

WYROK
z dnia 12 marca 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz
Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 10 marca 2021 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lutego 2021 roku przez wykonawcę MWM spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Gliwicach

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Miasto Katowice

przy udziale wykonawcy Net-o-logi spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą

w Katowicach zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 487/21 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie.

Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia pod nazwą *zaprojektowanie i wykonanie trzech monitoringów wizyjnych włączonych do Katowickiego Inteligentnego Systemu Monitoringu i Analizy*.

Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie podjętej czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 roku.

W pozostałym zakresie (zarzut 4) odwołanie jest niezasadne.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Miasto Katowice i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę MWM spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą

w Gliwicach tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Zamawiającego Miasta Katowice na rzecz wykonawcy MWM spółka

z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Gliwicach kwotę 5 550 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu

od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika stosownie do rozpoznania zarzutów odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 487/21

UZASADNIENIE

Zamawiający – Miasto Katowice – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą *zaprojektowanie i wykonanie trzech monitoringów wizyjnych włączonych do Katowickiego Inteligentnego Systemu Monitoringu i Analizy*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 18 grudnia 2020 roku pod numerem 768896-N-2020.

15 lutego 2021 roku działając na podstawie art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku przepisy wprowadzające ustawę Prawo zamówień publicznych Odwołujący wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego z dnia 9 lutego 2021 roku zawartych w piśmie „zawiadomienie o wyborze oferty” polegających na: zaniechaniu wyboru oferty MWM jako oferty najkorzystniejszej, wyborze jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez Net - o - logy sp. z o. o. z siedzibą w Katowicach, odrzuceniu oferty MWM jako niezgodnej ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: siwz) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku prawo zamówień publicznych (dalej „pzp”)

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku przepisy wprowadzające ustawę prawo zamówień publicznych w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp przez odrzucenie oferty odwołującego jako niezgodnej z siwz podczas, gdy oferta odwołującego jest zgodna z siwz i nie powinna zostać odrzucona,

ewentualnie na wypadek, gdyby zarzut nr 1 okazał się niezasadny

2) naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku przepisy wprowadzające ustawę prawo zamówień publicznych w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 1 pzp przez zaniechanie wezwania odwołującego do wyjaśnień treści oferty

w zakresie rozbieżności między ceną podaną w formularzu ofertowym (załącznik nr 1 do siwz), a ceną podaną w kalkulacji cenowej (załącznik nr 1a do siwz), podczas gdy Zamawiający zobligowany był do skierowania do odwołującego ww. wezwania,

3) naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku przepisy wprowadzające ustawę prawo zamówień publicznych w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp przez zaniechanie poprawienia omyłki w ofercie odwołującego

w załączniku nr 1a do siwz (kosztorys cenowy) w zakresie kosztu robót budowlanych netto w odniesieniu do monitoringu nr 3 (Park Bogucicki) z kwoty 172 118, 94 zł netto na kwotę 151 118 zł netto oraz zaniechanie dokonania poprawienia pól załącznika nr 1a stanowiącego konsekwencję poprawienia omyłki w zakresie kosztu robót budowlanych netto dla monitoringu nr 3 podczas, gdy Zamawiający zobowiązany był do dokonania ww. poprawek stosowanie do treści art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp,

oraz

4) naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku przepisy wprowadzające ustawę prawo zamówień publicznych w zw. z art. 91 ust. 1 pzp przez wybór jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez Net - o - logy sp. z o. o. z siedzibą w Katowicach podczas, gdy najkorzystniejsza oferta według kryteriów oceny ofert została złożona przez odwołującego, a co za tym idzie oferta odwołującego powinna zostać wybrana przez

Zamawiającego.

Odwolujący wniosł o:

- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty MWM,
- nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, a w konsekwencji nakazanie dokonania wyboru oferty MWM jako najkorzystniejszej w postępowaniu,
- dopuszczenie i przeprowadzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą dowodów wskazanych w treści niniejszego odwołania na okoliczności tam wskazane;
- zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

Odwolujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący podał, że w sytuacji w której Zamawiający zachowałby się prawidłowo i nie odrzucił oferty odwołującego jako niezgodnej z siwz, wówczas oferta odwołującego byłaby ofertą najkorzystniejszą zgodnie z przyjętymi przez Zamawiającego w postępowaniu kryteriami oceny ofert. W konsekwencji Zamawiający dokonałby wyboru oferty odwołującego, a odwołujący uzyskałby zamówienie.

Odwolujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty

Miasto Katowice prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na: „zaprojektowanie i wykonanie trzech monitoringów wizyjnych włączanych do Katowickiego Inteligentnego Systemu Monitoringu / Analizy” (dalej postępowanie). Wartość szacunkowa nie przekracza kwoty 214 000 euro.

Jako kryteria oceny ofert zamawiający przyjął cenę (60 %), doświadczenie osoby wyznaczonej jako przedstawiciel wykonawcy (20 %), doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia (20 %).

Oferty w postępowaniu złożył MWM oferując wykonanie zamówienia za kwotę 687 629, 27 zł brutto. Ofertę w postępowaniu złożyła także spółka Net - o - logy sp. z o. o. z siedzibą w Katowicach określając cenę oferty na poziomie 719 555 zł brutto.

Pierwotnie Zamawiający wyznaczył termin składania ofert na 11 stycznia br. W dniu wyznaczonym jako termin składania ofert, zamawiający poinformował o przedłużeniu

ww. terminu do dnia 15 stycznia, godz. 10. W dniu 9 lutego Zamawiający poinformował

o wyborze oferty złożonej przez Net - o - logy sp. z o. o. jako oferty najkorzystniejszej. Jednocześnie zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty MWM jako niezgodnej z siwz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.

Zarzut nr 1 - art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp

W terminie wyznaczonym pierwotnie do składania ofert, odwołujący złożył formularz ofertowy wraz ze wszystkimi wymaganymi przez Zamawiającego dokumentami. Cena podana przez odwołującego w formularzu ofertowym wynosiła 713 460, 43 zł brutto. Po przedłużeniu przez Zamawiającego terminu składania ofert, odwołujący zmodyfikował treść oferty składając zmieniony formularz ofertowy (załącznik nr 1 do siwz). W zmodyfikowanym formularzu ofertowym odwołujący dokonał obniżenia ceny oferty z kwoty 713 460, 43 zł brutto do kwoty 687 629, 27 zł brutto.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego Zamawiający stwierdził, że wraz ze zmianą załącznik nr 1 (formularz ofertowy), konieczna była także modyfikacja załącznika nr 1a

do siwz (kosztorys). Zamawiający stanął na stanowisku, że załącznik nr 1a (kosztorys)

nie podlega uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 pzp. W ocenie Zamawiającego fakt,

że cena za którą wykonawca oferuje wykonanie zamówienia podana w formularzu ofertowym (załącznik nr 1) nie odpowiada cenie wynikającej z kosztorysu (załącznik nr 1a) przesądza o niezgodności oferty wykonawcy z siwz i obliuguje Zamawiającego do odrzucenia oferty.

Odwolujący podał, że pomimo rozbieżności między ceną, za którą odwołujący oferuje wykonanie przedmiotowego zamówienia wynikającą wprost z formularza ofertowego

a kosztem widniejącym w przedłożonym kosztorysie, oferta odwołującego pozostaje zgodna z siwz, co odwołujący wykazywał w odwołaniu.

Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 3 pzp - zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o: wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty podając uzasadnienie faktyczne i prawne. W zakresie podstawy faktycznej odrzucenia oferty odwołującego, Zamawiający ograniczył się do wskazania na okoliczności, które zostały już przytoczone powyżej przez odwołującego. Antycypując ewentualną argumentację Zamawiającego, odwołujący zauważył, że po skierowaniu do wykonawców informacji

o odrzuceniu oferty odwołującego, co miało miejsce w dniu 9 lutego br., Zamawiający nie może przytaczać nowych podstaw faktycznych odrzucenia oferty, a także nie może rozszerzać oraz modyfikować podstaw faktycznych odrzucenia ujętych w uzasadnieniu dokonanej czynności.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp - Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Należy stwierdzić, że odrzucenie oferty na podstawie ww. przepisu z powodu sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ, odnosi się do merytorycznej sprzeczności pomiędzy treścią zawartą w siwz, a treścią wyrażoną w ofercie złożonej przez wykonawcę. Merytoryczny, a nie formalny zakres sprzeczności wynika już z literalnej wykładni przytoczonego przepisu, który dwukrotnie posługuje się słowem „treść”. Wnioskowanie a contrario prowadzi natomiast do wniosku, że Zamawiający nie może odrzucić oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp z powodu formalnych sprzeczności między siwz, a ofertą, które nie wyznaczają merytorycznego zakresu oferty złożonej przez wykonawcę.

Jak podnosi się w doktrynie prawa zamówień publicznych - przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp jest skorelowany z art. 82 ust. 3 pzp, zgodnie z którym treść oferty musi odpowiadać treści siwz. Niezgodność treści oferty z treścią siwz ma miejsce wtedy, kiedy treść oferty (jej zawartość merytoryczna) nie odpowiada wymaganiom zamawiającego określonym w siwz w odniesieniu do przedmiotu zamówienia lub sposobu jego realizacji. Innymi słowy: niezgodność treści oferty z treścią siwz polega na materialnej niezgodności zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem, zaferowania którego oczekuje zamawiający i które opisał w siwz (tak: PZP Komentarz, art. 89 PZP red. Jaworska 2020. wyd. 12/M. Jaworska). Podobnie - norma art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp odnosi się zaś do merytorycznego aspektu zaferowanego przez wykonawcę świadczenia oraz merytorycznych wymagań Zamawiającego, w szczególności co do zakresu, ilości, jakości, ceny, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia, w tym wyznaczonych parametrów technicznych wyrobu. Niezgodność treści oferty z treścią siwz ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami zamawiającego (zob. wyr. KIO z 9.1.2017 r., KIO 2440/16, niepubl., tak: PZP Komentarz, art. 89 red. Sieradzka 2018, wvd. 1/Sieradzka). Powyższe znajduje potwierdzenie także w utrwalonej linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej,

tytułem przykładu: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 lipca 2017 roku, sygn. KIO 1337/17.

O niezgodności treści oferty z siwz można mówić wówczas, gdy oferta nie odpowiada warunkom określonym w siwz w zakresie przedmiotu zaferowanego świadczenia, sposobu wykonania świadczenia, warunków realizacji świadczenia, czy ceny oferty. Niezgodność formalna oferty z siwz pozostaje poza zakresem dyspozycji przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp. Odnosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy odwołujący stwierdził, że oferta odwołującego nie może zostać uznana za niezgodną z siwz w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.

W ocenie Zamawiającego, niezgodność z siwz miałyby polegać na tym, że cena podana przez odwołującego w formularzu ofertowym jest niezgodna z wartością widniejącą

w kosztorysie. Tego typu niezgodność ma jednak charakter wyłącznie formalny, a nie merytoryczny. Niewątpliwie kwota podana przez odwołującego w kosztorysie (załącznik nr 1a) nie ma wpływu na zakres świadczenia oferowanego przez odwołującego oraz na sposób jego wykonania. Niezależnie od kwot przyjętych w kosztorysie zakres świadczenia pozostaje taki sam. W następnej kolejności należy zwrócić uwagę, że cena, która powinna zostać przyjęta przez Zamawiającego do porównania ofert zgodnie z określonymi kryteriami oceny wynika niewątpliwie z formularza ofertowego (załącznik nr 1), a nie z kosztorysu. Jakiegokolwiek potencjalne wątpliwości w tym zakresie eliminuje jednoznaczna literalna treść formularza ofertowego. Zgodnie z punktem nr 1 formularza:

W imieniu reprezentowanej przeze mnie firmy oświadczam, że Firma (lub podmioty wspólnie ubiegające się o zamówienie) ¹

1) oferuje:

a) wykonanie przedmiotu zamówienia określonego w SIWZ zgodnie z kosztorysem ofertowym

- cena nettozł słownie.....

- cena bruttozł słownie.....

- w tym.....% VAT w wys.zł.

Jak wynika z powyższego cena oferty jest więc cenę z formularza ofertowego, a nie cenę

z kosztorysu. Co istotne według Odwołującego, a co zupełnie umknęło uwadze Zamawiającego przy ocenie ofert w postępowaniu - wartości podane przez wykonawcę

w kosztorysie nie mają jakiegokolwiek wpływu na wysokość wynagrodzenia, które wykonawca otrzyma od zamawiającego za realizację przedmiotu umowy. Szczegółowe zasady wypłaty wynagrodzenia na rzecz wykonawcy za realizację przedmiotu umowy zostały określone w załączniku nr 6 do siwz - projekt umowy. Zgodnie z § 10 ust. 1 projektu umowy:

Za wykonie przedmiotu umowy ustala się wynagrodzenie ryczałtowe na kwotę netto.....PLN (słownie:.....00/100) powiększoną o 23 % VAT łącznie brutto 00000, 00 zł.

Z powyższego fragmentu umowy wynika jednoznacznie wynika, że wynagrodzenie, które wykonawca otrzyma z tytułu remizacji umowy ma charakter ryczałtowy (tj. stały),

a nie kosztorysowy. Skoro wynagrodzenie wykonawcy ma charakter ryczałtowy, to wartości podane przez odwołującego w kosztorysie ofertowym nie mogą w jakikolwiek sposób wpłynąć na wysokość wynagrodzenia wykonawcy. Tym samym, ceny zawarte w kosztorysie nie mają znaczenia dla rozliczeń stron w toku realizacji umowy. Należy podkreślić, że informacje zawarte w kosztorysie (załącznik nr 1a) tak w całości jak i we fragmentach nie tylko nie będą determinowały treści essentialia negotii przyszłej umowy stron, ale w ogóle nie będą elementem stosunku umownego między Zamawiającym, a wykonawcą.

Kosztorys może mieć jedynie charakter pomocniczy, w stosunku do oferty wykonawcy. Wartości podane w kosztorysie nie mogą wpływać na sposób postępowania z ofertą przez Zamawiającego w toku postępowania, w szczególności nie mogą być podstawą odrzucenia tej oferty jako niezgodnej z siwz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.

Przechodząc do dalszej analizy treści projektu umowy należy zwrócić uwagę, że zgodnie z § 10 ust. 2 projektu umowy: *Ceny ryczałtowe netto za wykonanie poszczególnych rodzajów prac określonych w harmonogramie rzeczowo - finansowym nie ulegną zmianie do końca realizacji przedmiotu umowy.*

Stosowanie natomiast do treści § 8 ust. 1 projektu umowy: *Wykonawca jest zobowiązany opracować i uzgodnić z Zamawiającym do dwóch tygodni od dnia podpisania umowy harmonogram rzeczowo - finansowy robót, który będzie podstawą do rozliczeń terminowo - finansowych między stronami i który stanie się integralną częścią umowy.*

Zdaniem Odwołującego, zgodnie z konstrukcją przyjętą przez Zamawiającego ceny ryczałtowe prac składające się na wynagrodzenie wykonawcy wynikać będą z harmonogramu rzeczowo - finansowego. Harmonogram rzeczowo - finansowy ma zostać przygotowany przez wykonawcę w porozumieniu z Zamawiającym w terminie 2 tygodni od dnia zawarcia umowy. Harmonogram rzeczowo - finansowy stanie się następnie integralną częścią umowy i będzie podstawą rozliczeń między stronami. Należy przy tym zwrócić uwagę, że żadne z postanowień, czy to samej siwz, czy to projektu umowy nie łączy harmonogramu rzeczowo - finansowego z kosztorysem. Inaczej mówiąc, harmonogram rzeczowo - finansowy może zostać przygotowany przez wykonawcę niezależnie od wartości określonych w kosztorysie składanym wraz z ofertą. W konsekwencji, tak jak już powyżej stwierdzono na wysokość wynagrodzenia wykonawcy w żaden sposób nie wpływają wartości podane w kosztorysie (załącznik nr 1a).

Odwołujący abstrahuje od oceny, czy zasady rozliczania wysokości wynagrodzenia ustalone przez Zamawiającego we wzorze umowy są zgodne z zasadami udzielania zamówień publicznych. Z punktu widzenia zarzutów postawionych przez odwołującego w niniejszym odwołaniu przytoczone powyżej postanowienia projektu umowy potwierdzają niewątpliwie stanowisko odwołującego, o pomocniczym, dodatkowym charakterze kosztorysu ofertowego.

Należy także zauważyć, że opisanego powyżej znaczenia kalkulacji cenowej / kosztorysu ofertowego (załącznik nr 1a do siwz) nie modyfikują w żaden sposób postanowienia przygotowanej przez zamawiającego siwz. Jedyne postanowienia siwz, które odnoszą się

do załącznika nr 1a, stanowią że powinien być on zostać złożony wraz z ofertą (m. in. pkt 16 siwz). Siwz nie zawiera postanowień, które sugerowałyby, że ewentualne błędy w załączniku nr 1a lub brak złożenia tego załącznika będą skutkowały określonymi konsekwencjami dla wykonawcy, w tym w szczególności nie zawiera postanowień, które przewidują za to sankcję odrzucenia oferty. Ponadto siwz nie zawiera jakichkolwiek postanowień, które odnoszą się w sposób szczególny do załącznika nr 1a (np. określały właściwy sposób jego przygotowania i wypełnienia). Zgodnie z pkt 56 ppkt a siwz - Zamawiający odrzuci ofertę w przypadku, gdy zaistnieje przesłanka określona w art. 89 ust. 1 pzp. Zamawiający przy określaniu podstaw odrzucenia oferty ograniczył się do więc do przytoczenia przepisu ustawy. Powyższe postanowienie siwz nie statuuje niewątpliwie prawa zamawiającego do odrzucenia oferty z powodu wadliwości w zakresie załącznika nr 1a do siwz.

Przytoczoną powyżej argumentację odwołującego, potwierdza linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej np: wyrok z dnia 15 kwietnia 2019 roku, sygn. KIO 592/19; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 października 2019 roku, sygn.

KIO 1901/19; Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 lipca 2017 roku, sygn. KIO/KD 34/17; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 marca 2011 r, sygn. KIO 560/11; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 sierpnia 2011 roku, sygn. KIO 1673/11; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 marca 2010 roku sygn. KIO/UZP 139/10; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 lipca 2008 roku, sygn. KIO/UZP 616/08; wyrok KIO z dnia 9 sierpnia 2012 roku, sygn. KIO 1595/12. Poglądy zgodnie, z którymi kosztorys ofertowy przy wynagrodzeniu ryczałtowanym ma jedynie dodatkowy charakter względem formularza ofertowego zostały zaakceptowane także przez przedstawicieli doktryny prawa zamówień publicznych, tytułem przykładu PZP Komentarz, art. 89 PZP Granecki 2016, wyd. 5.

Odwołujący podał, że jak wynika z powyższego, zarówno Izba jak i komentatorzy ustawy twierdzą jednolicie, że w przypadku określenia przez Zamawiającego wynagrodzenia ryczałtowego, kosztorys ofertowy ma jedynie pomocniczy charakter i stanowi treść oferty sensu stricto. W konsekwencji treść kosztorysu lub jego brak nie mogą stanowić podstawy odrzucenia oferty wykonawcy jako niezgodnej z siwz. Linia orzecznicza w tym zakresie ma charakter jednolity oraz utrwalony na przestrzeni lat. Tym samym, Zamawiający nie mógł zgodnie z ustawą pzp odrzucić oferty wykonawcy z tego powodu, że cena z formularza ofertowego była inna niż wartość podana przez odwołującego w kosztorysie. Na gruncie niniejszego postępowania wynagrodzenie wykonawcy ma charakter ryczałtowy co przesądził Zamawiający w par. 10 projektu umowy (załącznik nr 6 do siwz). Wartości podane w kosztorysie nie wpływają więc na wysokość wynagrodzenia wykonawcy oraz na zakres jego zobowiązania względem Zamawiającego.

Zarzuty ewentualne nr 2 i nr 3: naruszenie art. 87 ust. 1 pzp, naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp

Zarzuty te mają wyłącznie charakter ewentualny na wypadek uznania, że kosztorys ofertowy (załącznik nr 1a do siwz) stanowi część oferty sensu stricto oraz, że niezgodność między ceną podaną w formularzu ofertowym (załącznik nr 1) oraz w kosztorysie ofertowym może świadczyć o niezgodności oferty z siwz skutkującą koniecznością odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp. Zamawiający przedłużył termin składania ofert

w postępowaniu z 11 stycznia na 15 stycznia. Odwołujący przed upływem przedłużonego terminu składania ofert dokonał zmiany oferty składając zmodyfikowany formularz ofertowy. Zmieniony formularz ofertowy (załącznik nr 1) zawierał nieznacznie obniżoną cenę względem wersji złożonej pierwotnie (tj. z 713 460, 43 zł brutto na 687 629, 27 zł brutto). Odwołujący dokonując zmiany ceny ofertowej omyłkowo nie zmodyfikował w kosztorysie cenowym (załącznik nr 1a) pola dotyczącego monitoringu nr 3 (Park Bogucicki) w zakresie kosztu robót budowlanych netto. Intencją odwołującego była zmiana ww. kosztu z kwoty 172 118, 94 zł netto na kwotę 151 118 zł netto. W konsekwencji zmianie powinien ulec łączny koszt robót budowlanych netto oraz łączny koszt robót budowlanych brutto. Po dokonaniu ww. poprawek cena oferty wynosić będzie 687 629, 27 zł brutto. Jak wynika z powyższego, jedyną wartością w kosztorysie, która uległaby zmianie jest koszt robót budowlanych monitoringu nr 3. Wszystkie pozostałe pozycje kosztorysu nie uległyby zmianie. Taki stan rzeczy powoduje, że powyższe należy można traktować w kategorii omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 dzd, która podlega poprawieniu przez zamawiającego.

Zamawiający może odrzucić ofertę wykonawcy jako niezgodną z siwz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp - z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Oznacza to, że Zamawiający nie może odrzucić oferty jako niezgodnej z siwz, jeżeli niezgodność może zostać usunięta przy zastosowaniu instytucji poprawienia tzw. innej omyłki (art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp). Stosownie do treści art. 87 ust. 1 zd. 1 pzp w toku badania i oceny ofert Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Jak wynika jednak z jednolitego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, uprawnienia Zamawiającego żądania od wykonawcy wyjaśnień treści oferty przeradza się w istocie w obowiązek zamawiającego żądania tych wyjaśnień. W szczególności w orzecznictwie podnosi się, że zamawiający

nie może samodzielnie - bez uprzedniego wezwania do wyjaśnień - odrzucić oferty wykonawcy. W świetle zasad doświadczenia życiowego trudno racjonalnie posądzić wykonawcę, że świadomie złożyłby ofertę niezgodną z siwz, toteż obowiązkiem Zamawiającego jest umożliwić wykonawcy wypowiedzenie się co do treści tej oferty. Odwołujący wskazał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 września 2011 roku sygn. KIO 1818/11; oraz analogiczne orzeczenia wyrok Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt: KIO/2220/10 z dnia 25 października 2010 roku, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 listopada 2011 roku, sygn. KIO 2505/11, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 sierpnia 2011 roku, sygn. KIO 1716/11.

Zamawiający zanim dokona odrzucenia oferty wykonawcy jako niespełniającej wymogów siwz ma obowiązek wezwać go do wyjaśnień treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 pzp. Tymczasem w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający takiego wezwania zaniechał, samodzielnie przesądzając o niezgodności oferty odwołującego z siwz i w konsekwencji dokonał jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp. Zamawiający powinien poprawić opisaną powyżej omyłkę odwołującego w kosztorysie ofertowym na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Podkreślenia wymaga, że omyłki, o których mowa w ww. przepisie nie mają przymiotu oczywistości. Tym samym sposób ich poprawienia może być dużo bardziej skomplikowany niż w przypadku omyłek oczywistych. Przyjmuje się, że poprawienie innych omyłek może nastąpić w wyniku prowadzenia z wykonawcą wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 pzp, czy nawet po uzyskaniu przez zamawiającego informacji z innych źródeł (tak: PZP Komentarz, art. 87 PZP red. Jaworska 2020, wvd. 12/J. Jarnicka).

Na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp mogą być więc poprawiane omyłki, które: (i) nie stanowią oczywistych omyłek pisarskich (art. 87 ust. 2 pkt 1 pzp) oraz (ii) nie stanowią oczywistych omyłek rachunkowych (art. 87 ust. 2 pkt 2 pzp), (iii) a ich poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Co oczywiste omyłka odwołującego miała wyłącznie charakter niezamierzony i przypadkowy. W stanie faktycznym sprawy brak jest okoliczności, które pozwalałyby przyjąć, że zamiarem wykonawcy było złożenie oferty niezgodnej z siwz. Wręcz przeciwnie działaniem odwołującego miały na celu zaoferowanie zamawiającemu konkurencyjnych warunków realizacji zamówienia, a w konsekwencji uzyskanie zamówienia. Na skutek poprawienia omyłki cena oferty miałaby być zmieniona z kwoty 713 460, 43 zł brutto na kwotę 687 629, 27 zł brutto, tj. o 25 813, 16 zł. Cenna oferty miałaby być więc zmieniona o ok. 3,7 %. Okoliczność, że cena zmieniałaby się o mniej niż 5 % stanowi argument, że zmiana oferty spowodowana poprawieniem tzw. innej omyłki nie byłaby zmianą istotną.

Poprawienie omyłki sprowadzałoby się wyłącznie do zmiany ceny ofert i nie byłoby związane ze zmianą jakiegokolwiek innego elementu oświadczenia woli zawartego w ofercie wykonawcy. W szczególności modyfikacji nie uległby zakres przedmiotowy zobowiązania wykonawcy wynikający z oferty. Dopuszczalność poprawienia ceny w kosztorysie ofertowym była jednym z ratio legis wprowadzenia art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp w obecnym kształcie.

Na gruncie ww. przepisu możliwość poprawienia omyłek w kosztorysie składanym wraz z ofertą jest jednolicie przyjmowana przez orzecznictwo i doktrynę, tytułem przykładu: „Często konsekwencją dokonania poprawek będzie zmiana ceny oferty. Jest to istotny element każdej oferty, ale przepis nie zabrania zmieniania istotnych elementów oferty,

tylko zakazuje wprowadzania istotnych zmian w ofercie. Zwróciła na to uwagę KIO w wyr. z 24.10.2012 r. (KIO 2200/12, Legalis) - przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 nie zawiera ograniczeń co do wnoszenia poprawek w kosztorysie powodujących zmianę wynagrodzenia. Przepisu tego nie można odczytywać jako zakazu dokonywania zmian w zakresie istotnych elementów ofert, jakim jest cena. W przeciwnym wypadku oczywiste błędy w kosztorysie nie mogłyby być korygowane, ponieważ w rezultacie powodują zmianę wynagrodzenia (tak: PZP Komentarz. Art. 87 PZP Pieróg 2019. wvd. 15)."

Zarzut nr 4 - naruszenia art. 91 ust. 1 pzp

Wobec braku przesłanek do odrzucenia oferty MWM, ofertę najkorzystniejszą stosownie

to treści art. 91 ust. 1 pzp złożył odwołujący, którego oferta winna zostać wybrana przez Zamawiającego. Tymczasem Zamawiający jako najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu wybrał ofertę złożoną przez Net - o - logy sp. z o. o. z siedzibą w Katowicach, co stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 pzp, zgodnie z którym zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w siwz.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron (uczestnik postępowania odwoławczego nie przybył na posiedzenie i rozprawę z udziałem stron – prawidłowo powiadomiony o terminie posiedzenia i rozprawy) na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Strony Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła

i zważyła, co następuje:

Izba wskazuje, że zgodnie z treścią art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020, dalej: ustawy wprowadzającej), do postępowań odwoławczych i postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1 - czyli ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 2019 ze zm.; dalej: „nowej ustawy”). Oznacza to, że dla rozpoznania w procedurze odwoławczej przedmiotowego odwołania właściwe są przepisy ustawy dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 2019 ze zm.), natomiast w zakresie procedury o udzielenie zamówienia publicznego właściwe są przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.; dalej „ustawy”).

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 nowej ustawy skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 15 lutego 2021 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co zostało potwierdzone na posiedzeniu oraz wynika z akt sprawy odwoławczej.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 505 ust 1 nowej ustawy – Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

W odniesieniu do argumentacji Zamawiającego dotyczącej braku interesu we wniesieniu dowołania z uwagi na upływ terminu związania ofertą Izba wskazuje, że nie podzieliła argumentacji Zamawiającego. Słusznie dostrzegł Odwołujący, że w orzecznictwie Izby

na kanwie ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 roku ukształtowany został pogląd zgodnie z którym, brak pozostania w terminie związania nie niweczy oferty w postępowaniu, a tym samym nie powoduje niemożliwości dokonania jej wyboru. Co za tym idzie nie można odmówić takiemu wykonawcy prawa do korzystania ze środków ochrony prawnej. Powyższe potwierdził również wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 16 lipca 2014 r., XXIII Ga 924/14 przez Sąd Okręgowy w Warszawie, który orzekł, iż „nie można w prosty mechaniczny sposób przenosić rozwiązań prawa cywilnego na prawo zamówień publicznych w zakresie skutków i konsekwencji upływu terminu związania ofertą. Zasadniczą rozbieżnością w zakresie charakteru składanych ofert jest to, że oferta, o której mowa w art. 66 k.c., powoduje taki stan związania złożonym oświadczeniem, że samo przyjęcie oferty prowadzi do zawarcia umowy, natomiast w ofercie złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, do zawarcia umowy nie wystarczy samo wybranie oferty, a konieczne jest dodatkowe oświadczenie woli w przedmiocie zawarcia umowy. Z uwagi na tak doniosłe skutki przyjęcia oferty z kodeksu cywilnego (automatyczne zawarcie umowy), upływ terminu związania ofertą powoduje automatyczny, bezpowrotny upadek oferty. Skutek wyboru oferty w rozumieniu prawa zamówień publicznych nie jest tak doniosły, brak jest zatem podstaw, aby tak doniosły był również skutek upływu terminu związania ofertą polegający na automatycznym, bezpowrotnym jej upadku”. Dalej Sąd Okręgowy reasumuje, że „z uwagi na specyfikę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz swoisty charakter oferty złożonej na gruncie przepisów pzp, należy uznać, iż upływ terminu związania ofertą nie przesadza o nieskuteczności oferty a jedynie o braku istnienia po stronie wykonawcy obowiązku zawarcia umowy.”

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej,

które zgodnie z par. 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy przez Strony postępowania odwoławczego.

Izba uwzględniła stanowisko Zamawiającego zaprezentowane w piśmie z dnia 1 marca 2021 roku „Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie”, które zostało przesłane do Prezesa Izby przed terminem posiedzenia z udziałem stron i doręczone Odwołującemu i uczestnikowi postępowania odwoławczego.

Izba uwzględniła stanowisko Odwołującego zawarte w piśmie procesowym z dnia 10 marca 2021 „Replika na odpowiedź na odwołanie” złożone do akt sprawy na posiedzeniu z udziałem stron.

Izba uwzględniła stanowisko prezentowane w piśmie procesowym uczestnika postępowania odwoławczego - wykonawcy Net-o-logy spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach z dnia 10 marca 2021 roku „Stanowisko Przystępującego wykonawcy”, które zostało przesłane do Prezesa Izby oraz Stron postępowania odwoławczego, co strony na posiedzeniu potwierdziły.

Izba rozpoznając zawarty w odwołaniu wniosek o dopuszczenie i przeprowadzenie przez Krajową Izbę

Odwoławczą dowodów wskazanych w treści odwołania na okoliczności tam wskazane – wniosek ten uznała za bezprzedmiotowy z uwagi na brak złożonych w postępowaniu dowodów, co stwierdziła zgodnie z art. 538 ust. 3 nowej ustawy na rozprawie.

Izba ustaliła stan faktyczny:

Zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) Zamawiający wymagał od wykonawców zgodnie z Częścią IV pkt 16 –

Wykonawca zobowiązany jest złożyć w terminie wskazanym w pkt 42 SIWZ:

1) Ofertę na formularzu oferty, o treści zgodnej z określoną we wzorze stanowiącym załącznik do specyfikacji (...)

5) Kalkulację ceny ofertowej

W Części VI – Sposób obliczenia ceny w pkt 25:

Formą wynagrodzenia za przedmiot zamówienia zgodnie z projektem umowy jest wynagrodzenie obliczone na podstawie jednostkowych cen ryczałtowych określonych w kalkulacji ofertowej.

Formą wynagrodzenia za przedmiot zamówienia, zgodnie z projektem umowy jest wynagrodzenie umowne, zgodnie z ofertą Wykonawcy, które zostało wyliczone w oparciu

o formularz cenowy (załącznik nr 1a do SIWZ), stanowiący integralną część SIWZ, w którym zastosowano ryczałtowe ceny jednostkowe odpowiednio dla poszczególnych usług.

W Części VI – Opis sposobu przygotowania ofert w pkt 31:

Zaleca się aby dokumenty ofertowe uporządkować, ponumerować i skompletować w teczkę, która winna zawierać:

- a) Wykaz dokumentów (z numerami stron),
- b) Wypełniony wzór oferty wraz z załącznikami nr 1a, 1b, 2, 3 i 4 do niniejszej SIWZ,
- c) Kalkulacja ceny ofertowej

W załącznikach, ostatnia strona SIWZ Zamawiający podał:

zał. nr 1 wzór oferty Wykonawcy,

zał. nr 1a wzór kalkulacji cenowej

zał. nr 1b potwierdzenie minimalnych wymagań dla kamer obrotowych

(...).

Załącznik nr 1 a do SIWZ – Kalkulacja cenowa, to tabela z kolumnami:

- Numer monitoringu według załącznika nr 1 PFU
- Koszt usługi wykonania projektu (netto)
- Usługa serwisu (3 lata)
- Dostawa sprzętu (netto)
- Koszt robót budowlanych (netto) (prace ziemne, elektryczne itp. oraz materiały z wyłączeniem kamer)
- Wartość monitoringu (netto)
- Wartość monitoringu brutto.

Natomiast wieszce tabeli to:

- Monitoring nr 1 – Bezpieczne Murcki
- Monitoring nr 2 – Gwiazdy, Słowian, Dąbrówka Mała,
- Monitoring nr 3 – Park Bogucicki
- Razem

Rozbicie na rodzaje prac

- Usługi
- Dostawy Sprzętu
- Roboty budowlane
- Razem

W Załączniku nr 6 do SIWZ Projekt umowy – w § 1 ust. 1 podał Zamawiający Uwaga: każdy z monitoringów zgodnie z zaszeregowaniem w tabeli nr 1 (Załącznik nr 1 do PFU – pozycja dotycząca „oznaczenie numeru monitoringu zgodnie z podziałem inwestycji) – podlegają osobnemu rozliczeniu finansowemu i materiałowemu.

W Załączniku nr 6 do SIWZ Projekt umowy –

w § 10 ust. 1 podał Zamawiający: Za wykonie przedmiotu umowy ustala się wynagrodzenie ryczałtowe na kwotę netto.....PLN (słownie:.....00/100) powiększoną o 23 % VAT łącznie brutto 00000, 00 zł.

w § 10 ust. 2: Ceny ryczałtowe netto za wykonanie poszczególnych rodzajów prac określonych w harmonogramie rzeczowo - finansowym nie ulegną zmianie do końca realizacji przedmiotu umowy.

W Załączniku nr 6 do SIWZ Projekt umowy – § 8 ust. 1 podał Zamawiający: Wykonawca jest zobowiązany opracować i uzgodnić z Zamawiającym do dwóch tygodni od dnia podpisania umowy harmonogram rzeczowo - finansowy robót, który będzie podstawą do rozliczeń terminowo - finansowych między stronami i który stanie się integralną częścią umowy.

W zakresie zarzutów odwołania:

W zakresie zarzutu (1) naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku przepisy wprowadzające ustawę prawo zamówień publicznych w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z SIWZ podczas, gdy oferta odwołującego jest zgodna z SIWZ i nie powinna zostać odrzucona, – Izba uznała zarzut za zasadny.

Izba wskazuje, że ustawa zobowiązując Zamawiających zgodnie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3, do odrzucenia oferty o ile jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ). Odrzucenie oferty, biorąc pod uwagę dodatkowo zastrzeżenie jakie uczynił ustawodawca, nie może nastąpić z powodów formalnych, błahych nie wpływających na treść złożonej oferty oraz nie może nastąpić, gdy Zamawiający ma możliwość poprawienia błędów jakie zawiera oferta. Wskazać należy, co ugruntowane jest w orzecznictwie Izby oraz sądów powszechnych, że o zgodności treści oferty z treścią SIWZ przesądza ich porównanie.

Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ należy oceniać z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 Kodeksu cywilnego, czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia.

W przedmiotowym postępowaniu, w ofercie złożonej przez Odwołującego Zamawiający dopatrzył się niezgodności treści oferty z wymaganiami określonymi w SIWZ a polegającymi na *W ofercie zamiennej z dnia 15.01.2021r. Wykonawca przesłał jedynie formularz oferty zał. nr 1 do SIWZ, z którego wynika, niższa cena ofertowa tj. 687 629,27 zł brutto*

(559 048,19 zł netto). Komisja stwierdziła, że w przypadku zmiany ceny ofertowej konieczne było przesłanie również załącznika nr 1a – kalkulacja cenowa, z którego wynika cena dla poszczególnych monitoringów. Wykonawca oświadczył, że zmiana ulega wyłącznie formularz oferty zał. nr 1 do SIWZ, więc cena wynikająca z formularza 1a za poszczególne monitoringi nie jest zgodna z ceną ofert. Formularz cenowy jest dokumentem wymaganym lecz nie jest dokumentem który można uzupełnić na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy. Komisja stwierdziła, że w przypadku złożenia oferty Zamawianej konieczne było złączenie do niej również załącznika nr 1a. brak zaktualizowania tego załącznika do ceny ofertowej z oferty zamiennej stanowi, że treść ofert nie odpowiada treści SIWZ i oferta na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy podlega odrzuceniu.

Zdaniem Izby koniecznym jest w tym miejscu przypomnienie, że wymagania co do przedmiotu zamówienia oraz sposobu jego realizacji jak również złożenia oferty Zamawiający określa w SIWZ. Obowiązkiem wykonawcy przystępującego do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest złożenie oferty zgodnej z postanowieniami SIWZ (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 10 lipca 2008 roku sygn. akt V Ca 1109/08). Natomiast obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie oceny złożonej oferty w świetle postanowień SIWZ, które sam kształtuje oraz upublicznia przez ogłoszenie postępowania.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający wymagał w ocenie Izby przedstawienia oświadczenia zawartego w załączniku nr 1

to jest Ofert w postępowaniu ale również oświadczenia zawartego w załączniku nr 1a

na co jednoznacznie wskazuje treść postanowienia SIWZ w części dotyczącej sposobu przygotowania oferty –(b) Wypełniony wzór oferty wraz z załącznikami nr 1a, 1b, 2, 3 i 4

do niemiejszej SIWZ, (c) Kalkulacja ceny ofertowej.

Izba dostrzegła, że Odwołujący nie kwestionuje niezgodności kwoty podanej w Ofercie (załącznik nr 1) oraz kwoty w Kalkulacji cenowej (załącznik nr 1a).

Odwołujący stara się nadać inny niż wynikający z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego charakter oświadczeniu jakie wykonawca był obowiązany złożyć

w oparciu o załącznik nr 1a do SIWZ. Oświadczenie to w ocenie Izby nie jest „Kosztorysem ofertowym” i tak nie zostało nawet nazwane przez Zamawiającego czy to w przytoczonych postanowieniach SIWZ przez Izbę, czy też w samej treści załącznika nr 1a do SIWZ. Odwołujący w tym zakresie przekłamuje rzeczywistość twierdząc, że w piśmie z dnia

9 lutego Zamawiający odwoływał się do „kosztorysu” (strona 4 odwołania). Zamawiający wskazywał w piśmie jednoznacznie, że chodzi o Kalkulację cenową. Ta podjęta próba działania Odwołującego wydaje się ma na celu zmianę charakteru złożonego dokumentu – załącznika nr 1a, a tym samym zdyskredytowanie tego oświadczenia. Natomiast argumentacja Odwołującego budowana jest z uwzględnieniem stanowiska, że w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego – a takie jest przewidziane w projekcie umowy – kosztorys ofertowy nie może być podstawą odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Sam fakt, że Zamawiający przewidział wynagrodzenie ryczałtowe w postępowaniu

o udzielenie zamówienia publicznego nie definiuje znaczenia danego załącznika do SIWZ. Izba dostrzegła, że w § 1 ust. 1 Projektu umowy Załącznik nr 6 do SIWZ jednoznacznie podał, że *każdy z monitoringów zgodnie z zaszeregowaniem w tabeli nr 1 (Załącznik nr 1*

do PFU – pozycja dotycząca „oznaczenie numeru monitoringu zgodnie z podziałem inwestycji) – podlega osobnemu rozliczeniu finansowemu i materiałowemu. To stanowisko wyrażone w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia uzasadnia żądanie Zamawiającego przedstawienia Kalkulacji cenowej z podziałem na poszczególne Monitoringi, ale i z uwzględnieniem elementów skalkulowanych dla poszczególnych Monitoringów. W ocenie Izby oświadczenie to - Kalkulacja cenowa - stanowi oświadczenie woli wykonawcy, w którym wyraża wykonawca gotowość realizacji danego zamówienia

na warunkach tam określonych, a wymaganych przez Zamawiającego. Oznacza to, że treść Kalkulacji cenowej w tym konkretnym postępowaniu odwoławczym, będzie stanowiła treść oferty, którą Zamawiający poddaje badaniu. Obrazując tą konkretną sytuację można wskazać, że Kalkulacja cenowa w tym postępowaniu stanowi swoisty formularz cenowy, który zawiera przedmiot zamówienia oraz cenę za poszczególne pozycje, elementy i inne, których wymagał Zamawiający. Jednocześnie Izba wskazuje, że nie sposób odnieść postanowienie umowy wymienione powyżej do rozbieżność ceny w Ofercie i Kalkulacji cenowej i na tej podstawie wywodzić niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, bowiem takiego uzasadnienia nie ma w stanowisku Zamawiającego z dnia 9 lutego 2021 roku, tym samym nie stanowiło ono uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego.

Izba nie ocenia w tym miejscu zasadności żądanych treści w tych dokumentach tj.

w oświadczeniu stanowiącym Ofertę – załącznik nr 1 do SIWZ oraz w oświadczeniu stanowiącym Kalkulację ceny – załącznik nr 1a do SIWZ lecz ich charakter, co ma o tyle istotne znaczenie, że zarówno Oferta – załącznik nr 1 do SIWZ jak i Kalkulacja cenowa – Załącznik nr 1a do SIWZ muszą podlegać badaniu i ocenie

w kontekście przesłanek z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Skoro każdy z tych dokumentów podlega ocenie w ramach ww. przesłanek to jednoznacznym jest, że niezgodność treści oferty w tym wypadku i Oferty – Załącznik nr 1 i Kalkulacji cenowej – Załącznik nr 2 musi być odmieniona do treści SIWZ, a nie do siebie wzajemnie. Wymaga odnotowania, że sam Zamawiający dostrzegł, że *cena wynikająca z formularza 1a za poszczególne monitoringi nie jest zgodna z ceną ofert.* Fakt niezgodności w obu dokumentach, sprzeczności treści w nich zawartych, tak jak w tym wypadku co do ceny, nie dowodzi

z samego tego faktu niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Nie doszło bowiem do wykazania okoliczności niezgodności świadczenia z oczekiwaniami Zamawiającego co do przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji, zakresu zamówienia – nie doszło do wykazania przez Zamawiającego, że nie jest możliwa realizacja zamówienia zgodnie z wymaganiami opisanymi w SIWZ.

Podnoszone przez Zamawiającego w piśmie z dnia 9 lutego 2021, że *Komisja stwierdziła,*

że w przypadku zmiany ceny ofertowej konieczne było przesłanie również załącznika nr 1a – kalkulacja cenowa, z którego wynika cena dla poszczególnych monitoringów nie zmienia faktu, że Zamawiający oparł swoje rozstrzygnięcie na złożonych przez Odwołującego dokumentach, opierając się na oświadczeniu Odwołującego z dnia 15 stycznia 2021 roku, że *zakres zmiany oferty: wyłącznie formularz oferty Zał nr 1 do SIWZ.* Jednakże to doprowadziło do oceny wewnętrznej złożonych dokumentów w zakresie „własnych” treści ale nie zostało przez Zamawiającego odniesione do treści SIWZ. Izba podkreśla, że stanowisko Zamawiającego z dnia 9 lutego 2021 roku obrazuje również, że załącznik nr 1a – Kalkulacja cenowa stanowi również dla Zamawiającego oświadczenie. Fakt, że dokument ten należy traktować jak treść oferty przyznaje także we wniesionym odwołaniu sam Odwołujący podnosząc zarzuty ewentualne.

Reasumując argumentację w zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez

odrzućcie oferty Odwołującego jako niezgodnej z SIWZ, przy uwzględnieniu całej powyższej argumentacji Izba uznała, że Zamawiający niw wykazał niezgodności treści oferty z treścią SIWZ z uwagi na podaną inną cenę wskazaną w Ofercie – załącznik nr 1 do SIWZ oraz w Kalkulacji cenowej – Załącznik nr 1a do SIWZ.

Izba wskazuje również, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dowolnym, nieskodyfikowanym, luźnym postępowaniem, stanowi ono szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu – obowiązujące regulacje prawne są bardzo szczegółowe i nakładają na wszystkie podmioty w tym i Zamawiającego sztywną regulację postępowania, gwarantując w zamian przejrzystość postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba zaznacza, że choć samo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie powinno być formalizmem samym w sobie, a jego głównym zadaniem jest doprowadzenie do zawarcia umowy – to odstąpienie od formalizmu nie może być utożsamiane z modyfikacją reguł postępowania określonych ustawą i wymaganiami SIWZ,

a w konsekwencji prowadzić do czynności, które są nieprawidłowe w świetle postanowień ustawy. Zadaniem wykonawcy składającego ofertę w postępowaniu jest złożenie oferty zgodnej z wymaganiami SIWZ, natomiast Zamawiający winien jest dokonać oceny złożonej oferty, zgodnie z wymaganiami i w duchu ustawy z uwzględnieniem regulacji prawnych.

W zakresie zarzutów (2 i 3) podniesionych ewentualnie na wypadek, gdyby zarzut nr 1 okazał się niezasadny tj.

–naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku przepisy wprowadzające ustawę prawo zamówień publicznych w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 1 pzp przez zaniechanie wezwania odwołującego do wyjaśnień treści oferty

w zakresie rozbieżności między ceną podaną w formularzu ofertowym (załącznik nr 1 do siwz), a ceną podaną w kalkulacji cenowej (załącznik nr 1a do siwz), podczas gdy Zamawiający zobligowany był do skierowania do odwołującego ww. wezwania,

–naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku przepisy wprowadzające ustawę prawo zamówień publicznych w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp przez zaniechanie poprawienia omyłki w ofercie odwołującego

w załączniku nr 1a do siwz (kosztorys cenowy) w zakresie kosztu robót budowlanych netto w odniesieniu do monitoringu nr 3 (Park Boqucicki) z kwoty 172 118, 94 zł netto na kwotę 151 118 zł netto oraz zaniechanie dokonania poprawienia pól załącznika nr 1a stanowiącego konsekwencję poprawienia omyłki w zakresie kosztu robót budowlanych netto dla monitoringu nr 3 podczas, gdy Zamawiający zobowiązany był do dokonania ww. poprawek stosowanie do treści art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.

W zakresie powyżej wskazanych zarzutów odwołania Izba podnosi, po pierwsze, że odwołanie w zakresie zarzutu 1 Izba uznała za zasadne. Po drugie, zarzuty powyższe zostały podniesione ewentualnie na wypadek, gdyby zarzut nr 1 okazał się niezasadny. Mając na uwadze powyższe, zarzuty ewentualne, które zgłaszane są na wypadek nieuwzględnienia zarzutu głównego, w przypadku gdy zarzut główny okaże się zasadny stają się bezprzedmiotowe.

W zakresie zarzutu (4) naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy przez wybór jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez Net - o - logy sp. z o. o. z siedzibą

w Katowicach podczas, gdy najkorzystniejsza oferta według kryteriów oceny ofert została złożona przez Odwołującego, a co za tym idzie oferta Odwołującego powinna zostać wybrana przez Zamawiającego. – Izba uznała zarzut za niezasadny.

Izba nie stwierdzała dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie innych, niż określone w SIWZ kryteriów oceny ofert. Odwołujący nie podniósł żadnych okoliczności faktycznych wskazujących na nieprawidłowość dokonania oceny ofert w kontekście ustalonych kryteriów oceny ofert, czyli zastosowania bądź niezastosowania przez Zamawiającego ustalonych kryteriów oceny ofert.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574

i art. 575 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu

o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 2 pkt 1, ust. 3, 5 i 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie *szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania* (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania. Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 5 550 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu w kwocie 3 750 zł 00 gr oraz tytułem wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 1 800 zł 00 gr stosownie do rozpoznania zarzutów odwołania.

Przewodniczący: