkluzji Odwołujący doszedł do wniosku, że sam formularz oferty zawiera istotny element przyszłej umowy o zamówienie tj. cenę za wykonanie umowy.

Natomiast zdaniem Odwołującego RCO z nie jest elementem przedmiotowo istotnym ani z punktu widzenia postanowień umowy, ani instrukcji dla wykonawców. Zgodnie z IDW podstawą oceny oferty była cena oferty podana w formularzu oferty (pkt 20.7.1.), która zgodnie z pkt 13.3. „Opisu sposobu obliczania ceny” musiała uwzględniać wszystkie wymagania oraz czynności i badania składające się na ich wykonanie, określone w Programie funkcjonalno-użytkowym, w tym roboty tymczasowe i prace towarzyszące. Zgodnie z pkt 2 IDW „Krótkim opisem przedmiotu zamówienia” szczegółowy opis przedmiotu zamówienia przedstawiony został w tomie III – Programie funkcjonalno-użytkowym, co oznacza, że RCO nie składało się na wiążący opis przedmiotu zamówienia, a cena oferty określona miała być przez wykonawcę dla zakresu robót definiowanego przez PFU (co jest zgodne z art. 31 ustawy pzp), nie zaś dla zakresu prac wskazanych w RCO. Odwołujący podkreślił, że dane zawarte w RCO, jako co najwyżej pomocnicze, nie mogą mieć charakteru istotnego dla przyszłej umowy, skoro nie definiują choćby jej zakresu. Natomiast treść tego dokumentu odpowiada pojęciu przedmiaru, który w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego ma charakter wyłącznie pomocniczy.

Odwolujący przywołał brzmienie pkt 13.4. IDW: *W przypadku wstawienia w jakiegokolwiek pozycji Rozbicia ceny ofertowej (RCO) cyfry „0” lub w ogóle jej nie wypełnienia pozycje takie będą uważane za włączone do innych pozycji wypełnionego Rozbicia ceny ofertowej*. Według Odwołującego skoro Zamawiający dopuszczał pominięcie jakiegokolwiek pozycji i uznanie, że jest ona ujęta w innej pozycji, RCO nie miało być poddawane weryfikacji co do sposobu jego sporządzenia. Taki zapis jest zgodny z ideą wynagrodzenia ryczałtowego, które ma charakter ostateczny i absolutny niezależnie od tego w jaki sposób został ustalone.

Odwolujący wywiódł następnie, że pkt 13.4. w zw. z pkt 13.5. (limitującym wartość pozycji RCO dotyczącej wykonania dokumentacji projekt do nie więcej niż 7% ceny oferty) oznacza, że na wypadek nieuzupełnienia tej pozycji przez wykonawcę jej wartość będzie się uważała za ujętą w innej wycenionej pozycji RCO, gdyż Zamawiający nie przewidywał żadnych wyłączeń od przywołanej powyżej reguły z pkt 13.4. Skoro Zamawiający dopuścił taką możliwość, nie może twierdzić, że brak informacji o wycenie pozycji stanowi o niezgodności oferty ze specyfikacją. Zdaniem Odwołującego nie oznacza to, że zastrzeżenie z pkt 13.5.IDW ma charakter wyłącznie instrukcyjny, gdyż jego skutek prawny, który zaktualizuje się dopiero na etapie realizacji umowy, polega na ograniczeniu wysokości części

wynagrodzenia do tego limitu, niezależnie od tego, czy i w jaki sposób zostanie wypełniona rubryka RCO dotycząca dokumentacji wykonawczej Według Odwołującego znaczenie ma, że w treści formularza ofertowego złożył oświadczenia o: po pierwsze – akceptacji w pełni i bez zastrzeżeń postanowień, wyjaśnień oraz modyfikacji SIWZ i uznaniu się za związane nimi (pkt 2), po drugie – gwarantowaniu wykonania całości zamówienia zgodnie z treścią, wyjaśnieniami oraz modyfikacjami SIWZ (pkt 3), po trzecie – uwzględnieniu w cenie oferty wszystkich wymagań SIWZ .

W ocenie Odwołującego tylko powyżej przedstawiony sposób rozumienia SIWZ pozwala na zachowanie spójności postanowień SIWZ. W przeciwnym wypadku należałoby uznać, że działanie dopuszczone w pkt 13.4. IDW jest niedopuszczalne w pkt 13.5. IDW, ale w SIWZ brak takiego stwierdzenia. Natomiast interpretacja Zamawiającego nie wynika z postanowień SIWZ, co w świetle przywołanych wyżej wyroków nie może stanowić podstawy odrzucenia oferty.

Odwołujący uznał za ważne zastrzeżenie, że skoro przedmiotem tego postępowania jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych, RCO – mające charakter zestawienia ilości robót koniecznych do wykonania – nie może być elementem wiążącym, gdyż ilość robót do wykonania będzie możliwa do ustalenia dopiero po opracowaniu dokumentacji projektowej. Przedmiotem są projekty, podczas gdy w tym postępowaniu to wykonawca ma dopiero opracować projekty wykonawcze.

Zdaniem Odwołującego taki niewiążący charakter RCO potwierdzają przywołane powyżej postanowienia umowne z subklauzuli 14.1 lit c) oraz d), przy czym wykaz w postaci RCO nie podaje celu w jakim ma on być użyty. Odwołujący podał, że RCO ma służyć do opracowania „Zbiorczego Zestawienia Robót Stałych”, co wynika to z subklauzuli 1.1.1.4 SWU, zgodnie z którą *Zasadniczy Przedmiar Robót Stałych stanowi uszczegółowienie Wykazu Płatności zgodnie z postanowieniami Subklauzuli 14.4. Warunków Szczególnych i służy do celów oszacowania wartości oraz zaawansowania Robót oraz nie ma żadnego wpływu na Cenę Kontraktową należną na mocy kontraktu. ZPRS należy wykonać w formie uzgodnionej z Inżynierem i Zamawiającym. Zasadniczy Przedmiar Robót Stałych sporządzany jest w oparciu o Rozbicie Ceny Ofertowej.* Odwołujący zwrócił uwagę, że to nie RCO ale ZPRS będzie stanowił podstawę płatności, przy czym żaden z tych dokumentów nie ma wpływu na cenę kontraktową należną na podstawie umowy. W ocenie Odwołującego brak wpływu RCO na obowiązek zapłaty przez Zamawiającego uzgodnionej kwoty ryczałtowej pozbawia go elementu istotności dla przyszłej umowy.

Odwołujący podsumował, że w świetle przedstawionej wyżej argumentacji RCO nie składa się na treść oferty sensu *stricte* w rozumieniu art. 66 kc, a co najwyżej stanowi element oferty sensu *largo* w znaczeniu, jakie nadał pojęciu oferta Zamawiający w pkt 15. IDW, i służy do przedstawienia przez wykonawcę sposobu obliczenia ceny. W konsekwencji nawet na wypadek uznania, że dokument ten nie został złożony, bo nie jest opatrzony osobnym podpisem, brak jest podstaw do odrzucenia na tej podstawie oferty.

Zdaniem Odwołującego stanowisko takie podzieliła Krajowa Izba Odwoławcza w sprawie KIO/KD 37/2017 wskazując, że (...) *Kontrolujący trafnie zakwalifikował jedynie „formularz ofertowy” jako treść oferty Wykonawcy (oferta sensu stricte), a to wobec złożenia przez Wykonawcę wyraźnego oświadczenia woli – zobowiązania do wykonania przedmiotu zamówienia za wskazaną w formularzu oferowaną cenę netto i brutto, podczas gdy Zamawiający za treść oferty uznał także „kosztorys ofertowy” z tego tylko względu, iż postanowienia SIWZ przewidywały obowiązek jego złożenia, kwalifikując go jako „zawartość oferty” („oferta winna zawierać”), czemu przypisać można takie tylko znaczenia, iż jest to oferta sensu largo, na którą składają się wszystkie oświadczenia (w tym oświadczenia wiedzy) i dokumenty (w tym tzw. dokumenty podmiotowe). W konsekwencji błędnego uznania przez Zamawiającego, że w obu przypadkach ma się do czynienia z oświadczeniem woli Wykonawcy, Zamawiający dopatrywał się rozbieżności w treści złożonej oferty, którą – w zakresie „formularza ofertowego” – bezpodstawnie poprawił.*

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z 14 marca 2019 r. wniósł o jego oddalenie w całości, odnosząc się w następująco do poszczególnych zarzutów.

{ 1. Treść oferty }

W odpowiedzi na odwołanie przytoczono lub przywołano następujące postanowienia specyfikacji:

- (pkt 13.4. zd. 1 IDW) *Wykonawca musi dostarczyć wypełnione Rozbicie ceny ofertowej. Wykonawca musi wycenić wszystkie pozycje Rozbicia ceny ofertowej, gdzie zarówno ceny jednostkowe jak i cena za daną pozycję jest podana z matematycznym zaokrągleniem do dwóch miejsc po przecinku.*
- (pkt 13.5. IDW) *Wartość pozycji RCO dotyczącej wykonania dokumentacji projektowej (Tabela „ROZDZIAŁ NR OC WYMAGANIA KONTRAKTOWE”, pozycja 00.6 „Dokumentacja wykonawcza”) nie może przekroczyć 7% ceny ofertowej za wykonanie całości Zamówienia’.*
- (pkt 1.3. ppkt 19 IDW) *RCO – Rozbicie Ceny Ofertowej sporządzone zgodnie ze wzorem stanowiącym TOM IV niniejszej SIWZ.*
- stosownie do pkt 15.1 lit. d) jednym z elementów oferty jest „Rozbicie Ceny Ofertowej” - sporządzone zgodnie ze wzorem określonym w Tomie IV niniejszej SIWZ;
- pkt 1.3 ppkt 19) „RCO” — Rozbicie Ceny Ofertowej sporządzone zgodnie ze wzorem stanowiącym Tom IV niniejszej SIWZ.
- (§ 1 pkt 5 projektu umowy) *Następujące dokumenty będą uważane oraz odczytywane i interpretowane jako części niniejszej Umowy (Akt Umowy) w następującym porządku pierwszeństwa:(...) 5) Oferta datowana (data oferty) wraz z Załącznikami do tej Oferty’ oraz wypełnione Rozbicie Ceny Ofertowej.*
- (subklauzula 1.1.1.11. WSU) *„Rozbicie Ceny Ofertowej”, które oznacza: arkusze ustalające podział Ceny Kontraktowej na poszczególne zagregowane pozycje w ustalonych podziałach branżowych.*
- w subklauzuli 1.1.4.14 wskazano, że „Zasadniczy Przedmiar Robót Stałych”, który stanowi uszczegółowienie „Wykazu Płatności” zgodnie z postanowieniami Subklauzuli 14.4 Warunków Szczególnych sporządzany jest w oparciu o „Rozbicie Ceny Ofertowej”, a ponadto, że każdy ZPRS ma być zgodny z „Harmonogramem Płatności” oraz „Rozbiciem Ceny Ofertowej”.

Zdaniem Zamawiającego z pierwszego z powyżej przywołanych postanowień jednoznacznie wynika, że RCO jest jednym z elementów (przedmiotowo istotnych) oferty, które wykonawca zobowiązany jest złożyć (co oznacza również niedopuszczalność stosowania instytucji uzupełnienia, o której mowa w art. 26 ust. 3 pzp). Jak istotny jest to dokument (jako merytoryczna część oferty) wskazuje również drugie z przywołanych powyżej postanowień. Zamawiający oświadczył, że oczywiście w sposób celowy i świadomy zobowiązał wykonawców do złożenia RCO, jak również zobowiązał ich do skalkulowania ceny oferty w taki sposób, że koszt wykonania dokumentacji projektowej nie może przekroczyć 7%. Zamawiający podsumował, że powyższe postanowienia jednoznacznie definiują RCO jako istotny dokument stanowiący element oferty składanej przez wykonawców. Według Zamawiającego brak tego dokumentu oznacza przede wszystkim niemożliwość zbadania kosztów podanych przez wykonawcę, w szczególności w zakresie określenia wartości prac dotyczących dokumentacji projektowej (vide pkt 13.5), jak również uniemożliwia prawidłowe

wykonanie umowy, gdyż według umowy RCO stanowi podstawę do dokonywania przez zamawiającego płatności za wykonane przez wykonawcę prace.

Zamawiający zauważył, że Odwołujący pominął istotny fragment postanowienia pkt 13.4. (*W przypadku, gdy w wypełnionym przez Wykonawcę RCO wystąpią inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze Specyfikacją Istotnych Warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty Zamawiający...*), określające możliwość poprawienia błędów RCO według podanych zasad, ale wyłącznie takich, które są nieistotne. Ponadto, co istotniejsze, wprost wskazuje, że dokument RCO stanowi treść oferty. Zdaniem Zamawiającego przywołane powyżej postanowienia SIWZ oraz projektu umowy nie wskazują, że wycena dokumentacji projektowej na dowolną kwotę pozostaje bez wpływu na ocenę zgodności treści oferty z treścią SIWZ.

W ocenie Zamawiającego stanowisko Odwołującego jest również wprost sprzeczne z art. 140 ust. 1 pzp, zgodnie z którym zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie, gdyż oznacza to, że wycena poszczególnych części składowych zamówienia ma bezpośredni wpływ na zasady rozliczeń, a co za tym idzie strony po zawarciu umowy nie mogą dowolnie traktować oświadczeń złożonych w ofercie (RCO) przez wykonawcę.

Zamawiający powołał się również na ocenę charakteru dokumentu RCO, której dokonała Krajowa Izba Odwoławcza w orzeczeniach dotyczących innych postępowań o udzielenie zamówienia prowadzonych przez PKP PLK S.A., np. w wyroku z 2 lipca 2018 r. sygn. akt KIO 1185/18 i postanowieniu z 18 października 2018 r. sygn. akt KIO 2024/18 {z cytatów fragmentów uzasadnień tych orzeczeń zawartych w odpowiedzi na odwołanie wynika, że wycena dokumentacji projektowej lub powykonawczej na poziomie przekraczającym określony w s.i.w.z. wskaźnik procentowy udziału w cenie oferty również została oceniona jako uzasadniająca odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp}. Zamawiający powołał się również na zbliżone jego zdaniem stany faktyczne, które legły u podstaw wydania wyroków w sprawach: KIO 1521/17 i KIO 1591/10 {z cytatów fragmentów uzasadnień tych orzeczeń zawartych w odpowiedzi na odwołanie wynika, że wycena określonych czynności lub zadań na poziomie przekraczającym określony w s.i.w.z. wskaźnik procentowy udziału w cenie oferty również zostały uznane za uzasadniające odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp}.

{II. Modyfikacja SIWZ}

Zamawiający podkreślił, że wszystkie wymagania dotyczące formy składanej oferty oraz pozostałych dokumentów zostały określone w rozdz. 14 IDW, gdzie wskazano, że:

- oferta powinna być sporządzona w języku polskim, z zachowaniem postaci elektronicznej pod rygorem nieważności, w formacie danych .pdf i podpisana kwalifikowanym podpisem elektronicznym zgodnym z obowiązującymi przepisami prawa;

- dokumenty lub oświadczenia należy przygotować i złożyć zgodnie z Ustawą oraz rozporządzeniami wykonawczymi, w szczególności Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych (Dz. U. poz.1320 ze zm.) oraz Rozporządzeniem Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. poz. 1126 ze zm.).

Dodatkowo zgodnie z pkt 14.1.4. IDW Oferta oraz dokumenty i oświadczenia wskazane w pkt. 15 IDW składane są W oryginale. Pozostałe dokumenty lub oświadczenia w postępowaniu składane są w oryginale lub w elektronicznej kopii dokumentu.

Z kolei pkt 15 wskazuje następujące dokumenty:

a) „Formularz Ofertowy” — wypełniony Załącznik nr 1 do IDW;

b) „ZAŁĄCZNIK DO OFERTY”- wypełniony Załącznik nr 2 do IDW;

c) Zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia sporządzone w przypadku, gdy Wykonawca polega na zasobach innego podmiotu zgodnie ze wzorem zawartym w Załączniku nr 3 do IDW;

d) Rozbicie Ceny Ofertowej – sporządzone zgodnie ze wzorem określonym w TOMIE IV niniejszej SIWZ;

e) Harmonogram Realizacji Zadania Wykonawcy (HRZW);

f) Pełnomocnictwo/a jeżeli jest /są udzielane;

g) Jednolity Dokument dla Wykonawcy/każdego z Wykonawców występujących wspólnie oraz Jednolity Dokument dla każdego z podmiotów, na którego zasoby powołuje się Wykonawca w celu spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz Jednolity Dokument dla Podwykonawcy, o którym mowa w pkt 9.4 IDW;

h) oryginał dokumentu wadliwego (gwarancji lub poręczenia jeśli jest wnoszone formie innej niż pieniężna).

Zdaniem Zamawiającego powyższe postanowienia w sposób jednoznaczny wskazują, że ofertę („Formularz Ofertowy”), w tym jej załączniki (np. „Rozbicie Ceny Ofertowej”) należy złożyć z zachowaniem postaci elektronicznej pod rygorem nieważności, w formacie danych .pdf i podpisać kwalifikowanym podpisem elektronicznym zgodnym z obowiązującymi przepisami prawa. Natomiast w treści SIWZ nie ma żadnego postanowienia, które dokonywałoby rozróżnienia dokumentów ze względu na formę, w jakiej należy je złożyć wraz z ofertą. W szczególności Zamawiający w treści załącznika RCO, podobnie jak we wzorze JEDZ, nie zawarł żadnych informacji dotyczących formy, w jakiej należy złożyć te dokumenty, co oznacza, że zastosowanie mają postanowienia SIWZ dotyczące formy składanych dokumentów z rozdziału 14 IDW.

W ocenie Zamawiającego Odwołujący na potrzeby postępowania odwoławczego wybiórczo interpretuje wybrane fragmenty treści SIWZ, co jest niedopuszczalne, gdyż w orzecznictwie Izby wielokrotnie zwracano uwagę, że postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia nie mogą być czytane odrębnie czy wybiórczo, bez uwzględnienia całości Specyfikacji (por. wyrok z 5 listopada 2014 r. sygn. akt: KIO 2130/14, KIO 2132/14, KIO 2148/14). Analogicznie w wyroku KIO 510/10: Siwz należy interpretować jako całość, a składając ofertę wykonawca powinien dokładać należytej staranności, by była ona w pełnym zakresie zgodna z treścią siwz, w tym z projektem umowy, oraz z obowiązującymi przepisami. Gdy wykonawca składając ofertę pomija niektóre postanowienia siwz, wybiórczo - bez uwzględnienia właściwości danego zamówienia - bierze pewne wymagania siwz pod uwagę, a innych, uznając je za nieistotne, nie - musi liczyć się z ryzykiem odrzucenia jego oferty jako nie odpowiadającej treści siwz.

Zamawiający zrelacjonował ponadto, że modyfikacja RCO z 31 stycznia 2019 r. dotyczyła odpowiedzi na pytanie nr 542 oraz poprawienia sprostowania błędu merytorycznego (Ze względu na błędy edytorskie w RCO opublikowanym w dniu 30.12.2019r., Zamawiający zamieszcza poprawioną ujednoliconą treść Tomu IV SIWZ (RCO), plik: 2019-01-31 Tom IV RCO Świnoujście, która staje się wersją obowiązującą).

Zamawiający stanowczo podkreślił, że nie modyfikował treści dokumentu RCO odnośnie formy jego złożenia,

gdyż zarówno pierwotna, jak ostateczna treść tego dokumentu były w tym zakresie identyczne – Zamawiający w żadnej wersji dokumentu RCO nie odnosił się do formy jego złożenia.

{III. Forma dokumentów}

Zamawiający przytoczył treść art. 10a ust. 1 i 5 ustawy pzp, stwierdzając, że ponieważ wymagania dotyczące formy dokumentów składanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia zostały określone przez ustawodawcę, odmienne postanowienia treści SIWZ (nawet wprost sprzeczne z tymi przepisami) nie mogą mieć jakiegokolwiek zastosowania, gdyż dla skuteczności złożenia oferty oraz innych oświadczeń wymagana jest forma wskazana w treści ustawy pzp. Natomiast złożenie oświadczenia bez wymaganej formy opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym jest obciążone wadą nieważności. Co istotne, wady tej nie można konwalidować w sytuacji, gdy oświadczenie dotyczy treści oferty. W opinii Zamawiającego trafnie wskazuje D. Grześkowiak-Stojek, że *uchylenie wymogów opatrzenia oferty, wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz oświadczeń, wymienionych w art. 25a PrZamPubl, w tym JEDZ, kwalifikowanym podpisem elektronicznym, spowoduje, że oferta, wniosek czy oświadczenie będzie nieważne. W konsekwencji oferta będzie musiała zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 PrZamPubl, a wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie będzie mógł być brany pod uwagę (a w konsekwencji wykonawca nie będzie mógł zostać zaproszony do udziału w postępowaniu)* [por. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*. red. Marzena Jaworska, Dorota, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, 2019].

{IV. Czynności dokonane przez odwołującego}

Zdaniem Zamawiającego analiza postępowania Odwołującego w toku prowadzonego postępowania prowadzi do jednoznacznego wniosku o odmiennym rozumieniu postanowień SIWZ co do formy składanych dokumentów niż zostało to zaprezentowane w odwołaniu. Odwołujący złożył ofertę stosując się w całości do wytycznych podanych przez Zamawiającego w treści rozdz. 14 IDW, w tym podpisał każdy dokument wymieniony w rozdz. 15 IDW w taki sam sposób. Jedynym natomiast błędem Odwołującego był wada podpisu załącznika RCO do oferty, który okazał się niepoprawny, co skutkuje uznaniem nieważności tej części oferty. Zatem przed otrzymaniem informacji o odrzuceniu oferty Odwołujący uznawał za konieczne – ze względu na treść art. 10a ust. 5 ustawy pzp – podpisanie oferty podpisem kwalifikowanym.

Zamawiający w tym kontekście zwrócił ponadto uwagę, że podobnie zachował się wykonawca Strabag sp. z o.o. w innym postępowaniu (z tym że w tym przypadku kwalifikowany podpis elektroniczny, którym opatrzone RCO okazał się prawidłowy) pn. *Opracowanie projektów wykonawczych i wykonanie robót budowlanych na stacji Szczecin Port Centralny – Zadanie 1 w ramach projektu pn.: „Poprawa dostępu kolejowego do portów morskich w Szczecinie i Świnoujściu”*, które prowadzone było przez PKP PLK równolegle, a oba postępowanie zawierają bliźniacze postanowienia w treści SIWZ.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili przystąpienie:

A.Copasa Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie; S.A. de Obras y Servicios Copasa z siedzibą w Ourense (Hiszpania); Aldesa Construcciones Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Aldesa Construcciones S.A. z siedzibą w Madrycie (Hiszpania), COALVI S.A. z siedzibą w Saragossie (Hiszpania) wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia {dalej również: „Konsorcjum Copasa”},

B.Torpol S.A. z siedzibą w Poznaniu {dalej również: „Torpol”}.

Wobec wpłynięcia tych zgłoszeń do Prezesa Izby w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp), Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności tych przystąpień. Izba uznała za bezpodstawne zgłoszone przez Odwołującego na posiedzeniu zastrzeżenia co do umocowania pełnomocnika Konsorcjum Copasa do występowania przed Izbą.

Izba oddaliła również jako oczywiście bezzasadne zgłoszone na posiedzeniu przez Odwołującego opozycje przeciwko obu przystąpieniom, gdyż nie było on w stanie wykazać, że Konsorcjum Copasa i Torpol nie mają interesu w oddaleniu odwołania.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp, nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, Izba skierowała sprawę do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący, Zamawiający i Przystępujący podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron (w tym Przystępującego Konsorcjum Copasa) postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący jako wykonawca uczestniczący w postępowaniu o przedmiotowe zamówienie, który skarży odrzucenie swojej oferty, wykazał spełnienie powyższych przesłanek, co nie było też sporne.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne dla rozstrzygnięcia:

Z postanowień s.i.w.z. przytoczonych w treści odwołania i odpowiedzi na odwołanie, w tym postanowień instrukcji dla wykonawców {dalej zwanej w skrócie „IDW”}, postanowień umowy, na które składają się również „Warunki szczególne umowy” {dalej zwane w skrócie „WSU”} odnośnie rozbicia ceny ofertowej wynika, po pierwsze, że RCO jest integralną częścią treści oferty, która ma określone znaczenie merytoryczne zarówno na etapie składania oferty, jak i na etapie realizacji umowy w sprawie tego zamówienia publicznego, niezależnie od tego, że co do zasady cena oferty określa wysokość wynagrodzenia ryczałtowego za zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych objętych tym zamówieniem

W szczególności Zamawiający wprost określił w specyfikacji, że wymaga złożenia RCO, czyli arkuszy kalkulacyjnych ustalających podział ceny kontraktowej (czyli ceny oferty) na poszczególne zagregowane pozycje w ustalonych podziałach branżowych robót (patrz subklazula 1.1.1.11 WSU), zawierającego wycenę wszystkich pozycji (patrz pkt 13.4 zd. 1 IDW), które stanie się integralną częścią zawartej umowy (patrz § 1 pkt 5 wzoru umowy). RCO w toku realizacji umowy będzie bowiem podstawą do sporządzenia „Zasadniczego Przedmiaru Robót Stałych” (ZPRS),

służącego do oszacowania wartości oraz zaawansowania robót na potrzeby bieżących rozliczeń (patrz subklauzula 1.1.4.14 WSU), przy czym każdy ZPRS będzie musiał być zgodny z RCO (patrz subklauzula 14.4 ostatnie zdanie WSU).

Z kolej na etapie badania oferty RCO jest podstawą do ustalenia, czy wycena dokumentacji projektowej nie przekracza 7% ceny ofertowej, czyli określonego przez Zamawiającego limitu (patrz pkt 13.5 IDW). Oczywiście jest również, że podczas badania oferty rozbić cenę ofertową może być pomocne dla Zamawiającego przy ustaleniu, czy istotne części składowe ceny oferty wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia (patrz art. 90 ust. 1 *in principio* pzp) lub czy nie doszło do niekorzystnego dla Zamawiającego zawyżenia niektórych cen jednostkowych z jednoczesnym zaniżeniem innych, co może wyczerpywać znamiona czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 419 ze zm.) np. w sytuacji, gdy okazałoby się, że taki sposób określenia cen jednostkowych nie odpowiada rzeczywistemu kosztowi wykonania danych robót, a służy zapewnieniu uzyskania przez wykonawcę na początkowych etapach realizacji umowy jak największej części umówionego wynagrodzenia ryczałtowego.

Wreszcie Izba ustaliła, że w przypadku gdy wybór najkorzystniejszej oferty zostanie dokonany w wyniku przeprowadzenia aukcji elektronicznej, po jej zakończeniu Zamawiający ma dokonać wyliczenia cen jednostkowych netto przyjętych do rozliczenia umowy przez odpowiednie zmniejszenie, jak to określono, „cen jednostkowych z oferty pisemnej”, czyli cen zawartych w RCO (por. pkt 20.10 pkt 26 IDW).

Po drugie, z postanowień s.i.w.z. przytoczonych w treści odwołania i odpowiedzi na odwołanie wynika jednoznacznie, że RCO jako integralna część składanej oferty powinno być przygotowane i złożone zgodnie z ustawą pzp oraz rozporządzeniami wykonawczymi, w tym rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępnienia i przechowywania dokumentów elektronicznych (Dz. U. poz. 1320 ze zm.), w szczególności sporządzone z zachowaniem postaci elektronicznej w formacie danych .pdf i pod rygorem nieważności podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym formatem podpisu elektronicznego PAdES (patrz pkt 14.1.1. i 14.1.2 IDW).

Jednocześnie Zamawiający wskazał, że nie ponosi odpowiedzialności za przesłanie przez wykonawcę oferty w sposób niezgodny z wymaganiami opisanymi w IDW (patrz pkt 14.2.12. IDW).

Zmiana nr 11 s.i.w.z. z 29 stycznia 2019 r. dotyczyła zmiany oznaczenia Zamawiającego, w związku z czym konieczne stało się uwzględnienie tej zmiany w we wzorze umowy (stanowiącym tom I s.i.w.z.) oraz załącznikach do IDW, w związku z czym do pisma załączono ujednolicone wersje wzoru umowy (bez załączników) oraz załączników do IDW. Ponadto Zamawiający poinformował o zamieszczeniu ujednoliconej wersji tomu IV s.i.w.z. (RCO). Dodatkowo zamieszczona pod ujednoliconą treścią każdego z załączników do IDW pojawiła się uwaga, że należy je wypełnić elektronicznie i podpisać kwalifikowanym podpisem elektronicznym zgodnie z zapisami SIWZ TOM I, która nie została dodana do arkuszy RCO, nie stanowiła zmiany powyżej opisanych wymogów formalnych złożenia oferty, a jedynie przypomnienia o konieczności ich dochowania.

Resumując, Zamawiający jednoznacznie w s.i.w.z. określił, że oprócz podania ceny oferty, która będzie określała wysokość umownego wynagrodzenia ryczałtowego, żąda podania rozbić tej ceny na poszczególne pozycje przede wszystkim w celu umożliwienia sobie rozliczania postępu robót adekwatnie do ich zaawansowania.

Podstawą faktyczną odrzucenia oferty Konsorcjum Strabag było w szczególności stwierdzenie, że plik w formacie „pdf” zawierający RCO, zamieszczony w folderze plików składających się na złożoną w postaci elektronicznej ofertę, ma nieprawidłowy podpis (pozostałe pliki były właściwie podpisane). Zamawiający dodatkowo przywołał postanowienia s.i.w.z. (pkt 13.4. i 13.5. IDW), z których wywiódł, że pomimo ceny ryczałtowej RCO stanowi treść oferty.

W ramach podstawy prawnej odrzucenia Zamawiający przywołał zarówno art. 10a ust. 5 ustawy pzp, jak i art. 78¹ § 1 kc, stwierdzając w ustalonym przez siebie stanie faktycznym, że brak możliwości zweryfikowania podpisania pliku zawierającego RCO należy poczytać za niezłożenie tej wymaganej części treści oferty, co wypełnia hipotezę art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp (oferta nieważna na podstawie nieważnych przepisów), którego dyspozycja nakazuje zamawiającemu odrzucić taką ofertę.

W toku rozprawy Odwołujący oświadczył, że podpisał plik zawierający wypełnione arkusze RCO w taki sam sposób jak pozostałe pliki oferty. Niesporna była również okoliczność, że w równoległym prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu na zadanie nr 1, przy analogicznie określonych w s.i.w.z. wymaganiach formalnych, Konsorcjum Strabag złożyło i podpisało plik zawierający wypełnione arkusze RCO, tak jak pozostałe pliki składające się na ofertę, w postaci elektronicznej, opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Na tej podstawie Izba stwierdziła, że również dla Konsorcjum Strabag, tak jak dla pozostałych wykonawców, którzy złożyli oferty w tym postępowaniu, na etapie sporządzania i składania oferty nie budziło żadnych wątpliwości, że RCO jako integralna część treści oferty powinno być złożone w postaci elektronicznej, opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, pod rygorem nieważności.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie

Zgodnie z art. 10a ust. 1 ustawy pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia komunikacja między zamawiającym a wykonawcami, w szczególności składanie ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oraz oświadczeń, w tym oświadczenia składanego na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, sporządzonego zgodnie z wzorem standardowego formularza określonego w rozporządzeniu wykonawczym Komisji Europejskiej wydanym na podstawie art. 59 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE oraz art. 80 ust. 3 dyrektywy 2014/25/UE, zwanego dalej „jednolitym dokumentem” odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Natomiast art. 10a ust. 5 pzp stanowi, że oferty, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz oświadczenie, o którym mowa w art. 25a, w tym jednolity dokument, sporządza się, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej i opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp nakazuje zamawiającemu odrzucić ofertę, jeżeli jest niezgodna z tą ustawą.

Art. 78¹ § 1 określa, że do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wystarcza złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Łącznie z powyżej przywołanych przepisów wynika zatem, że ustawa pzp wymaga w postępowaniu o udzielenie zamówienia złożenia w postaci elektronicznej oferty opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym pod rygorem nieważności.

Przy czym z art. 32 ust. 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 910/2014 z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylające dyrektywę 1999/93/WE (Dz. U. UE L 257/73) wynika, że proces walidacji kwalifikowanego podpisu elektronicznego potwierdza ważność kwalifikowanego podpisu elektronicznego, pod warunkiem że: a) certyfikat,

który towarzyszy podpisowi, był w momencie składania podpisu kwalifikowanym certyfikatem podpisu elektronicznego zgodnym z załącznikiem I; b) kwalifikowany certyfikat został wydany przez kwalifikowanego dostawcę usług zaufania i był ważny w momencie składania podpisu; c) dane służące do walidacji podpisu odpowiadają danym dostarczonym stronie ufającej; d) unikalny zestaw danych reprezentujących podpisującego umieszczony w certyfikacie jest prawidłowo dostarczony stronie ufającej; e) jeżeli w momencie składania podpisu użyty został pseudonim, zostaje to wyraźnie wskazane stronie ufającej; f) podpis elektroniczny został złożony za pomocą kwalifikowanego urządzenia do składania podpisu elektronicznego; g) integralność podpisanych danych nie została naruszona; h) wymogi przewidziane w art. 26 zostały spełnione w momencie składania podpisu.

W pierwszej kolejności zaznaczyć trzeba, że zgodnie z art. 192 ust. 7 pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale przede wszystkim jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy wnoszącego odwołanie [zob. wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 25 maja 2012 r. sygn. akt XII Ga 92/12].

Z przebiegu rozprawy wynika, że Odwołujący w istocie chciał zaskarżyć błąd po stronie Zamawiającego przy walidacji podpisu, którym został opatrzony plik zawierający RCO, gdyż tylko wykazaniu tej okoliczności mogłoby służyć zgłoszone jako dowody wydruki stanu podpisu tego pliku przed jego przesłaniem, a nie wykazaniu, że Konsorcjum Strabag miało intencję właściwego podpisania oferty, gdyż żadna z wersji argumentacji nie dotyczy takiej okoliczności. Wręcz przeciwnie, z treści odwołania (w żadnej z alternatywnych wersji argumentacji) nie sposób wywieść, że podważane jest ustalenie przez Zamawiającego, że plik zawierający RCO, jako jedyny spośród przesłanych przez Konsorcjum Strabag plików zawierających dokumenty oferty, nie został prawidłowo podpisany. Oczywiście jest, że wynikający z art. 190 pzp obowiązek wskazywania przez strony i uczestników postępowania odwoławczego dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, dotyczy wyłącznie okoliczności faktycznych, które legły u podstaw zarzutów zawartych w odwołaniu.

Okoliczności podniesione w odwołaniu składają się w istocie na trzy alternatywne zarzuty, które uszeregowane od najdalej idącego można w uproszczeniu sprowadzić do twierdzeń, że oferta Konsorcjum Strabag nie podlega odrzuceniu, bo RCO: 1) nie stanowi w ogóle treści oferty, a jedynie dokument pomocniczy na potrzeby obliczenia ceny oferty, gdyż tylko ona przy wynagrodzeniu ryczałtowym ma walor istotnego elementu treści umowy; 2) nie musiało być podpisane w taki sposób jak pozostałe dokumenty oferty, gdyż nie wynika to z postanowień IDW, względnie były one w tym zakresie niejasne, co nie może rodzić dla wykonawcy negatywnych skutków; 3) należy uznać niejako za objętą podpisem, którym został opatrzony formularz ofertowy, gdyż stanowi załącznik wymieniony w jego treści.

Pierwszy z wyszczególnionych powyżej zarzutów, choć podniesiony w kontekście odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, w istocie stanowi również zakwestionowanie odrzucenia z powodu braku formalnego polegającego na braku opatrzenia RCO kwalifikowanym podpisem elektronicznym. RCO jako dokument jedynie pomocniczy na potrzeby obliczenia wysokości wynagrodzenia ryczałtowego, który nie ma znaczenia dla treści oferty, nie wymagałby podpisania, skoro w ogóle mógłby być niezłożony. Izba zważyła, że wobec powyżej poczynionych ustaleń faktycznych takie stanowisko jest niezasadne, gdyż wypełnione arkusze rozбивa cenowego oferty w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia składały się na treść oferty.

Przywołać tu trzeba, pomimo jego przytoczenia w odwołaniu, stanowisko wypracowane w doktrynie i orzecznictwie na tle zakresu zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, że zarówno treść s.i.w.z., jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego – co do zasady – porównanie zaferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z. – jest z nią zgodna. Przy czym przyjmuje się, że rozumienie terminu „oferta” należy opierać na art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty będzie zatem zawsze określenie ceny, za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. Jednakże w pozostałym zakresie to zamawiający określa w s.i.w.z. wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia. Dostrzeżono jednakże, że w zakresie zastosowania przesłanki odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp mieści się również sporządzenie oferty w inny sposób, niż żądał tego zamawiający, o ile niezgodność taka dotyczy elementów treści oferty w aspekcie formalnym i materialnym, choć nie może tu chodzić wyłącznie o niezgodność sposobu spełnienia tych aspektów (por. J. Pieróg w: *Prawo zamówień Publicznych. Komentarz*, wyd. C.H. Beck, Warszawa 2009). Innymi słowy niezgodność treści oferty z treścią s.i.w.z. może polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami specyfikacji, z zaznaczeniem, że chodzi tu o wymagania s.i.w.z. dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania (świadczenia) ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również zamieszczane są w s.i.w.z. (por. np. uzasadnienie wyroku Izby z 13 listopada 2013 r. sygn. akt KIO 2478/13).

Wbrew temu, co zasugerowano w odwołaniu, w orzecznictwie Izby kwestia charakteru wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych objętych przedmiotem zamówienia, choć nie bez znaczenia, nie zawsze ma decydujące znaczenie przy ustalaniu, czy zażądany dodatkowo przez zamawiającego od wykonawców kosztorys z cenami jednostkowymi należy uznać jedynie za dokument pomocniczy, a więc bez znaczenia dla treści oferty. Podobnie dla ustalenia, czy ceny jednostkowe zaliczają się do treści oferty nie przesądza li tylko teoretyczno-prawna cywilistyczna klasyfikacja składników czynności prawnych (na *essentialia negotii*, *accidentalialia negotii* i *naturalia negotii*) w kontekście charakteru prawnego (typu) umowy, która ma być zawarta w sprawie danego zamówienia publicznego (w tym kwestii, czy jest to umowa o roboty budowlane czy umowa o zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych). Jak już powyżej zaznaczono, kluczowe znaczenie dla określenia zakresu wymaganej treści oferty składanej w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia ma wola zamawiającego wyartykułowana w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W tym postępowaniu Zamawiający jednoznacznie w s.i.w.z. określił, że wymaga od wykonawców nie tylko podania ceny oferty, czyli określenia wysokości wynagrodzenia ryczałtowego za zaprojektowanie i realizację robót budowlanych objętych przedmiotem zamówienia, ale również sprecyzowania cen jednostkowych za poszczególne rodzaje robót na potrzeby bieżącego rozliczania wynagrodzenia adekwatnie do postępu robót. W tym celu przygotował do wypełnienia przez wykonawców kilkanaście arkuszy kalkulacyjnych, w których należało sprecyzować łącznie kilkaset

cen jednostkowych. Dodatkowo pierwszy z arkuszy, określający w kwotach ryczałtowych koszt wykonania czynności lub opracowań zaliczonych do ogólnych wymagań kontraktowych, służy również weryfikacji, czy wycena kosztów wykonania dokumentacji projektowej nie przekracza określonego przez Zamawiającego w s.i.w.z. limitu 7% ceny oferty. Powyższe wymagania Zamawiającego nie budziły ani wątpliwości, ani sprzeciwu Konsorcjum Strabag w toku postępowania o udzielenie zamówienia, a zaczęły być podważane dopiero na potrzeby polemiki z decyzją o odrzuceniu jego oferty. Umknęło przy tym uwadze Odwołującego, że sam w odwołaniu uznał za trafne wypowiedzi orzecznictwa i doktryny, że zakres istotnych postanowień nie może być wyznaczony w sposób generalny, gdyż zależy on od typu tworzonego stosunku prawnego i tego jak szczegółowo został on uregulowany w ustawie, a ponadto ofertę można również rozszerzyć o zamieszczenie dodatkowych postanowień w zakresie innych części składowych proponowanej umowy (*naturalia* oraz *accidentalia negotii*), które jako jednolita całość będą wiązać oferenta. Bez znaczenia jest zatem, do której kategorii postanowień zaliczymy treść RCO, gdyż na mocy obowiązujących w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia postanowień s.i.w.z. stanowi ono treść oferty w rozumieniu art. 82 ust. 3 pzp, zgodnie z którym treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Izba zważyła, że rozstrzygając sprawę w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu odrzucenie oferty Konsorcjum Strabag z powodu niezachowania wymaganego z mocy przepisów ustawy pzp pod rygorem nieważności opatrzenia RCO, który stanowi z mocy postanowień s.i.w.z. integralną część treści oferty, właściwym podpisem elektronicznym, należy uznać za prawidłowe. Nie ma znaczenia, że wspomnianym brakiem formalnym dotknięta była tylko część treści oferty, gdyż z przywołanych powyżej przepisów wynika, że oferta, czyli kompletna treść oświadczenia woli wykonawcy, musi być podpisana kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Według alternatywnej argumentacji odwołania rozbić cenowe oferty należy uznać za objęte podpisem, którym został opatrzony formularz oferty, w którego treści wymieniono jako składany załącznik RCO, traktując je jako tzw. dokument zintegrowany. Choć w odwołaniu zacytowano obszerny fragment uzasadnienia wyroku Sądu Najwyższego z 29 stycznia 2012 r. w sprawie sygn. akt I CSK 373/11, umknęło uwadze Odwołującego (pomimo odnotowania tej okoliczności), że rozstrzygnięcie to zapadło w określonym stanie faktycznym (podpis znajdował się wyłącznie na załączniku do umowy), a przede wszystkim nie dotyczyło kwestii podpisu elektronicznego. Ani w odwołaniu, ani na rozprawie Odwołujący nie wskazał, czy i w jaki sposób stanowisko wyrażone w odniesieniu do oświadczenia woli składanego w formie pisemnej należy na zasadzie analogii uznać za adekwatne do oświadczenia woli składanego w formie elektronicznej. Warto zauważyć, że rozstrzygnięcie Sądu Najwyższego, że podpisanie jako całości integralnego pod względem treści dokumentu składającego się z kilku elementów (np. umowy zasadniczej i załączników) oznacza zachowanie formy pisemnej zawartego w tym dokumencie oświadczenia woli (art. 78 § 1 Kodeksu cywilnego), wprost nawiązuje do treści zdania 1 tego przepisu (*Do zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli.*). Tymczasem przywołana już powyżej treść art. 78 § 1 kc nie jest analogiczna, gdyż nie nawiązuje w ogóle do relacji dokumentu do treści zawartego w nim oświadczenia woli.

Nie tylko z tego powodu w przekonaniu składu orzekającego Izby nie ma prostego przełożenia pomiędzy pisemną a elektroniczną formą oświadczeń woli. Podpis elektroniczny ma zapewniać integralność pliku, czyli niezmienną jego zawartość po podpisaniu. W sytuacji, gdy kwalifikowany podpis elektroniczny, którym został opatrzony plik RCO, nie dał się walidować, nie można wykluczyć, że przyczyną tego była zmiana jego zawartości, w tym treści wypełnionych arkuszy cenowych. Z odwołania nie wynika, aby taka ewentualność mogła zostać wykluczona w rozstrzyganej sprawie, choćby dzięki porównaniu treści arkuszy cenowych w pliku, który badał Zamawiający, z tymi, które zawierał plik wysłany przez Konsorcjum Strabag, co – jak już powyżej zaznaczono – mogłoby stać się przedmiotem rozstrzygnięcia, gdyby odwołanie objęło swoim zakresem czynność Zamawiającego polegającą na walidacji podpisu, którym został opatrzony plik zawierający RCO.

Niezależnie od powyższego stanowisko wyrażone w odwołaniu przechodzi do porządku dziennego nad tym, że według s.i.w.z. obowiązującej w tym postępowaniu każdy plik składający się na ofertę powinien być opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Odmienne mogła by się przedstawiać sytuacja, gdyby w s.i.w.z. wyraźnie wskazano, że podpisem kwalifikowanym opatrzony musi być wyłącznie plik zawierający formularz ofertowy. Konsorcjum Strabag mogło też z własnej inicjatywy złożyć ofertę w taki sposób, że cała jej treść zawierała się w jednym pliku. Niewątpliwie sytuacja, w której wystarczy tylko raz złożyć podpis, czy to odręczny czy elektroniczny, zmniejsza ryzyko zaistnienia sporów co do tego, czy oferta została złożona w wymaganej formie.

W konsekwencji niedochowania wymaganej pod rygorem nieważności formy Zamawiający nie mógł wziąć pod uwagę treści, czyli wypełnionych arkuszy rozbięcia cenowego oferty Konsorcjum Strabag, jak chciałby tego Odwołujący. Tym niemniej w ocenie Izby niedochowanie wymagania co do formy oferty jest dalej idące i podlega zbadaniu w pierwszej kolejności w stosunku do badania zgodności jej treści z treścią specyfikacji, stąd wskazanie jako podstawy odrzucenia oferty Konsorcjum Strabag również art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp było zbędne. Natomiast bez znaczenia jest, że Zamawiający wskazał jako podstawę prawną odrzucenia z powodu niezłożenia RCO we właściwej formie art. 89 ust. 1 pkt 8 zamiast pkt 1 pzp, gdyż na podstawie treści uzasadnienia Odwołujący mógł i był w stanie ustalić motywy, jakimi kierował się Zamawiający.

Z tych względów Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis oraz uzasadnione koszty Zamawiającego w postaci wynagrodzenia jego pełnomocnika, na podstawie rachunku złożonego do zamknięcia rozprawy.