

WYROK
z dnia 20 marca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jan Kuzawiński

Protokolant: Marta Sioma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 marca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 marca 2019 r. przez wykonawcę **R/S Budownictwo R.S., ul. Składowa 7 lok. 109, 15-399 Białystok**,
w postępowaniu prowadzonym przez **Uniwersytet w Białymstoku, ul. Świerkowa 20 B, 15-328 Białystok**,
przy udziale wykonawcy **Budimex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. **oddala odwołanie w całości**,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego - R/S Budownictwo R.S., ul. Składowa 7 lok. 109, 15-399 Białystok, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę R/S Budownictwo R.S., ul. Składowa 7 lok. 109, 15-399 Białystok, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od Odwołującego - R/S Budownictwo R.S., ul. Składowa 7 lok. 109 15-399 Białystok, na rzecz Zamawiającego - Uniwersytet w Białymstoku, ul. Świerkowa 20 B, 15-328 Białystok, stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia 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 w Białymstoku**.

Przewodniczący:.....

KIO 363/19

Uzasadnienie

Zamawiający – Uniwersytet w Białymstoku, ul. Świerkowa 20 B, 15-328 Białystok, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. *„Budowa Biblioteki Uniwersyteckiej oraz budowa Obserwatorium Astronomicznego z Planetarium w Kampusie Uniwersytetu w Białymstoku wraz z infrastrukturą techniczną i zagospodarowaniem terenu przy ul. Ciołkowskiego w Białymstoku”*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2018/S 243-553914 dnia 18.12.2019 r. Postępowanie prowadzone jest z zastosowaniem przepisów właściwych dla zamówień o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. 2018 r., poz. 1986 ze zm.) zwanej dalej „ustawą Pzp”.

Dnia 21.02.2019 r. Zamawiający poinformował wykonawcę R/S Budownictwo R.S., ul. Składowa 7 lok. 109 15-399 Białystok (dalej jako Odwołujący) o odrzuceniu jego oferty. W dniu 1.03.2019 r. ww. wykonawca wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności odrzucenia jego oferty, zaniechania wyjaśnienia treści oferty, zaniechania poprawienia innej omyłki w ofercie oraz zaniechania wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez uznanie, że oferta Odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdy tymczasem brak możliwości odczytania przez Zamawiającego treści załącznika nr 2 do SIWZ nie świadczy o niezgodności oferty ze specyfikacją, a tym samym nie stanowi podstawy do odrzucenia oferty;
2. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przeprowadzenia procedury wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty;
oraz
art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie Odwołującego innej omyłki polegającej na niezgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnej zmiany treści oferty;
a w konsekwencji powyższego,
3. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

W oparciu o powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz przeprowadzenia procedury wyjaśnienia oferty Odwołującego (ewentualnie także procedury poprawienia tzw. innej omyłki), a także dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem tej oferty.

Uzasadnienie odwołania.

Odwołujący informuje, że w zgodzie z pierwotnie opublikowaną specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) wykonawcy przedłożyć mieli wypełniony formularz ofertowy stanowiący załącznik nr 2 do SIWZ, gdzie w pkt 6 SIWZ Zamawiający

w następujący sposób określił zawartość oferty:

„1) Wypełniony formularz ofertowy (wg załączonego wzoru druku - zał. nr 2 do SIWZ),

2) Oświadczenia wymienione w pkt 6 ppkt 2 SIWZ „Wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnianie

warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia". Następnie, na skutek zmiany SIWZ z dnia 7 lutego 2019 r. Zamawiający zażądał, aby oferta składała się z formularza ofertowego wygenerowanego na Platformie, na której prowadzone jest postępowanie oraz szczegółowego formularza ofertowego (zgodnie z załącznikiem nr 2 do SIWZ):

„ZAWARTOŚĆ OFERTY:

1) Na treść oferty Wykonawcy składa się:

a) Wypełniony formularz ofertowy (poprzez uzupełnienie danych w zakładce „OFERTY”, który zostanie wygenerowany podczas składania oferty na Platformie,

b) Wypełniony szczegółowy formularz ofertowy (wg załączonego do niniejszej SIWZ wzoru druku - zał. nr 2 do SIWZ).

W celu prawidłowego złożenia oferty, Wykonawca zobowiązany jest wypełnić i złożyć oba wyżej wskazane dokumenty.

2) Ponadto wykonawca zobowiązany jest złożyć wraz z ofertą, Oświadczenia wymienione w pkt 6 ppkt 2 SIWZ „Wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia”.

3) Oferta powinna zostać złożona w oryginale w postaci dokumentu elektronicznego.

W związku z tym, nie stanowi prawidłowo sporządzonej oferty skan wypełnionego dokumentu, podpisany następnie kwalifikowanym podpisem elektronicznym”.

Odwolujący wskazuje, że pismem z 21.02.2019 r. Zamawiający poinformował wykonawców o odrzuceniu jego oferty, wskazując jako podstawę prawną art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu faktycznym Zamawiający wskazał na przywołaną powyżej zmianę SIWZ oraz stwierdził, że nie jest w stanie odczytać pliku stanowiącego załącznik nr

2 do SIWZ (szczegółowy formularz ofertowy). Zdaniem Zamawiającego, aby uznać, że „wykonawca prawidłowo złożył ofertę” niezbędne jest złożenie zarówno wypełnionego formularza ofertowego, jak i szczegółowego formularza ofertowego (stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ). Zamawiający podkreśla, że ten drugi dokument zawiera rozbięcie ceny ofertowej na dwa elementy: cenę za budowę Biblioteki Uniwersyteckiej oraz cenę za budowę Obserwatorium Astronomicznego z Planetarium. W dalszej kolejności Zamawiający stwierdza, że ceny powyższych elementów stanowią essentialia negotii przyszłej umowy

o zamówienie publiczne, na dowód czego przywołuje stosowne postanowienie projektu umowy (stanowiącej załącznik nr 6 do SIWZ). Zamawiający przywołuje również orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (dalej jako „Izba”) mające potwierdzać trafność jego argumentacji.

Zarzut 1

Odwolujący wskazuje na ogólną dyrektywę stosowania sankcji odrzucenia oferty,

#x200eo której mowa w art. 89 ust. 1 ustawy Pzp. Podnosi, że wyznacza ona zakres analizy

#x200ei czynności, które przed podjęciem tak radykalnej decyzji przeprowadzić powinien Zamawiający (a czemu zdaniem Odwołującego uchybił). Wywodzi, że w orzecznictwie Izby zwraca się uwagę na charakter instytucji odrzucenia, która, podobnie jak wykluczenie wykonawcy z postępowania, wywołuje skutki najdalej idące (uniemożliwiające wykonawcom ubieganie się o zamówienie). Odnosząc się do przesłanki, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp (niezgodność ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia), przekłada się to na wymóg uzyskania przez instytucję zamawiającą pewności, że: (a) niezgodność faktycznie wystąpiła, (b) nie może ona zostać pominięta/ usunięta/ wyjaśniona w sposób przewidziany przez Pzp. Powołuje się na wyrok KIO z dnia 20.12.2018 r., KIO 2482/18

i wyrok z 14.12.2018 r., KIO 2458/18. Odwołujący podnosi, że bezsporne jest, że zastosowanie sankcji odrzucenia oferty powinno być traktowane jako ostateczność

i niedopuszczalna jest w tym zakresie jakakolwiek swoboda interpretacyjna - zamawiający decydując się na odrzuceniu oferty musi mieć pewność, że jest to jedyne zasadne w danej sytuacji rozwiązanie. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający zastosował art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, pomimo że nieprawidłowości w złożonej dokumentacji nie implikują definitywnej wadliwości oferty, a co więcej, mają charakter naprawialny.

Dalej Odwołujący wskazuje, że art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako przyczynę odrzucenia traktuje niedającą się usunąć niezgodność oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, co oznacza, że przeprowadzenie oceny poprawności działań podjętych przez zamawiającego wymaga zdefiniowania pojęcia „oferta”. Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp znajdzie zatem zastosowanie jedynie wtedy, gdy niezgodność dotyczy oferty, co, a contrario generuje stwierdzenie, że niezgodności pomiędzy specyfikacją a dokumentami/informacjami złożonymi przez wykonawcę w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie będą stanowiły podstawy do odrzucenia, jeśli te dokumenty/informacje nie będą stanowiły oferty (w znaczeniu, o którym mowa poniżej). Odwołujący wywodzi, że przepisy ustawy Pzp nie definiują pojęcia „oferta”. Wobec powyższego za zasadne uznaje poszukiwanie tej definicji na gruncie przepisów prawa cywilnego, powołuje się na wyrok KIO 2383/17

z 27.11.2017 r. Podnosi, że konieczność sięgnięcia do dorobku cywilistycznego potwierdza także treść art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym do czynności podejmowanych przez zamawiających i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, o ile przepisy Pzp nie stanowią inaczej. Jak wynika z art. 66 § 1 k.c. „oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy”. Zdaniem Odwołującego z przywołanego przepisu jednoznacznie wynika, że do elementów składowych oferty zaliczyć należy te postanowienia przyszłej umowy, którym przypisać można charakter istotny (stanowią zatem jej essentialia negotii). Odwołując podnosi, że w orzecznictwie sądów powszechnych wskazuje się, że za takowe uznać należy postanowienia, które „decydują o istocie danej umowy, indywidualizują ją pod względem prawnym spośród innych umów” (wyrok SA w Gdańsku, 24.09.2013 r., I ACa 251/13). Odwołujący podaje, że w przypadku klasycznej umowy sprzedaży za essentialia negotii powinny być uznane: określenie przedmiotu umowy oraz ceny, jak stwierdza Sąd Apelacyjny w Łodzi w wyroku z dnia 23 sierpnia 2013 r., sygn. I ACa 296/13. Zdaniem Odwołującego analogiczne stanowisko wysnuć należy na podstawie analizy głosów prezentowanych przez przedstawicieli doktryny: „Zgodnie z art. 66 § 1 k.c., drugą cechą konstytutywną oferty jest wskazanie w jej treści istotnych postanowień proponowanej umowy, określanych również mianem koniecznych. Przyjęte rozwiązanie uzasadnione jest konstrukcją trybu ofertowego zakładającą, że treść przyszłej umowy wyznacza oferent, natomiast oblat ogranicza się do jej zaaprobowania lub odrzucenia, nie posiadając kompetencji do jej uzupełnienia lub zmiany. Istotne postanowienia wskazują minimalną treść umowy, bez określenia której nie mogłaby ona dojść do skutku. Powyższe podkreślił SN, definiując ofertę jako skierowaną do drugiej strony stanowczą propozycję zawarcia umowy, obejmującą minimalną jej treść (uchwała Sądu Najwyższego w składzie siedmiu sędziów

z dnia 28 września 1990 r., sygn. III CZP 33/90) (Komentarz do Kodeksu cywilnego, red. M. F., M. H., WKP, 2018).

Podnosi, że przywołane stanowisko wskazuje na dodatkową cechę oferty - rozróżnienie elementów oferty na te, które

stanowią o jej materialnej treści oraz dalsze składowe oświadczenia (niestanowiące jednak essentialia negotii) jest możliwe w drodze udzielenia odpowiedzi na pytanie o to, czy bez tych elementów dana umowa może zostać zawarta. Odwołujący podkreśla, że zaprezentowana powyżej wykładnia pojęcia „oferta” jest powszechnie akceptowana w orzecznictwie Izby, ze szczególnym uwzględnieniem stosowania jej w kontekście sankcji, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Powołuje się na wyrok z dnia 20 marca 2018 r., KIO 423/18. Podnosi, że w tym samym wyroku Izba wskazuje, że ustalenie czy zmaterializowała się przesłanka odrzucenia oferty wymaga jej oceny przez pryzmat art. 82 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym treść oferty musi odpowiadać specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Skoro tak, to jak podkreśla Izba, zgodność treści oferty z treścią specyfikacji jest zapewniona wówczas, gdy na podstawie analizy i porównania treści obu tych dokumentów można uznać, iż postanowienia zawarte w ofercie nie są inne, tj. nie różnią się w swej treści od postanowień zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wywodzi, że kluczowe zatem dla ustalenia, czy doszło do niezgodności oferty ze specyfikacją nie jest zidentyfikowanie jakiegokolwiek braku lub wadliwości oferty, lecz nieprawidłowości takiego rodzaju, która wskazuje, że merytoryczny aspekt oferty (np. zakres, ilość, jakość, wymagania techniczne, warunki realizacji, cena) różni się od oczekiwań zamawiającego wyrażonych w treści specyfikacji. Podnosi, że sankcją odrzucenia nie są obarczone wadliwości, które nie wpływają na treść zobowiązania wykonawcy, powołuje się na wyrok KIO 198/17 z dnia 16.02.2017 r. Odwołujący podkreśla, że złożonej przez niego ofercie nie sposób zarzucić merytorycznej niezgodności z wymaganiami Zamawiającego. Odwołujący przypomina, że dnia 7 lutego 2019 r. Zamawiający zdecydował się na zmianę SIWZ w zakresie dokumentów składających się na zawartość oferty, zmiana ta polegała na tym, że prawie wszystkie informacje wymienione powyżej miały zostać przedstawione Zamawiającemu za pośrednictwem platformy, na której prowadzone było postępowanie (wykonawcy zobligowani zostali do wypełnienia określonych pól wygenerowanych na platformie, zamiast załączać pierwotnie przewidziany formularz ofertowy). Jediną informacją, która przedstawiona miała zostać w inny sposób (tj. za pośrednictwem załącznika nr 2 do SIWZ - szczegółowego formularza ofertowego) było rozbieżenie ceny ofertowej (podawanej) przy wypełnianiu formularza na platformie na cenę za Budowę Biblioteki Uniwersyteckiej oraz Obserwatorium Astronomicznego z Planetarium. Podnosi, że z treści Zawiadomienia o odrzuceniu oferty wynika, że Zamawiający nie był w stanie odczytać zawartości pliku przesłanego przez Odwołującego. Odwołujący okoliczności tej nie kwestionuje, po zapoznaniu się z uzasadnieniem odrzucenia jego oferty prześledził proces załączania dokumentów na platformie Zamawiającego i ustalił przyczynę zaistniałej sytuacji. Odwołujący podnosi, że wobec niekwestionowanego braku możliwości zapoznania się przez Zamawiającego z treścią załącznika nr 2 do SIWZ rozstrzygnięcia wymaga, czy zawarta tam informacja (rozbicie ceny ofertowej na dwa obiekty) stanowi o niezgodności oferty ze SIWZ, tj. czy informacja ta ma charakter essentialia negotii przyszłej umowy o zamówienie publiczne. Zamawiający przypisuje tym informacjom taki właśnie charakter, wskazując, że dane te stanowią będą element przyszłej umowy. Odwołujący nie zgadza się z Zamawiającym, iż z samego tylko faktu umieszczania rozbieżenia ceny końcowej (w odniesieniu do dwóch budynków) w treści umowy wynika, że elementy te stanowią jej elementy przedmiotowo istotne. Skoro bowiem zaistniała sytuacja nie dotyczy elementów umowy o zamówienie publiczne, które w każdym przypadku mają taki charakter (jak oświadczenie co do terminu wykonania zamówienia, przedmiotu zamówienia czy ceny, za którą zostanie ono zrealizowane), to ocena tych informacji powinna odbyć się przy uwzględnieniu specyfiki danego zamówienia i znaczenia konkretnych (brakujących) informacji dla jego realizacji. Zdaniem Odwołującego nie ulega wątpliwości, że Zamawiający zaniechał dokonania tej analizy, stawiając nieuzasadniony znak równości pomiędzy brakiem informacji na temat rozbieżenia ceny końcowej na dwa obiekty a niezgodnością oferty z SIWZ. Podnosi, że kluczowy dla ustalenia znaczenia informacji o kosztach wykonania poszczególnych obiektów jest charakter wygradzienia - w zależności bowiem od tego, czy mamy do czynienia z wynagrodzeniem kosztorysowym czy ryczałtowym, wszelkie informacje doprecyzowujące składniki cenotwórcze mogą wpływać na końcowe, należne wykonawcy wynagrodzenie (przy formule kosztorysowej) lub nie mieć dla tego wynagrodzenia żadnego znaczenia (przy formule ryczałtowej). Odwołujący wskazuje, że Zamawiający umiejscowił w tym formularzu również oświadczenie dotyczące RODO, okoliczność ta jest jednak irrelevantna z punktu widzenia niniejszej sprawy, Zamawiający nie wskazuje bowiem w uzasadnieniu odrzucenia oferty na brak złożenia przez Odwołującego oświadczenia w tym zakresie. Odwołujący informuje, że wynagrodzenie, które w postępowaniu przewidział Zamawiający, ma charakter ryczałtowy, czego dowodzi treść § 15 ust. 1 wzoru umowy: „Strony ustalają, że obowiązującą je formą wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu umowy będzie wynagrodzenie ryczałtowe ustalone na podstawie oferty Wykonawcy wybranej w trybie przetargu, które wyraża się kwotą (...)”. Wskazuje, że wynagrodzeniu przewidzianemu przez Zamawiającego nie można przypisać nawet charakteru „ryczałtu z elementami kosztorysowymi”. W polskiej praktyce wielokrotnie można spotkać się z formułą wynagrodzenia, która w istocie przewiduje mieszany charakter wynagrodzenia (np. poprzez narzucenie ryczałtowej wartości jedynie poszczególnym pozycjom przedmiarowym). Jednoznacznie rozstrzygnął to zresztą Zamawiający, odpowiadając pismem z dnia 7 stycznia 2019 r. na pytanie nr 22, odnoszące się do znaczenia załączonych przedmiarów: „Przedmiar jest do celów pomocniczych i nie służy do wyceny robót”. Podnosi, że niniejszej sytuacji chodzi o „czysty” ryczałt, dla którego bez znaczenia pozostają jakiegokolwiek rozbieżenia, uszczegóławiania czy też doprecyzowania w zakresie elementów cenotwórczych. Z powyższego wywodzi, że nie sposób uznać, aby rozbieżenie ceny końcowej na ceny za wykonanie dwóch poszczególnych obiektów mogło mieć znaczenie dla któregoś z przedmiotowo istotnych elementów przyszłej umowy. Jednocześnie Odwołujący nie kwestionuje przydatności tych informacji (wymagałoby to podważenia racjonalności Zamawiającego, który te informacje chce umieścić w umowie, czego Odwołujący nie czyni). Wskazuje, że oczywistym jest, że oba obiekty wykonywane będą przy założeniu ich podzielności, czego konsekwencją będzie odrębne rozliczanie i dokonywanie płatności, jednak wywodzi, że jest to okoliczność, która pozostaje bez znaczenia dla ceny ofertowej, a więc tego parametru, który w kontekście wynagrodzenia ma charakter essentialia negotii. Odwołujący podkreśla, że na gruncie oceny zasadności stosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp obowiązkiem instytucji zamawiającej nie jest ustalenie, czy brakujące dane mają jakikolwiek wpływ na realizację przyszłej umowy, lecz czy rzutują na jej kluczowe, przedmiotowo istotne, aspekty. Podnosi, że Załącznik nr 2 do SIWZ, jako dokument stanowiący doprecyzowanie ryczałtowej ceny ofertowej, należy co do jego istoty i znaczenia zrównać z często wymaganymi przez zamawiających dokumentami uszczegóławiającymi zaoferowaną cenę (może to być kosztorys, wypełniony przedmiar, rozbieżenie ceny ofertowej etc.). Wywodzi, że z bogatego w tym zakresie orzecznictwa Izby wynika, że dokumenty tego rodzaju przy wynagrodzeniu ryczałtowym mają charakter informacyjny, pomocniczy, co oznacza, że nie stanowią one

merytorycznego elementu oferty: „Zasadą jest, iż przy wynagrodzeniu ryczałtowym kosztorysy załączane do oferty mają charakter informacyjny,

a braki w nich nie są podstawą do jej odrzucenia” (wyrok z 18.08.2011 r., KIO 1673/11). To

z kolei wpływa na ocenę i znaczenie ich wadliwości lub braków. Powołuje się na wyrok

z 11.01.2017 r., KIO 2383/16. Wywodzi, że powyższe jest konsekwencją sytuacji, w której, przy tak ustalonym typie wynagrodzenia, wykonawca w cenie oferty zobowiązany jest ująć wszelkie koszty, składające się na cenę realizacji przedmiotu zamówienia, co oznacza, że ryzyko związane z kalkulacją ceny za przedmiot zamówienia przerzucone jest w całości na wykonawcę. Podnosi, że Izba wielokrotnie wypowiadała się na temat znaczenia błędów czy wręcz braków dokumentów w postaci kosztorysów w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego – powołuje wyroki z dnia 16 marca 2010 r., KIO/UZP 139/10, z 27 listopada 2013 r., KIO 2616/13. Odwołujący wskazuje, że zamawiający powinien ze szczególną ostrożnością oceniać przypadki, w których rzekoma niezgodność sprowadza się do niesprostania wymogom formalnym i bezsporne jest, że art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp powinien mieć zastosowanie, gdy wykonawca oferuje rozwiązanie, które nie odpowiada specyfikacji (np. przewiduje inne rozwiązania techniczne czy wykonanie zamówienia w innym terminie, bądź odmienną od oczekiwanej ilość). Kiedy jednak wykonawca deklaruje gotowość wykonania zamówienia zgodnie z oczekiwaniami gospodarza postępowania (jak

w analizowanym przypadku), a wadliwość sprowadza się do braku dokumentu/informacji, które nie podważają tej gotowości, na instytucji zamawiającej ciąży obowiązek ustalenia, czy owa wadliwość jest rzeczywiście nieusuwalna i rodzi konieczność odrzucenia oferty. Zdaniem Odwołującego analizy tej Zamawiający zaniechał. Podnosi, że na potwierdzenie swojego stanowiska Zamawiający przywołuje trzy wyroki Izby - Odwołujący wskazuje, że, z uwagi na istotnie odmienny stan faktyczny, pozostają one nieprzydatne z punktu widzenia oceny niniejszej sprawy:

(a) wyrok Izby z dnia 27 grudnia 2016 r. (sygn. KIO 2351/16) - w sprawie, której dotyczył ten wyrok wykonawca nie złożył formularza ofertowego, który zawierał: informację o cenie oferowanych produktów oraz terminie płatności, braku zastrzeżeń do postanowień SIWZ, akceptacji wzoru umowy oraz braku zastrzeżeń co do jej wykonania, związaniu treścią oferty przez okres wskazany w SIWZ, terminie wykonania umowy, ewentualnym świadczeniu przedmiotu umowy przez podwykonawców – zatem sytuacja ta jest więc diametralnie inna od sprawy, której dotyczy niniejsze odwołanie; w tamtym przypadku zamawiający nie był bowiem w stanie ustalić kluczowych i niepodlegających uzupełnieniu kwestii, takich jak cena ofertowa, termin wykonania umowy, akceptacja SIWZ czy korzystanie z podwykonawców;

(b) wyrok Izby z dnia 23 kwietnia 2010 r. (sygn. KIO/UZP 509/10, KIO/UZP 510/10) -

w tym przypadku Izba oceniała sytuację mającą miejsce w przetargu, którego przedmiotem było zawarcie umowy na obsługę bankową. Wykonawca, którego oferta została odrzucona nie zawarł w ofercie informacji o wysokości prowizji oraz wysokości marży banku przy udzieleniu kredytu w rachunku bieżącym. Tymczasem dookreślenie tych szczegółów było niezbędne, choćby z uwagi na to, że obowiązek w tym zakresie wynika wprost z ustawy Prawo bankowe (art. 69). Ponadto, brak podania tych informacji nie pozwalał na ustalenie ceny zaoferowanej przez wykonawcę, wszak w zależności od wysokości marży i prowizji podlegała ona zmianie, zaś w sprawie, której dotyczy odwołanie cena zaoferowana przez Odwołującego jest bezsporna;

(c) wyrok Izby z dnia 28 lipca 2011 r. (sygn. KIO 1525/11) - z kolei w tym przypadku Izba uznała, że załączenie niewłaściwej wersji przedmiaru stanowi w istocie ingerencję w zakres oferty, który istotnie zatem różnił się od oczekiwań zamawiającego. W sprawie, której dotyczy odwołanie nie ma najmniejszych wątpliwości, że zakres oferty w pełni zgodny jest

z wymaganiami SIWZ.

Z powyższego wywodzi, że w żadnym z przywołanych przez Zamawiającego wyroków Izba nie badała sytuacji przedmiotowo chociażby zbliżonej do analizowanego przypadku, tj. takiej w której braki w przekazaniu Zamawiającemu informacji nie skutkowałyby ingerencją

w elementy przedmiotowo istotne złożonego zobowiązania.

Zdaniem Odwołującego za potwierdzeniem stanowiska Zamawiającego nie przemawia również to, że zgodnie ze zmianą SIWZ z dnia 7 lutego 2019 r. załącznik nr 2 do SIWZ stanowił element oferty. Oczywiście Zamawiający ma prawo definiować elementy składowe oferty według własnego uznania, jednak nie oznacza to, że może to się odbywać w oderwaniu od faktycznych, przedmiotowo istotnych elementów oferty (i przyszłej umowy). Do podobnych wniosków Izba doszła chociażby w wyroku z dnia 28 kwietnia 2017 r. -

w analizowanej tam sprawie oferta jednego z wykonawców została odrzucona z uwagi na niezłączenie jednego z kosztorysów wymaganych przez zamawiającego. Co ważne, kosztorys ten, zgodnie z deklaracją zamawiającego, stanowił integralną część oferty. Dodatkowo, miał on zawierać wyliczenie wynagrodzenia za element zamówienia rozliczany kosztorysowo. Pomimo tych okoliczności Izba uznała, że omyłkowe niezłączenie tego dokumentu przez wykonawcę nie świadczy o niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący wskazuje, że uwzględniając wszystkie przywołane powyżej okoliczności, zasadny staje się wniosek, że oferta Odwołującego nie zasługuje na odrzucenie. Podkreśla, że odrzucenie oferty jest dla wykonawcy (obok wykluczenia) najdotkliwszą z sankcji przewidzianych w przepisach Pzp, co oznacza, że jej zastosowanie musi być ostatecznością, a stosowne przepisy nie mogą być interpretowane rozszerzająco. Zdaniem Odwołującego stanowisko Zamawiającego zdaje się być podyktowane stwierdzeniem, iż omawiane elementy oferty (rozbicie ceny na poszczególne obiekty) mają charakter przedmiotowo istotny - powyżej wykazano, że koncepcja ta jest wadliwa. Odwołujący pragnie jednak podkreślić, że, wbrew zapatrywaniom Zamawiającego, nawet jeśliby teza ta była prawidłowa, to nie zmienia to konieczności analizy zasadności zastosowania procedur sanacyjnych względem oferty, o których mowa poniżej.

Zarzut 2

Odwołujący podkreśla, że nie zasługuje na uwzględnienie stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym brak informacji, których oczekiwał Zamawiający

w załączniku nr 2 do SIWZ nie podlegał definitywnie wyjaśnieniu. Jednocześnie, szanując prawo Zamawiającego do uzyskania wszelkich informacji, które, w jego opinii, pozostają przydatne w kontekście danego zamówienia, Odwołujący podnosi, że Zamawiający powinien skorzystać z procedury wyjaśnień, o której mowa w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Podnosi, że Izba wielokrotnie podkreślała, iż jakkolwiek art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wyraża uprawnienie instytucji zamawiającej, to w niektórych okolicznościach przeradza się ono w obowiązek – np. w wyroku z 27.11.2017 r., KIO 2383/17, w wyroku z dnia 3.10.2017 r. Izba uznała, że przeprowadzenie procedury wyjaśnień jest wyrazem należytej staranności zamawiającego,

a w wyroku z dnia 10 maja 2017 r. stwierdziła, że przed wdaniem się w spór z wykonawcą zamawiający powinien skorzystać z procedury wyjaśnień, podobnie w wyroku z dnia 24.08.2011 r. KIO 1716/11. Podnosi, że wyjątkowo trafnie co do zasadności stosowania art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wypowiedział się Sąd Okręgowy we Wrocławiu w wyroku z dnia

30 marca 2010 r.: „Artykuł 87 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych odnosi się do możliwości żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Dotyczy to więc tej części oferty, która jest nieprecyzyjna, niejasna, dwuznaczna, budząca wątpliwości interpretacyjne, jest niedopatrzaniem, lub błędem niezamierzonym, opuszczeniem, lecz wyrażona w treści oferty. Nie dotyczy to tej części oferty; co do której wykonawca powinien był wskazać konkretne dane pozwalające na ocenę oferty lecz tego zaniechał”. Zdaniem Odwołującego dokładanie taka sytuacja zachodzi w analizowanym przypadku - brak podania informacji o szczegółach rozbicia ceny na poszczególne obiekty stanowi niezamierzone opuszczenie, a nie jest to jednocześnie informacja, która w jakikolwiek sposób mogłaby być wykorzystywana na etapie dokonywania oceny oferty. Dalej argumentuje, że procedura, o której mowa w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp ma również za zadanie unikanie sytuacji, w których oferty odrzucane byłyby z powodów błahych, często będących konsekwencją ich błędnej interpretacji, a nie wadliwej i niezgodnej z wymaganiami treści. Norma ta chroni przed obarczaniem skutkami tego typu wątpliwości wykonawców: „Przepis ten służy temu, żeby niejasności, które powstały na kanwie oferty, ale wynikające z jej treści, nie obciążały automatycznie wykonawcy” – KIO 1345/17.

Odwołujący podkreśla, że zaistniała sytuacja jest konsekwencją niezamierzonego działania - przygotowując do przesłania Zamawiającemu poszczególne dokumenty, Odwołujący opatrzył je podpisem elektronicznym (zgodnie z wymogami SIWZ). Podpisanie dokumentu podpisem elektronicznym skutkowało jednocześnie wygenerowaniem zewnętrznego, niezależnego pliku „zawierającego” podpis elektroniczny. W praktyce podpisany dokument oraz tak wygenerowany plik powinny być rozpatrywane łącznie - pierwszy z nich zawiera merytoryczną treść, drugi natomiast umożliwia weryfikację poprawności złożonego podpisu. Na etapie przesyłania Zamawiającemu dokumentacji za pośrednictwem platformy internetowej Odwołujący omyłkowo przesłał Zamawiającemu jedynie plik z podpisem elektronicznym, nie załączył natomiast samego załącznika nr 2 do SIWZ. Raz jeszcze Odwołujący podkreśla, że zastosowanie przez Zamawiającego procedury określonej w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp jest zasadne jeszcze z jednego powodu – nieuzasadnione bowiem są obawy Zamawiającego, iż poprzez zobowiązanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień (tj. wskazania rozbicia ceny końcowej na dwa obiekty) dojdzie do jakichkolwiek nieuprawnionych działań, które mogłyby np. stawiać Odwołującego w sytuacji korzystniejszej od innych wykonawców. Wywodzi, że nawet gdyby Odwołujący chciał zaproponować obecnie inne rozbicie ceny niż to, które uwzględniał na etapie poprzedzającym składanie ofert, to trudno sobie wyobrazić na czym miałyby polegać wypracowana w ten sposób korzyść (co stanowi kolejny dowód na drugorzędne znaczenie tej informacji). Dalej wskazuje, że Zamawiający dysponuje złożonym plikiem zawierającym podpis elektroniczny. Taki plik pozostaje kompatybilny tylko z jednym dokumentem, tj. tym, który opatrzony został podpisem. Na wezwanie Zamawiającego Odwołujący wyjaśniłby, jaki jest podział ceny ofertowej, ale również umożliwiłby Zamawiającemu upewnienie się, że informacja ta pozostaje w pełni zgodna z rozbiciem przyjętym na etapie poprzedzającym składanie ofert. Dysponując plikiem, do którego odnosi się podpis (a taki plik zostałby przekazany Zamawiającemu wraz z wyjaśnieniami) Zamawiający miałby możliwość jednoznacznego zweryfikowania, czy plik z podpisem, który posiada od momentu składania ofert dotyczy właśnie tego dokumentu, który został mu przedłożony na etapie wyjaśnień (jeśli w dokumencie zostałyby wprowadzona jakakolwiek zmiana, Zamawiający byłby w stanie tę okoliczność jednoznacznie ustalić, wynikałoby to bowiem z weryfikacji złożonego podpisu elektronicznego). Zdaniem Odwołującego, nie istnieją przeciwwskazania do zastosowania przez Zamawiającego procedury, o której mowa w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, a rozwiązanie takie nie przybierze formy negocjacji prowadzonych pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym. Nie będzie również skutkować wprowadzeniem zmiany do oferty (tym bardziej, że Zamawiający będzie w stanie zweryfikować niezmienną przekazanych informacji, a to są właśnie okoliczności, które powinien wziąć pod uwagę Zamawiający, rozważając ewentualne zastosowanie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Fakt znaczenia danej informacji (a więc czy ma ona charakter przedmiotowo istotny czy nie) jest okolicznością irrelewantną z punktu widzenia procedury wyjaśniania. Odwołujący wskazuje, że analiza Zawiadomienia o odrzuceniu oferty pozwala przyjąć, że Zamawiający w ogóle nie przeanalizował możliwości skorzystania z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp - w treści tego pisma wskazuje jedynie, że nie jest możliwe w tym przypadku zastosowanie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, czego Odwołujący nie kwestionuje.

Podnosi, że zastosowanie procedury wyjaśnień skutkować będzie rozwianiem wątpliwości Zamawiającego co do informacji w zakresie kosztów przypisanych do poszczególnych obiektów, które znajdują się w przyszłej umowie. Dlatego też, w opinii Odwołującego, skorzystanie przez Zamawiającego z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp może zakończyć etap uzupełnienia/ wyjaśniania oferty Odwołującego, a jednocześnie nic nie stoi na przeszkodzie, ażeby na skutek uzyskanych wyjaśnień doszło do zastosowania przez Zamawiającego procedury poprawiania tzw. innej omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Z ww. przepisu wynika, że przesłanką, która musi być spełniona, aby przepis ten znalazł zastosowanie jest ustalenie, że dana zmiana nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Wskazuje, że w orzecznictwie Izby kwestia istotności omyłki była wielokrotnie analizowana, również w kontekście zmian dotyczących ceny ofertowej i jej składników cenotwórczych, np. w wyroku z dnia 6.03.2018 r., KIO 302/18. Podnosi, że nie można uznać, że w przypadku, którego dotyczy niniejsze odwołanie dojdzie do którejś ze wskazanych przez Izbę sytuacji. Podobne zapatrywanie wyraził Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 1 marca 2010 r., sygn. XIX Ga 18/10, gdzie wprost wskazano, że nic nie stoi na przeszkodzie, aby za omyłkę, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp uznane zostały omyłki dotyczące kosztorysów składanych wraz z ofertą. Odwołujący wskazuje, że Izba nie pozostawia wątpliwości, że w odróżnieniu od omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 1

i 2 ustawy Pzp (omyłki pisarskie i rachunkowe) ta z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie musi mieć charakteru oczywistego – wyrok z 4.04.2018 r., KIO 528/18. W wyroku z dnia

13 stycznia 2012 r., KIO 2810/11 Izba stwierdziła także, że wiedza o sposobie poprawiania omyłki może wynikać z samej treści oferty, lub z wyjaśnień udzielonych w oparciu

o procedurę z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego bezsporne jest również, że za „omyłkę” w rozumieniu analizowanego przepisu może być również uznany przypadek braku lub pominięcia jakiejś informacji - powołuje się na ww. wyrok KIO 2810/11. Podkreśla, że w tym samym wyroku Izba stwierdza, że art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp znajduje zastosowanie nawet wówczas, gdy zmiana odnosi się do elementów oferty o charakterze przedmiotowo istotnym, kluczowe jest bowiem nie to, jakie elementy oferty ulegają poprawieniu, ale jaki jest skutek tej zmiany. Podnosi, że pozostaje poza sferą wątpliwości, że skorzystanie przez Zamawiającego z procedury, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, które polegać będzie na ustaleniu rozbicia ceny ofertowej nie doprowadzi do istotnej zmiany treści oferty. Cena końcowa nie ulegnie jakiegokolwiek zmianie. Nie zmieni się termin realizacji, zakres zamówienia czy okres gwarancji, zostaną jedynie doprecyzowane koszty, które przypisać należy do poszczególnych obiektów wchodzących w zakres zamówienia.

Podnosi, że w tym kontekście, nawet gdyby uznać, że informacje te mają charakter essentialia negotii (z czym

Odwolujący się nie zgadza), to nic nie stoi na przeszkodzie, aby procedura ta została przeprowadzona.

Odwolujący zwraca uwagę na podkreślaną przez Izbę regułę, zgodnie z którą odrzucenie oferty z uwagi na jej niezgodność z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (a więc w oparciu o treść art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp) musi być poprzedzone analizą możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i w ten sposób dostosowania treści oferty do wymogów specyfikacji. Ponownie podkreślić należy, że jedynym obostrzeniem w tym zakresie, jest wpływ takiego działania na treść oferty.

Podnosi, że w wyroku z dnia 13 marca 2018 r., KIO 346/18, zgodnie z którym odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp możliwe jest jedynie w sytuacji niemożności wyjaśnienia treści oferty i potwierdzenia w ten sposób jej zgodności z treścią SIWZ na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Podkreśla, że z orzecznictwa Izby wynika, że w przypadku, gdy w danej sprawie zmaterializują się przesłanki zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, zamawiający ma nie prawo, lecz obowiązek skorzystania z tego przepisu – KIO 302/18.

Zamawiający w dniu złożył odpowiedź na odwołanie, w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpienie zgłosił wykonawca Budimex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa, (dalej także jako Przystępujący). W dniu 14.03.2019 r., Przystępujący złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W toku rozprawy przed Izbą strony i uczestnik podtrzymali swoje stanowisko.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią na odwołanie i pismem procesowym uczestnika postępowania, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron oraz uczestnika postępowania złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, wobec możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Przystępując do rozpoznania sprawy Izba ustaliła przede wszystkim, że stan faktyczny sprawy przedstawiony w odwołaniu znajduje potwierdzenie w dokumentacji postępowania i nie był pomiędzy stronami sporny, nie będzie zatem powtarzany.

Izba zwraca uwagę na następujące postanowienia SIWZ:

Zgodnie z SIWZ, po zmianie z 7.02.2019 r., Zamawiający w następujący sposób uregulował kwestie zawartości, składania i przygotowanie ofert:

Pkt 6: ZAWARTOŚĆ OFERTY:

1) Na treść oferty Wykonawcy składa się:

a) Wypełniony formularz ofertowy (poprzez uzupełnienie danych w zakładce „OFERTY”, który zostanie wygenerowany podczas składania oferty na Platformie,

b) Wypełniony szczegółowy formularz ofertowy (wg załączonego do niniejszej SIWZ wzoru druku - zał. nr 2 do SIWZ).

W celu prawidłowego złożenia oferty, Wykonawca zobowiązany jest wypełnić i złożyć oba wyżej wskazane dokumenty.

2) Ponadto wykonawca zobowiązany jest złożyć wraz z ofertą, Oświadczenia wymienione w pkt. 6 ppkt. 2 SIWZ „Wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia”.

3) Oferta powinna zostać złożona w oryginale w postaci dokumentu elektronicznego.

W związku z tym, nie stanowi prawidłowo sporządzonej oferty skan wypełnionego dokumentu, podpisany następnie kwalifikowanym podpisem elektronicznym

Pkt 10.18 Ofertę należy złożyć w następujący sposób:

18.1. wypełnienie formularza Oferty (poprzez wypełnienie danych w zakładce „OFERTY”

18.2 wypełnienie Szczegółowego Formularza Oferty (wg. załączonego do niniejszej SIWZ wzoru druku – zał. nr 2 do SIWZ),

18.3 dodanie w zakładce „OFERTY” Szczegółowego Formularza Oferty;

Załącznik nr 6 do SIWZ – wzór umowy stanowi:

§ 1 – „Przedmiot umowy”, ust. 4: Przed zawarciem umowy Strony uzgodniły Harmonogramy rzeczowo finansowe (zwany dalej Harmonogramem), na podstawie projektu przedstawionego przez Wykonawcę według wzoru Zamawiającego, zgodnie z którym będzie realizowany przedmiot umowy. Harmonogramy stanowią załącznik nr 2 i załącznik nr 2a do umowy.

§ 2 – „Terminy realizacji zamówienia” - Umowa obowiązuje od dnia podpisania, przy czym ustala się następujące terminy jej realizacji:

1) przekazanie protokolarne placu budowy: w ciągu 3 dni roboczych od daty podpisania umowy,

2) termin zakończenia wykonania Biblioteki Uniwersyteckiej tj. — termin gotowości potwierdzony przez inspektorów nadzoru wpisem w dzienniku budowy gotowości Wykonawcy do odbioru końcowego: do...

3) termin zakończenia wykonania Obserwatorium Astronomicznego z Planetarium tj. — termin gotowości potwierdzony przez inspektorów nadzoru wpisem w dzienniku budowy gotowości Wykonawcy do odbioru końcowego: do...

§ 15 – Wynagrodzenie -

1.Strony ustalają, że obowiązującą je formą wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu umowy będzie wynagrodzenie ryczałtowe ustalone na podstawie oferty Wykonawcy wybranej w trybie przetargu, które wyraża się kwotą: ... zł netto plus należny podatek VAT (23%) w kwocie . . zł.

2) ... zł brutto.

Słownie brutto: ...

w tym:

Wartość wynagrodzenia przysługującego Wykonawcy za wykonanie Budowy Biblioteki Uniwersyteckiej została ustalona na podstawie jego oferty i wynosi:

3) ... zł netto plus należny podatek VAT (23%) w kwocie . zł.

4) ... zł brutto.

Słownie brutto: ...

Wartość wynagrodzenia przysługującego Wykonawcy za wykonanie Budowy Obserwatorium została ustalona na podstawie jego oferty i wynosi:

5) ... zł netto plus należny podatek VAT (23%) w kwocie ... zł

6) ... zł brutto.

Słownie brutto: ...

§ 16 – Płatność wynagrodzenia - Strony ustalają, że rozliczenie i płatność za roboty odbywać się będzie oddzielnie dla każdej z budów na podstawie częściowych faktur VAT za wykonany zakres rzeczowy robót w okresach rozliczeniowych trzymiesięcznych, zgodnych

z Harmonogramami Załącznik nr 2 i Załącznik nr 2a do umowy

§ 19 – Zabezpieczenie należytego wykonania umowy

1. Wykonawca wniósł zabezpieczenie należytego wykonania umowy w wysokości 10% wynagrodzenia netto, tj. złotych (słownie:—) w formie: Kwota ta stanowi zabezpieczenie zgodnego z umową wykonania przedmiotu zamówienia oraz służy do pokrycia roszczeń Zamawiającego z tytułu realizacji niniejszej umowy, w tym:

1) Budowa Biblioteki Uniwersyteckiej: ... zł netto (słownie:—)

2) Budowa Obserwatorium wraz z Planetarium: ... zł netto (słownie:—)

3. Kwota stanowiąca 70% wniesionego zabezpieczenia należytego wykonania umowy zostanie zwrócona (o ile nie zostanie wykorzystana na pokrycie roszczeń Zamawiającego)

w terminie 30 dni od dnia podpisania bezusterkowego protokołu odbioru końcowego robót lub odpowiednio protokołu usunięcia usterek stwierdzonych w toku odbioru końcowego, natomiast pozostała wartość wniesionego zabezpieczenia należytego wykonania umowy (30%) zostanie zwrócona w ciągu 14 dni od upływu okresu rękojmi i gwarancji, z uwzględnieniem terminów przedłużenia rękojmi i gwarancji, o których mowa w § 18 umowy (dla każdego budynku oddzielnie).

Izba zważyła, co następuje.

Odwwołanie, jako niezasadne, nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba zarzuty odwołania oceniła łącznie, jako zasadzające się na jednej podstawie faktycznej oraz ściśle powiązanych podstawach prawnych.

Dla ustalenia zasadności odwołania kluczową jest ocena skuteczności złożenia oferty przez Odwołującego. Zgodnie z postanowieniami SIWZ, po zmianach dokonanych 7.02.2019 r., zgodnie z pkt 6, na ofertę składał się formularz ofertowy wygenerowany na platformie oraz szczegółowy formularz ofertowy stanowiący załącznik nr 2 do SIWZ, który oprócz wskazania ceny za całość robót budowlanych, zawierał m.in. rozbić tej ceny na cenę budowy biblioteki uniwersyteckiej oraz obserwatorium astronomicznego (ze wskazaniem, dla każdej z cen – ceny netto, brutto, kwoty podatku oraz ceny słownie). Dalej, zgodnie z pkt 10.18 SIWZ, ofertę należało złożyć poprzez wypełnienie formularza Oferty (wypełnienie formularza na platformie elektronicznej) oraz wypełnienie szczegółowego formularza oferty (załącznik nr 2 do SIWZ)

#x200ei dodanie formularza poprzez ww. platformę). Okolicznością bezsporną w sprawie było, że Odwołujący nie przekazał w terminie składania ofert wypełnionego szczegółowego formularza oferty, przekazując jedynie plik zewnętrznego podpisu elektronicznego do tego dokumentu. Rzeczony zaniechanie było podstawą odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający w piśmie o odrzuceniu oferty poinformował, że SIWZ wymagał złożenia formularza szczegółowego, który zawierał rozbić cenowe na poszczególne budynki, co stanowiło *essentialia negotii* zawieranej z wykonawcą umowy.

W ocenie Izby czynność odrzucenia oferty Odwołującego przez Zamawiającego była prawidłowa i nie stanowiła naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Nie można zgodzić się z prezentowaną przez Odwołującego argumentacją, że odrzucenie oferty było bezpodstawne, gdyż niezgodność oferty z SIWZ, o której mowa w powołanym przepisie musi mieć charakter merytoryczny, a rozbić cenowe na poszczególne budynki nie stanowiło *essentialia negotii* umowy. Należy zgodzić się z Odwołującym, że wobec braku definicji oferty w ustawie Pzp, koniecznym jest odwołanie się do przepisów kodeksu cywilnego. Jak zasadnie podnosi Odwołujący, niezgodność z SIWZ powinna być oceniana m.in.

w kontekście art. 66 § 1 kc., który stanowi, że oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. W ocenie Izby dyspozycja powołanego przepisu jednoznacznie przesądza, że brak przekazania szczegółowego formularza ofertowego z rozbić cenowym powinien być traktowany jako niezgodność z SIWZ. Po pierwsze – wymóg złożenia rzeczony formularza wprost wynikał z zapisów SIWZ – czego Odwołujący nie kwestionował i czego miał świadomość, a jedynie przez pomyłkę formularza tego nie przekazał. Po drugie – ceny zawarte w formularzu szczegółowym (za poszczególne budynki) stanowiły istotne postanowienia umowy.

Nie sposób racjonalnie przyjąć, że nie mają charakteru istotnych postanowień zapisy umowy określające wynagrodzenie wykonawcy – zaś § 15 wzoru umowy obejmował wskazanie zarówno ceny globalnej, jak również ceny za wykonanie poszczególnych budynków. Do cen za wykonanie poszczególnych budynków umowa odnosi się również w § 16 – płatność wynagrodzenia. Analiza postanowień wzoru umowy pozwalają na stwierdzenie, iż wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie jest zasadnym traktowanie ceny globalnej jako jedynej istotnej, stanowiącej o treści oświadczenia woli. Oprócz powyżej powołanych paragrafów umowy należy zwrócić uwagę także na § 19, określający warunki zabezpieczenia należytego wykonania umowy, który również osobno określa kwoty zabezpieczeń (stanowiących 10% całej ceny), dla poszczególnych budynków, a także osobno ustanawia terminy zwrotu zabezpieczenia dla każdego budynku oddzielenie. Dodać przy tym należy, iż bez znaczenia dla powyższych ustaleń pozostaje podnoszona przez Odwołującego w toku rozprawy okoliczność, że płatność wynagrodzenia odbywać się będzie zgodnie z harmonogramami ustalonymi dopiero przed podpisaniem umowy. Zgodnie z § 16 wzoru umowy, z rzeczonymi harmonogramami mają być zgodne „okresy rozliczeniowe trzymiesięczne” określające wykonany zakres rzeczowy robót. Nie budzi natomiast wątpliwości, że harmonogramy te mają charakter wtórny do oferty wykonawcy, a cena w nich ustalona musi być zgodna z ceną ofertową. Przyjęcie odmiennej interpretacji pozwalałoby na stwierdzenie, że oferta nie ma charakteru wiążącego i zawiera w zasadzie jedynie propozycję ceny, która może ulec zmianie do etapu zawarcia umowy. Konkludując, uznać należy, że w świetle przepisów kodeksu cywilnego brak jest podstaw dla uznania, że postanowienia formularza szczegółowego oferty nie miały charakteru postanowień istotnych i nie stanowiły treści oferty.

Należy przy tym zwrócić uwagę, że powyższe ustalenia zgodne są z powoływanym przez Odwołującego poglądem doktryny, że istotne postanowienia wskazują minimalną treść umowy, bez której umowa nie mogłaby dojść do skutku – przy powyżej opisanym ukształtowaniu umowy oczywistym jest, że rozbić cenowe było elementem niezbędnym dla jej zawarcia. Odwołujący podnosił również, że z ww. stanowiska wywieść można metodę rozróżnienia postanowień umowy, które stanowią *essentialia negotii* i dalsze składowe oświadczenia, nie decydujące o materialnej treści umowy,

polegającą na ustaleniu czy bez tych elementów umowa może być zawarta. Zatem również przyjęta przez Odwołującego metoda ustalenia treści materialnej i postanowień istotnych umowy nakazuje uznanie, że informacje dotyczące rozbitcia cenowego zawarte w formularzu szczegółowym miały charakter *essentialia negotii*, bez nich bowiem umowa nie mogłaby być zawarta w ustalonej w SIWZ formie. Umowa zawarta bez postanowień odnoszących się do rozbitcia cenowego nie byłaby umową, do zawarcia której zmierza prowadzone przez Zamawiającego postępowanie. Dalej, dokonana przez Izbę ocena ww. okoliczności zgodna jest również

z powołanym przez Odwołującego wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 23.08.2013 r. (I Aca 296/13), który stwierdził, że za *essentialia negotii* powinny być uznane: przedmiot umowy oraz cena. Przyjęte przez Izbę rozumienie oferty oraz istotnych postanowień umowy w kontekście art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zgodne jest również z orzecnictwem KIO, w którym wskazuje się, że niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp może dotyczyć sfery merytorycznej zobowiązania, jego przedmiotu lub polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty niezgodnie z wymaganiami SIWZ, które dotyczyły treści oferty – ale nie tylko jej formy (por. np. wyroki KIO z 11.09.2017 r., KIO 1815/17,

z 8.12.2017 r., KIO 2475/17, z 12.01.2018 r., KIO 2739/17, z 13.03.2018 r., KIO 346/18). Jak ustalono powyżej, niezłożenie szczegółowego formularza oferty nie stanowiło jedynie uchybienia formie, bowiem formularz ów obejmował oświadczenia wykonawcy dotyczące istotnych postanowień umowy.

Jako nieadekwatną w odniesieniu do niniejszej sprawy należy uznać argumentację Odwołującego dotyczącą błędów w kosztorysach w postępowaniach z ceną ryczałtową. Jakkolwiek rzeczywiście wynagrodzenie w omawianym postępowaniu ma taki charakter, tak brak oferty nie dotyczy kosztorysu, a wadliwego oświadczenia woli wykonawcy. Zgodnie

z SIWZ Zamawiający wymagał zawarcia w ofercie oświadczenia co do cen oferowanych za wykonanie poszczególnych budynków – co, jak omówiono powyżej, miało podstawy wobec sposobu sformułowania umowy i jej rozliczania. Nie można przyjąć, że jest to sytuacja analogiczna jak w przypadku kosztorysów o charakterze pomocniczym, bowiem rzeczne oświadczenia o poszczególnych cenach miało charakter wiążący i stanowiły niezbędny element oświadczenia woli Odwołującego. Ponadto niedopuszczalna jest sugerowana przez Odwołującego wykładnia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zgodnie z którą przesłanka odrzucenia nie zachodzi, jeżeli tylko wykonawca wyraża gotowość realizacji zamówienia zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego. Przy przyjęciu takiej wykładni w każdym postępowaniu wystarczającym byłoby jedynie oświadczenie, że wykonawca chce zamówienie zrealizować. Zamawiający nie miałby przy tym żadnej możliwości wpływania na kształt i treść oświadczenia woli, a także byłoby to niezgodne chociażby z art. 66 kc, skoro ów przepis wymaga, by oświadczenie woli stanowiące ofertę zawierało określano postanowienia umowy. Również powołany przez Odwołującego wyrok Izby z dnia 28.04.2017 r., KIO 764/17 nie jest relewantny w niniejszym postępowaniu – jak wskazała Izba w ww. wyroku, w stanie sprawy wykonawca miał prawo uznać, że zamawiający nie wymagał załączenia do oferty szczegółowego kosztorysu, ale wymagał podania ceny dla pozycji, której dotyczył kosztorys, i która to przez wykonawcę została wskazana. Zatem powołany wyrok w zasadzie potwierdza ustalenia Izby w obecnym postępowaniu, gdzie Zamawiający również wymagał podania ceny za poszczególne budynki, czego Odwołujący, inaczej niż w referowanej sprawie, zaniechał.

Dalej, odnosząc się do postawionej na rozprawie tezy, że Odwołujący w zasadzie złożył oświadczenie woli – poprzez przesłanie podpisu elektronicznego, ale nastąpiła „trudność w odczytaniu treści oświadczenia”, należy stanowczo stwierdzić, że taka ocena okoliczności sprawy jest bezpodstawna. Zgodnie z art. 61 § 1 kc, zgodnie z którym oświadczenie woli jest złożone z chwilą, gdy dotarło do adresata w taki sposób, iż mógł się on zapoznać z jego treścią. Skoro zatem Zamawiający, co jest bezsporne, nie dysponował formularzem szczegółowym oferty, a jedynie plikiem podpisu elektronicznego, to nie mógł zapoznać się z treścią formularza, ergo oświadczenie woli nie zostało złożone.

Reasumując, należało uznać, że Zamawiający zasadnie przyjął, że niezłożenie przez Odwołującego szczegółowego formularza cenowego stanowiło niezgodność oferty z SIWZ.

Mając na uwadze, że zgodnie z dyspozycją art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, oferta podlega odrzuceniu w przypadku niezgodności SIWZ z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, wymaga oceny, czy Zamawiający powinien był dokonać poprawy oferty o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3. Zgodnie z powołanym przepisem, zamawiający poprawia w ofercie inne (niż oczywiste rachunkowe i pisarskie) omyłki, polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, nie powodujące istotnych zmian

w treści oferty. W ocenie Izby instytucja poprawiania omyłki nie może znaleźć zastosowania

w niniejszej sprawie. Poprawienie omyłki jest dopuszczalne, gdy na podstawie informacji, którymi Zamawiający dysponuje, można ustalić, jak jest prawidłowa treść oferty. Odwołujący przy tym zasadnie wskazuje, że poprawienie omyłki może być poprzedzone wezwaniem do wyjaśnień treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Jednakże w orzecnictwie Izby jednoznacznie wskazuje się, że wyjaśnienie oferty nie może prowadzić do jej uzupełnienia o jakiegokolwiek nowe treści, których ustalenie nie było możliwe na podstawie informacji, które wynikały z pierwotnej treści oferty (por. np. wyrok KIO z 25.05.2018 r., KIO 902/18, z 2.05.2018 r., KIO 753/18, z 25.06.2018 r., KIO 1156/18, z 2.07.2018 r., KIO 1185/18). W przedmiotowej sprawie Zamawiający nie miał możliwości poprawiania oferty bez uzyskania od Odwołującego nowych informacji, niewyrażonych dotychczas w ofercie. Wobec niezłożenia przez Odwołującego szczegółowego formularza ofertowego, który był jedynym dokumentem, gdzie na etapie ofertowania ujawniano rozbitcie cenowe na poszczególne budynki, Zamawiający nie dysponował żadnymi informacjami pozwalającymi na ustalenie treści oświadczenia woli wykonawcy w tym zakresie. Podkreślić także należy, że poprawienie oferty nie jest dopuszczalne nie dlatego, że dotyczy *essentialia negotii*, ale ze względu na to, że jak wskazano powyżej, nie byłoby to poprawienie np. omyłkowo wskazanej ceny, ale uzupełnienie oferty o element *essentialia negotii*.

W tym miejscu koniecznym jest odniesienie się do twierdzeń Odwołującego, który wywodził, że wobec dysponowania przez Zamawiającego plikiem podpisu elektronicznego, złożonym przed upływem terminu składania ofert, należy uznać, że poprawienie omyłki po wezwaniu do wyjaśnień było dopuszczalne. Odwołujący wskazywał, że w tej sytuacji Zamawiający miałby możliwość zweryfikowania, czy plik z formularzem szczegółowym, złożony na etapie wyjaśnień, jest plikiem, którego dotyczył przekazany uprzednio plik podpisu elektronicznego. Zdaniem Odwołującego taka weryfikacja pozwoliłaby na ustalenie, że nie doszło do manipulacji oświadczeniem zawartym w szczegółowym formularzu ofertowym pomiędzy otwarciem ofert a przekazaniem wyjaśnień. W toku rozprawy przed Izbą Odwołujący uzupełnił wywód w tym zakresie, podnosząc, że skoro ustawodawca zdecydował się na elektronizację zamówień publicznych, to należy wykorzystywać wszystkie zalety tego rozwiązania – w tym możliwość weryfikacji plików jak powyżej. W ocenie Izby dopuszczenie uzupełnienia oferty po terminie, na podstawie weryfikacji zgodności

z podpisem elektronicznym jest niedopuszczalne. Okoliczność, że ustawodawca zdecydował się na elektronizację zamówień publicznych, nie oznacza, że dopuścił tym samym możliwość uzupełniania ofert po terminie ich składania. Należy zważyć, że działanie takie stanowi tak daleko idące odstępstwo od zasady, że oferta złożona po terminie nie podlega sanowaniu, że jego dopuszczalność powinna być wprost wyrażona w przepisach ustawy. Skoro ustawodawca nie zdecydował się na wprowadzenie takiej regulacji, brak jest podstaw dla dopuszczenia rzeczonożego uzupełnienia. Przyzwolenie na uzupełnianie ofert w proponowany przez Odwołującego sposób niosłoby daleko idące, negatywne konsekwencje dla postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający (oraz pozostali wykonawcy) traciliby pewność stanu postępowania – zawsze możliwym byłoby uzupełnienie oferty, jej treść mogłaby nie być znana po otwarciu ofert, a dopiero po uzupełnieniu, co wpływałoby również na zachowanie zasady równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji oraz przejrzystości postępowania. Zamówienia publiczne niejednokrotnie dotyczą miliardowych wydatków ze środków publicznych i mają doniosłe znaczenie dla gospodarki i funkcjonowania społeczeństwa. W tej sytuacji należy minimalizować wszelkie ryzyko manipulacji postępowaniem, wynikające również np. z cyberprzestępczości – zatem przyjąć należy, że zamawiający powinien opierać się jedynie na dokumentach, które zostały mu przez wykonawcę przekazane w ustalonym terminie. Jedynie w odniesieniu do takich dokumentów, będących już w posiadaniu zamawiającego, może on mieć pewność ich niezmienności i oryginalności. Reasumując, w obecnym stanie prawnym nie można przyjąć możliwości złożenia oferty lub jej uzupełnienia po terminie na podstawie uprzednio przekazanego pliku podpisu elektronicznego.

Nadto, oprócz możliwości ew. manipulacji samym dokumentem oferty, umożliwienie uzupełniania oferty po terminie ich składania, może mieć inne niedopuszczalne konsekwencje. Jedną z nich może być np. słusznie wskazana przez Przystępującego możliwość „wycofania” się z postępowania, bez zatrzymania wadium, wykonawcy, który złożył ofertę niepełną i następnie jej zaniechał jej uzupełnienia.

Tym samym należało uznać, że Zamawiający nie był uprawniony do dokonania poprawienia oferty Odwołującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jak również wezwania do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wobec czego należy uznać, że zarzuty odwołania w tym zakresie nie potwierdziły się.

Z uwagi na posiłkowy charakter zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w stosunku do zarzutów omówionych powyżej, wobec stwierdzenia ich niezasadności, brak jest podstaw dla uznania, że doszło do naruszenia zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 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).

Jednocześnie, Izba mając nie uwzględniła wniosku Zamawiającego odośnie zasądzenia na jego rzecz kosztów dojazdu. Zamawiający w miejsce wymaganego przepisami rozporządzenia rachunku, a zatem dokumentu finansowego, przedłożył pismo – „*Wyliczenie kosztów przejazdu pełnomocnika do Krajowej Izby Odwoławczej na rozprawę dnia 15 marca 2019 r.*”, w którym podał wyliczenie kosztów przejazdu na rozprawę na podstawie Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 25 marca 2002 r. w sprawie warunków ustalania oraz sposobu dokonywania zwrotu kosztów używania do celów służbowych samochodów osobowych, motocykli i motorowerów niebędących własnością pracodawcy. Do pisma załączono kopię dowodu rejestracyjnego pojazdu. Tymczasem, zgodnie z § 3 pkt rozporządzenia wysokość kosztów w postępowaniu odwoławczym przed KIO ustala się na podstawie rachunków, dokumentujących poniesiony wydatek. Przepisy obowiązujące

w postępowaniu odwoławczym przez Krajową Izbą Odwoławczą nie przewidują, tak jak to jest możliwe na gruncie KPC (art. 109, post. SN z 15.02.2002, II CK 34/02, OSP rok 2005, Nr 4, poz. 54) w postępowaniu przed sądem powszechnym, przyznania kosztów na podstawie oświadczenia (spisu kosztów), wymagając odpowiedniego udokumentowania poniesionych uzasadnionych kosztów rachunkiem - dokumentem księgowym - składanym do akt sprawy.

Przewodniczący:.....