Sygn. akt: KIO 2828/15
Sygn. akt: KIO 2835/15

WYROK
z dnia 15 stycznia 2016 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska
Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 stycznia 2016 roku odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu w dniu 28 grudnia 2015 roku przez wykonawców:
A. **Swarco Traffic Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

B. **Wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: (1) FBSerwis S. A. z siedzibą w Warszawie i (2) Ferroser Infraestructuras S.A. Principe de Vergara 135 z siedzibą w Madrycie w Hiszpanii,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Dróg, Zieleni i Transportu w Olsztynie**

przy udziale:
A. wykonawcy **Elektro-Instal Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2828/15 i KIO 2835/15 po stronie zamawiającego

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: **(1) FBSerwis S. A. z siedzibą w Warszawie i (2) Ferroser Infraestructuras**

S.A. Principe de Vergara 135 z siedzibą w Madrycie w Hiszpanii zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2828/15 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala oba odwołania,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Swarco Traffic Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** (KIO 2828/15) i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: **(1) FBSerwis S. A. z siedzibą w Warszawie i (2) Ferroser Infraestructuras S.A. Principe de Vergara 135 z siedzibą w Madrycie w Hiszpanii** (KIO 2835/15) i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Swarco Traffic Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** (KIO 2828/15) i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: **(1) FBSerwis S. A. z siedzibą w Warszawie i (2) Ferroser Infraestructuras S.A. Principe de Vergara 135 z siedzibą w Madrycie w Hiszpanii** (KIO 2835/15) tytułem wpisów od odwołań
2.2. zasądza od wykonawcy **Swarco Traffic Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** na rzecz Zamawiającego **Zarządu Dróg, Zieleni i Transportu w Olsztynie** kwotę 3 876 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące osiemset siedemdziesiąt sześć tysięcy złotych zero groszy) tytułem kosztów zastępstwa procesowego i dojazdu na posiedzenie Izby
2.3. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: **(1) FBSerwis S. A. z siedzibą w Warszawie i (2) Ferroser Infraestructuras S.A. Principe de Vergara 135 z siedzibą w Madrycie w Hiszpanii** na rzecz Zamawiającego **Zarządu Dróg, Zieleni i Transportu w Olsztynie** kwotę 3 876 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące osiemset siedemdziesiąt sześć tysięcy złotych zero groszy) tytułem kosztów zastępstwa procesowego i dojazdu na posiedzenie Izby

---

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 Olsztynie.**

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 2828/15
KIO 835/15

UZASADNIENIE

Sygn. akt KIO 2828/15

W dniu 28 grudnia 2015 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie 180 ust. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164), zwanej dalej „ustawą Pzp" odwołanie złożył wykonawca Swarco Traffic Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej „Odwołującym 1" lub „Swarco").

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn: Bieżące utrzymanie i remonty oświetlenia ulicznego i parkowego na terenie Olsztyna prowadzi Zamawiający Zarząd Dróg, Zieleni i Transportu w Olsztynie. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 24 października 2015 r. pod numerem 2015/S 207-376117.

Odwołanie wniesiono od czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę Elektro-Instal Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie oraz czynność odrzucenia oferty Odwołującego Swarco.

Odwołujący 1 zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:
1. art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez nie wskazanie wyczerpującego uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty, tj. nie podanie jakich konkretnie elementów w ocenie Zamawiającego zabrakło w kosztorysie złożonym przez Odwołującego 1 oraz których konkretnie zapisów SIWZ Odwołujący tym samym nie spełnił;
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 7 ustawy Pzp poprzez niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo że jej treść jest zgodna z SIWZ, co godzi w zasadę równego traktowania wykonawców.

Odwołujący 1 żądał dokonania ponownej oceny i badania ofert oraz wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, ewentualnie podania wyczerpującego uzasadnienia faktycznego leżącego u podstaw odrzucenia oferty Odwołującego.

Ad. zarzut nr 1 - brak wyczerpującego uzasadnienia faktycznego

Zamawiający w piśmie z dnia 17.12.2015 r. wskazał, iż oferta Odwołującego podlega odrzuceniu w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stwierdzając, że nie załączył on kosztorysów ofertowych sporządzonych metodą kalkulacji szczegółowej dla cen jednostkowych wynikających z załączników nr 9a i 9b do SIWZ.

Wobec faktu, iż Odwołujący złożył wraz z ofertą kosztorysy według określonych przez Zamawiającego załączników, w tym załącznika 9a i 9b oraz szczegółową kalkulację usług montażu i demontażu iluminacji, nie jest zrozumiałe jaki poziom szczegółowości uznałby

---

Zamawiający za zadowalający. Zamawiający w treści pisma nie wskazał jakich konkretnie elementów wyceny zabrakło w kosztorysach Odwołującego. Zamawiający nie powołał się też na poszczególne wymagania wynikające z SIWZ, odnoszące się do sposobu kalkulacji ceny, tj. nie wskazał na czym konkretnie polega niezgodność złożonych kalkulacji z wymaganiami SIWZ.

Zamawiający przytoczył jedynie ogólne stwierdzenia, takie jak: *„niezłożenie kosztorysów na pozycje jednostkowe załączników nr 9a i 9b do SIWZ pozbawiło zamawiającego obiektywnej możliwości zbadania oferty w zakresie poprawności określenia cen jednostkowych i ogólnej ceny oferty".*

Odwołujący wskazał, że ustalanie cen jednostkowych jest domeną wykonawcy, stąd nie jest zrozumiałe o jakim badaniu poprawności Zamawiający myślał.

Zamawiający wskazał również inne ogólniki, typu: *„zamawiający nie może uczynić zadość normie zawartej w art. 7 ust. 3 ustawy Pzp", „brak kosztorysów szczegółowych na*

ceny jednostkowe (...) powoduje tym samym brak możliwości rozliczenia tych robót w trakcie realizacji umowy", „kosztorys ofertowy szczegółowy składany przez wykonawcę (...) stanowił podstawowe i jedyne źródło ustalenia czy treść oferty odpowiada treści SIWZ".

W ocenie Odwołującego nie sposób z powyższych stwierdzeń przyjąć na czym miałaby polegać niezgodność treści oferty z SIWZ, skoro Odwołujący złożył wraz z ofertą kosztorysy ceny dla wszystkich przewidzianych w SIWZ czynności, zarówno w części ryczałtowej jak i poza ryczałtowej ze szczególnym rozbiciem cen dla czynności montażu i demontażu iluminacji. Nie jest dla Odwołującego jasne jakiego poziomu szczegółowości Zamawiający oczekiwał. Nie wynika to ani z SIWZ ani z pisma z dnia 17.12.2015 r. Stąd należy przyjąć, że uzasadnienie odrzucenia oferty nie jest wystarczające i nie pozwala na skuteczne i szczegółowe odniesienie się Odwołującego.

Ad. zarzut 2 - nie załączenie kosztorysów sporządzonych metodą kalkulacji szczegółowej.

Na wstępie Odwołujący zaznaczył, że jak wynika z SIWZ wynagrodzenie w postępowaniu zostało określone w części jako ryczałtowe, zaś w części jako kosztorysowe. Ponadto przedmiotem zamówienia zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu (pkt. 11.1.2) są usługi nie zaś roboty budowlane, co powoduje nieco odmienny sposób metody kosztorysowania niż klasyczny stosowany dla robót.

W zakresie sposobu kalkulacji ceny oferty Zamawiający zawarł w SIWZ następujące uregulowania:
Rozdział X pkt 15 ust. 4 SIWZ: zgodnie, z którym na ofertę składają się w szczególności kosztorysy ofertowe sporządzone metodą kalkulacji szczegółowej na każdą pozycję cen jednostkowych wynikających z załączonych przedmiarów dotyczących robót ryczałtowych

i poza ryczałtowych (załącznik nr 9 do siwz). Kosztorysy muszą zawierać identyczne stawki, narzuty, ceny materiałów, sprzętu i robocizny.
Dodatkowo dołączyć należy wykaz cen materiałów, sprzętu, stawek i narzutów oraz pozostałych składników cenotwórczych użytych przy sporządzaniu kosztorysów (załącznik nr 9c do siwz).
Wzór umowy §6 ust. 3:
Wykonawca będzie otrzymywał ryczałtowe wynagrodzenie miesięczne w wysokości:…..zł, a także dodatkowe wynagrodzenie za roboty nie objęte rozliczeniem ryczałtowym, na podstawie cen jednostkowych zawartych w kosztorysie ofertowym. Roboty, które nie zostały przewidziane w kosztorysach ofertowych rozliczane wycen według KNR, KNNR z uwzględnieniem wskaźników, stawek i cen materiałów określonych w ofercie przetargowej. Ceny materiałów nie ujętych w kosztorysach zostaną określone na podstawie cen wydawnictwa SEKONCENBUD lub cen fabrycznych ich producentów.

W sprzeczności z przywołaną regulacją stoi zapis znajdujący się w pkt 3 specyfikacji technicznej stanowiącej załącznik nr 10 do SWIZ, zgodnie z którym:

Roboty, które nie zostały przewidziane w zestawie cen jednostkowych, rozliczane będą na podstawie wycen według KNR, KNNR z uwzględnieniem wskaźników, stawek i cen materiałów określonych przez Oferenta w ofercie przetargowej, w kosztorysach sporządzonych dla wykazu cen jednostkowych (do każdej pozycji oddzielny kosztorys).

Ponadto, w opublikowanym załączniku nr 9b wskazano dodatkowe, szczegółowe wytyczne tj. dla pozycji 50 Montaż iluminacji świątecznej - wycenę pozycji wykonać w oparciu o załączony przedmiar robót dotyczący montażu iluminacji oraz dla pozycji 51 Demontaż iluminacji świątecznej - wycenię pozycji wykonać w oparciu z załączony przedmiar robót dotyczący demontażu.

W ocenie Odwołującego Swarco to Zamawiający jako gospodarz postępowania ustala zasady, którym muszą uczynić zadość wykonawcy, w szczególności w zakresie sposobu prezentacji ceny. W związku z tym, że brak jest powszechnie obowiązującej definicji kosztorysu szczegółowego Odwołujący przyjął w toku przygotowania oferty za drogowskaz definicję Zamawiającego zawartą w SIWZ. Zgodnie z Rozdziałem X pkt 15 ust. 4 SIWZ Zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą kosztorysów ofertowych sporządzonych metodą kalkulacji szczegółowej precyzując kosztorys szczegółowy w dalszej części zdania tj. „na każdą pozycję cen jednostkowych wynikających z załączonych przedmiarów dotyczących robót ryczałtowych i poza ryczałtowych (załącznik nr 9 do siwz)". Oczywistym więc w rozumieniu Odwołującego było i jest, że intencją Zamawiającego było uzyskanie

takiego poziomu szczegółowości kosztorysu, który zapewniałby poznanie ceny dla każdej pozycji wynikającej z załączonych przedmiarów wedle załącznika 9, innymi słowy

interpretując ten zapis Odwołujący uznał, że na ofertę składa się kosztorys ofertowy tj. folder opublikowany na stronie Zamawiającego jako załącznik nr 9.

Odwołujący załączył więc w myśl zapisu wszystkie dokumenty znajdujące się w folderze tj. zarówno kosztorys dla części ryczałtowej (załącznik 9a) jak i poza ryczałtowej (załącznik 9b) oraz załącznik 9c tj. wykaz cen materiałów, sprzętu, stawek i narzutów oraz pozostałych składników cenotwórczych użytych przy sporządzaniu kosztorysów oraz kosztorysy uszczegóławiające tj. dla montażu i demontażu iluminacji.

Nie jest zasadne w świetle takich wymagań SIWZ składanie jakichkolwiek innych dodatkowych opracowań nie znajdujących podstawy w SIWZ. To Zamawiający bowiem zdecydował jaki poziom szczegółowości mają prezentować składane kosztorysy. Przykładowo, jako kosztorys szczegółowy Odwołujący zrozumiał kalkulację składaną dla pozycji 50 i 51 załącznika 9b. Tylko i wyłącznie bowiem dla tych pozycji Zamawiający zawarł instrukcję , aby wycenę pozycji wykonać w oparciu z załączony przedmiar robót. Dodatkowo nie jest zrozumiałe twierdzenie, dlaczego Zamawiający uważa, iż złożone kosztorysy powodują brak możliwości rozliczenia kontraktu. Wszelkie prace stanowiące przedmiot zamówienia zostały bowiem wycenione, zaś Zamawiający wskazał we wzorze umowy, że roboty, które nie zostały przewidziane w kosztorysach ofertowych rozliczane będą na podstawie wycen według KNR, KNNR z uwzględnieniem wskaźników, stawek i cen materiałów określonych w ofercie przetargowej. Ceny materiałów nie ujętych w kosztorysach zostaną określone na podstawie cen wydawnictwa SEKONCENBUD lub cen fabrycznych ich producentów.

Skoro więc w załączniku 9c złożonym przez Odwołującego znajdują się wskaźniki, stawki i ceny materiałów oraz posiłkowo Zamawiający odsyła do wydawnictwa SEKONCENBUD lub cen fabrycznych ich producentów, zaś oferta zawiera kosztorys poza ryczałtowy tj. załącznik 9b i załączniki dla demontażu i montażu iluminacji zgodne ze wzorami, to należy przyjąć, że Zamawiający posiada pełną wiedzę na temat tego jak wykonawca skalkulował ceny i co w nich uwzględnił tj. na jakiej podstawie nastąpi rozliczenia w zakresie usług nie objętych ryczałtem.

Brak konkretnych regulacji w treści SIWZ w zakresie formy kosztorysu nie może stanowić podstawy odrzucenia oferty.

Przykładowo, w wyroku KIO/UZP 944/09 Izba wskazała, że: „Wobec *braku regulacji prawnych co do sposobu sporządzenia kosztorysów ofertowych, to na Zamawiającym spoczywa obowiązek wskazania wykonawcom sposobu oraz metod kalkulacji ceny oferty, co wynika wprost z treści art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy pzp. Jeśli Zamawiający wymagał opracowania kosztorysu ofertowego w oparciu o określoną metodę, formułę to winien ją wskazać w treści siwz. Samo użycie pojęcia "kosztorys szczegółowy" nie określa w jaki*

sposób należy go sporządzić, jaki ma być poziom szczegółowości składników cenotwórczych czy też jaką metodę kalkulacyjną zastosować".

Również w wyroku KIO 754/14 Izba wskazała, że: *„Niezależnie od powyższej argumentacji, należy zauważyć, że o ile Zamawiający oczekiwał skonkretyzowanej formy kosztorysu ofertowego (z wypowiedzi Zamawiającego na rozprawie wynikało, że oczekiwał on załączenia do oferty „kosztorysu sporządzonego metodą kalkulacji szczegółowej"), to powinien oczekiwaną przez siebie formę zdefiniować w SIWZ, a nie pozostawiać domysłom wykonawców (Odwołujący mógłby twierdzić, że jego kosztorys ofertowy jest wystarczająco „szczegółowy", a* żadna *metoda kalkulacji w SIWZ nie została przecież wskazana)".*

W niniejszym postępowaniu, wykonawcy (gdyż nie tylko Odwołujący został odrzucony z uwagi na nie złożenie kosztorysu szczegółowego) ulegli wrażeniu, że intencją Zamawiającego jest złożenie kosztorysu według. zasad określonych w SIWZ w oparciu o załączone wzory. Skoro bowiem Zamawiający oczekiwał złożenia kosztorysów ofertowych sporządzonych metodą kalkulacji szczegółowej na każdą pozycję cen jednostkowych wynikających z załączonych przedmiarów dotyczących robót ryczałtowych i poza ryczałtowych (załącznik nr 9 do siwz) należało rozumieć to jako konieczność prezentacji

takiego kosztorysu, w którym znalazłaby się cena jednostkowa dla każdej pozycji przedmiaru. Obowiązek ten wykonawca spełnił składając wszelkie dokumenty wynikające z załącznika nr 9.

Zamawiający nie sformułował zaś bardziej szczegółowych wytycznych dotyczących kalkulacji oraz nie określił jaka ma być metodologia sporządzania kosztorysu a co za tym idzie nie może na obecnym etapie wyciągać skutków prawnych ze swojego zaniechania.

Dodatkowo, zgodnie z ugruntowaną linią orzeczniczą Odwołujący 1 podkreślił, że w części zamówienia objętej ryczałtem konserwacyjnym należy przyjąć, że składany kosztorys miał jedynie charakter pomocniczy. Zamawiający nie wykazał, aby Odwołujący pominął jakąkolwiek pozycję więc nie udowodnił niezgodności z treścią SIWZ. Samo zaś kwestionowanie formy tego kosztorysu nie może stanowić podstawy odrzucenia oferty przy rozliczeniu ryczałtowym. Przykładowo, w wyroku z 9 maja 2012 r. (sygn. akt KIO 847/12) Izba wskazała, że brak jakiejś pozycji czy też elementu kosztorysu w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego, wobec generalnego zobowiązania się do realizacji całego przedmiotu zamówienia wynikającego z SIWZ (co wynika wprost z formularza ofertowego), nie może świadczyć o niezgodności treści oferty z SIWZ. Trafnie wskazała również Izba w wyroku z 25 lipca 2011 r. (sygn. akt KIO 1487/11), że cena ryczałtowa to cena za całość zamówienia, ustalona na podstawie dokumentacji projektowej, a kosztorysy mają znaczenie jedynie pomocnicze. Dołączenie przez wykonawcę kosztorysu ma znaczenie o tyle, że uzasadnia jedynie merytorycznie oferowaną przez wykonawcę kwotę wynagrodzenia ryczałtowego. Izba stwierdziła także, że obowiązek obliczenia ceny oferty na podstawie

przedmiaru robót oznacza (...), przy ryczałtowym charakterze ceny ofertowej, tyle tylko, iż podstawą - bazą wyjściową obliczeń wykonawcy jest przedmiar".

Jeśli więc przyjąć, że w części ryczałtowej załącznik 9a został złożony jedynie poglądowo zaś w części pozaryczałtowej załącznik 9b został złożony wraz z wymaganą w SIWZ konkretyzacją dla montażu i demontażu iluminacji należy przyjąć, że nie było podstaw odrzucenia oferty gdyż nie zaszły okoliczności, o których mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Wobec powyższego Odwołujący Swarco wnosił jak w petitum.

Wpis od odwołania został uiszczony w wymaganej wysokości. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu, termin na wniesienie środka ochrony prawnej został dochowany, tym samym odwołanie spełniało wszystkie wymogi formalne.

Sygn. akt KIO 2835/15

Dnia 28 grudnia 2015 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie odwołanie w prowadzonym postępowaniu złożyli również wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum w składzie: (1) FBSerwis S. A. z siedzibą w Warszawie i (2) Ferroser Infraestructuras S.A. Principe de Vergara 135 z siedzibą w Madrycie w Hiszpanii, zwany dalej „Odwołującym 2" lub „Odwołujący FB".

Odwołanie złożono od czynności odrzucenia oferty Odwołującego 2 oraz wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Zamawiającemu zarzucono obrazę następujących przepisów prawa:
1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - poprzez odrzucenie oferty Odwołującego 2 jako niezgodnej z treścią SIWZ, z uwagi na rzekomy brak załączenia do oferty kosztorysów ofertowych sporządzonych metodą kalkulacji szczegółowej dla cen jednostkowych wynikających z załącznika nr 9b do SIWZ poz. 50 i 51 (montaż i demontaż iluminacji świątecznej), podczas gdy Odwołujący przedłożył wraz ze swą ofertą sporządzony metodą kalkulacji szczegółowej kosztorys obejmujący wszystkie pozycje wynikające z załącznika nr 9b do SIWZ (w tym również poz. 50 i 51) i zawierający dla tych pozycji identyczne stawki, narzuty, ceny materiałów, sprzętu i robocizny, zaś Zamawiający w żadnym miejscu w SIWZ nie wymagał, aby dla prac polegających na montażu i demontażu iluminacji świątecznej (poz. 50 i 51 Załącznika nr 9b do SIWZ) został przedłożony odrębny kosztorys, zawierający inne informacje, aniżeli kosztorysy dla pozostałych prac (poz. 1-49 załącznika nr 9b do SIWZ);
2. art. 92 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty złożonej przez wykonawcę Elektro-Instal Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie jako oferty najkorzystniejszej, mimo iż to Odwołujący złożył w postępowaniu niepodlegającą odrzuceniu ofertę przewidującą najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu

zamówienia, a zatem to oferta Odwołującego winna zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza;
ponadto z ostrożności zarzucono Zamawiającemu naruszenie:
3. art. 38 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sformułowanie dopiero na etapie wyboru oferty nowego, nieprzewidzianego w treści SIWZ wymagania dotyczącego obowiązku przedłożenia przez wykonawców dla pozycji nr 50 i 51 z załącznika nr 9b do SIWZ szczegółowych kosztorysów zawierających inne informacje, aniżeli wymagane w przypadku pozostałych prac (poz. 1-49 Załącznika nr 9b do SIWZ), co w istocie stanowi niedozwoloną zmianę wymagań określonych w SIWZ dokonaną po już po terminie składania ofert, a ponadto prowadzi do naruszenia zasad przejrzystości, uczciwej konkurencji i równego traktowania, gdyż stanowi przejaw oceny ofert w oparciu o inne wymagania, niż przekazane wykonawcom przed terminem składania ofert.

Odwołujący FB Serwis wnosił o:
1. uwzględnienie odwołania w całości,
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego 2,
3. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert oraz wyboru oferty Odwołującego 2 jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu,
4. zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa

Zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp

Jak wynika z treści przekazanej Odwołującemu 2 w 17 grudnia 2015 r. informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, Zamawiający za najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu uznał ofertę Elektro-Instal Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie, i jednocześnie odrzucił pozostałe oferty, w tym ofertę Odwołującego 2. Uzasadniając decyzję o odrzuceniu Zamawiający wskazał, iż Odwołujący nie załączył do oferty kosztorysów ofertowych sporządzonych metodą kalkulacji szczegółowej dla cen jednostkowych wynikających z załącznika nr 9b do SIWZ poz. 50 i 51 - montaż i demontaż iluminacji świątecznej.

Zamawiający powołał się na zapisy SIWZ wskazujące na obowiązek załączenia do oferty sporządzonych metodą kalkulacji szczegółowej kosztorysów ofertowych na każdą pozycję cen jednostkowych wynikających z załączonych przedmiarów dotyczących robót ryczałtowych i pozaryczałtowych. Ponadto Zamawiający wskazał, że zgodnie z zapisami SIWZ, kosztorysy musiały zawierać identyczne stawki, narzuty, ceny materiałów, sprzętu i robocizny. Zdaniem Zamawiającego, Odwołujący takich kosztorysów nie przedstawił dla cen jednostkowych określonych w pozycjach nr 50 i 51 Załącznika nr 9b do SIWZ.

Takie twierdzenie jest jednak niezgodne z rzeczywistym stanem faktycznym w sprawie.

Wbrew stanowisku Zamawiającego, Odwołujący 2 do swojej oferty załączył sporządzony metodą kalkulacji szczegółowej kosztorys dla wszystkich cen jednostkowych określonych w Załączniku 9b do SIWZ. Dokument taki znajduje się na stronach 14 - 37 oferty Odwołującego. Ceny jednostkowe dla pozycji 50 i 51 (montaż i demontaż iluminacji świątecznej) zostały rozpisane na końcu tegoż dokumentu, tj. na stronie 31 oferty Odwołującego.
We wspomnianym dokumencie Odwołujący zawarł żądane przez Zamawiającego informacje dotyczące stawek, narzutów, cen materiałów, sprzętu i robocizny. Są one - zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ - identyczne dla wszystkich pozycji wspomnianego kosztorysu. W tych okolicznościach nie można twierdzić, aby oferta Odwołującego była niezgodna z zapisami SIWZ ujętymi w Rozdziale X ust. 15 pkt 4 SIWZ, Rozdziale XII ust. 6 oraz w 6 ust. 3 i 6 wzoru umowy.

Wymaga podkreślenia, iż w przypadku, gdyby Zamawiający chciał w odniesieniu do pozycji nr 50 i 51 Załącznika nr 9b do SIWZ uzyskać jakiekolwiek dodatkowe informacje dotyczące kalkulacji (tj. inne, niż wskazane w SIWZ dane dotyczące stawek, narzutów, cen materiałów, sprzętu i robocizny), winien był takie wymagania w treści SIWZ w sposób jednoznaczny wyrazić, nie zaś pozostawiać tę kwestię domysłom wykonawców ubiegających się o zamówienie.

Brak wyraźnego wymagania dotyczącego obowiązku przedłożenia wyłącznie w odniesieniu do poz. nr 50 i 51 załącznika nr 9b do SIWZ innych informacji, aniżeli dla pozostałych pozycji tego załącznika oznacza, że zgodnie z zapisami SIWZ wykonawcy dodatkowych informacji w tym zakresie przedstawiać nie musieli, a tym samym czynność odrzucenia oferty Odwołującego 2 z uwagi na rzekomy brak ich załączenia za prawidłową uznana być nie może.

Jednocześnie, działając z daleko posuniętej ostrożności Odwołujący zwrócił uwagę, że na stronie internetowej Zamawiającego zostały opublikowane, wśród szeregu plików elektronicznych, również dwa dokumenty elektroniczne dotyczące prac ujętych w poz. nr 50 i 51 Załącznika nr 9b do SIWZ, a zatytułowane:

• „(Montaż Ilum 2016-2017.kst).pdf" oraz
• „(Demontaż iluminacji2016-2017.kst).pdf".

Dokumenty te zostały zamieszczone w zbiorczym katalogu zatytułowanym „Załącznik nr 9". Dokumenty te zgodnie z SIWZ nie musiały być jednak załączane do oferty - brak jest jakichkolwiek zapisów w treści SIWZ, które na obowiązek ich załączenia mogłyby wskazywać.

Wymaga podkreślenia, że w Rozdziale III ust. 2 SIWZ Zamawiający wskazał w sposób wyraźny, że załączniki nr 9 i 10 do SIWZ zawierają Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia. Biorąc pod uwagę, iż wspomniane dokumenty elektroniczne znalazły się

w katalogu „Załącznik 9 do SIWZ" oraz to, że Zamawiający nie wymagał przedłożenia wraz z ofertą dokumentów zatytułowanych „(Montaż Ilum 2016-2017.kst)pdf" oraz „(Demontaż iluminacji 2016-2017.kst).pdf" Odwołujący doszedł do oczywistego jak się wydaje wniosku, że wspomniane dokumenty miały za zadanie wyłącznie opisanie przedmiotu zamówienia oraz ułatwienie wykonawcom sporządzenia kalkulacji. Były to zatem wyłącznie dokumenty pomocnicze, nie podlegające złożeniu w postępowaniu wraz z oferta oraz niepodlegające badaniu przez Zamawiającego w ramach oceny badania i oceny ofert. Na uwagę zasługuje, że Zamawiający nie zakwestionował poprawności przedłożonego przez Odwołującego kosztorysu w odniesieniu do cen jednostkowych dotyczących pozostałych pozycji załącznika nr 9b do SIWZ (tj. dla pozycji 1 - 49). Informacje dotyczące ww. pozycji Zamawiający uznał za wystarczające i odpowiadające wymogom określonym w Rozdziale X ust. 15 pkt 4 SIWZ, Rozdziale XII ust. 6 oraz w 6 ust. 3 i 6 wzoru umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W tych warunkach zupełnie niezrozumiałym jest, dlaczego za niezgodne z tymi zapisami SIWZ Zamawiający uznał przedłożenie wraz z ofertą dokładnie takich samych informacji w odniesieniu do samych tylko poz. 50 i 51 załącznika nr 9b do SIWZ.

Zapisy SIWZ, do których odsyła Zamawiający uzasadniając tezę dotyczącą niezgodności oferty Odwołującego ze specyfikacją, w ogóle nie różnicują obowiązków w zakresie przedłożenia kosztorysów w zależności od tego, czy dotyczą one pozycji nr 1 - 49, czy pozycji 50 i 51 Załącznika nr 9b do SIWZ. Wręcz przeciwnie, wskazują na obowiązek przedstawienia wraz z ofertą tożsamych informacji dla wszystkich pozycji załączników nr 9a i 9b do SIWZ. Stwierdzić zatem należy, że skoro informacje podane w kosztorysie szczegółowym Odwołującego 2 w zakresie dotyczącym poz. 1-49 Załącznika nr 9b do SIWZ pozostają w zgodności z wymaganiami określonymi w Rozdziale X ust. 15 pkt 4 SIWZ, Rozdziale XII ust. 6 oraz w 6 ust. 3 i 6 wzoru umowy, to analogicznie należy uznać, że zgodne z tymi samymi wymaganiami są tożsame informacje podane w odniesieniu do poz. nr 50 i 51 Załącznika nr 9b do SIWZ.

Niezależnie od powyższej argumentacji należy wyraźnie podkreślić, że w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający nie wskazał, aby powodem uznania oferty Odwołującego za niezgodną z SIWZ był brak przedłożenia jakichkolwiek dodatkowych informacji dotyczących poz. 50 i 51 kosztorysu ofertowego czy też wypełnionych dokumentów elektronicznych „(Montaż Ilum 2016-2017.kst).pdf" oraz „(Demontaż iluminacji2016-2017.kst).pdf". W tych okolicznościach Odwołujący nie może z całą pewnością stwierdzić, co było faktycznym powodem uznania jego oferty za nieodpowiadającą treści SIWZ. W szczególności Odwołujący nie ma pewności, czy Zamawiający analizując ofertę Odwołującego:

1) nie dostrzegł, że w dołączonym do niej kosztorysie szczegółowym są wyspecyfikowane prace dotyczące pozycji nr 50 i 51 Załącznika nr 9b do SIWZ (montaż i demontaż iluminacji),
2) uznał, że informacje zawarte w tym kosztorysie dane są wystarczające jedynie w odniesieniu do poz. nr 1 - 49 Załącznika nr 9b do SIWZ, zaś do ostatnich dwóch pozycji (50 i 51) winny być podane dodatkowe informacje,
3) stał na stanowisku, że pomimo braku wyraźnego wskazania w treści SIWZ takiego przedłożenie dokumentów zatytułowanych „(Montaż Ilum 2016- obowiązku, 2017.kst).pdf"oxzi „(Demontaż iluminacji 2016-2017.kst).pdf" było konieczne, zaś brak ich przedłożenia miałby stanowić o niezgodności oferty z SIWZ.
Treść uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty wyraźnie jednak wskazuje, że to wyłącznie okoliczność wskazana w pkt 1) powyżej stanowiła podstawę odrzucenia oferty Odwołującego.

Prawidłowość decyzji o odrzuceniu oferty winna być oceniana wyłącznie w oparciu o treść uzasadnienia tej decyzji. zakomunikowanego wykonawcom w dacie wyboru oferty. W konsekwencji, ocena decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego winna być dokonana w oparciu o ustalenie, czy przedłożony wraz z ofertą Odwołującego kosztorys sporządzony metodą kalkulacji szczegółowej obejmował prace dotyczące poz. 50 i 51 kosztorysu ofertowego, tj. prace dotyczące montażu i demontażu iluminacji. Skoro bowiem Zamawiający w treści decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego nie wskazywał, aby powodem odrzucenia było nieprzedstawienie dodatkowych informacji dla pozycji nr 50 i 51 (innych niż wymagane dla pozostałych pozycji kosztorysu ofertowego), w szczególności zawartych w dokumentach „(Montaż Ilum 2016-2017.kst).pdf"oraz „(Demontaż iluminacji 2016- 2017.kst).pdf", to tym samym należy przyjąć, iż takie okoliczności nie były w istocie podstawa odrzucenia. Przeciwne wnioskowanie stałoby w oczywistej sprzeczności z zasadą przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz wynikającymi zeń, a wskazanymi w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Niemniej jednak, działając z daleko posuniętej ostrożności, na wypadek, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza doszła do wniosku, iż na gruncie przepisów o zamówieniach publicznych Zamawiający może - już po odrzuceniu oferty - wskazywać w postępowaniu odwoławczym inne powody wykluczenia, aniżeli pierwotnie zakomunikowane wykonawcom, Odwołujący wskazuje, iż takie dodatkowe powody również nie mogłyby prowadzić do skutecznego odrzucenia oferty Odwołującego.

W sytuacji, gdy Zamawiający nie wymagał w treści SIWZ przedłożenia wraz z ofertą dodatkowych informacji w odniesieniu do pozycji 50 i 51 kosztorysu ofertowego, w szczególności załączenia dokumentów „(Montaż Ilum 2016-2017.kst).pdf" oraz

---

„(Demontaż iluminacji 2016-2017.kst).pdf', to na etapie badania i oceny ofert takich informacji czy dokumentów wymagać nie mógł. Brak przedłożenia przez wykonawcę informacji czy dokumentów, których przedłożenia Zamawiający nie wymagał wyraźnie w treści SIWZ, nie może prowadzić do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp obliguje zamawiającego do odrzucenia oferty niezgodnej z treścią SIWZ. Zgodnie z aktualnym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, niezgodność treści oferty z treścią siwz, o jakiej mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy czy usługi, nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych do wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania zamawiającego. Niezgodność treści oferty z treścią siwz, zachodzi wyłącznie wówczas, gdy treść oferty jest w sposób oczywisty i nie budzący wątpliwości sprzeczna z treścią wymagań określonych przez zamawiającego (tak w uzasadnieniu wyroku Izby z dnia 27 lipca 2015 sygn. akt KIO 1463/15; KIO 1466/15; KIO 1476/15).

Ponadto w orzecznictwie podnosi się, że niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp musi być możliwe uchwycenie na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi postanowieniami siwz (patrz uzasadnienie wyroku z dnia 22 lipca 2015 r. sygn. akt KIO 147/15; podobnie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 lutego 2012 r. sygn. akt KIO 285/12).

Powyższe oznacza, że uzasadnienie niezgodności oferty z treścią SIWZ winno wykazać - obok kwestionowanego fragmentu oferty złożonej w postępowaniu - również odpowiadające temu fragmentowi wymagania określone w SIWZ. Dopiero zestawienie tych dwóch jednostek i stwierdzenie wystąpienia pomiędzy nimi niezgodności, która to niezgodność w myśl postanowienia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprawiona być nie może, prowadzić winno do odrzucenia oferty na zasadzie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Przy czym, jak słusznie zauważył S. Babiarz, w tym przypadku znaczenie ma tylko materialna niezgodność oferty z wymaganiami SIWZ, pod warunkiem jednak, że wymagania takie zostały w sposób jasny, wyraźny i z uwzględnieniem ich celu wprowadzenia w SIWZ wymienione (Prawo zamówień publicznych. Komentarz, S. Babiarz, Z. Czarnik, P. Janda, P. Pełczyński, Warszawa 2010, s. 420). Z zasady związania postanowieniami SIWZ płynie wniosek, że ani wykonawca nie ma obowiązku oferowania świadczenia o cechach wykraczających poza sformułowany przez zamawiającego opis przedmiotu zamówienia, ani też zamawiający nie może oceniać ofert pod katem spełniania przez nie wymagań, które nie były wyraźnie i wprost wyartykułowane w SIWZ (tak w uzasadnieniu wyroku Izby z dnia 13 lipca 2015 r. sygn. akt KIO 1385/15).

14

Należy powtórzyć za Krajową Izbą Odwoławczą, iż to „Zamawiający odpowiada za właściwe i precyzyjne opisanie wymagań, uwzględniając wszelkie istotne dane, parametry. Wskazane warunki oraz wymagania są wiążące dla zamawiającego i wykonawców w toku postępowania i tylko wobec jasnych i klarownych warunków i wymagań wprost wyrażonych w SIWZ można dokonać prawidłowej oceny ich spełniania. Niedopuszczalne jest interpretowanie przez zamawiającego postawionych wymagań na etapie złożonych ofert i odpowiednie dostosowanie przyjętej interpretacji pod poszczególnych wykonawców. Zamawiający najpierw precyzuje swoje wymaganie w sposób jasny i klarowny, a dopiero po ich sprecyzowaniu i określeniu w SIWZ bada złożone oferty w oparciu o postawione warunki, nie zaś odwrotnie (...). Jakiekolwiek wątpliwości w interpretacji warunków i wymagań Zamawiającego postawionych w tym zakresie w SIWZ nie mogą być odczytywane na niekorzyść wykonawcy, zatem nie mogą przesądzać o wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zatem wykluczenie wykonawcy z postępowania za niespełnienie warunków udziału może nastąpić wyłącznie w oparciu o jasno brzmiące postanowienia ogłoszenia i SIWZ” (tak w wyroku z dnia 18 czerwca 2015 r. sygn. akt KIO 1148/15).

Jednym z podstawowych obowiązków podmiotu prowadzącego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest wynikający z przepisu art. 29 ust. 1 ustawy PZP wymóg opisania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Powyższa regulacja stanowi instrument ochrony wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. W takim bowiem postępowaniu, to zamawiający jest stroną określającą swoje wymagania, opisującą przedmiot umowy oraz nadającą kształt postanowieniom umowy. Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego w praktyce nie ma możliwości kształtowania w jakikolwiek sposób dokumentacji przetargowej oraz umowy w sprawie zamówienia publicznego. Pełną odpowiedzialność za treść wymagań określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz kształt istotnych postanowień umowy (które w myśl przepisu art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy PZP stanowią integralną część specyfikacji), jako gospodarz postępowania o udzielenie zamówienia, ponosi zamawiający (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 marca 2012 r. sygn. akt KIO 330/12).

Opis przedmiotu zamówienia stanowi kluczowy element przygotowywanej przez zamawiającego dokumentacji. Nie może być on ogólny, szacunkowy i niedookreślony, przenoszący na wykonawców składających oferty ciężaru jego dookreślenia przy jednoczesnym, niczym nieograniczonym prawie dokonywania zmian w realizacji zamówienia przez zamawiającego (por. uzasadnienie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 listopada 2010 r. sygn. akt 2376/10). Opis przedmiotu zamówienia musi być na tyle

15

---

oczywisty i niebudzący żadnych wątpliwości, by mógł stanowić podstawę do złożenia przez zainteresowane podmioty ofert (wyrok Izby z dnia 2 sierpnia 2011 r. KIO 1556/11). Opis

przedmiotu zamówienia powinien być zatem dokonany w taki sposób, aby wykonawcy nie mieli wątpliwości, jakie usługi, dostawy czy roboty budowlane należy wykonać i jaki będzie ich zakres zgodnie z wymaganiami zamawiającego, a jednocześnie aby mogli oni w sposób prawidłowy dokonać wyceny złożonych ofert (wyrok Izby z dnia 27 grudnia 2011 r. sygn. akt KIO 2649/11).

W orzecznictwie z zakresu zamówień publicznych ugruntowane jest stanowisko, w myśl którego wszelkie niejasności i niezgodności w treści SIWZ należy interpretować na korzyść wykonawców (por. uzasadnienie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 marca 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 240/10, podobnie w uzasadnieniu wyroku Izby z dnia 28 marca 2011 r. sygn. akt KIO 545/11, wyroku z dnia 6 października 2011 r. sygn. akt KIO 2077/11 oraz wyroku z dnia 29 marca 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 269/10). Nawet w przypadku, gdy postanowienia SIWZ są sformułowane w sposób nieracjonalny, to zamawiający ponosi ryzyko nieprawidłowego opisu przedmiotu zamówienia i w przypadku, gdy nie potrafi właściwie i precyzyjnie opisać własnych potrzeb, otrzyma świadczenie, które rzeczywiście opisał, a nie to, które miał intencję otrzymać (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 września 2011 r. sygn. akt KIO 2002/11). Wymagania zamawiającego w zakresie opisu przedmiotu zamówienia winny każdorazowo wynikać z literalnej treści specyfikacji - nie mają zaś znaczenia niewyrażone w tej specyfikacji "intencje" zamawiającego lub inne subiektywne czynniki (por. uzasadnienie wyroku Izby z dnia 30 lipca 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 1496/10). Opis przedmiotu zamówienia zostaje ukształtowany w sposób definitywny z momentem ustalenia treści SIWZ, a z całą pewnością nie można mu nadawać innego znaczenia, aniżeli wynikające z treści SIWZ, po złożeniu ofert (tak w uzasadnieniu wyroku Izby z dnia 29 kwietnia 2014 r. sygn. akt KIO 737/14).

Uprzywilejowana pozycja zamawiającego sprawia, że w przypadku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie istnieje równowaga stron postępowania. Nierówność stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika wprost z przepisów ustawy PZP, które zastrzegają określone uprawnienia dla zamawiającego, m.in. w świetle tej ustawy treść oferty złożonej przez wykonawcę musi być podporządkowana specyfikacji istotnych warunków zamówienia wyznaczanych przez zamawiającego. To zamawiającemu przyznano prawo do decydowania o istotnych postanowieniach umowy, która zostanie zawarta w drodze przetargu publicznego, co czyni go niewątpliwie stroną silniejszą. Zauważyć należy, że przewaga zamawiającego, która wynika z jego działania w interesie publicznym powoduje, że charakter umowy o zamówienie publiczne może być przyrównywany do umów adhezyjnych (por. uzasadnienie wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 16 lipca 2014 r. sygn. akt XXIII Ga 924/14).

Biorąc pod uwagę powyższe, wobec braku wyraźnego sformułowania przez Zamawiającego obowiązku przedłożenia w odniesieniu do poz. 50 i 51 kosztorysu ofertowego jakichkolwiek innych informacji, aniżeli wymaganych dla wszystkich pozostałych pozycji, brak przedłożenia przez Odwołującego takich informacji w żadnym przypadku nie może być poczytywany za niezgodność oferty z treścią SIWZ.

Również brak załączenia do oferty Odwołującego dokumentów zatytułowanych „(Montaż Ilum 2016-2017.kst).pdf oraz „(Demontaż iluminacji 2016-2017.kst).pdf" nie może stanowić o niezgodności oferty z treścią SIWZ. Żadne bowiem z zapisów tej specyfikacji - a w szczególności zapisy SIWZ, na które powołuje się Zamawiający w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu (tj. zapisy ujęte w Rozdziale X ust. 15 pkt 4 SIWZ, Rozdziale XII ust. 6 SIWZ oraz w 6 ust. 3 i 6 wzoru umowy) - nie obligowały wykonawców do przedłożenia wraz z ofertą ww. dokumentów. Brak jest zatem w tym zakresie jakiejkolwiek sprzeczności oferty z literalną treścią SIWZ. W tych okolicznościach nie może budzić wątpliwości, że decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego była nieprawidłowa i jako taka winna zostać unieważniona.

Zarzutu dotyczący rozszerzenia wymagań określonych w SIWZ po terminie składania ofert

W sytuacji, gdyby Zamawiający podnosił, że podstawą odrzucenia oferty Odwołującego było niezałączenie do oferty dokumentów zatytułowanych „(Montaż Ilum 2016-2017.kst).pdf" oraz „(Demontaż iluminacji 2016-2017.kst).pdf" - co jednak w żaden sposób nie wynika z uzasadnienia decyzji o odrzuceniu - to należy wskazać, że takie stanowisko stałoby w sprzeczności z uregulowaniami zapisanymi art. 38 ust. 4 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Wymaga podkreślenia, że sytuacja, w której Zamawiający oczekuje od wykonawców na etapie badania ofert przedłożenia innych dokumentów i informacji, aniżeli pierwotnie wyspecyfikowane w SIWZ, jest w istocie równoznaczna z rozszerzeniem pierwotnych wymagań już po terminie składania ofert. W istocie oznacza ona zmodyfikowanie wymagań określonych w SIWZ (zmianę SIWZ) już po złożeniu ofert przez wykonawców. Takie rozwiązanie jest oczywiście niedopuszczalne w świetle jednoznacznej treści art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym zmiana treści SIWZ jest dopuszczalna wyłącznie przed terminem składania ofert.

Ponadto tego rodzaju działanie Zamawiającego pozostaje w oczywistej sprzeczności z wyrażonymi w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania oraz fundamentalną na gruncie zamówień publicznych traktatową zasadą przejrzystości.

Jak bowiem słusznie zauważył Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 6 listopada 2014 r. wydanym w sprawie C-42/13 Cartiera dell'Adda: „zasada równego

17

---

traktowania i wynikający z niej obowiązek przejrzystości wymagają, by instytucja zamawiająca przestrzegała kryteriów, które sama ustaliła (...). Obowiązek przejrzystości ma na celu zagwarantowanie braku ryzyka faworyzowania i arbitralnego traktowania ze strony instytucji zamawiającej. Wymaga on, by wszystkie warunki i zasady postępowania w sprawie udzielenia zamówienia były określone w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji warunków zamówienia, tak by, po pierwsze, pozwolić wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykła staranność oferentom na zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób, a po drugie, by umożliwić instytucji zamawiającej rzeczywistą weryfikację, czy oferty złożone przez oferentów odpowiadają kryteriom wyznaczonym dla danego zamówienia".

Z kolei w wyroku z dnia 16 kwietnia 2015 r. w sprawie C-278/14 SC Enterprise Focused Soutions SRL Trybunał wskazał, że:
„Obowiązek przejrzystości ma w szczególności na celu zapewnienie wykluczenia ryzyka arbitralności ze strony instytucji zamawiającej. Tymczasem cel ten nie zostanie osiągnięty, jeżeli instytucja zamawiająca będzie mogła nie zastosować się do warunków, które sama ustaliła. Tym samym nie wolno jej zmieniać kryteriów udzielenia zamówienia w trakcie przetargu. Zasady równego traktowania i niedyskryminacji, a także obowiązek przejrzystości mają w tym względzie taki sam skutek w odniesieniu do specyfikacji technicznej. Zatem zasada równego traktowania ¡obowiązek przejrzystości zabraniają tego, by instytucją zamawiająca odrzuciła ofertę spełniającą wymogi ogłoszenia o zamówieniu wskazując podstawy, które nie zostały przewidziane w tym ogłoszeniu”.

Nieprawidłowe są również zawarte w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego 2 twierdzenia, jakoby Zamawiający został pozbawiony „obiektywnej możliwości zbadania oferty w zakresie poprawności określenia cen jednostkowych". Nie jest również prawdą, jakoby oferty złożone przez Odwołującego oraz wykonawcę wybranego były nieporównywalne. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego, Odwołujący podał w załączonym do oferty szczegółowym kosztorysie wymagane przez Zamawiającego dane dotyczące stawek, narzutów, cen materiałów, sprzętu i robocizny. Zamawiający miał zatem możliwość zbadania tychże informacji i stwierdzenia, iż zostały one zastosowane na tożsamym poziomie w stosunku do wszystkich cen jednostkowych. W tych okolicznościach argumentacja Zamawiającego o braku możliwości stwierdzenia zgodności stawek i narzutów z wymaganiami SIWZ jest niezrozumiała. Oferta złożona przez Odwołującego 2 wyraźnie określa ceny, których wysokość Zamawiający miał ocenić w ramach kryteriów oceny ofert. Zamawiający miał zapewnioną możliwość porównania oferty Odwołującego z ofertą wykonawcy wybranego i na tej podstawie wybrać ofertę przewidującą najkorzystniejszy bilans ceny i pozostałych kryteriów.

18

Uzasadnienie interesu prawnego

Odwołujący wskazał, iż posiada interes we wniesieniu odwołania, albowiem w postępowaniu złożył niepodlegającą odrzuceniu ofertę, która przy zastosowaniu kryteriów określonych w SIWZ winna zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza.

Odwołujący zaoferował bowiem Zamawiającemu znacznie korzystniejszą niż wykonawca wybrany cenę za prace rozliczane pozaryczałtowo, nieco mniej korzystną ceną prac ryczałtowych oraz dłuższy czas na wyłącznie oświetlenia. Przy uwzględnieniu kryteriów oceny ofert Odwołujący winien otrzymać 92,79 pkt, podczas gdy wykonawca aktualnie wybrany jedynie 90,90 pkt. Nieuprawnione odrzucenie oferty przez Zamawiającego pozbawiło Odwołującego możliwości zawarcia umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia publicznego. Uwzględnienie odwołania otworzy drogę do wyboru oferty Odwołującego jako oferty w postępowaniu najkorzystniejszej.

Wobec powyższego Odwołujący wnosił jak na wstępie.

Zawiadomienie wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego 2 zostało mu przekazane w dniu 17 grudnia 2015 roku. Odwołanie złożone zostało w ustawowym terminie tj. przed upływem 10 dni od dnia przesłania Odwołującemu informacji o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu. Wpis od odwołania w wymaganej wysokości został uiszczony na rachunek UZP, zatem odwołanie spełnia wszystkie wymogi formalne.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, w tym Wzoru Umowy, ofert złożonych w postępowaniu, materiałów złożonych na rozprawie i włączonych w poczet materiału dowodowego, stanowisk i oświadczeń Stron i Uczestników postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołania na rozprawę.

Ustalono dalej, że obaj wykonawcy wnoszący odwołanie posiadają interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny, w tym odrzucenie ofert wykonawców wnoszących odwołania oznacza, że potencjalne stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp pozbawia Odwołujących możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia

publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołań, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Do obu postępowań odwoławczych zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego w dniu 4 stycznia 2016 roku złożył wykonawca Elektro-Instal Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie, wnoszą o oddalenie odwołań w całości. Przystąpienie uznano za nieskuteczne z uwagi na przekroczenie ustawowego trzydniowego terminu na jego zgłoszenie. Zgłaszający przystąpienie w zakresie terminu jego złożenia wskazał na przepisy rozporządzenia Rady EWG 1182/71 z dnia 3 czerwca 1971 roku, zgodnie z którym za dni robocze uważa się wszystkie inne dni ustawowo wolne od pracy, niedziele i soboty. Zdaniem Izby, termin na zgłoszenie przystąpienia w przedmiotowej sprawie upływał w dniu 02.01.2016 r. i zgodnie z obowiązującymi przepisami Pzp w tym zakresie (art. 185 ust. 2 Pzp), w tym dniu zgłoszenie przystąpienia w formie przewidzianej powołanym przepisem winno dotrzeć do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Zabezpieczając interes wykonawców w tym względzie ustawodawca wprowadził mechanizm umożliwiający dochowanie wskazanego terminu na zgłoszenie przystąpienia poprzez wprowadzenie standardowej już i odpowiadającej wyzwaniom współczesnego obrotu gospodarczego i prawnego procedury złożenia określonej korespondencji elektronicznie, przy użyciu bezpiecznego podpisu elektronicznego, weryfikowanego za pomocą kwalifikowanego certyfikatu.

Izba w składzie wyznaczonym do rozpoznania niniejszej sprawy stanowiska o możliwości zastosowania regulacji wspomnianego Rozporządzenia Rady EWG nie podziela. Jednocześnie Izba podziela i w całości uznaje za własną argumentację płynącą z wyroku z dnia 15 lipca 2015 roku Sądu Okręgowego w Nowym Sączu (sygn. akt III Ca 375/15). Izba uznała, że termin na zgłoszenie przystąpienia w świetle regulacji Pzp oraz obowiązujących przepisów Kodeksu Cywilnego upływał w sobotę, gdyż na gruncie tych aktów prawnych sobota nie jest dniem ustawowo wolnym od pracy. Izba uznała także, że

przepisy przywołanego rozporządzenia Rady mają zastosowanie do aktów wydawanych przez Radę i Komisję i w tym zakresie nie mają bezpośredniej przełożenia na działalność innych organów w polskim porządku prawnym. Dodatkowo przepisy dyrektyw europejskich nie regulują materii związanej z instytucją przystąpienia do postępowania odwoławczego, nawet więc gdyby normy Rozporządzenia Rady EWG znajdowały ogólne zastosowanie, to zasady przystąpienia uregulowane są przepisami prawa polskiego i znajdują do nich zastosowanie w pierwszej kolejności regulacje wewnętrzne państwa członkowskiego.

Zdaniem Izby – w przypadku polskiego systemu środków ochrony prawnej, zgodnie z zapatrywaniem ustawodawcy europejskiego, pozostawiono regulacjom wewnętrznym kwestie związane z obliczaniem terminów. W postępowaniu odwoławczym zaś do obliczania terminów zastosowanie mają przepisy Kodeksu Cywilnego. Zgodnie z art. 185 ust. 7 Pzp do postępowania odwoławczego stosuje się odpowiednio przepisy ustawy Kodeks

postępowania cywilnego o sądzie polubownym. W tych przepisach zaś - stosownie do art. 1184 § 2 KPC - sąd polubowny może ustalić sobie sposób postępowania jaki uznana za właściwy, jednakże z zastrzeżeniem przepisów ustawy, tj. ustawy Kodeks postępowania cywilnego (oczywiście w sytuacjach nieuregulowanych w ustawie Pzp, zgodnie z art. 185 ust. 7 Pzp). Przepisy Kodeksu postępowania cywilnego w art. 165 § 1 KPC zastrzegają, iż terminy oblicza się według przepisów prawa cywilnego, a więc zgodnie z Kodeksem Cywilnym. Wprost odesłanie do stosowania przepisów Kodeksu cywilnego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje się natomiast w art. 14 ustawy Pzp. Zgodnie zaś z art. 115 KC, jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na dzień uznany ustawowo za wolny od pracy, termin ten upływa dnia następnego. W polskim porządku prawnym dni ustawowo wolne od pracy wylicza enumeratywnie ustawa z dnia 18 stycznia 1951 r. o dniach wolnych od pracy (Dz. U. Nr 4 poz. 28). Wśród katalogu dni ustawowo wolnych od pracy ustawodawca określił niedziele i inne, konkretne święta państwowe. Za dzień ustawowo wolny od pracy ustawodawca nie uznał natomiast soboty. Z tych też względów upływ terminu na dokonanie określonej czynności - w tym wniesienie do Prezesa KIO zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego - w sobotę, skutkuje uznaniem, że właśnie w tym dniu termin ten skutecznie upływa, bez możliwości jego wydłużenia na kolejny dzień roboczy. Podobnie rozstrzygnięcia wynikają z wyroku KIO z 04.05.2015 r., sygn. akt: KIO 818/15, z wyroku KIO z 03.12.2015 r., sygn. akt: KIO 2563/15, oraz wyroku KIO z 14.12.2015 r., sygn. akt: KIO 2622/15.

Do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2828/15 zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożyli również wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum w składzie: (1) FBSerwis S. A. z siedzibą w Warszawie i (2) Ferroser Infraestructuras S.A. Principe de Vergara 135 z siedzibą w Madrycie w Hiszpanii. Przystąpienie nastąpiło w dniu 30 grudnia 2015 roku i uznane zostało za skuteczne.

Zamawiający na rozprawie złożył pisemną odpowiedź na każde z odwołań, w których wnosił o ich oddalenie w całości.

Izba ustaliła, że:

Zgodnie z Rozdziałem X OPIS SPOSOBU PRZYGOTOWANIA OFERT ust. 15 pkt 4 SIWZ Zamawiający wskazał, że do oferty należy dołączyć kosztorysy ofertowe sporządzone metodą kalkulacji szczegółowej na każdą pozycję cen jednostkowych wynikających z załączonych przedmiarów dotyczących robót ryczałtowych i poza ryczałtowych (załącznik

nr 9 do siwz). Kosztorysy musiały zawierać identyczne stawki, narzuty, ceny materiałów, sprzętu i robocizny. Dodatkowo dołączyć należało wykaz cen materiałów, sprzętu, stawek i narzutów oraz pozostałych składników cenotwórczych użytych przy sporządzaniu kosztorysów *(załącznik nr 9c do siwz)*.

W Rozdziale XII OPIS SPOSOBU OBLICZENIA CENY – wskazano, że cenę oferty (pkt E formularza ofertowego) stanowi suma ryczałtu konserwacyjnego (załącznik 9a)

i pozostałych robót zlecanych poza ryczałtem konserwacyjnym (załącznik 9b). Cena oferty ma charakter wstępny, służący jedynie do porównania ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej. Wartość umowy wynikać będzie z rzeczywiście wykonanych ilości usług i ich cen jednostkowych określonych w ofercie, z tym że ustala się maksymalną wartość nominalną zobowiązania Zamawiającego wynikającego z umowy w wysokości 2 916 000,00 zł brutto.

Ryczałt konserwacyjny oraz roboty poza ryczałtowe należy wycenić na podstawie załączonych kosztorysów (załącznik nr 9a i 9b do siwz, w tym kosztorys na montaż i demontaż iluminacji). Każdą pozycję ceny jednostkowej określonej w kosztorysie ofertowym (załącznik nr 9a i 9b) należy wyliczyć na podstawie kosztorysów szczegółowych, które muszą zawierać identyczne stawki, narzuty, cen materiałów, sprzętu i robocizny. Ilość jednostek podana w załączniku nr 9b określona została na podstawie usług planowanych do wykonania w trakcie trwania umowy i nie stanowi obietnicy udzielenia w okresie obowiązywania umowy zleceń w takich wysokościach.

W ofercie wykonawca miał podać miesięczną ryczałtową cenę konserwacji opraw oświetleniowych (A) oraz miesięczną ryczałtową cenę konserwacji 1 oprawy oświetleniowej (B). Dodatkowo wykonawca podawał cenę ryczałtu konserwacyjnego w okresie 24 miesięcznym (C) oraz cenę robót nieobjętych ryczałtem konserwacyjnym na podstawie załącznika nr 9b do SIWZ (D), a także cenę do porównania ofert (E).

Ceny jednostkowe powinny uwzględniać także wykonanie niezbędnych prac towarzyszących i pomocniczych (tymczasowych), tj. zorganizowanie i zabezpieczenie miejsca prac, wprowadzenie zmian w organizacji ruchu drogowego, powrót do stanu poprzedniego. Wyliczone i zsumowane w kosztorysie ofertowym wartości netto za wykonanie poszczególnych elementów robót, powiększone o należny podatek VAT, wykonawca winien wpisać do formularza oferty. Cena musiała być wyrażona w polskich złotych, a wszelkie obliczenia należało dokonać z dokładnością do pełnych groszy (z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku, zarówno przy kwotach netto, VAT i brutto), przy czym końcówki do 0,5 grosza pomija się, a końcówki 0,5 grosza i wyższe zaokrągla się do 1 grosza. Cena musiała zawierać należny podatek VAT. Prawidłowe ustalenie stawki

należnego podatku VAT należy do obowiązków wykonawcy, zgodnie z przepisami ustawy o podatku od towarów i usług oraz o podatku akcyzowym.

Zgodnie z § 6 ust. 3 i 6 wzoru umowy Wykonawca będzie otrzymywał ryczałtowe wynagrodzenie miesięczne w określonej w ofercie wysokości, a także dodatkowe wynagrodzenie za roboty nie objęte rozliczeniem ryczałtowym, na podstawie cen jednostkowych zawartych w kosztorysie ofertowym. Roboty, które nie zostały przewidziane w kosztorysach ofertowych rozliczane będą na podstawie wycen według KNR, KNNR z uwzględnieniem wskaźników, stawek i cen materiałów określonych w ofercie przetargowej. Ceny materiałów nie ujętych w kosztorysach zostaną określone na podstawie cen wydawnictwa SEKONCENBUD lub cen fabrycznych ich producentów. Wysokość wynagrodzenia będzie wynikać z rzeczywiście wykonanych ilości robót, z uwzględnieniem cen jednostkowych zawartych w kosztorysie ofertowym lub kosztorysach indywidualnych, przy zachowaniu określonego limitu wydatku.

W informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu ofert Odwołujących Zamawiający podał, że podstawę odrzucenia ofert stanowi art. 89 ust. 1 kt 2 ustawy Pzp. Wykonawca FBSerwis nie załączył do oferty kosztorysów ofertowych sporządzonych metodą kalkulacji szczegółowej dla cen jednostkowych wynikających z załącznika nr 9v do SIWZ poz. 50 i 51 – montaż i demontaż iluminacji świątecznej. Wykonawca Swarco nie załączył do oferty kosztorysów sporządzonych metodą kalkulacji szczegółowej dla cen jednostkowych wynikających z załączników nr 9a i 9b do SIWZ. Zamawiający wskazał, że żądał złożenia wraz z ofertą kosztorysów szczegółowych jako elementu treści oferty. Miały o tym świadczyć zapisy Rozdziału lll ust.2 SIWZ (Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia), Rozdziału X ust. 15 SIWZ (wyliczenie co składa się na ofertę), Rozdziału Xll ust. 6 (sposób obliczenia ceny) oraz zapisy § 6 ust. 3 i 6 załącznika nr 7 do SIWZ (wzór umowy). Niezałączenie kosztorysów szczegółowych na pozycję 50 i 51 załącznika 9B (Odwołujący FBSerwis) oraz kosztorysów szczegółowych na pozycje jednostkowe załączników 9a i 9b (Odwołujący

Swarco) pozbawiało Zamawiającego możliwości obiektywnego zbadania oferty w zakresie poprawności określenia cen jednostkowych, a ostatecznie ceny oferty w zakresie robót poza ryczałtowych. Nieprawidłowość ta ma ogromne znaczenie zwłaszcza w kontekście kryterium oceny ofert, gdzie cena robót poza ryczałtowych stanowi aż 40%. Brak kosztorysów szczegółowych na ceny jednostkowe, skutkujący niemożliwością zbadania poprawności ich rozliczenia zgodnie z wymaganiami SIWZ, powoduje tym samym brak możliwości rozliczenia tych robót w trakcie realizacji umowy. Kosztorys ofertowy szczegółowy był dla Zamawiającego podstawą do oceny nie tylko poprawności określenia ceny oferty, lecz stanowił podstawowe i jedyne źródło ustalenia czy treść oferty odpowiada treści SIWZ.

Zamawiający miał prawo żądać w SIWZ kosztorysu ofertowego szczegółowego, który był istotny dla oceny złożonych ofert, co miało dawać możliwość egzekwowania od wszystkich wykonawców, którzy ubiegali się o zamówienie, by oferty zawierały kosztorysy szczegółowe, w których ujęto jednakowe stawki, narzuty, ceny materiałów, sprzętu i robocizny, a w przypadku braków w ofercie konieczności jej odrzucenia zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Wykonawcy, których oferty odrzucono, nie załączyli wymaganych kosztorysów, pomimo jednoznacznych zapisów w treści SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu.

Na podstawie poczynionych ustaleń, skład orzekający Izby uznał, że **odwołania nie zasługiwały na uwzględnienie.**

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. W ocenie Izby oferty obu Odwołujących były niezgodne z postanowieniami SIWZ, zobowiązującymi wykonawców do ustalenia ceny oferty na podstawie kosztorysów ofertowych sporządzonych metodą kalkulacji szczegółowej na każdą pozycję cen jednostkowych wynikających z załączonych przedmiarów w zakresie robót ryczałtowych i poza ryczałtowych.

Skład orzekający Izby podziela utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd, że zarówno treść SWZ, jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia oświadcza jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który jednostronnie zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez siebie oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego, co do zasady, to porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w SIWZ przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści SIWZ. Nie budzi również wątpliwości, że z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty jest określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. Jednakże zakres wymaganej treści oferty ustala Zamawiający przez wskazanie w SIWZ elementów, z których ma się składać oświadczenie woli wykonawcy. Z tego względu w doktrynie i orzecznictwie ugruntowany jest również pogląd, że w zakresie zastosowania przesłanki z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp mieści się również sporządzenie oferty w inny sposób, niż żądał tego zamawiający, o ile niezgodność taka dotyczy elementów treści oferty w aspekcie formalnym i materialnym, choć nie może tu chodzić wyłącznie o niezgodność sposobu spełnienia tych

aspektów (por. J. Pieróg w: Prawo zamówień Publicznych. Komentarz, wyd. C.H. Beck, Warszawa 2009).

Izba zważyła, że w niniejszej sprawie na mocy przywołanych powyżej postanowień SIWZ Zamawiający podniósł podanie informacji na poziomie szczegółowości kosztorysów szczegółowych do rangi obligatoryjnych elementów treści oferty. Jak słusznie zauważył Zamawiający, nie żądał on przedłożenia wraz z ofertą wypełnionych cenami jednostkowymi przedmiarów robót, które składały się na załącznik nr 9 do SIWZ ale jasno i wyraźnie wskazał, że na podstawie tych przedmiarów ma zostać dokonana kalkulacja ceny dla każdej pozycji, której wynik ma zostać zaprezentowany w postaci złożenia wraz z ofertą kosztorysu szczegółowego dla każdej jednostki przedmiarowej. Dokładając należytej staranności przy zapoznawaniu się z treścią SIWZ można było bez trudu ustalić, że de facto załączone

do SIWZ wzory kosztorysów ofertowych mają mieć w ofercie postać i charakter kosztorysów szczegółowych i nie jest wystarczające poprzestanie na wypełnieniu przedmiarów robót cenami jednostkowymi, czy też wybiórcze skonstruowanie załącznika 9c, który miał zawierać stawki, narzuty, ceny materiałów, sprzętu i robocizny użytych do sporządzenia kosztorysu, a nie tych materiałów które wykonawca uznaje za istotne do wskazania (odwołanie wykonawcy Swarco). Z uwagi na powyższe, dla składu orzekającego Izby (a także dla pozostałych wykonawców również, ponieważ tezie tej nie zaprzeczał także Odwołujący konsorcjum FBSerwis) oczywiste było, że nie można poprzestać na wskazaniu podstawy wyceny, opisu pozycji, obmiaru robót, ceny jednostkowej pozycji, wartości pozycji, wartości ogółem, to jest na informacjach odpowiadających poziomowi szczegółowości kosztorysu uproszczonego. W konsekwencji zaniechanie opracowania kosztorysu na poziomie szczegółowości wymaganym zapisami SIWZ należało uznać za brak należytego sprecyzowania przez Odwołującego treści oferty.

Odwołujący Swarco w odwołaniu i na rozprawie próbował stworzyć wrażenie, że podstawą odrzucenia jego oferty była wyłącznie niezgodność formy kosztorysu ofertowego z formą wzoru załączonego do SIWZ, unikając bliższego sprecyzowania co przez to rozumie. Nie ma jednak żadnych wątpliwości, że w tym przypadku nie chodziło o formę co do układu graficznego lecz o brak odzwierciedlenia w kosztorysach ofertowych elementów treści wynikających z zapisów SIWZ. Fakt nie uwzględnienia rozbicia poszczególnych pozycji cen jednostkowych zgodnie z wymaganiami SIWZ oznacza w tym zakresie niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, co uzasadnia odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Za niezgodność skutkującą koniecznością odrzucenia oferty musi być uznana taka zmiana formy prezentacji informacji, która zmienia jej zakres.

formie w miejsce Zaprezentowanie kosztorysu w uproszczonej żądanego

informacji do kosztorysu szczegółowego jest

składanych ograniczeniem w stosunku

żądanych przez Zamawiającego i nie może być uznane za działanie zgodne z treścią SIWZ.

Tak też orzekł Sąd Okręgowy w Olsztynie w wyroku z dnia 27 września 2007, sygn. akt Ga 88/07.

Zdaniem Izby, nie sposób także podzielić stanowiska Odwołującego Swarco, że przedłożenie wraz z ofertą kosztorysu miało znaczenie jedynie pomocnicze, a kosztorys nie kształtował treści oferty z uwagi na fakt, że Zamawiający ustalił wynagrodzenie ryczałtowe za wykonanie przedmiotu zamówienia. Sposób rozliczenia zamawianych usług został przez Zamawiającego podzielony w trzech stopniach, na usługi, za które rozliczenie rzeczywiście nastąpi w sposób ryczałtowy. Jednakże z zapisów SIWZ oraz wzoru umowy jednoznacznie również wynika, że za prace poza ryczałtowe zapłata i rozliczenie będzie następowało na podstawie załączonych do oferty kosztorysów sporządzonych w oparciu o załącznik 9a i 9b oraz montaż i demontaż iluminacji, które w całości składały się na załącznik nr 9 do SIWZ. Zdaniem Izby więc przy wykonywaniu zamówienia przyjęto mieszany sposób rozliczenia, połączenie ryczałtu z wynagrodzeniem kosztorysowym. Ponadto zastrzeżenie wynagrodzenia ryczałtowego w żaden sposób nie zwalnia Zamawiającego z badania poprawności oferowanego świadczenia oraz ustalenia niewadliwej kalkulacji ceny oferty. Są to obowiązki ustawowe, od których wykonania Zamawiający nie może się uchylić w żaden sposób, jeżeli wyznaczył zapisami SIWZ określony poziom szczegółowości oferty.

Choć słusznie zauważył Odwołujący Swarco, że rozliczenie robót poza ryczałtowych odbywało będzie się na podstawie cen jednostkowych, to pominął on istotną okoliczność, że te ceny jednostkowe miały być obliczone w oparciu o metodę szczegółową i w szczegółowym kosztorysie ofertowym zaprezentowane. Tymczasem w ofercie Odwołującego Swarco Zamawiający otrzymał jedynie wynik obliczenia, a nie jego sposób, którego de facto wymagał. Odwołujący nie przedstawił więc elementów cenotwórczych na cenę jednostkową się składających, co w ocenie Izby i Zamawiającego, wobec zapisów SIWZ nie było wystarczające. Wbrew także twierdzeniom Odwołującego Swarco nie zostały podane wszystkie czynniki cenotwórcze zastosowane do wszystkich koszów w formie tabeli na wzorze załącznika 9c. Tabela ta została przez Odwołującego Swarco wypełniona w sposób wybiórczy (choć ten brak nie stanowił bezpośredniej przyczyny odrzucenia oferty i nie został przez Zamawiającego w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty wymieniony i szczegółowo opisany, a więc Izba poczyniła tę uwagę jedynie na magrinesie). W takiej sytuacji Zamawiający nie mógłby samodzielnie dokonać

wyceny poszczególnych pozycji, ponieważ brakowałby danych do przeprowadzenia kalkulacji. W takiej sytuacji również zaistniałby problem z rozliczeniem robót nie przewidzianych w kosztorysach ofertowych (na podstawie § 6 ust. 3 wzoru umowy), ponieważ rozliczenie następować miało według wyceny KNR, KNNR z uwzględnieniem wskaźników, stawek i cen materiałów określonych w ofercie. Tych zaś elementów w ofercie nie ma. Gdy zaś ceny materiałów nie wynikają z oferty zastosowanie znajdować miała

wycena na podstawie cen wydawnictwa Sekoncenbud, co mogłoby okazać się niekorzystne dla Zamawiającego. Nie były więc prawdziwe twierdzenia Odwołującego Swraco, że szczegółowe rozbicie cen jednostkowych nie wpływa na zakres świadczenia wykonawcy i nie ma wpływu na sposób rozliczenia umowy. Właśnie sposób prezentacji zakresu świadczenia w postaci kosztorysu szczegółowego pokazywał istotne znaczenie dla określenia zobowiązania, jakie przyjmuje na siebie wykonawca. Jak też wynika z zapisów wzoru umowy, sposób prezentacji miał także istotne znaczenie dla rozliczania przyszłej umowy. Zauważyć należy, że na podstawie oferty, do której nie załączono kosztorysu szczegółowego, niemożliwe byłoby - w świetle postanowień SIWZ - ustalenie wynagrodzenia należnego wykonawcy w części prac składających się na zobowiązanie umowne wykonawcy. Zatem kosztorys ten stanowił istotny element oferty i kształtował jej treść, która nie mogła być uzupełniona ani zmieniona po upływie terminu składania ofert.

Reasumując zauważyć należy, że niezależnie od charakteru wynagrodzenia istotne znaczenie ma ustalenie na podstawie treści SIWZ jakiego zakresu uszczegółowienia treści oferty wymagał od wykonawców Zamawiający. W przedmiotowym postępowaniu wymagano kosztorysu opartego o metodę szczegółową, a Odwołujący Swarco do tych wymagań się nie zastosował, co powodowało konieczność odrzucenia jego oferty.

Izba nie podzieliła również poglądu Odwołującego Swarco, że pojęcie kosztorys szczegółowy było w postępowaniu użyte w sposób niejednoznaczny, zwłaszcza w obliczu faktu, że postępowanie dotyczy usług, a nie robót budowlanych.

W orzecznictwie i doktrynie wskazuje się, że specyfikacja stanowi oświadczenie Zamawiającego o charakterze oświadczenia woli (lub zawierające elementy stanowiące oświadczenie woli) zatem do wykładni jej postanowień zastosowanie znajdują cywilnoprawne zasady wykładni oświadczeń woli. Uwzględnia się również w tym kontekście zawodowy charakter działalności wykonawcy i zwiększone w związku z tym oczekiwania, co do jego profesjonalizmu, obejmującego znajomość przepisów prawa i warunków prowadzenia działalności, w tym realiów danego segmentu rynku.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt okoliczności sporu dostrzeżenia wymaga, że żądanie Zamawiającego złożenia kosztorysu sporządzonego metodą kalkulacji szczegółowej powinno być zrozumiałe bez trudności przez profesjonalistę. Jak pokazała rozprawa dwaj pozostali wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia (w tym drugi z Odwołujących FBSerwis) nie mieli kłopotów z jego zrozumieniem. Odwołujący Swarco nie wykazał, aby pojęcie "kosztorysu szczegółowego" zwyczajowo ma inne znaczenie, niż przedmiotowym postępowaniu lub by miało kilka desygnatów w rzeczywistości. Dostrzeżenia także wymaga, że obowiązek złożenia kosztorysu szczegółowego nie był kwestionowany przez wykonawców na etapie przed złożeniem ofert, nie był przedmiotem

zapytań ze strony wykonawców, a zrozumienie wymagania Zamawiającego nie nastręczyło trudności konkurentom Odwołującego 1.

Nie znalazł również potwierdzenia w zgromadzonym materiale dowodowym zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W ocenie składu orzekającego Izby Zamawiający w sposób wystarczająco szczegółowy odniósł się do uchybień znajdujących się w ofercie Odwołującego Swarco. Podana została podstawa prawna odrzucenia oferty, uzasadnienie prawne oraz faktyczne. Zamawiający przywołał stosowne zapisy SIWZ, wskazał jakich dokumentów brakuje w ofercie Odwołującego. Nie sposób sobie wyobrazić, jakich bardziej szczegółowych wyjaśnień żądał Odwołujący, jeżeli bowiem jakiś informacji w ofercie brakuje, to Zamawiający nie może się do tych braków inaczej odnieść niż przez ich wymienienie.

Co do odwołania wniesionego przez konsorcjum FBSerwis rozważania Izby

poczynione we wcześniejszych fragmentach uzasadnienia orzeczenia pozostają aktualne w takim zakresie, w jakim dotyczą one obowiązku załączenia kosztorysów sporządzonych metodą kalkulacji szczegółowej w zakresie wszystkich pozycji przedmiarowych, w tym pozycji 50 i 51 dotyczących montażu i demontażu iluminacji świątecznych.

Odnosząc się do zarzutu odwołania rozstrzygnąć należało, czy Odwołujący zobowiązany był wypełnić i dołączyć do oferty tylko załączniki 9a, 9b i 9c, czy też musiał dołączyć także dwa pliki w formacie PDF będące częścią załącznika nr 9.

Jak wynika ze sposobu zamieszczenia przez Zamawiającego dokumentacji, na załącznik nr 9 (kosztorysy ofertowe) składał się zbiór pięciu wymienionych w tym załączniku dokumentów. Z zapisów SIWZ wynika, że Zamawiający wymagał dołączenia do oferty kosztorysów ofertowych sporządzonych metodą kalkulacji szczegółowej na każdą pozycję cen jednostkowych (załącznik nr 9). Zatem wymagania Zamawiającego dotyczyły całego zbioru dokumentów określonych mianem załącznika nr 9, nie zaś tylko pewnych elementów tego załącznika, w postaci załącznika 9a – ryczałt, załącznika 9b – poza ryczałtowe, załącznika 9c – tabela czynników cenotwórczych. Załącznik 9b zawierał co prawda zbiorcze odniesienie do pozycji 50 i 51, natomiast wyceny szczegółowej tych pozycji należało dokonać przy uwzględnieniu dwóch dodatkowych plików składających się na zwartość załącznika nr 9 (demontaż iluminacji.pdf oraz montaż ilum.pdf), a zawartość tych plików składała się na treść oferty. Taki sposób prezentacji oferty (bez tych dwóch dodatkowych elementów) spowodował, że dla dwóch pozycji prac poza ryczałtowych zabrakło wyceny sporządzonej metodą kalkulacji szczegółowej, której obowiązku sporządzenia dla innych elementów przedmiarów sam Odwołujący nie kwestionował, choćby przystępując do drugiego z postępowań odwoławczych po stronie Zamawiającego i wskazując na rozprawie, że niewątpliwie z SIWZ wynikała konieczność załączenia do oferty kosztorysów szczegółowych. W ocenie Izby obowiązek ten dotyczył także pozycji 50 i 51, a samo

zbiorcze zestawienie tych pozycji w załączniku nr 9b było niewystarczające, zwłaszcza biorąc pod uwagę przewidziany zapisami wzoru umowy sposób rozliczania prac poza ryczałtowych i możliwość wystąpienia prac nie przewidzianych w kosztorysie, których podstawą wyceny miały być właśnie informacje znajdujące się w ofercie co do składników cenotwórczych. Zatem niezałączenie do oferty dwóch wymaganych plików stanowiło o niezgodności treści tej oferty z treścią SIWZ i skutkować musiało odrzuceniem oferty Odwołującego FBSerwis.

Złożenie kosztorysu sporządzonego w przypadku dwóch pozycji metodą kalkulacji uproszczonej w miejsce kosztorysu sporządzonego metodą kalkulacji szczegółowej nie tylko rzutuje na merytoryczną treść oferty, ale również stanowi o przygotowaniu oferty niezgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Oferta taka podlega odrzuceniu (vide: J. Pieróg - Prawo zamówień publicznych. Komentarz. - C.H. Beck, Wyd. 11, Warszawa 2012).

Finalnie należy też dostrzec, że uznanie za prawidłową oferty Odwołującego konsorcjum FBSerwis tylko z tego powodu, że błąd dotyczy jedynie dwóch pozycji stanowiłoby o nierównym traktowaniu wykonawców, faworyzowaniu Odwołującego kosztem pozostałych wykonawców, w tym wykonawcy wybranego, który w całości przygotował swoją ofertę zgodnie z wymaganiem Zamawiającego. Nie ma bowiem w ocenie Izby znaczenia, czy niedoskonałości oferty dotyczą jednej, czy wielu pozycji kosztorysu ale istotne znaczenie ma całościowa ocena prawidłowości skonstruowania oferty w oparciu o jednakowe dla wszystkich wymagania Zamawiającego odzwierciedlone w zapisach SIWZ, którym to odpowiadać ma przedstawienie oferty przez wykonawcę.

Izba nie dopatrzyła się także naruszenia art. 38 ust. 4 ustawy Pzp przez sformułowanie dopiero na etapie wyboru oferty nowego, nieprzewidzianego w treści SIWZ wymagania dotyczącego obowiązku przedłożenia przez wykonawców dla pozycji nr 50 i 51 z załącznika nr 9b do SIWZ szczegółowych kosztorysów. Jak już wcześniej zauważono obowiązek złożenia kosztorysów sporządzonych metodą kalkulacji szczegółowej dotyczył całości załącznika 9 do SIWZ. Zamawiający prowadząc postępowanie nie dodał żadnych nowych wymagań w zakresie pozycji 50 i 51. Zapisy rozdziału X SIWZ odnosiły się do całości tego załącznika i w toku prowadzonego postępowania nie uległy zmianie.

W tym stanie rzeczy Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 w związku z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1) oraz ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Na podstawie art. 192 ust. 8 w związku z art. 189 ust. 1 ustawy Pzp w sprawie wydano łączne orzeczenie.

Przewodniczący: