Sygn. akt KIO 437/15

WYROK
z dnia 17 marca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: członek Krajowej Izby Odwoławczej - **Barbara Bettman**

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **17 marca 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu **5 marca 2015 r.** przez konsorcjum firm: **ManBroker Sp. z o.o. (lider), ul. Macierzy Szkolnej 4, 80-308 Gdańsk; „TECHNO-SERVICE" S.A. ul. Siedlecka 6, 80-222 Gdańsk,** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Mazowiecki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Warszawie, ul. Mazowiecka 14, 00-048 Warszawa,** przy udziale wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

A) **Vivalo Sp. z o.o., ul. J.P. Woronicza 78/13, 02-640 Warszawa,**
B) **PLANETA Sp. z o.o. ul. Zdziarska 21, 03-289 Warszawa,**

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego konsorcjum firm: **ManBroker Sp. z o.o. (lider), ul. Macierzy Szkolnej 4, 80-308 Gdańsk „TECHNO-SERVICE" S.A. ul. Siedlecka 6, 80-222 Gdańsk,**
   2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: **konsorcjum firm: ManBroker Sp. z o.o. (lider), ul. Macierzy Szkolnej 4, 80-308 Gdańsk „TECHNO-SERVICE" S.A. ul. Siedlecka 6, 80-222 Gdańsk,** tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od odwołującego **ManBroker Sp. z o.o. (lider), ul. Macierzy Szkolnej 4, 80-308 Gdańsk „TECHNO-SERVICE" S.A. ul. Siedlecka 6, 80-222 Gdańsk** na rzecz **Mazowieckiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Warszawie, ul. Mazowiecka 14 00-048 Warszawa** kwotę **3 600,00** zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) z tytułu zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 **Warszawie.**

Przewodniczący:

……..……..……..……

Sygn. akt: KIO 437/15

U z a s a d n i e n i e:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie w przetargu nieograniczonego, ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym UE 2014/S 245-432367 z 19.12.2014 na usługę - „Wykonanie Generalnego Pomiaru Ruchu w 2015 roku na drogach wojewódzkich województwa mazowieckiego zarządzanych przez MZDW w Warszawie z podziałem na 8 części", o wartości szacunkowej powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej ustawa Pzp), dnia 5 marca 2015 r. zostało złożone odwołanie przez konsorcjum firm: ManBroker Sp. z o.o. (lider) i „TECHNO-SERVICE" S.A. z siedzibą w Gdańsku, w kopii przekazane

zamawiającemu w tym samym terminie.

Wniesienie odwołania nastąpiło skutkiem powiadomienia przez zamawiającego w dniu 24 lutego 2015 r. o odrzuceniu oferty odwołującego oraz o wyborze ofert najkorzystniejszych:

1) Na część nr 1 – wykonawcy Vivalo Sp. z o.o. - cena brutto 116 847,54 zł;
2) Na część nr 2 – wykonawcy Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe Contact s.c. B. S., K. A., K. M. - cena brutto 96 825,60zł.
3) Na część nr 3 – wykonawcy PLANETA Sp. z o.o. - cena brutto 459 528,00 zł.
4) Na część nr 4 – wykonawcy PLANETA Sp. z o.o. - cena brutto 73 664,70 zł.
5) Na część nr 5 – wykonawcy PLANETA Sp. z o.o. - cena brutto 460 204,50 zł.
6) Na część nr 6 – wykonawcy PLANETA Sp. z o.o. - cena brutto 104 808,30 zł.
7) Na część nr 7 – wykonawcy OGRODNIK E. F. - cena brutto 179 826,00 zł.
8) Na część nr 1 – wykonawcy Vivalo Sp. z o.o. - cena brutto 354 082,56 zł;

Odwołujący zarzucił zamawiającemu Mazowieckiemu Zarządowi Dróg Wojewódzkich w Warszawie naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), poprzez niezgodne z prawem odrzucenie złożonej oferty w odniesieniu do wszystkich ośmiu części zamówienia, to jest naruszenie:
- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez niewłaściwe zastosowanie skutkujące ustaleniem, że oferta odwołującego - w związku z zaniechaniem dołączenia do niej wypełnionych kosztorysów ofertowych - nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp poprzez jego niezastosowanie tj. zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej, czyli oferty odwołującego, w odniesieniu do każdej z ośmiu części zamówienia.

Mając na uwadze powyższe zarzuty, odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:
- unieważnienia czynności badania i oceny ofert, na skutek której odrzucono ofertę odwołującego w odniesieniu do wszystkich części zamówienia;
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert w odniesieniu do każdej części zamówienia z uwzględnieniem oferty odwołującego;
- dokonanie wyboru oferty odwołującego w odniesieniu do każdej części zamówienia w wyniku ponownego badania i oceny ofert.

Ponadto, odwołujący wnosił o zasądzenie od zamawiającego kosztów postępowania, w tym w szczególności kosztów opłaty od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika zgodnie z dołączoną do odwołania fakturą VAT, kosztów opłaty skarbowej od pełnomocnictwa, kosztów dojazdu pełnomocnika na rozprawę przed KIO.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący powołał się na posiadanie interesu we wniesieniu odwołania, gdyż w toku badania i oceny ofert zamawiający odrzucił złożoną przez niego ofertę w odniesieniu do wszystkich części zamówienia. Tym samym pozbawił odwołującego możliwości uzyskania zamówienia publicznego. W przypadku, gdyby zamawiający nie dokonał tej czynności, wówczas oferta odwołującego w każdej z ośmiu części zamówienia uznana by została za najkorzystniejszą jako zawierająca najniższą cenę na każdą część zamówienia. Zdaniem odwołującego wadliwe odrzucenie złożonej oferty przyniosło skutek w postaci wadliwego wyboru ofert najkorzystniejszych na każdą część zamówienia w tym postępowaniu.

Odwołujący wyjaśniał, że zamawiający podzielił zamówienie na następujące części:
Część 1 - wykonanie Generalnego Pomiaru Ruchu w 2015 roku na drogach wojewódzkich województwa mazowieckiego na terenie Rejonu, Drogowego Gostynin - Płock;
Część 2 - wykonanie Generalnego Pomiaru Ruchu w 2015 roku na drogach wojewódzkich województwa mazowieckiego na terenie Rejonu Drogowego Ciechanów;
Część 3 - wykonanie Generalnego Pomiaru Ruchu w 2015 roku na drogach wojewódzkich województwa mazowieckiego na terenie Rejonu Drogowego Grodzisk Mazowiecki;
Część 4 - wykonanie Generalnego Pomiaru Ruchu w 2015 roku na drogach wojewódzkich województwa mazowieckiego na terenie Rejonu Drogowego Ostrołęka;
Część 5 - wykonanie Generalnego Pomiaru Ruchu w 2015 roku na drogach wojewódzkich województwa mazowieckiego na terenie Rejonu Drogowego Wołomin - Nowy Dwór Mazowiecki;
Część 6 - wykonanie Generalnego Pomiaru Ruchu w 2015 roku na drogach wojewódzkich województwa mazowieckiego na terenie Rejonu Drogowego Węgrów - Siedlce

Część 7 - wykonanie Generalnego Pomiaru Ruchu w 2015 roku na drogach wojewódzkich województwa mazowieckiego na terenie Rejonu Drogowego Radom;
Część 8 - wykonanie Generalnego Pomiaru Ruchu w 2015 roku na drogach wojewódzkich województwa mazowieckiego na terenie Rejonu Drogowego Otwock - Piaseczno;

Zdaniem odwołującego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia - zamawiający w sposób jednoznaczny wskazał, co składa się na treść oferty. Zgodnie z pkt 4.12 SIWZ były to: Formularz ofertowy (część II SIWZ), oświadczenia i dokumenty, o których mowa w pkt 11 SIWZ, a także pełnomocnictwo udzielone osobom podpisującym ofertę, o ile prawo do reprezentowania wykonawcy w powyższym zakresie nie wynika wprost z dokumentu rejestrowego.

Dodatkowo, we wzorze formularza ofertowego (część II SIWZ) zamawiający samodzielnie określił, jakie załączniki wykonawca dołącza do oferty. Odwołujący podkreślał, że zamawiający nie przewidywał, by załącznikiem do oferty były inne dokumenty. Potwierdzeniem tego jest brak pola do wypełnienia w części oferty, w której rzeczone załączniki zostały wymienione.

Odwołujący podnosił, że do złożonej przez niego oferty w przedmiotowym postępowaniu na wszystkie części zamówienia - wobec wyżej oznaczonej treści SIWZ - załączył dokumenty wymienione w pkt 4.12 SIWZ. Zaznaczał, że załącznikami do oferty odwołującego były wszystkie dokumenty, które zostały wymienione we wzorze oferty stworzonym przez zamawiającego. Pomimo tego, zamawiający odrzucił tę ofertę w odniesieniu do wszystkich części zamówienia. Zamawiający uznał, iż treść oferty odwołującego nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający swoje stanowisko uzasadnił jednym zdaniem: *„Wykonawca nie dołączył do oferty kosztorysu ofertowego - części IV SIWZ, który jest podstawą rozliczenia Zamawiającego z Wykonawcami”.*

Odwołujący podkreślał, iż powyższa myśl nie została uzupełniona o tę część SIWZ, z której to ewentualny obowiązek przedłożenia kosztorysu miałby wynikać. Odwołujący wyjaśniał, że przed wniesieniem odwołania, pismem z dnia 25 lutego 2015 r. wezwał zamawiającego do wskazania tej części SIWZ, która dowodzi konieczności przedłożenia wraz z ofertą kosztorysu ofertowego. Powyższe pismo zostało pozostawione bez odpowiedzi. Skoro zamawiający nie rozwinął swojego stanowiska w zakresie uzasadnienia zasadności odrzucenia oferty wykonawcy, odwołujący uznał, że utrudniona staje się polemika z przedstawionym stanowiskiem. Nie ulegało wątpliwości według odwołującego, iż odrzucenie jego oferty nastąpiło *contra legem.*

Odwołujący argumentował, iż zamawiający w żadnej części SIWZ nie wskazał, że każdy wykonawca ma obowiązek przedłożenia wraz z ofertą kosztorysu ofertowego. Wręcz przeciwnie - z dokumentacji postępowania wyprowadził wniosek, iż kosztorys nie był elementem oferty. Powołał się na układ samej specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdzie wzór oferty znalazł się w części II SIWZ, zaś kosztorys ofertowy w części IV SIWZ. Dodatkowo - jak już podnosił wcześniej - kosztorys ofertowy nie został wymieniony ani w pkt 4.12 SIWZ, ani we wzorze oferty, w części poświęconej załącznikom.

Odwołujący przekonywał, iż tezę, że kosztorys nie stanowił elementu oferty w sposób jednoznaczny potwierdza treść projektu umowy (część V SIWZ). W § 10 odrębnie wymienia się - w punkcie 1 - ofertę wykonawcy, a dopiero w punkcie 2 - kosztorys ofertowy. Tym samym zdaniem odwołującego sam zamawiający w przygotowanej przez siebie SIWZ potwierdza, iż kosztorys ofertowy nie był elementem oferty.

Odwołujący nie znajdował argumentów, które mogłyby uzasadnić, iż zamawiający zgodnie z prawem odrzucił jego ofertę. W zasadzie, oprócz ww. postanowienia § 10 projektu umowy, zamawiający nie odnosił się do roli kosztorysu ofertowego w odniesieniu do etapu składania ofert. Zamawiający wskazał w pkt 13 SIWZ, by oferowana cena uwzględniała wszystkie pozycje wskazane przez zamawiającego w kosztorysie ofertowym (podobny zwrot znalazł się w projekcie oferty - część II SIWZ). Odwołujący oświadczył, iż kalkulując cenę wskazaną w przygotowanej ofercie uwzględnił wszystkie pozycje kosztorysu.

W ocenie odwołującego w oparciu o treść SIWZ trudno jest ustalić, czy wynagrodzenie za wykonanie zamówienia ma charakter kosztorysowy czy ryczałtowy. Sam

fakt, że załącznikiem do umowy jest kosztorys, nie przesądza tego, jaki charakter ma wynagrodzenie wykonawcy. W punkcie 13 SIWZ zamawiający wskazał, iż cena podana w ofercie nie będzie podlegała zmianom - co jest typowe dla wynagrodzenia ryczałtowego. Za takim charakterem wynagrodzenia przemawia także treść § 2 ust. 1 projektu umowy, gdzie zamawiający jest zobowiązany do wypłaty wynagrodzenia łącznego określonego w ofercie. Kosztorys okazuje się przydatny dopiero w momencie wystawiania faktur częściowych (§ 2 ust. 5 projektu umowy).

Odwołujący zaznaczał, że wystawianie faktur częściowych nie wpływa na wartość wynagrodzenia łącznego, które w sposób stały określono w § 2 ust. 1 umowy. Zmiana ilości pozycji kosztorysu nie powoduje - jak w przypadku wynagrodzenia kosztorysowego - automatycznej zmiany wynagrodzenia wykonawcy. Taka sytuacja jest co najwyżej przesłanką do zmiany umowy w myśl § 7 ust. 2 lit f tiret trzeci. Nie ulegało wątpliwości odwołującego, że gdyby wynagrodzenie wykonawcy było wynagrodzeniem kosztorysowym, wówczas § 7 ust. 2 lit f tiret trzeci projektu umowy nie miałby sensu (vide: J. Strzępka [w:]

System Prawa Handlowego, tom 5, Prawo umów handlowych, red. S. Włodyka, Warszawa 2011). Odwołujący stwierdził, iż jedynie posiłkowo można przywoływać w zasadzie jednolite stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w którym wynagrodzenie wykonawcy ma charakter ryczałtowy, brak dołączenia do oferty kosztorysu ofertowego nie może być przesłanką odrzucenia oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp (vide: wyrok KIO z dnia 24 kwietnia 2014 r., sygn. KIO 754/14, LEX nr 1460922; wyrok KIO z dnia 2 sierpnia 2010 r., sygn. KIO/UZP 1516/10, LEX nr 617279; wyrok KIO z dnia 18 grudnia 2013 r., KIO 2813/13, LEX nr 1430515; wyrok KIO z dnia 7 listopada 2008 r., KIO/UZP 1 174/08, LEX nr 466711; wcześniej - wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 21 lipca 2005 r., sygn. UZP/ZO/O-1797/05; LEX nr 1067942).

Odwołujący zaznaczał, że wyżej zaprezentowane stanowisko KIO nie może mieć wprost zastosowania do niniejszej sprawy. W przywoływanych postępowaniach zamawiający w SIWZ jednoznacznie wskazywali, iż załącznikiem do oferty musi być kosztorys ofertowy. W niniejszej sprawie zamawiający nie dokonał stosownego zastrzeżenia w SIWZ, zatem zdaniem odwołującego, kwestią wtórną pozostaje okoliczność, czy wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy czy kosztorysowy.

Odwołujący powoływał się na okoliczność, iż obowiązkiem zamawiającego jest precyzyjne określenie dokumentów, jakie mają zostać złożone wraz z ofertą. Aktualna w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pozostaje zasada *in dubio contra proferentem* - tym samym to nie wykonawcy powinni ponosić negatywne konsekwencje związane z nieprecyzyjnymi sformułowaniami SIWZ. Skoro zamawiający oczekiwał, że wykonawcy powinni dołączyć wraz z ofertą kosztorys ofertowy, winien dać temu wyraz w treści SIWZ. W niniejszej sprawie w opinii odwołującego - zamawiający nie był nawet w stanie wyartykułować, które postanowienie SIWZ odwołujący naruszył składając ofertę bez kosztorysu ofertowego.

Odwołujący przywołał ustalenia wyroku KIO z dnia 22 października 2013 r. w sprawie sygn. KIO 2386/13 (LEX nr 1415365), gdzie stanowisko KIO w tej sprawie przez analogię uznał za słuszne na gruncie stanu faktycznego, który stał się podstawą do sporządzenia niniejszego odwołania. Tym samym przedstawił *in extenso* tezę: *„Podstawą odrzucenia oferty wykonawcy w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. jest stwierdzenie przez zamawiającego, że oferta wykonawcy zawiera określoną, merytoryczną sprzeczność z danym wymogiem SIWZ. Dla wypełnienia się tej przestanki istotne jest wskazanie konkretnego zapisu SIWZ, który uzasadniałby ową sprzeczność merytoryczną treści oferty, której nie da się poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. (...) Sam fakt przesądzenia przez zamawiającego w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia jako wiążącego wynagrodzenia kosztorysowego nie może automatycznie przesądzać o obowiązku*

załączenia do ofert składanych w tym postępowaniu kosztorysów ofertowych przez wykonawców. Taki obowiązek nie wynika też z przepisów p.z.p. Zamawiający w takiej sytuacji powinien określić w SIWZ, że po pierwsze - oczekuje dołączenia takiego kosztorysu do oferty, po drugie - zakresu badania tego kosztorysu. (...) Określenie samego załącznika

do SIWZ bez określenia wymogu jego załączenia i wypełniania przez wykonawcę czy też nadania mu określonej rangi w postępowaniu, w sytuacji, gdy wymóg taki również nie wynika z obowiązujących przepisów prawa - nie może stanowić bezwzględnego wymogu SIWZ dla wykonawców, istotnego na etapie składania ofert. (...) Wypełnienie, czy też sporządzenie kosztorysu ofertowego może być również dokonane na etapie realizacji przedmiotu umowy. Zamieszczenie kosztorysu ofertowego przez zamawiającego jako załącznika w części dotyczącej opisu przedmiotu zamówienia wskazuje na istotną z punktu widzenia wykonania przedmiotu zamówienia realizację poszczególnych prac objętych tym kosztorysem i sposobu rozliczania tych prac na etapie realizacji umowy."

W tym stanie rzeczy odwołujący za bezsprzeczne uznał, iż zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia złożonej oferty. Obowiązkiem wykonawców nie było przedłożenie wraz z ofertą kosztorysu ofertowego. Tym samym, brak takiego kosztorysu nie mógł uzasadniać w niniejszej sprawie zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Odwołujący potwierdzał, iż po wyborcze jego oferty jako najkorzystniejszej, przedłoży wypełniony kosztorys - by mógł on stanowić załącznik do umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący, choć zamówienie zostało podzielone na części, a jego oferta została odrzucone w ramach każdej części zamówienia, to kwestionował czynności zamawiającego w oparciu o jedno odwołanie. Prawidłowość takiego działania została potwierdzona przez KIO w wyroku z dnia 15 października 2012 r., sygn. KIO 2090/12, KIO 2121/12, LEX nr 1226984.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 6 marca 2015 r. zgłoszenie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego (w kopii przesłane stronom) zgłosili wykonawcy:
A) w dniu 9 maca 2015 r. wykonawca: Vivalo Sp. z o.o., ul. J.P. Woronicza 78/13, 02-640 Warszawa,
B) w dniu 9 marca 2015 r. wykonawca: PLANETA Sp. z o.o. ul. Zdziarska 21, 03-289 Warszawa
- którzy wnosili o oddalenie odwołania i powołali się na swój interes w utrzymaniu w mocy czynności zamawiającego wyboru ich ofert do realizacji zamówienia.

Izba postanowiła dopuścić ww. wymienionych wykonawców do udziału w postępowaniu odwoławczym, uznając, że przesłanki wymienione w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp zostały wykazane.

Izba nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający nie uwzględnił odwołania, w odpowiedzi z dnia 16 marca 2013 r. podtrzymał stanowisko prezentowane w powiadomieniu o odrzuceniu oferty odwołującego. Zamawiający zaprzeczał twierdzeniom odwołującego, jakoby wynagrodzenie ustalone w tym postępowaniu miało charakter ryczałtowy, gdyż z SIWZ wynika jednoznacznie, że wynagrodzenie ma charakter kosztorysowy. Świadczy o tym pkt 4 Opisu przedmiotu zamówienia. Gdyby wynagrodzenie miało charakter ryczałtowy byłoby to wskazane w SIWZ, a zamawiający nie pisałby w jaki sposób cena oferty ma być wyliczona w pkt 13 części I SIWZ. Zdaniem zamawiającego w części I punkt 4.12 SIWZ głównie wskazał dokumenty wymienione w pkt 11 dotyczące spełnienia warunków udziału i braku podstaw do wykluczenia. Wynagrodzenie miało charakter kosztorysowy, a kosztorys ofertowy stanowił część SIWZ i nie było możliwości aby wykonawca przygotował i złożył ofertę bez kosztorysu ofertowego. Zamawiający nie miał możliwości zweryfikowania czy sposób wyliczenia ceny jest kompletny i prawidłowy. Gdyby ujawniły się pominięcia w kosztorysie – stanowiłyby to podstawę do odrzucenia oferty - co jednocześnie świadczyłoby o tym, że wykonawca nie ofertuje wykonania całego zakresu zamówienia za podaną cenę. Art. 140 Pzp stanowi o tym, że zakres świadczenia wykonawcy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie dlatego kosztorys ofertowy stanowi załącznik do umowy. Orzeczenie, które przywołał odwołujący opiera się na innym stanie faktycznym niż zaistniały w niniejszym postępowaniu.

Przystępujący wykonawcy popierali stanowisko zamawiającego. Przystępujący Planeta Sp. z o. o. podnosił, że nie można pomijać co jest przedmiotem niniejszego zamówienia, gdyż zdaniem przystępującego skoro wykonawca określił ceny za poszczególne części zamówienia, na które złożył ofertę oparte o wyliczenia kosztorysowe oznacza to, że takimi kosztorysami dysponował co wynika z dyspozycji części I pkt 13 SIWZ- sposób obliczenia ceny. Racjonalnie rozumując przy zapoznaniu się z treścią dokumentów

składających się na SIWZ, zdaniem przystępującego wykonawca w usprawiedliwiony sposób nie mógłby twierdzić, że kosztorysu ofertowego nie należało złożyć w dokumentach oferty. Zamawiający podał dla poszczególnych części zamówienia, opis punktów pomiarowych, opis ilości pomiarów w terminarzu dla danego odcinka drogi. Dla każdej części zamówienia jest wyznaczone od 30 do 70 punktów na drodze, gdzie są dokonywane pomiary i jest podana częstotliwość tych pomiarów dziennych i nocnych. W zależności od natężenia ruchu na drodze zamawiający narzucił ile osób ma ten pomiar jednocześnie wykonywać aby wyeliminować błędy pomiarów. Zróżnicowane warunki wykonywania pomiarów wpływają na zróżnicowane ceny jednostkowe pomiarów w danym punkcie, które to ceny mają charakter ryczałtowy. W praktyce zdarzało się, że zamawiający rezygnował z wykonania pomiarów w

oznaczonym punkcie z różnych przyczyn. Powodowało to korektę wynagrodzenia płaconego wykonawcy i zamawiający taką możliwość również przewidział w tym postępowaniu. Przystępujący stwierdził, że z całokształtu zapisów w różnych częściach SIWZ odnoszących się do ceny a w szczególności z § 2 wzoru umowy, że ceny jednostkowe wynikające z oferty mają charakter niezmienny wynika, iż oferta wykonawcy takie ceny powinna określać. Zdaniem przystępującego odwołanie opiera się na pkt 4 części I SIWZ o przygotowaniu oferty i braku wymienienia tam kosztorysu, natomiast biorąc pod uwagę całokształt zapisów odnoszących się do tej kwestii to zamawiający w owym pkt 4 przedstawił wymagania formalne (wymagania podmiotowe), natomiast treść oferty jako *essentialia negotii* miała wynikać z dostosowania się wykonawcy do wskazówek merytorycznych odnośnie sposobu przedstawienia merytorycznej treści oferty, wyliczenia ceny i jej przedstawienia w ofercie wykonawcy. Pkt 4.12 części I SIWZ nie jest wystarczający do tego żeby utrzymywać, iż kosztorys nie miał być przedstawiony wraz z formularzem oferty. Opis sposobu przygotowania oferty jak zatytułowany był punkt odnosi się do wymagań formalnych. Racjonalne przesłanki wynikające z dyspozycji zawartych w dokumentacji wskazują na to, że wykonawca musiał załączyć kosztorys ofertowy. W pkt. 19 część I SIWZ jest wymienione jakie dokumenty mogą być złożone przy podpisaniu umowy i nie wymienia się tam kosztorysu ofertowego. Przystępujący podnosił to samo co zamawiający, że nawet gdyby w kosztorysie brakowało jednej ceny to stanowi to brak merytoryczny rzutujący na ocenę oferty. Wynagrodzenie w tym postępowaniu ma charakter *stricte* kosztorysowy. Wynagrodzenie całkowite za części zamówienia nie miało charakteru ryczałtowego ale spełniało wymóg wynagrodzenia maksymalnego, a co za tym idzie maksymalnej wartości zobowiązania podejmowanego przez jednostkę sektora finansów publicznych. Jak jest ustalona cena kosztorysowa to musi być złożony kosztorys, a brak chociażby jednej ceny jednostkowej nie mógłby być poprawiony, chyba że ta cena dałaby się wywieść z innych elementów oferty.

Przystępujący Vivalo Sp. z o. o. zwracał uwagę na fakt, że podstawową częścią dokumentacji były kosztorysy ofertowe, czyli inaczej mówiąc przedmiary zamawiającego. Nie sposób było, żeby jakikolwiek wykonawca powyższego nie dostrzegł i gdyby nawet miał wątpliwości - to nie zadał pytania w trybie art. 38 ust. 1 Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z ogłoszenia o zamówieniu, protokołu postępowania z załącznikami, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty odwołującego wraz z przedłożonymi przez odwołującego dokumentami.

Nadto Izba rozważyła stanowiska stron i uczestników, przedstawione do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiot zamówienia stanowi usługa - „Wykonanie Generalnego Pomiaru Ruchu w 2015 roku na drogach wojewódzkich województwa mazowieckiego zarządzanych przez MZDW w Warszawie z podziałem na 8 części".

Zamawiający podzielił zamówienie na następujące części:

Część 1 - wykonanie Generalnego Pomiaru Ruchu w 2015 roku na drogach wojewódzkich województwa mazowieckiego na terenie Rejonu, Drogowego Gostynin - Płock;

Część 2 - wykonanie Generalnego Pomiaru Ruchu w 2015 roku na drogach wojewódzkich

województwa mazowieckiego na terenie Rejonu Drogowego Ciechanów;
Część 3 - wykonanie Generalnego Pomiaru Ruchu w 2015 roku na drogach wojewódzkich województwa mazowieckiego na terenie Rejonu Drogowego Grodzisk Mazowiecki;
Część 4 - wykonanie Generalnego Pomiaru Ruchu w 2015 roku na drogach wojewódzkich województwa mazowieckiego na terenie Rejonu Drogowego Ostrołęka;
Część 5 - wykonanie Generalnego Pomiaru Ruchu w 2015 roku na drogach wojewódzkich województwa mazowieckiego na terenie Rejonu Drogowego Wołomin - Nowy Dwór Mazowiecki;
Część 6 - wykonanie Generalnego Pomiaru Ruchu w 2015 roku na drogach wojewódzkich województwa mazowieckiego na terenie Rejonu Drogowego Węgrów - Siedlce
Część 7 - wykonanie Generalnego Pomiaru Ruchu w 2015 roku na drogach wojewódzkich województwa mazowieckiego na terenie Rejonu Drogowego Radom;
Część 8 - wykonanie Generalnego Pomiaru Ruchu w 2015 roku na drogach wojewódzkich województwa mazowieckiego na terenie Rejonu Drogowego Otwock – Piaseczno.
Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (SIWZ) składa się z zastępujących części:
Część I Instrukcja dla wykonawców
Część II Formularz oferty z wzorami załączników
Część III Opis przedmiotu zamówienia
Część IV Kosztorys ofertowy
Część V Wzór umowy
W punkcie 4.12 części I SIWZ Instrukcji dla wykonawców zamawiający podał:
Na treść oferty składają się:
- Formularz ofertowy;
- oświadczenia i dokumenty, o których mowa w pkt 11 SIWZ,
- pełnomocnictwo udzielone osobom podpisującym ofertę, o ile prawo do reprezentowania wykonawcy w powyższym zakresie nie wynika wprost z dokumentu rejestrowego.

Termin składania ofert został wyznaczony do dnia 26 stycznia 2015 r.
Rozdział I punkt 13 SIWZ. Wykonawca określi ceny jednostkowe netto na wszystkie pozycje wymienione w kosztorysie ofertowym, a następnie przemnoży je przez wymaganą ilość. Tym samym wykonawca określi wartość netto pozycji wymienionych w kosztorysie ofertowym. Po zsumowaniu cen netto za poszczególne pozycje kosztorysu ofertowego wykonawca określa cenę netto za całe zamówienie. Następnie wykonawca doda podatek VAT i tak ustali cenę brutto za całe zamówienie.
Rozdział I punkt 14 SIWZ. Jedynym kryterium oceny ofert została ustanowiona najniższa cena.
Rozdział I punkt 18 SIWZ. Zamawiający udzieli zamówienia wykonawcy, którego oferta odpowiada wymaganiom określonym w ustawie oraz w niniejszej SIWZ i została oceniona jako najkorzystniejsza (…).
Rozdział I punkt 19 SIWZ. Informacje o formalnościach jakie powinny zostać dopełnione po wyborze oferty najkorzystniejszej, w celu zawarcia umowy.
- wniesienie należytego zabezpieczenia umowy
- zamawiający może żądać umowy regulującej współpracę wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia.
W części II SIWZ opisany został Formularz oferty z wzorami załączników

I. Formularz oferty wymagał podania ceny całkowitej netto i brutto.
II. W cenie oferty zawarto wszelkie koszty wynikające z kosztorysu ofertowego wykonawcy, łącznie z kosztami ogólnymi, np. dojazdów. Cena oferty jest jednocześnie wartością umowy i może zostać zmieniona tylko w sytuacjach opisanych we Wzorze umowy.
III. Usługę objętą zamówieniem wykonamy w terminie od daty podpisania umowy do 31.12. 2015 r.
IV. Oświadczamy, że:
    a. Zapoznaliśmy się z SIWZ i nie wnosimy do niej zastrzeżeń,
    b. Uzyskaliśmy konieczne informacje i wyjaśnienia do przygotowania oferty,
    c. Zawarty w SIWZ (część V) Wzór umowy został przez nas zaakceptowany …).

Taki sam wzór Formularza ofert obowiązywał na wszystkie części zamówienia.
Załączniki do oferty nie wymieniają kosztorysu ofertowego. Wykonawca dołącza do

Formularza oferty – dokumenty dotyczące wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia.

12

Część III SIWZ obejmuje Opis przedmiotu zamówienia, w tym punkt 4 Płatności.
Zamawiający dopuszcza płatności fakturami częściowymi i fakturą końcową za wykonane i odebrane pomiary. Wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy wynika z kosztorysu ofertowego.
Protokół odbioru częściowego stanowi pokwitowanie wykonanych robót objętych protokołem i upoważnia do wystawienia faktury częściowej.
Protokół odbioru końcowego stanowi pokwitowanie wykonanych robót objętych protokołem i upoważnia do wystawienia faktury końcowej.
Część IV SIWZ obejmuje Kosztorys ofertowy, który zawiera następujące kolumny dla wyznaczonych punktów pomiarowych, poszczególnych części zamówienia:
Nr punktu, nr drogi, typ odcinka, zakres pomiaru, liczba pomiarów w ciągu roku, wartość usługi netto (kwota ryczałtowa za 1 pomiar), wartość usługi netto (kwota ryczałtowa za 1 punkt pomiarowy).
Część V SIWZ Wzór umowy w § 2 podaje:
2. Kwota określona w § 1 zawiera wszelkie koszty wynikające z kosztorysu ofertowego wykonawcy, łącznie z kosztami ogólnymi, jak również nie ujęte w Opisie przedmiotu zamówienia, a niezbędne do wykonania zadania.
4 Ceny jednostkowe wynikające z oferty nie podlegają zmianie przez cały okres trwania umowy oprócz ustawowej zmiany stawki podatku VAT.
5 Strony postanawiają, że płatność za wykonaną usługę nastąpi fakturami częściowymi oraz jedną fakturą końcową, wystawionymi za każdy wykonany i odebrany pomiar, zgodnie z terminarzem określonym w Opisie przedmiotu zamówienia.
Wzór umowy w § 6 ust. 3 podaje – w przypadku odstąpienia zamawiającego od umowy z przyczyn za które odpowiedzialność ponosi wykonawca, wykonawca zapłaci karę umowną w wysokości 10% wartości brutto niezrealizowanej części przedmiotu umowy.
Wzór umowy w § 7 ust. 3 podaje dopuszczalne zmiany umowy, w tym litera f – rezygnacja przez zamawiającego z realizacji części przedmiotu umowy. W takim przypadku wynagrodzenie przysługujące wykonawcy zostanie pomniejszone, przy czym zamawiający zapłaci za wszystkie spełnione świadczenia oraz udokumentowane koszty, które wykonawca poniósł w związku z wynikającymi z umowy planowanymi świadczeniami.
Wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy wynika z kosztorysu ofertowego.
Wszystkie powyższe postanowienia stanowią katalog zmian, na które zamawiający może wyrazić zgodę. Nie stanowią jednocześnie zobowiązania do wyrażenia takiej zgody zarówno przez zamawiającego jak i przez wykonawcę.

13

Nie stanowi zmiany umowy w rozumieniu art. 144 ustawy Pzp, w szczególności: a) ograniczenie przedmiotu świadczenia, jeżeli taką możliwość przewidywała umowa.
Wzór umowy w § 10 podaje – Integralnymi składnikami niniejszej umowy, których postanowienia wiążą strony jako jej część są następujące dokumenty:
1) Oferta z dnia ….
2) Kosztorys ofertowy z dnia …
3) Opis przedmiotu zamówienia.
4) Zabezpieczenie należytego wykonania umowy.

Wykonawcy nie wnosili zapytań do postanowień SIWZ.
Oferty złożyło 7 wykonawców. Za wyjątkiem oferty odwołującego, pozostali wykonawcy załączyli kosztorysy ofertowe.
Dnia 24 lutego 2015 r. zamawiający powiadomił o odrzuceniu oferty odwołującego oraz o wyborze ofert najkorzystniejszych:

- na część nr 1 – wykonawcy Vivalo Sp. z o.o. - cena brutto 116 847,54 zł;
- na część nr 2 – wykonawcy Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe Contact s.c. B. S., K. A., K. M. - cena brutto 96 825,60 zł.
- na część nr 3 – wykonawcy PLANETA Sp. z o.o. - cena brutto 459 528,00 zł.
- na część nr 4 – wykonawcy PLANETA Sp. z o.o. - cena brutto 73 664,70 zł.

- na część nr 5 – wykonawcy PLANETA Sp. z o.o. - cena brutto 460 204,50 zł.
- na część nr 6 – wykonawcy PLANETA Sp. z o.o. - cena brutto 104 808,30 zł.
- na część nr 7 – wykonawcy OGRODNIK E. F. - cena brutto 179 826,00 zł.
- na część nr 8 – wykonawcy Vivalo Sp. z o.o. - cena brutto 354 082,56 zł.

Oferta odwołującego podaje najniższe ceny na wszystkie 8 części zamówienia, na które została złożona.
Zamawiający jak uzasadnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego w powiadomieniu z dnia 24 lutego 2015 r. podał: „Oferta *złożona przez Konsorcjum firm. Lider Konsorcjum ManBroker Sp. z o.o. (lider), ul. Macierzy Szkolnej 4, 80-308 Gdańsk „TECHNO-SERVICE" S.A. ul. Siedlecka 6 80-222 Gdańsk, została odrzucona na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych bowiem jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wykonawca nie dołączył do oferty kosztorysu ofertowego, który jest podstawą rozliczenia Zamawiającego z wykonawcami."*
Pismem z dnia 25 lutego 2015 r. odwołujący zwracał się do zamawiającego o wskazanie punktów Instrukcji dla wykonawców SIWZ, który był podstawą do odrzucenia jego oferty. Analizując dokumentację przetargową stwierdził brak informacji o konieczności załączenia

do oferty kosztorysu ofertowego. Jednocześnie deklarował, iż załączy kosztorys ofertowy do dnia podpisania umowy. Zamawiający nie udzielił odpowiedzi na powyższe pismo.
Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący wykazał legitymację do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę z najniższą ceną na wszystkie części zamówienia. Wykazanie zatem, iż odrzucenie jego oferty zostało przedsięwzięte z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, byłoby równoznaczne z tym, że odwołujący mógłby ponieść szkodę w związku z nieuzyskaniem zamówienia.

Zgodnie z regulacją art. 82 ust. 3 ustawy Pzp, treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodność treści oferty z treścią istotnych postanowień specyfikacji jest zapewniona wówczas, gdy na podstawie analizy i porównania treści tych dokumentów można uznać, iż istotne postanowienia zawarte w ofercie (w dokumentach na nią się składających) nie są inne, tj. nie różnią się w swej treści od postanowień zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 tej ustawy. Norma art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odnosi się zaś do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do zakresu, ilości, ceny, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości i zgodnie z istotnymi wymogami zamawiającego.

W orzecznictwie Izby przyjmuje się, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ powinna być oceniania z uwzględnieniem definicji oferty zawartej w art. 66 K.c., tj. niezgodności oświadczenia woli - zobowiązania wykonawcy z wymaganiami zamawiającego, odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia, a więc materialnej sprzeczności zakresu zobowiązania zawartego w ofercie z zakresem zobowiązania, którego zamawiający oczekuje dla spełnienia swoich uzasadnionych potrzeb, zgodnie z postanowieniami SIWZ.

Podstawowy dla przebiegu postępowania, jak i oceny oferty dokument, tj. specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera cały szereg wskazówek co do sposobu przedstawienia oferty, od czysto formalnych, poprzez dane informacyjne, czy też o charakterze ubocznym, aż do postanowień istotnych dla oceny oferty, których niespełnienie obliguje zamawiającego do jej odrzucenia. Postanowienia te można zaliczyć jako określające składniki treści czynności prawnej *essentialia negotii* (przedmiotowo istotne składniki treści

czynności prawnej, *naturalia negotii* (przedmiotowo nieistotne składniki) oraz *accidentalia negotii* (nie wpływające na istotę czynności) w rozumieniu pojęć Kodeksu cywilnego.

Na gruncie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, które mają

pierwszeństwo zastosowania w odniesieniu do czynności stron z mocy art. 14 Pzp, przed przepisami K.c. powyższy podział doznaje modyfikacji o tyle, że zamawiający w oparciu o własne zamierzenia - cele które chce osiągnąć wybierając najkorzystniejszą ofertę w wyniku rozstrzygnięcia przetargu, w warunkach zamówienia ustala jakie wymogi mają dla niego wymiar istotny, których niespełnienie spowoduje odrzucenie oferty.

Zamawiający może w SIWZ podnieść do rangi istotnych postanowień, takie które w pojęciu cywilistycznym mieszczą się w określeniu *accidentalia negotii,* jak np. dotyczące terminu, czy oznaczonych klauzul umownych.

Rzeczą oczywistą i niebudzącą sporów, jest, że do istotnych warunków SIWZ, a zatem i oferty należą postanowienia dotyczące ceny (cen) ofertowych, które będą przyjmowane do rozliczeń stron, czy spełnienie parametrów technicznych granicznie wymaganych, oznaczenie przedmiotu świadczenia.

Dla przejrzystości procedury i przewidywalności dla wykonawców podejmowanych decyzji w postępowaniu, zamawiający winien w SIWZ w miarę możliwości określić w jakim zakresie wymagania stanowić mają istotną treść oferty, a ich niespełnienie będzie skutkowało odrzuceniem takiej oferty. Zamawiający w rozdziale I punkt 18 SIWZ podał, że udzieli zamówienia wykonawcy, którego oferta odpowiada wymaganiom określonym w ustawie oraz w niniejszej SIWZ i została oceniona jako najkorzystniejsza (…).

Jeżeli zamawiający nie podaje, że spełnienie określonego wymogu ma dla niego charakter merytoryczny pod groźbą odrzucenia oferty - w przypadku złożenia odwołania kwestionującego czynność odrzucenia oferty z danej przyczyny, pozostaje zbadanie przez Izbę celu dla którego zamawiający ustanowił dany wymóg - aby wywieść z tego - czy niespełnienie wymagań miało wpływ na istotę stosunku prawnego, który ma być nawiązany między stronami.

Izba podzieliła stanowisko zamawiającego oraz przystępujących po jego stronie wykonawców, że wynagrodzenie w tym postępowaniu ma charakter kosztorysowy, gdyż kosztorys ofertowy stanowił część SIWZ i nie było dopuszczalne aby wykonawca przygotował i złożył ofertę bez kosztorysu ofertowego. Zamawiający nie miał możliwości zweryfikowania oferty odwołującego - czy sposób wyliczenia ceny jest kompletny i prawidłowy. Gdyby ujawniły się pominięcia w kosztorysie stanowiłoby to podstawę do odrzucenia oferty i jednocześnie świadczyłoby o tym, że wykonawca nie zaoferował wykonania całego zakresu zamówienia za podaną cenę. Zakres świadczenia wykonawcy

---

wynikający z umowy, zgodnie z art. 140 ust. 1 ustawy Pzp jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie.

Mimo kontradyktoryjności postępowania odwoławczego, Izba z urzędu przeprowadza dowód z dokumentacji akt postępowania przetargowego, do których złożenia w każdej sprawie odwoławczej zamawiający jest wzywany, w takim zakresie, który ma znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, a nie tylko na podstawie wybiórczo przywołanych dokumentów przez strony.

W oparciu o przytoczony wyżej materiał dowodowy sprawy należało ustalić, czy sporny wymóg można było zaliczyć do istotnej treści oferty.

W ocenie Izby kosztorys ofertowy nie ma charakteru informacyjnego, służącego wyłącznie do zobrazowania sposobu wyliczenia ryczałtowej ceny całkowitej oferty. Kosztorys ofertowy wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu - to wprost oferta. Ofertą nie musi być jedynie formularz ofertowy, ale także inne dokumenty znajdujące się w ofercie w jej szerokim znaczeniu jako zestawie dokumentów, który zawiera kompletne oświadczenia wykonawcy obrazujące zaciągane przez niego zobowiązanie. Przykładowo, poza Formularzem ofertowym może się znajdować opis techniczny oferowanego urządzenia, gdzie nie spełnienie oznaczonych parametrów spowoduje odrzucenie oferty.

Faktem jest, że zamawiający wymagał kosztorysu ofertowego podając w § 2 ust 4 Wzoru umowy, że „Ceny *jednostkowe wynikające z oferty nie podlegają zmianie przez cały okres trwania umowy oprócz ustawowej zmiany stawki podatku VAT."* Ceny jednostkowe miały więc wynikać z oferty, zatem musiały być zamieszczone w ofercie (kosztorysie ofertowym złożonym w wyznaczonym terminie składania ofert).

Bez znaczenia pozostawało, że druk Formularza oferty nie wymieniał kosztorysu ofertowego jako załącznika, gdyż spełnienie, bądź nie spełnienie wymogów formalnych - nie decyduje o treści oferty.

Do rangi istotnych postanowień SIWZ, a zarazem istotnej treści oferty zamawiający

ma prawo zaliczyć takie postanowienia, które stanowią oznaczone wymogi do wykazania w ofercie, przy pomocy których zamawiający chce zrealizować swoje uzasadnione zamierzenia. Niewątpliwie takim postanowieniem istotnym jest cena całkowita, czy też ceny jednostkowe służące do rozliczeń stron w trakcie realizacji umowy.

Bezspornie w części IV SIWZ obejmującej kosztorys ofertowy, zamawiający wymagał podania wartości usługi netto (kwota ryczałtowa za 1 pomiar) oraz wartość usługi netto (kwota ryczałtowa za 1 punkt pomiarowy). Z powyższego wynika, że charakter ryczałtowy mają ceny jednostkowe:
- za jeden pomiar oraz

- za jeden punkt pomiarowy.

Cena całkowita oferty, czy za daną część zamówienia - ma natomiast charakter kosztorysowy i wyliczana jest w oparciu o niezmienne ryczałtowe ceny jednostkowe za jeden pomiar i za jeden punkt pomiarowy oraz wskazaną przez zamawiającego w kosztorysie ilość pomiarów w danym punkcie i ilość punktów pomiarowych dla poszczególnych części zamówienia. Powyższy sposób ustalenia ceny oferty mieści się w pojęciu ceny kosztorysowej w rozumieniu art. 629 K.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp, bowiem strony mają określić wynagrodzenie na podstawie zestawienia planowanych prac i przewidywanych kosztów (ryczałtowych cen jednostkowych zawierających wszystkie konieczne koszty prac).

Wynagrodzenie całkowite w tym postępowaniu i za poszczególne części zamówienia nie ma charakteru ryczałtowego w rozumieniu art. 632 § 1 K.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp, zatem kosztorysowi ofertowemu nie można przypisać jedynie funkcji informacyjnej - pomocniczej.

Podane ryczałtowe ceny jednostkowe będą wykorzystywane do rozliczeń stron, gdyż w zaakceptowanym przez wykonawców wzorze umowy strony postanowiły, że płatność za wykonaną usługę nastąpi fakturami częściowymi oraz jedną fakturą końcową, wystawionymi za każdy wykonany i odebrany pomiar, zgodnie z terminarzem określonym w Opisie przedmiotu zamówienia. Ryczałtowe ceny jednostkowe służyć także miały do wyliczenia ewentualnych kar umownych za niezrealizowany zakres zamówienia. Ponadto, zamawiający zagwarantował sobie możliwość ograniczenia zakresu umowy bez jej aneksowania, a co za tym idzie zmniejszenia wynagrodzenia wykonawcy w takiej sytuacji. Do dokonywania powyższych rozliczeń niezbędna jest znajomość cen jednostkowych zaoferowanych przez wykonawcę. Do realizacji zamierzonych celów konieczne było zatem podanie przez wykonawców ryczałtowych cen jednostkowych przy złożeniu oferty, a więc przedłożenie wraz z ofertą kosztorysu ofertowego – określającego te ceny, jako że stanowiły one istotną treść oferty.

Niezależnie, więc od wskazywanych niejednoznaczności postanowień SIWZ w tym zakresie, stwierdzony brak w ofercie odwołującego dawał podstawy do oceny, że istotna treść tej oferty pozostaje niezgodna z treścią SIWZ w aspekcie przesłanek materialnych oferowanego świadczenia, gdyż dokumenty oferty nie obejmowały danych z oznaczeniem cen jednostkowych, za które wykonawca podejmuje się realizacji zamówienia.

W przekonaniu Izby, stwierdzony brak ma charakter zasadniczy, niepodlegający konwalidacji w dopuszczalnych trybach art. 87 ust. 1 lub ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Uzupełnienie kosztorysu ofertowego z oznaczeniem cen jednostkowych na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp - umożliwiającego wyjaśnianie treści oferty, prowadziłoby do wytworzenia

nowej treści oferty, po upływie wyznaczonego terminu, takiej której pierwotnie oferta ta nie zawierała. Kosztorys ofertowy nie kwalifikuje się do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż nie stanowi ani dokumentu podmiotowego ani przedmiotowego, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

Nie można też konwalidować treści oferty odwołującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Odwołujący nawet nie powoływał się na omyłkowy charakter nie załączenia kosztorysu ofertowego, uznając, że jego działania były uprawnione, gdyż w SIWZ brakło wskazania o konieczności załączenia kosztorysu.

Pominięcie ceny jednostkowej, gdy kosztorys ofertowy jest przedstawiany jako wyliczenie wynagrodzenia kosztorysowego stanowi podstawę do uznania niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, a zarazem podstawę do jej odrzucenia w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zdaniem Izby, w danym postępowaniu mimo braku zapisów o załączeniu kosztorysu ofertowego w dokumentacji oferty, całokształt postanowień SIWZ w sposób wyraźny oddaje wymogi zamawiającego - aby tego rodzaju dokument został złożony razem z Formularzem oferty. Zamawiający wprost używa określenia w części IV SIWZ, że ma to być kosztorys ofertowy, a więc kosztorys wykonawcy składany wraz z ofertą. Pozostali wykonawcy uczestniczący w przedmiotowym postępowaniu, złożyli kosztorysy wraz z Formularzem oferty. Zamawiający dokonywał weryfikacji tych kosztorysów, tak pod względem ich kompletność, jak i poprawności matematycznej dokonanych wyliczeń. W warunkach przedmiotowego zamówienia kosztorys ofertowy zawierał więc na równi z Formularzem ofertowym - istotną treść oferty.

Nie do przyjęcia była argumentacja odwołującego, że treść SIWZ umożliwiała złożenie kosztorysu ofertowego dopiero przy zawarciu umowy. Zamawiający określił dokumenty, które mają być złożone przy zawarciu umowy i nie wymienił tam kosztorysu ofertowego. Brak jest więc przesłanek, aby stwierdzony brak mógł być uzupełniony w dozwolonym ustawie Pzp trybie, ze względu na niejasne okoliczności, które przemawiałyby na korzyść wykonawcy. Odwołujący nie składał zapytań o wyjaśnienie nieprecyzyjnych postanowień SIWZ w oparciu o art. 38 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oraz w stanowisku prezentowanym na rozprawie przedstawił uzasadnienie dla wykazania, że sporny wymóg miał dla niego istotny walor merytoryczny.

19

Izba stwierdziła zatem przesłanki, aby omawiany wymóg podania cen jednostkowych zaliczyć do istotnej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a zarazem do istotnej treści oferty. W tych okolicznościach Izba podzieliła stanowisko zamawiającego i przystępujących, że wobec braku podania cen jednostkowych, służących do faktycznych rozliczeń stron brak ten wpływa na merytoryczną ocenę oferty odwołującego.

Izba nie przychyliła się do argumentacji odwołującego, że w ustalonych warunkach zamówienia, wymóg podania jednostkowych cen ryczałtowych miał jedynie charakter informacyjny, i bez uchybienia istotnej treści oferty mógł być uzupełniony przy zawarciu umowy.

Materiał dowodowy sprawy dawał podstawy do stwierdzenia, że odrzucenie oferty odwołującego z przyczyn wskazanych w powiadomieniu z dnia 24 lutego 2015 r. znajdowało normatywne wsparcie w przywołanym, jako podstawa tej czynności art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zarzuty odwołującego naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013r., poz. 907 ze zm.) poprzez niezgodne z prawem odrzucenie oferty odwołującego w odniesieniu do wszystkich części zamówienia (części zamówienia od 1 do 8), to jest naruszenia:
- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez niewłaściwe zastosowanie skutkujące ustaleniem, że oferta odwołującego - w związku z zaniechaniem dołączenia do niej wypełnionych kosztorysów ofertowych - nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp poprzez jego niezastosowanie tj. zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej, czyli oferty odwołującego, w odniesieniu do każdej części zamówienia
- nie znalazły potwierdzenia.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie, o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 i 5 ust. 3 pkt 1 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: ……..

20

21