

WYROK
z dnia 29 kwietnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Matejczuk

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **29 kwietnia 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 kwietnia 2014 r. przez **Odwołującego** – Przedsiębiorcę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Usługi Transportowo-Drogowo-Mostowe J..... O.....” ul. M. Wołodajewskiego 33, 41-403 Chełm Śląski, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Gminę Pawłowice, ul. Zjednoczenia 60, 43-250 Pawłowice,

przy udziale **Wykonawcy** – M-Silnice a.s. z siedzibą w Pardubicach, ul. Husowa 1697, 530 03 Pardubice, Czechy, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obcią a **Odwołującego** - Przedsiębiorcę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Usługi Transportowo-Drogowo-Mostowe J..... O.....”, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** - Przedsiębiorcę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Usługi Transportowo-Drogowo-Mostowe J..... O.....”, tytułem wpisu od odwołania,

1

-
- 2.2. zasądza od **Odwołującego** - Przedsiębiorcy prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Usługi Transportowo-Drogowo-Mostowe J..... O.....” na rzecz **Zamawiającego** - Gminy Pawłowice, kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b 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 Gliwicach.

Przewodniczący:

2

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Pawłowice – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm); dalej jako „Pzp”; postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego o wartości szacunkowej nie przekraczającej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, którego przedmiotem jest „Przebudowa ul. Kościelnej wraz z drogą gospodarczą w Warszowicach”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych

w dniu 7 marca 2014 r., pod nr: 49143-2014.

W dniu 14 kwietnia 2014 r. (data pisma oraz wpływu do Krajowej Izby Odwoławczej), wykonawca – J..... O..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Usługi Transportowo-Drogowo-Mostowej J..... O.....” ul. M. Wołodajewskiego 33, 41-403 Chelm Śląski, wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnej z prawem czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu jego oferty, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) przepisu art. 87 ust. 1 Pzp poprzez niezasadne niewystąpienie do Odwołującego o wyjaśnienie kosztorysu ofertowego;
- 2) przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez niepoprawienie w ofercie oczywistych omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ;
- 3) przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez przyjęcie, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu.

W oparciu o postawione zarzuty Odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego;
- 2) nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty;
- 3) nakazanie Zamawiającemu poprawienia w załączniku do oferty – kosztorysie ofertowym oczywistych omyłek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, a to:
 - a) w poz. 4,5,6 i 7 – przez dopisanie słów „i zagospodarowaniem urobku we własnym zakresie”;
 - b) w poz. 22 i 23 – przez dopisanie słów „z wywozem i zagospodarowaniem urobku we własnym zakresie”;

3

-
- c) w poz. 39 i 40 – przez dopisanie słów „i zagospodarowaniem urobku we własnym zakresie”;
 - d) w poz. 45 – przez dopisanie słów „z wywozem i zagospodarowaniem urobku we własnym zakresie”;
 - e) w poz. 53,64,65,74 i 106 – przez dopisanie słów „i zagospodarowaniem urobku we własnym zakresie”;
 - f) w poz. 9 poprzez dopisanie słów „+obsypka (wraz z ociepleniem keramzytem pomiędzy studniami SB2-SB9-SB10”;
 - g) w poz. 10 – przez zastąpienie słowa „PCV” słowami „PCV-U-lite z wydlutym kielichem”;
 - h) w poz. 16 – przez dopisanie słów „z uchylnym rusztem”;
 - i) w poz. 28 i 122 – przez dopisanie słów „a urowymi 40x60x10”;
 - j) w poz. 29 – przez dopisanie słów „z gotowej mieszanki – obsypka i zasypka rury”;
 - k) w poz. 30 – przez dopisanie słów „zasypanie wraz z zagęszczeniem wykopu przepalonym łupkiem przywęglowym”;
 - l) w poz. 77 – przez dopisanie słów „zasypanie wykopu przepalonym łupkiem przywęglowym”;
 - m) w poz. 111 – przez dopisanie słów „łupkiem kopalnianym z zagęszczeniem”;
 - n) w poz. 37 – przed dopisanie słów „(ewentualny koszt składowania desktruktu po stronie Wykonawcy) lub bieżącym ułożeniem wg. poz. 82. Materiał pozostały jest własnością inwestora”;
 - o) w poz. 44 – przed dopisanie słów „o wytrzymałości na rozciąganie większej lub równej 30/30 kN/m);
 - p) w poz. 52 – przez zastąpienie słów „nawierzchnia z kostki kamiennej nieregularnej o wysokości 10 cm” słowami „kostka brukowa typu behaton koloru czerwonego”;
 - q) w poz. 63 – przez dopisanie słów „wraz z ułożeniem na paletach”;
 - r) w poz. 67 – przez zastąpienie słów „ułożenie wielkopiecowego” słowem „łupka”;
 - s) w poz. 69 – przez dopisanie słów „koloru czerwonego”;
 - t) w poz. 75 przez dopisanie słów „podsypka, obsypka i zasypka rury”;
 - u) w poz. 76 – przed dopisanie słów „klasy S”;
 - v) w poz. 81 – przez dopisanie „przepust o śr. 0,2-0,4”

- w) w poz. 85 – przez dopisanie „roboty monta owe”;
- x) w poz. 101 – przez dopisanie słów „1. mapę geodezyjną inwentaryzacyjną powykonawczą – 4 egz.; 2. karty studni – 2 egz.; 3. elektroniczną wersję dokumentacji – 1 egz. o następującej charakterystyce: (-) zapisaną w postaci map wektorowych w formacie ESRI shape file (*.shp) wraz z danymi opisowymi (w

4

formacie *.dbf); (-) obiekty będące treścią mapy powinny być sklasyfikowane zgodnie ze strukturą warstw używanych w programie Map ViewDesktop; (-) obiekty wielokątowe powinny być obiektami zamkniętymi (posiadającymi pole powierzchni); (-) obiekty liniowe powinny być obiektami jednorodnymi (jednej obiekt – jedna linia); (-) obiekty stykające się bokami powinny odpowiadać układowi współrzędnych”;

- 4) nakazanie Zamawiającemu wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści załącznika do formularza ofertowego – kosztorysu ofertowego;
- 5) nakazanie powtórzenia czynności Zamawiającego polegającej na ocenie ofert;
- 6) zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania wg spisu kosztów, który Odwołujący przedstawi na rozprawie;
- 7) dopuszczenie dowodów wskazanych w odwołaniu.

W uzasadnieniu postawionych zarzutów Odwołujący wskazał na posiadanie interesu we wniesieniu odwołania, gdy jego oferta – przy jedynym kryterium przyjętym przez Zamawiającego w postępowaniu, tj. ceny – zawierała cenę niższą od cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców. Podniesiono, że odrzucenie oferty Zamawiający uzasadnił niezgodnością ze SIWZ, która to niezgodność polega na tym, że w jego ofercie brakuje zestawienia cen robocizny, materiałów i sprzętu, który to brak, w ocenie Zamawiającego, nie może być sanowany. Jednocześnie podkreślono, że ubocznie – a nie jako podstawę odrzucenia oferty – Zamawiający wytknął Odwołującemu nieistotne uchybienia i braki w kosztorysie ofertowym załączonym do oferty.

Odwołujący wskazał następnie, że Zamawiający przedwcześnie odrzucił jego ofertę, bez wyczerpania drogi zmierzającej do poprawienia oferty, tj. uzyskania wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp oraz dokonania poprawek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Odwołujący nie zgodził się w szczególności, by brak polegający na niewymienieniu w kosztorysie ofertowym zestawienia cen robocizny, materiałów i sprzętu nie podlegał uzupełnieniu. Dla uzasadnienia swojego stanowiska Odwołujący wskazał w pierwszej kolejności na potrzebę zdefiniowania pojęcia „oferty” w kontekście ustalenia, czy wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień stanowi w istocie prowadzenie niedopuszczalnych negocjacji, co do treści oferty albo dokonywanie zmian oferty, o czym mowa w art. 87 ust. 1 zd. 2 Pzp. Odwołujący podkreślił, że pojęcie „oferty” należy rozumieć, nie jako plik dokumentów składanych w postępowaniu, ale jako treść oświadczenia woli wykonawcy, zgodnie z art. 66 § 1 K.c. Za ofertę poczytuje się oświadczenie woli, które zawiera co najmniej elementy przedmiotowo istotne umowy, jaka ma być zawarta. W przypadku umowy o roboty budowlane elementami przedmiotowo istotnymi jest zobowiązanie się wykonawcy do oddania obiektu budowlanego oraz zobowiązanie Zamawiającego do zapłaty

5

oznaczonego wynagrodzenia. Wynagrodzenie to albo sposób jego obliczenia powinno być w umowie określone. W niniejszej sprawie wynagrodzenie to było określone, jako wynagrodzenie ryczałtowe (art. 632 K.c.).

Odwołujący podkreślił następnie, że Zamawiający szczegółowo opisał przedmiot zamówienia w SIWZ i jej załącznikach. Załącznik nr 1 do SIWZ – projekt umowy w § 1 ust. 2 i 3 szczegółowo określa, co wchodzi w zakres zadania inwestycyjnego nie pozostawiając miejsca na ewentualne uzupełnianie zakresu przedmiotowego robót. Wszystkie więc roboty, jakie są objęte umową znane są już w chwili złożenia oferty.

W ocenie Odwołującego nie ma wątpliwości, że za tak określony zakres przedmiotowy robót Zamawiający przewidział wynagrodzenie ryczałtowe, a nie kosztorysowe – wynika to bowiem zarówno ze SIWZ, jak i projektu umowy, który stanowi jej załącznik. Bez znaczenia pozostaje przy tym, że w § 5 ust. 1 wzoru umowy przewidziano, że wynagrodzenie jest ustalone na podstawie kosztorysu ofertowego – w przypadku robót

budowlanych, czy nawet bardziej złożonych usług wynagrodzenie wykonawcy zawsze jest ustalone na podstawie kosztorysu, w którym bierze się pod uwagę rozmiar robót załoonych przez zamawiającego. Przyjęcie stanowiska, że za każdym razem, gdy do kalkulacji wynagrodzenia używany jest kosztorys, a nie jest ono szacowane metodą „na oko” mamy do czynienia z wynagrodzeniem kosztorysowym, prowadziłoby do wniosku, że we wszystkich robotach budowlanych zastrzeżone wynagrodzenie jest wynagrodzeniem kosztorysowym – a wniosek taki należy uznać za nieuprawniony. Bez znaczenia pozostaje także fakt, że umowa przewiduje w § 7 możliwość wykonania robót dodatkowych. Zgodnie bowiem z postanowieniami tego paragrafu roboty dodatkowe mają być objęte zamówieniem dodatkowym w rozumieniu przepisów art. 67 ust. 1 pkt 5 Pzp, czyli stanowią właściwie odrębne zamówienie. Odwołujący zwrócił przy tym uwagę, że postanowienia dotyczące robót dodatkowych są standardowymi postanowieniami umów o roboty budowlane i sama możliwość ich wystąpienia w adnej mierze nie przesądza o kosztorysowym charakterze wynagrodzenia wykonawcy. O zastrzeżeniu wynagrodzenia kosztorysowego nie przesądza także fakt, że projekt umowy przewiduje w § 5 ust. 12 brak wynagrodzenia za roboty niewykonane, jako zbędne. Ilekroć świadczenie niepieniężne wykonawcy nie zostało spełnione w całości, odpowiedniemu zmniejszeniu ulec powinno także świadczenie pieniężne Zamawiającego. Odwołujący zwrócił następnie uwagę, że w zakresie robót dodatkowych strony muszą zawrzeć dodatkowe porozumienie, zaś roboty analogiczne lub identyczne do objętych zamówieniem głównym mają być wycenione w oparciu o ceny jednostkowe zawarte w kosztorysie ofertowym. W przypadku robót, które nie są identyczne ani analogiczne do objętych zamówieniem (zawartych w przedmiarze i kosztorysie), wzór umowy nie przewiduje korzystania z wyceny zawartej w zestawieniu cen materiałów, robocizny i sprzętu. Oznacza to, że nawet w wypadku wystąpienia robót dodatkowych

6

zestawienie cen materiałów, robocizny i sprzętu nie znajdzie zastosowania. Jednakże nawet, gdyby miało ono znaleźć zastosowanie, to wykonawca i tak ma obowiązek dostarczyć Zamawiającemu kosztorys szczegółowy już po podpisaniu umowy.

O kosztorysowym charakterze wynagrodzenia wykonawcy nie decyduje również sam fakt załączenia do oferty kosztorysu ofertowego. Dokument taki może służyć do celów informacyjnych i uzasadnienia adanej przez wykonawcę ceny za wykonanie robót budowlanych.

Podsumowując tę część odwołania Odwołujący zwrócił uwagę w szczególności na fakt, że w SIWZ, ogłoszeniu ani projekcie umowy nie ma elementów, które mogłyby w jakikolwiek sposób wskazywać na zamiar zastrzeżenia przez Zamawiającego wynagrodzenia kosztorysowego, wszystkie zaś elementy projektu umowy świadczą o wynagrodzeniu ryczałtowym.

W oparciu o powyższe Odwołujący wskazał, że do ustalenia elementu przedmiotowo istotnego umowy, jakim jest wynagrodzenie, zbędny jest kosztorys ofertowy, gdy niezależnie od jego zawartości, wynagrodzenie wykonawcy objęte jest jedną, określoną z góry kwotą, którą Odwołujący wskazał w formularzu oferty.

Zamawiający wymagał w SIWZ, aby do formularza oferty załączony został m.in. kosztorys uproszczony wskazujący zestawienie cen robocizny, materiałów i sprzętu (zestawienie RMS). Poza sporem jest to, że Odwołujący załączył kosztorys bez zestawienia RMS. Nie jest jednak zasadne twierdzenie Zamawiającego, że kosztorys sporządzony według wymagań Zamawiającego stanowi element treści oferty i jego usterki nie podlegają sanacji w drodze stosowania przepisów art. 87 ust. 1 i 3 Pzp. Podanie w kosztorysie czynników cenotwórczych (zestawienie RMS) nie ma charakteru istotnego elementu oferty. Wymogi ustanowione w SIWZ mogą mieć charakter albo formalny, dotyczący sposobu sporządzenia oferty, mogą dotyczyć wymogów o charakterze informacyjnym, które nie rzutują na treść oferty w rozumieniu art. 66 § 1 Kc, albo mogą mieć charakter postanowień istotnych. Charakter postanowień istotnych mają natomiast tylko te, które wpływają na rozmiar i zakres świadczeń stron. W przedmiotowym postępowaniu kosztorys ofertowy zawierający zestawienie RMS pozostawał zaś bez znaczenia dla ustalenia zakresu świadczenia Zamawiającego względem wykonawcy, z uwagi na zastrzeżenie wynagrodzenia ryczałtowego. Z analizy zarówno treści SIWZ, przedmiaru robót, projektu, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych i wzoru umowy wynika jednoznacznie, że zestawienie RMS w adnym przypadku wykonania umowy nie będzie mogło znaleźć zastosowania. Zestawienie RMS pozostaje zatem poza treścią oświadczenia woli

Odwołującego, zaś sam kosztorys powinien być potraktowany, jako dokument dodatkowy, uzupełniający. Wszelkie uchybienia kosztorysu ofertowego w niniejszym postępowaniu są zatem uchybieniami pod względem formy, a nie treści oferty, które mogą i powinny być

7

naprawione przez zastosowanie postępowania rektyfikacyjnego, o którym mowa w art. 87 ust. 1 i 2 Pzp. Z ostro ności procesowej Odwołujący wskazał na pogląd Krajowej Izby Odwoławczej zawarty w uzasadnieniu wyroku z dnia 23 maja 2012 r., sygn. akt KIO 961/12, gdzie stwierdzono – w dodatku w sytuacji wynagrodzenia kosztorysowego – e zestawienie RMS nie stanowiło w rozpatrywanej sprawie elementu zobowiązania wykonawcy, gdy rozliczenie umowy miało opierać się jedynie na jednostkowych cenach poszczególnych prac, nie zaś na ich szczegółowej wycenie. Nawet samo stwierdzenie, e wynagrodzenie ma

e zestawienie charakter kosztorysowy nie

wystarcza jeszcze do wyciągnięcia wniosku,

RMS stanowi *essentiale negotii* oferty w rozumieniu art. 66 § 1 Kc. W niniejszym postępowaniu zestawienie RMS nie znajdzie przy tym zastosowania nawet w przypadku konieczności zlecenia robót dodatkowych. Podsumowując, Odwołujący stwierdził, e skoro zestawienie RMS nie stanowi istotnego elementu oferty w rozumieniu art. 66 § 1 Kc, Zamawiający był obowiązany wyjaśnić wątpliwości w tym zakresie przy zastosowaniu art. 87 ust. 1 Pzp.

Odwołujący podniósł ponadto kwestie dotyczące niepoprawienia przez Zamawiającego innych oczywistych omyłek, podkreślając przy tym, e nie były one podstawą odrzucenia jego oferty. W ocenie Odwołującego wyszczególnione omyłki powinny podlegać usunięciu w drodze zastosowania przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. O zakresie świadczenia, do którego zobowiązany jest wykonawca nie decyduje w adnej mierze kosztorys ofertowy, a szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, na który w tym przypadku składa się projekt budowlany i specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót. Bez względu na to, co znalazłoby się w kosztorysie, w razie zawarcia umowy zakres zobowiązania niepienię nego wykonawcy stanowić będzie projekt, specyfikacje techniczne, SIWZ i oferta – w skład której, w niniejszym postępowaniu, kosztorys nie wchodzi. Przy ocenie zgodności wykonanych ju robót budowlanych z wymaganiami Zamawiającego będą zatem miały znaczenie projekt i specyfikacje techniczne, nie zaś treść kosztorysu ofertowego. Nale y domniemywać, e ka dy oferent, działający jako profesjonalista, chce zło yć ofertę zgodną z SIWZ i oferowane przez niego roboty budowlane będą miały przymiot tej zgodności, a zatem wszelkie niedokładności, zwłaszcza jeśli polegają na opuszczeniu pojedynczych wyrazów lub fraz, mają charakter oczywistych omyłek. Odnosząc się do braku uszczegółowienia parametrów materiałów w opisie poszczególnych pozycji kosztorysowych Odwołujący wskazał, i wynikało to z zało enia, e materiały przewidziane do wbudowania w trakcie robót będą zgodne z dokumentacją techniczną (projekt wykonawczy i szczegółowe specyfikacje techniczne). Co więcej wszystkie materiały wbudowane na inwestycji muszą być zatwierdzone przez in yniiera kontraktu, który wyra a zgodę na ich wbudowanie po dokonaniu ich oceny pod względem zgodności z dokumentacją techniczną, co wynika z pkt 1.13.16 specyfikacji technicznej. Dodatkowo, ze specyfikacji technicznej D-00.00.00 wynika

8

obowiązek przedstawienia do zatwierdzenia przedstawicielowi Zamawiającego źródeł pochodzenia materiałów, świadectw badań oraz próbki materiałów. Odnosząc się do zarzutu braku odwozu i zagospodarowania urobku w wykopu Odwołujący wyjaśnia, e materiał nie nadający się do ponownego wbudowania musi być z budowy usunięty i zagospodarowany bądź zutylizowany przez wykonawcę, co wynika z przepisów budowlanych.

Podsumowując, Odwołujący stwierdził, i błędne jest stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym kosztorys ofertowy zawsze stanowi element oświadczenia woli oferenta i w związku z tym jego usterki nie podlegają wyjaśnieniu ani sprostowaniu w trybie art. 87 ust. 1 i 2 Pzp. Kosztorys mo e stanowić element oświadczenia woli oferenta (oferty) jedynie wówczas, gdy wykonawcy ma przysługiwać wynagrodzenie kosztorysowe, a i w tym przypadku zakres, w jakim kosztorys stanowi element oświadczenia woli nie musi być pełny. W zale ności od stanu faktycznego i prawnego, do zakresu oferty w rozumieniu art. 66 § 1 Kc, wchodzić będą tylko te elementy kosztorysu, które są niezbędne do ustalenia zakresu świadczenia Zamawiającego względem wykonawcy, a zatem je eli umowa przewiduje

wynagrodzenie kosztorysowe z rozliczeniem wyłącznie na podstawie zryczałtowanych cen jednostkowych, nie zaś faktycznie poczynionych nakładów, zestawienie RMS pozostanie poza zakresem oświadczenia woli wykonawcy. W niniejszej sprawie niewątpliwie Zamawiający zastrzegł wynagrodzenie ryczałtowe, a wycena robocizny, materiałów i sprzętu nie znajdzie zastosowania nawet w razie konieczności wykonania robót dodatkowych, tym samym kosztorys ofertowy, a już bez wątpienia zestawienie RMS znajdują się poza zakresem oświadczenia woli Odwołującego. Podkreślono także, że Zamawiający nie może a priori stwierdzić, czy wyjaśnienia złożone przez wykonawcę mogłyby doprowadzić do niedopuszczalnej zmiany treści oferty. Równocześnie, nie ulega wątpliwości, że pozostałe usterki wyknięte Odwołującemu stanowią inne, oczywiste omyłki, które Zamawiający powinien był uzupełnić korzystając z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Na potwierdzenie wszystkich podnoszonych argumentów i twierdzeń Odwołujący przytoczył w treści odwołania szereg orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, sądów powszechnych oraz Sądu Najwyższego.

Przystąpienie do sprawy po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca M-Silnice a.s. z siedzibą w Pardubicach, przy ul. Husowa 1697, Republika Czeska, wnosząc o odrzucenie odwołania, zaś w przypadku, gdyby skład orzekający uznał, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania - o jego oddalenie w całości. W zakresie wniosku o odrzucenie odwołania Przystępujący wskazał, że Odwołujący wprost przyznaje, że nie załączył do oferty zestawienia cen, robocizny, materiałów i sprzętu, zgodnie z wymogiem opisanym w treści pkt VI ust. 8 SIWZ. Abstrahując od kwestii, że wymagana od oferentów wycena w formie kosztorysu uproszczonego nie ma nic wspólnego z kwestią ryczałtowego charakteru

9

wynagrodzenia, najważniejsze jest to, że odwołanie de facto sprowadza się do kwestionowania postanowień SIWZ. Skoro Odwołujący, w tym momencie, podnosi, że wymóg sformułowany przez Zamawiającego, aby wycenę ofertową przedłożyć w formie kosztorysu uproszczonego nie da się inaczej zinterpretować niż spóźnione żądanie modyfikacji treści SIWZ. W zakresie wniosku o oddalenie odwołania Przystępujący podniósł natomiast, że żądanie nakazania Zamawiającemu wezwania do wyjaśnienia treści załącznika ofertowego – kosztorysu ofertowego jest niemożliwe do zrealizowania. Wobec przyznanego faktu niedołączenia do oferty zestawienia cen robocizny, materiałów i sprzętu nie ma obecnie możliwości złożenia wyjaśnień do pozycji, które nie zostały ujęte w treści oferty. Instytucja wyjaśniania treści oferty nie może służyć uzupełnianiu ofert po terminie ich złożenia i ujawnieniu ofert innych potencjalnych wykonawców. Całkowicie błędne jest stanowisko Odwołującego, który z faktu, że wynagrodzenie umowne ma charakter ryczałtowego wywodzi, że wycena w formie kosztorysu uproszczonego nie stanowi istotnego elementu oferty. Jest to też oczywiście fałszywa – jakby bowiem Zamawiający miał inaczej zweryfikować, czy cena ofertowa nie ma charakteru ceny dumpingowej, czy też jak miałby skutecznie rozliczyć wykonane prace na przykład w sytuacji rozwiązania umowy lub odstąpienia od umowy. Temu właśnie zaś służy wykaz, który był wymagany od każdego z wykonawców uczestniczących w przedmiotowym postępowaniu.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie. W uzasadnieniu zajętego stanowiska wskazano m.in., że zarzuty Odwołującego pomijają zupełnie treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, jak również charakter i rodzaj instytucji, na które powołuje się Odwołujący. Podkreślono, że w rozdziale VI pkt 8 SIWZ zastrzeżono, że wycenę w ofercie należy przedłożyć w formie kosztorysu uproszczonego zawierającego cenę jednostkową za pozycję kosztorysową wraz z zestawieniem cen robocizny, materiałów i sprzętu. W pkt 10 tego rozdziału SIWZ zaznaczono również, że cena ofertowa winna być zgodna z sumą wartości wszystkich pozycji kosztorysów ofertowych netto (wg zestawienia kosztorysów ofertowych) i podatku VAT. Zaznaczono dalej, że należy stosować adne upustów. W świetle wymienionych postanowień SIWZ jest oczywiste, że jeżeli Odwołujący przedłożył ofertę, do której nie dołączył w ogóle dokumentu zestawienia cen robocizny, materiałów i sprzętu to naruszył tym samym wymagania SIWZ. Zgodnie zaś z utrwalonym dorobkiem orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, jak również wyjaśnieniami Urzędu Zamówień Publicznych, opublikowanymi w Biuletynie Informacyjnym UZP nr 10/2010, tego rodzaju uchybienia nie mogą być uzupełniane, czy też wyjaśniane przez wykonawców, gdy doszłoby do naruszenia zakazu negocjacji wykonawców z

zamawiającym w zakresie treści zło onej oferty. Zamawiający podkreślił nadto, że błędne są wywody Odwołującego, a cena w umowie o roboty budowlane miała w istocie charakter

10

ryczałtowy, a dany dokument nie miał znaczenia i nie mógł stanowić podstawy odrzucenia oferty. Odwołujący wykonawca nie jest bowiem podmiotem uprawnionym do dokonywania ocen, które dokumenty mają znaczenie dla prowadzonego postępowania i dalej samodzielnego przekształcania treści oferty według subiektywnego przekonania, co do istotności bądź nieistotności wymaganych dokumentów. O tym, w jaki sposób winna zostać sporządzona oferta, a przed to co stanowi jej istotną treść decyduje SIWZ (art. 36 ust. 1 Pzp). Następnie, wobec braku zestawienia cen robocizny, materiałów i sprzętu niemożliwym stało się zweryfikowanie oferty Odwołującego, sprawdzenie czy między cenami proponowanymi przez tego wykonawcę zachodzi zgodność. Podkreślono także, że zgodnie z § 5 ust. 1 umowy dotyczącej realizacji zamówienia, wykonawcy przysługuje wynagrodzenie za wykonane roboty budowlane ustalone według kosztorysu ofertowego sporządzonego przez wykonawcę. Nie wymaga zatem wyjaśnień, że brak przedłożenia pełnego i prawidłowo sporządzonego kosztorysu wraz z zestawieniem uniemożliwia nie tylko weryfikację zgodności cen, ale także zawarcie tej umowy. Brak pełnej dokumentacji kosztorysowej narodziłaby Zamawiającego w toku realizacji umowy na nieprawidłowe rozliczanie prac, ich wycenę. Nieznane stałyby się ceny stosowane przez wykonawcę, składniki cenotwórcze, sposób ich kalkulacji. Zamawiający wskazał przy tym, że zgodnie z § 5 ust. 12 umowy za roboty niewykonane jako zbędne, choć objęte kosztorysem ofertowym oraz specyfikacją wynagrodzenie nie przysługuje. Odwołujący pomija ponadto, że w treści umowy zawarto postanowienia dotyczące wykonania robót dodatkowych. Jednocześnie, bez znaczenia są rozważania Odwołującego dotyczące samego charakteru wynagrodzenia umownego za realizację robót. To jaki jest charakter wynagrodzenia ma się nijak do jasno sformułowanego w SIWZ obowiązku dotyczącego sposobu przygotowania oferty, rodzaju oświadczeń, który byli zobowiązani złożyć wykonawcy Zamawiającemu. Poznanie szczegółowego sposobu kalkulacji ceny ofertowej jest istotne dla Zamawiającego niezależnie od charakteru wynagrodzenia przewidzianego w umowie, zabezpiecza interes Zamawiającego zarówno w czasie samego postępowania o udzielenie zamówienia, jak i w toku realizacji umowy.

Zamawiający podniósł ponadto, że niezgodność oferty Odwołującego z wymaganiami SIWZ zachodziła nie tylko z uwagi na brak przedłożenia kompletnego kosztorysu, ale także zachodziła w związku z całym szeregiem braków w obrębie opracowanej części kosztorysu ofertowego. Wskazano jednocześnie, że Zamawiający nie może dopisywać do oferty wykonawcy nowych oświadczeń, informacji i dostosowywać w ten sposób ofertę wykonawcy do wymagań SIWZ. Nie byłoby to bowiem poprawianie omyłek, ale wchodzenie w rolę wykonawcy.

Z uwagi na to, że Odwołujący nie jest w stanie wytłumaczyć w sposób logiczny skali uchybień, które popełnił i niezgodności z SIWZ formułuje pogląd, że również kosztorys ofertowy był w istocie dokumentem pozbawionym znaczenia i nie stanowił części jego oferty.

11

Jest to pogląd nie do przyjęcia, który pozbawiałby znaczenia i sensu składanie przez wykonawców w toku postępowania jakichkolwiek innych dokumentów, aniżeli formularz ofertowy zawierający oświadczenie o akceptacji wymagań SIWZ. Odwołujący przekonuje, że skoro zaakceptował SIWZ, wówczas wszelkie usterki w obrębie kosztorysów Zamawiający winien był poprawiać. Odwołujący ignoruje jednak treść ustawy Prawo zamówień publicznych, m.in. art. 36 ust. 1 Pzp, który wskazuje, że sposób przygotowania oferty określa SIWZ. Nie jest więc tak, że jeśli SIWZ wymaga przygotowania określonego kosztorysu z wyodrębnieniem poszczególnych składników cenotwórczych to wykonawca może w toku postępowania składać jakiegokolwiek dokumenty, kierując się samodzielnym przeświadczeniem, co do ich istotności. Zamawiający podkreślił, że w tym miejscu widoczna jest wyraźna wewnętrzna sprzeczność w koncepcji prezentowanej w odwołaniu. Jeżeli bowiem Odwołujący twierdzi, że kosztorys ofertowy był dokumentem pozbawionym znaczenia i nie stanowił części oferty, to należy spytać dlaczego domaga się nakazania prostowania „omyłek” – wszakże prostowanie omyłek następuje w ofercie. Zgodnie z dalszym stanowiskiem Zamawiającego myli się Odwołujący twierdząc, że przed odrzuceniem jego oferty powinien on zostać wezwany do złożenia wyjaśnień. Wezwanie do złożenia

wyjaśnień jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem Zamawiającego. Ponadto, w okolicznościach niniejszej sprawy wzywanie Odwołującego do wyjaśnień byłoby działaniem pozbawionym sensu, a to z tej przyczyny, że w trybie składania wyjaśnień wykonawca nie może uzupełniać dokumentów, ani usuwać niezgodności oferty z SIWZ. Adne wyjaśnienia nie zastąpiłyby braku dokumentu *Zestawienie cen, robocizny, materiałów, i sprzętu* czy poprawnego kosztorysu. Nawet w odwołaniu wykonawca nie przedstawił jakichkolwiek wyjaśnień dlaczego opracował kosztorys niezgodnie z SIWZ, zamiast tego usiłuje forsować koncepcję, że dokument kosztorysu ofertowego nie stanowił części jego oferty – domagając się równocześnie poprawienia tego kosztorysu z zastosowaniem trybu z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Podsumowując, wskazano także, że Zamawiający jest zobowiązany do równego traktowania wszystkich wykonawców. W ocenie Zamawiającego do naruszenia owej zasady doszłoby w sytuacji, gdyby Zamawiający usiłował dostosować ofertę jednego wykonawcy do wymagań SIWZ. Zamawiający wobec wykrycia nieusuwalnych niezgodności oferty Odwołującego był natomiast zobowiązany do odrzucenia jego oferty.

W toku postępowania strony i uczestnik postępowania podtrzymali swoje stanowiska.

Odwołujący wskazał m.in., że istotą problemu związanego z podstawą odrzucenia oferty jest ocena charakteru zestawienia RMS. Istotne dla niniejszego postępowania jest to, czy oferta odwołującego zawierała wszystkie essentialia negotii i czy są one określone w sposób precyzyjny. Odwołujący podtrzymał stanowisko, że elementy przedmiotowo istotne w

12

jego ofercie zostały w sposób jasny przedstawione. Zestawienie RMS nie było natomiast elementem istotnym oferty. Zestawienie RMS byłoby elementem istotnym oferty, gdyby wynagrodzenie miało charakter kosztorysowy oraz gdyby zawartość tego zestawienia tworzyła końcową cenę. W niniejszym postępowaniu wynagrodzenie ma jednak charakter ryczałtowy, a zestawienie RMS jest elementem informacyjnym dla oceny ostatecznej ceny. Odwołując wskazał także, że nie kwestionuje treści SIWZ, ani nie negocjuje oferty, ale istotą odwołania jest to, że zabrakło jednego dokumentu o charakterze informacyjnym, który to brak uzasadniał uruchomienie trybu z art. 87 Pzp.

Zamawiający podkreślił na rozprawie m.in., że miał prawo określić w SIWZ wymagania, co do przedmiotu zamówienia. W tym postępowaniu podjął decyzję, że wymaga przedstawienia kosztorysu wraz z zestawieniem cen robocizny, sprzętu, materiału. Zamawiający tak postąpił, gdy ma to dać możliwość oceny zło onej oferty nie tylko w zakresie zgodności cenowej, ale także w zakresie zastosowanego materiału. Zamawiający ma bowiem prawo wiedzieć, czy ilość zastosowanych materiałów jest wystarczająca, Odwołujący nie przedstawił natomiast tych informacji. Żądanie większego uszczegółowienia poprzez obowiązek złożenia kosztorysów szczegółowych związane jest m.in. z tym, by nie doszło do manipulowania cenami i ilościami. Po to jest m.in. zestawienie RMS wymagane na etapie złożenia oferty, gdy po zawarciu umowy pozycja zamawiającego jest już całkowicie inna.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Przebudowę ul. Kościelnej wraz z drogą gospodarczą w Warszowicach”. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Na zakres rzeczowy przedmiotu zamówienia składa się:

- a) przebudowa drogi jako ciągu pieszo – jezdni o nawierzchni z betonu asfaltowego o pow. 5.118 m² na podbudowie kamiennej ograniczonej krawężnikami o łącznej długości ok. 1.840 m oraz nawierzchni z kostki betonowej gr. 8 cm o pow. ok. 740 m² ograniczonej obrzeżem betonowym o łącznej długości ok. 780 m;
 - ciąg pieszo – jezdni o długości 0,78 km i szerokości od 4,5 do 5,5 m;
 - ciąg jezdni o długości 0,53 km o szerokości od 4,0 m do 3,0 m;
- b) przebudowa zjazdów o nawierzchni z kostki betonowej gr. 8 cm i asfaltowej o łącznej pow. ok. 540 m²;

13

- c) odwodnienie – kanalizacja deszczowa z rur PVC-U Ø315 ÷ Ø500 o łącznej długości ok. 762 m (29 szt. studni kanalizacyjnych, 25 szt. wpustów ulicznym wraz z przykanalikami)
- d) urządzenia spowolnienia ruchu (wyspy z kostki brukowej) – 2 szt.
- e) ułożenie destruktu asfaltowego o gr. 10 cm na drodze o dł. 690 m i szer. 3,2 m.

Szczegółowy zakres określa załączony przedmiar i dokumentacja. Roboty mają być wykonane zgodnie ze Specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót. Zamawiający przewidział zamówienia uzupełniające, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 Pzp (Rozdział IV SIWZ – Określenie przedmiotu zamówienia).

Jako kryterium wyboru ofert Zamawiający przyjął cenę i jej wagę 100%.

W ramach Opisu sposobu obliczenia ceny za przedmiot przetargu (Rozdział VI SIWZ) Zamawiający wskazał, iż podane podstawy katalogowe (KNR) przy pozycjach przedmiarowych nie są obowiązujące. Wycena przetargu może być obliczona na dotychczasowych zasadach lub wg środowiskowych zasad kosztorysowania robót budowlanych. W pozycjach opracowanych na podstawie dostarczonych przedmiarów powinny być zaliczone potrzebne nakłady i roboty do wykonania zamówienia. Wycena przetargu może być obliczona na dotychczasowych zasadach lub wg środowiskowych zasad kosztorysowania robót budowlanych. W pozycjach opracowanych na podstawie dostarczonych przedmiarów powinny być zaliczone potrzebne nakłady i roboty do wykonania zamówienia (pkt 1).

W cenie jednostkowej i cenie umieszczonej przy poszczególnych pozycjach przedmiaru robót powinny być zawarte wszystkie koszty niezbędne do wykonania robót wymaganej jakości, w wymaganym terminie, włączając w to koszty bezpośrednie, w tym: - koszty wszelkiej robocizny do wykonania danej pozycji przedmiaru robót, obejmujące płace bezpośrednie, płace uzupełniające, koszty ubezpieczeń społecznych i podatki od płac, - koszty materiałów podstawowych i pomocniczych do wykonania danej pozycji przedmiaru robót, obejmujące również koszty dostarczenia materiałów z miejsca ich zakupu bezpośrednio na stanowiska robocze lub na miejsca składowania na placu budowy, - koszty zatrudnienia wszelkiego sprzętu budowlanego, niezbędnego do wykonania danej pozycji przedmiaru robót, obejmujące również koszty sprowadzenia sprzętu na plac budowy, jego montażu i demontażu po zakończeniu robót (pkt 2).

Wykonawca zobowiązany jest uwzględnić wszystkie pozycje robót opisanych w przedmiarze robót wraz z ilościami i jednostkami. Wykonawca nie może samodzielnie zmieniać obmiarów i opisów w kosztorysie ofertowym – do wyceny należy wziąć obmiary z kolumny „ilość” przedmiaru robót, ostateczną cenę oferty należy podać na załączonym druku oferty, nie można samodzielnie dokładać kolejnych pozycji przedmiarowych (pkt 3).

14

W przypadku uszczegółowień lub zmian do pozycji przedmiaru, wprowadzonych przez Zamawiającego w wyniku zapytań Wykonawców, należy wszystkie wprowadzone zmiany uwzględnić w cenie, jak również w opisach pozycji przedmiarowych (pkt 4).

W cenie oferty przedkładanej przez wykonawcę powinny być zawarte wszelkie cła, podatki i inne należności płatne przez wykonawcę jako koszt ogólny budowy (pkt 5).

Cena podana w formularzu oferty ma zawierać wycenę całego przedmiotu zamówienia (pkt 6). Wszystkie wartości jednostkowe i cena mają być podane z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku (pkt 7).

Wycenę w ofercie należy przedłożyć w formie kosztorysu uproszczonego zawierającego cenę jednostkową za pozycję kosztorysową wraz z zestawieniem cen robocizny, materiałów i sprzętu (pkt 8).

Wybrany Wykonawca zobowiązany jest do dostarczenia szczegółowych kosztorysów ofertowych w terminie 3 dni od podpisania umowy (pkt 9).

Cena Ofertowa winna być zgodna z sumą wartości wszystkich pozycji kosztorysów ofertowych netto (wg zestawienia kosztorysów ofertowych) i podatku VAT. Nie należy stosować żadnych upustów (pkt 10).

W Załączniku nr 1 do SIWZ – Wzór umowy – określono, iż obowiązkiem Zamawiającego jest m.in. zapłata ustalonego wynagrodzenia za wykonane i odebrane protokolarnie roboty zgodnie z § 5 umowy (§ 3 ust. 1 lit d). W § 5 ust. 1 wzoru umowy zastrzeżono, że wykonawcy przysługuje wynagrodzenie za wykonane roboty budowlane ustalone według kosztorysu ofertowego sporządzonego przez wykonawcę. Zapłata

nale ności wykonawcy będzie następowała w drodze faktur częściowych, wystawionych za wykonane roboty potwierdzone protokołami odbioru przez inspektora nadzoru (§ 5 ust. 2). Za roboty niewykonane jako zbędne, choć objęte kosztorysem ofertowym oraz specyfikacją wynagrodzenie nie przysługuje (§ 5 ust. 12). W § 7 wzoru umowy przewidziano, i w przypadku gdy wystąpi konieczność wykonania robót, które stanowią niezbędny element zamówienia nieprzewidziany w opisie przedmiotu zamówienia i dokumentacji projektowej, wówczas wykonawca będzie zobowiązany niezwłocznie zawiadomić o tym fakcie Zamawiającego w celu wszczęcia procedur wymaganych przez Prawo zamówień publicznych. Roboty tego rodzaju będą stanowiły zamówienie dodatkowe (ust. 1). Je eli wystąpi konieczność wykonania robót dodatkowych, identycznych lub analogicznych do robót ujętych w kosztorysie ofertowym i dokumentacji projektowej, wycena tych robót zostanie wykonana z zastosowaniem cen jednostkowych zawartych w kosztorysie ofertowym. Roboty te mo na wykonać po sporządzeniu protokołu konieczności dla w/w robót, określający przyczynę i zakres robót, sprawdzonym i zatwierdzonym przez inspektora nadzoru inwestorskiego i Zamawiającego (ust. 2). Ostateczne wynagrodzenie wykonawcy za roboty określone w protokole konieczności zostanie ustalone na podstawie kosztorysu

15

powykonawczego opracowanego przez wykonawcę na bazie cen z kosztorysu ofertowego sprawdzonego i zatwierdzonego przez inspektora nadzoru inwestorskiego i Zamawiającego. Wynagrodzenie to nie mo e przekroczyć kwoty określonej w protokole konieczności. Zapłata za roboty mo e nastąpić po podpisaniu aneksu do umowy, który mo e obejmować kilka protokołów konieczności (ust. 3).

W § 12 wzoru umowy zastrzeżono zakaz zmiany postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy (ust. 1 zdanie pierwsze).

W postępowaniu oferty złożyli siedmiu wykonawców. Oferta Odwołującego z ceną brutto: 1.540.093,71 zł zawierała najniższą cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia (Protokół postępowania w trybie przetargu nieograniczonego). Odwołujący przedłożył wraz z ofertą kosztorys ofertowy, nie załączył jednak zestawienia cen robocizny, materiałów oraz sprzętu (okoliczność bezsporna).

Pismem z dnia 9 kwietnia 2014 r., Zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze najkorzystniejszej oferty. W odniesieniu do oferty Odwołującego wskazano, że została ona odrzucona zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji (pkt VI ppkt 8), gdy w ofercie brakuje zestawienia cen robocizny, materiałów i sprzętu.

Jednocześnie, odrębnym pismem z dnia 9 kwietnia 2014 r., Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty z uwagi na jej niezgodność z SIWZ wynikającą z braku złożenia zestawienia cen robocizny, materiałów i sprzętu. Wskazano przy tym, że zgodnie ze stanowiskiem Urzędu Zamówień Publicznych zawartych w Biuletynie Informacyjnym nr 10/2010 str. 36 oraz orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej przedmiotowe zestawienie stanowi element treści oferty, a jego brak powoduje, że kosztorys jest niekompletny i nie podlega to uzupełnieniu. Ponadto wskazano na szereg braków w wyszczególnionych pozycjach kosztorysu ofertowego. Dodatkowo poinformowano, że dołączony do oferty wykaz prac nie spełnił wymogu zawartego w pkt II ppkt 2a) specyfikacji, zgodnie z którym należało wykazać co najmniej dwie roboty z zakresu budowy lub przebudowy dróg o nawierzchni asfaltowej wraz z kanalizacją deszczową o wartości minimum 1.000.000,00 zł brutto. W ofercie wykazano prace z zakresu bieżącego utrzymania dróg. Z uwagi na fakt, że oferta podlega odrzuceniu Zamawiający odstąpił od wezwania do uzupełnienia dokumentów (art. 26 ust. 2 Pzp).

Obok oferty Odwołującego, z powodu braku zestawienia cen robocizny, materiałów i sprzętu została odrzucona także oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (oferta nr 5). Oferta nr 3 została z kolei odrzucona z uwagi na dołączenie innego przedmiaru robót niż był załączony w dokumentacji przetargowej (Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 9 kwietnia 2014 r.).

16

dokumentów. W sprawie bezspornym pozostawał fakt, i Odwołujący nie dołączył wymaganego zestawienia cen robocizny, materiałów oraz sprzętu. Kwestiami spornymi były natomiast: charakter wynagrodzenia przewidzianego za wykonanie przedmiotu zamówienia, charakter zestawienia cen robocizny, materiałów oraz sprzętu, w szczególności czy stanowiło ono treść oferty, a w dalszej perspektywie, czy jego brak mógł zostać zakwalifikowany, jako niezgodność oferty z treścią SIWZ oraz czy mo liwym było konwalidowanie tego uchybienia w trybie procedury wyjaśnień z art. 87 ust. 1 Pzp.

Izba zwa yła, co następuje:

Izba stwierdziła, e nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, a Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania wymaganą w art. 179 ust. 1 Pzp.

Izba nie podzieliła zarzutu Przystępującego, i odwołanie sprowadza się do kwestionowania postanowień SIWZ i stanowi tym samym spóźnione ądanie modyfikacji jej treści. Zarzuty odwołania nie były nakierowane na podwa enie zawartego w SIWZ wymogu przedło enia wyceny ofertowej w formie kosztorysu uproszczonego lecz dotyczyły oceny charakteru zestawienia cen robocizny, materiałów i sprzętu, którego zło enia Zamawiający wymagał wraz z kosztorysem.

Rozpoznając podniesione w odwołaniu zarzuty Izba uwzględniła dyrektywę wynikającą z art. 192 ust. 7 Pzp, zgodnie z którą Izba orzeka wyłącznie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu oraz zasadę z art. 190 ust. 1 Pzp, w myśl której strony i uczestnicy postępowania, zgodnie z zasadą kontrydiktoryjności władającą postępowaniem odwoławczym, są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak równie biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania Izba uznała, e odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Nale y na wstępie zaznaczyć, e z uwagi na treść art. 180 ust. 2 Pzp, Odwołujący mógł wnieść skutecznie odwołanie jedynie od czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu jego oferty. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, je eli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrze eniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Odwołujący wskazywał na uchybienie obowiązkowi poprawienia oferty stosowanie do art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, jak równie podniósł, e odrzucenie oferty bez skorzystania z instrumentu przewidzianego w art. 87 ust. 1 Pzp było co najmniej

17

przedwczesne. W zakresie zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty Odwołującego ocenie podlegało więc równie niezastosowanie przez Zamawiającego procedury wyjaśniającej z art. 87 ust. 1 Pzp. Kwestia ta miała bezpośredni wpływ na ocenę, co do prawidłowości zarzucone zaniechanie w sposób nierozwalny odrzucenia oferty

Odwołującego, gdy

związane zostało z zarzutem naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

fakt, e Odwołujący nie zło ył wraz W sprawie bezspornym pozostawał z kosztorysem zestawienia cen robocizny, materiałów i sprzętu. Skład orzekający Izby podziela utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd, e zarówno treść SIWZ, jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli, odpowiednio: zamawiającego oraz wykonawcy. Nieodzownym elementem treści oferty jest określenie ceny, za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. Zakres wymaganej treści oferty ustala zamawiający poprzez wskazanie w SIWZ elementów, z których ma się składać oświadczenie woli wykonawcy. W niniejszej sprawie na mocy Rozdziału VI SIWZ Zamawiający nadał zestawieniu cen robocizny, materiałów i sprzętu rangę istotnego elementu treści oferty. Przedmiotowe zestawienie składa się na kluczowy element oferty, a mianowicie jej wycenę. Zamawiający w sposób jednoznaczny zastrzegł, e wycenę w ofercie nale y przedło yć w formie kosztorysu uproszczonego zawierającego cenę jednostkową za pozycję kosztorysową wraz z zestawieniem cen robocizny, materiałów i sprzętu (pkt 8). Zamawiający przewidział szczegółową instrukcję odnośnie ustalenia ceny wskazując, e w cenie jednostkowej i cenie umieszczonej przy poszczególnych pozycjach przedmiaru robót powinny być zawarte wszystkie koszty niezbędne do wykonania robót wymaganej jakości, w wymaganym terminie, włączając w to koszty bezpośrednie, w tym: - koszty wszelkiej robocizny do wykonania danej pozycji przedmiaru robót, obejmujące płace

bezpośrednie, płace uzupełniające, koszty ubezpieczeń społecznych i podatki od płac, - koszty materiałów podstawowych i pomocniczych do wykonania danej pozycji przedmiaru robót, obejmujące również koszty dostarczenia materiałów z miejsca ich zakupu bezpośrednio na stanowiska robocze lub na miejsca składowania na placu budowy, - koszty zatrudnienia wszelkiego sprzętu budowlanego, niezbędnego do wykonania danej pozycji przedmiaru robót, obejmujące również koszty sprowadzenia sprzętu na plac budowy, jego montażu i demontażu po zakończeniu robót (Rozdział VI pkt 2 SIWZ).

W niniejszej sprawie Odwołujący niezasadnie wywodził, że podanie w kosztorysie czynników cenotwórczych (zestawienia RMS) nie miało charakteru istotnego elementu oferty. Odwołujący postawił nawet tezę, że kosztorys ofertowy był w istocie zbędny, gdy niezależnie od jego zawartości, wynagrodzenie wykonawcy objęte jest jedną, z góry określoną kwotą. Kosztorys sporządzony według wymagań Zamawiającego nie stanowił więc elementu treści oferty, a jego usterki podlegały sanacji w drodze stosowania przepisów art. 87 ust. 1 i 3 Pzp. W przypadku umowy o roboty budowlane elementami przedmiotowo

18

istotnymi jest bowiem zobowiązanie wykonawcy do oddania obiektu budowlanego oraz zobowiązanie Zamawiającego do zapłaty oznaczonego wynagrodzenia. Podążając tokiem argumentacji Odwołującego należałoby uznać, że przy wynagrodzeniu ryczałtowym oferta wykonawcy mogłaby ograniczyć się jedynie do złożenia przedmiotowego zobowiązania, wszystkie zaś inne elementy wymagane przez Zamawiającego należałoby uznać za nieistotne. W przypadku umów nazwanych, a do takich zaliczyć należy umowę o roboty budowlane, postanowienia przedmiotowo istotne określone są przez ustawę. Nie oznacza to jednak, że treść oferty może pomijać wymagania określone przez Zamawiającego w treści SIWZ oraz by wymagania Zamawiającego można było *a priori* uznawać za nieistotne elementy oferty. Określenie wysokości wynagrodzenia stanowi *essentialia negotii* umowy o roboty budowlane, stosownie do art. 647 Kodeksu cywilnego. Stanowi więc tak istotny element oświadczenia woli wykonawcy na etapie składania ofert. Zgodnie z art. 36 ust. 1 Pzp specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera m.in. opis sposobu obliczenia ceny (pkt 12). Nawet przyjęcie ryczałtowego wynagrodzenia w umowie o roboty budowlane nie może przesądzać automatycznie, że na etapie składania ofert wskazanie sposobu wyceny nie może mieć charakteru koniecznego elementu oferty – zwłaszcza, gdy Zamawiający nie zastrzega, że składana wycena ma mieć charakter informacyjny. Zamawiający był więc uprawniony do żądania od wykonawców złożenia wyceny zawierającej łącznie wszystkie wyszczególnione elementy. W opozycji do takiego żądania nie stoi adekwatnie powszechnie obowiązujących przepisów prawa, w szczególności Prawa zamówień publicznych, ani Kodeksu cywilnego. Odwołujący, decydując się na złożenie oferty winien był natomiast respektować ustalone przez Zamawiającego zasady i złożyć wymagane zestawienie cen robocizny, materiałów i sprzętu. Niezależnie więc od charakteru wynagrodzenia istotne znaczenie ma ustalenie na podstawie treści SIWZ, jakiego zakresu uszczegółowienia treści oferty wymagał od wykonawców Zamawiający. W niniejszym postępowaniu nie ulega wątpliwości, że Zamawiający wymagał złożenia wyceny w formie kosztorysu uproszczonego zawierającego cenę jednostkową za pozycję kosztorysową wraz z zestawieniem cen robocizny, materiału i sprzętu. Odwołujący uchybił przedmiotowemu obowiązkowi, a w toku postępowania nie wykazał w sposób przekonujący, że w/w zestawienie miało jedynie charakter pomocniczy i informacyjny. Zamawiający zaś przedstawił rzeczowe argumenty dla wykazania, że miało ono istotne znaczenie dla postępowania oraz zawarcia tej umowy. Wymaganie załączenia tego zestawienia służyło nie tylko ocenie oferty w zakresie zgodności cenowej, ale także w zakresie ilości zastosowanego materiału. Zamawiający podkreślił, że ma prawo wiedzieć, czy ilość zastosowanych materiałów jest wystarczająca. Ponadto, wymaganie przedmiotowego zestawienia na etapie złożenia oferty ma istotne znaczenie dla prawidłowej realizacji przyszłej umowy, w szczególności jej rozliczenia, tak w perspektywie zabezpieczenia się przed manipulacją cenami oraz ilościami materiałów. Zamawiający podał

19

przykładowo, że wymaga wykonania kostki na podsypce cementowej. W sytuacji, gdy wykonawca wykona samą podsypkę nie dokładając kostki, Zamawiający nie będzie mógł prawidłowo rozliczyć tych prac bez w/w zestawienia. Podobnie w przypadku odstąpienia od umowy brak zestawienia uniemożliwi Zamawiającemu prawidłowe rozliczenie wykonanych

prac. Należy w tym miejscu wskazać, że w § 5 ust. 1 wzoru umowy (Załącznik nr 1 do SIWZ) Zamawiający przewidział, iż wykonawcy przysługuje wynagrodzenie za wykonane roboty budowlane ustalone według kosztorysu ofertowego sporządzonego przez wykonawcę. Powyższy zapis dotyczy kosztorysu ofertowego przedkładanego na etapie składania ofert, a nie kosztorysów szczegółowych, które wybrany wykonawca ma obowiązek dostarczyć w terminie 3 dni od podpisania umowy (§ 3 ust. 2 lit a) wzoru umowy). Na rozprawie Zamawiający uzasadnił, iż dążenie dodatkowego uszczegółowienia poprzez złożenie kosztorysów szczegółowych wynika z potrzeby zabezpieczenia się przed manipulacją cenami oraz ilościami. Dla uniknięcia tego rodzaju sytuacji niezbędnym jest wcześniejsze przedstawienie przez wykonawcę zestawienia cen robocizny, materiałów i sprzętu – już na etapie złożenia oferty. Należy w tym miejscu wskazać, że zgodnie z art. 140 ust. 1 Pzp zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest to samy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Zasadnie podkreślono przy tym, że po zawarciu umowy pozycja zamawiającego jest już całkowicie inna. Jeżeli więc Zamawiający wymagał, by w zakresie oferty wykonawcy znalazło się zestawienie cen robocizny, materiałów i sprzętu, któremu mocą postanowień SIWZ nadaną istotną rangę to zaniechanie opracowania wyceny na poziomie szczegółowości wynikającym z treści SIWZ należało w niniejszej sprawie uznać za brak należytego sprecyzowania przez Odwołującego treści oferty. Brak przedmiotowego zestawienia powodował w konsekwencji, że treść oferty Odwołującego nie odpowiadała treści specyfikacji, co stanowiło przesłankę do jej odrzucenia, stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. W ocenie Izby przedmiotowa niezgodność ma charakter nieusuwalny, a dopuszczenie do uzupełnienia zestawienia oznaczałoby przyzwolenie na sprecyzowanie oferty zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, już po upływie terminu składania ofert, co prowadziłoby do nierównego potraktowania wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Wbrew wywiadowi Odwołującego niedopuszczalne było także wezwanie do złożenia wyjaśnień w tym zakresie w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. Z uwagi na charakter i rangę nadaną zestawieniu cen robocizny, materiałów i sprzętu, wyjaśnienia takie mogłyby doprowadzić w istocie do złożenia oświadczenia, którego w pierwotnej ofercie nie zostało ono i w konsekwencji do niedozwolonej modyfikacji treści oferty (por. wyrok KIO z dnia 2 kwietnia 2012 r., sygn. akt KIO 543/12; wyrok KIO z dnia 13 listopada 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1198/08). Niezależnie od powyższej oceny należy zwrócić uwagę, że w odwołaniu zarzucono naruszenie przepisu art. 87 ust. 1 Pzp poprzez niewystąpienie do Odwołującego

20

o wyjaśnienie kosztorysu ofertowego. Jednocześnie, w ocenie Izby, Odwołujący wykazywał, że owo wyjaśnienie miało polegać na uzupełnieniu dokumentu przedstawiającego zestawienie. Na rozprawie podniesiono, że obowiązkiem zamawiającego było „wezwanie do uzupełniania dokumentu, którego faktycznie zabrakło”. Tryb przewidziany w art. 87 ust. 1 Pzp nie służy jednak uzupełnianiu brakujących dokumentów. Nawet jednak, gdyby uznać, że zestawienie samo w sobie nie tworzyło dokumentu, a przeprowadzenie dążonego wyjaśnienia nie miało na celu uzupełnienia dokumentu, lecz uzyskanie – poprzez przedłożenie przedmiotowego zestawienia – informacji i oświadczeń, co do treści kosztorysu ofertowego (w odwołaniu postawiono zarzut niewystąpienia o wyjaśnienie kosztorysu ofertowego), to i tak należy podkreślić, że wyjaśnieniu podlegać może treść oferty, a więc istniejące w niej informacje i w ramach tej treści wyjaśnienia powinny się zamknąć. W niniejszej sprawie zarzucone Zamawiającemu zaniechanie dotyczyło natomiast niewyjaśnienia informacji, które w ofercie nie zostały w ogóle ujęte. Wyjaśniać może na to, co w ofercie już się znajduje, nie zaś to, czego w ofercie nie ma. Chodziło więc w istocie nie tyle o wyjaśnienie treści oferty, gdy to co miało być podlegać wyjaśnieniu nie istniało, ale o uzupełnienie treści oferty. Trafnie przy tym podniósł Zamawiający sprzeczność w stanowisku Odwołującego, który z jednej strony dowodził, że zestawienie cen robocizny, materiałów i sprzętu nie było objęte treścią oferty, a z drugiej strony odwoływał się do przepisu art. 87 ust. 1 Pzp, który dotyczy właśnie wyjaśniania treści złożonych ofert.

Izba nie podzieliła także stanowiska Odwołującego, iż wynagrodzenie, jakie ma zostać uiszczone wybranemu wykonawcy ma charakter wynagrodzenia ryczałtowego. Zgodnie z Rozdziałem IV SIWZ szczegółowy zakres przedmiotu zamówienia określa załączony przedmiar i dokumentacja, a roboty mają być wykonane zgodnie ze Specyfikacją techniczną i odbioru robót. Treść Rozdziału VI SIWZ określa natomiast szczegółowy sposób i podstawy wyliczenia ceny. W cenie jednostkowej i cenie umieszczonej przy

poszczególnych pozycjach przedmiaru robót powinny być zawarte wszystkie koszty niezbędne do wykonania robót wymaganej jakości, w wymaganym terminie, włączając w to koszty bezpośrednie. Wykonawca zobowiązany jest uwzględnić wszystkie pozycje robót opisanych w przedmiarze robót wraz z ilościami i jednostkami. W przypadku uszczegółowień lub zmian do pozycji przedmiaru należy wszystkie wprowadzone zmiany uwzględnić w cenie, jak również w opisach pozycji przedmiarowych. Cena ofertowa winna być zgodna z sumą wartości wszystkich pozycji kosztorysów ofertowych netto (wg zestawienia kosztorysów ofertowych) i podatku VAT. Nie należy stosować żadnych upustów. Całościowy opis sposobu obliczenia ceny, w powiązaniu z określeniem przedmiotu zamówienia, nie pozostawia, w ocenie Izby, wątpliwości, i dotyczy on ceny kosztorysowej, a nie ryczałtowej – dla wyliczenia, której wszystkie powyższe kwestie nie byłyby wymagane. Istota ryczałtu sprowadza się bowiem do określenia tego wynagrodzenia z góry, bez przeprowadzania

21

szczegółowej analizy kosztów. Sposób obliczenia ceny nie ma więc znaczenia przy wynagrodzeniu ryczałtowym, jest on natomiast istotny przy wynagrodzeniu kosztorysowym, albowiem w odróżnieniu od wynagrodzenia ryczałtowego wynagrodzenie kosztorysowe oblicza się na podstawie zestawienia zaplanowanych prac i przewidywanych kosztów. Zestawienie przewidywanych kosztów prac niezbędnych do realizacji opisanego przez zamawiającego przedmiotu zamówienia, opisane zazwyczaj w przedmiarze robót i złożone przez wykonawcę w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, następuje natomiast w formie kosztorysu ofertowego, który jest w tych okolicznościach elementem oferty wykonawcy.

Należy następnie podkreślić, że w żadnym fragmencie SIWZ nie zostało wskazane, że wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu zamówienia jest wynagrodzeniem ryczałtowym. Projekt umowy zawiera jednocześnie postanowienia wskazujące, w ocenie Izby, i właśnie przyjęcie kosztorysowego charakteru było zamiarem Zamawiającego, co zostało także podkreślone na rozprawie. W § 5 ust. 1 projektu umowy – wbrew twierdzeniom Odwołującego – wynagrodzenie wykonawcy nie zostało określone w ryczałtowanej kwocie. W treści tego postanowienia nie widnieje tego rodzaju zapis. Przeciwnie stanowi on, że wykonawcy przysługuje wynagrodzenie za wykonane roboty budowlane ustalone według kosztorysu ofertowego sporządzonego przez wykonawcę. Jako ogólne należy uznać twierdzenia Odwołującego, że ujęcie kosztorysu do kalkulacji wynagrodzenia pozostawało w okolicznościach niniejszej sprawy bez znaczenia. Odwołujący sam wskazywał, że wynagrodzenie ryczałtowe stanowi określoną z góry kwotę, która jest niezmienna poza wyjątkiem wynikającym z nadzwyczajnej zmiany stosunków. W § 5 ust. 12 wzoru umowy Zamawiający zastrzegł, że za roboty niewykonane jako zbędne, choć objęte kosztorysem ofertowym oraz specyfikacją wynagrodzenie nie przysługuje. Zgodnie z wyjaśnieniami poczynionymi na rozprawie zapis „za roboty wykonane jako zbędne” dotyczy materiału czy powierzchni, które w toku wykonania zamówienia będą różnić się od wielkości rzeczywistych. Przykładowo, jak wskazał Zamawiający, w sytuacji, gdy w SIWZ przyjęto pole powierzchni na 10 m², a w rzeczywistości powierzchnia ta wynosi 9 m², to obowiązkiem Zamawiającego jest uiszczenia wynagrodzenia jedynie za faktyczny zakres prac, tj., w analizowanym przykładzie za 9 m². Przedmiotowe rozwiązanie jest charakterystyczne dla wynagrodzenia kosztorysowego, gdzie wysokość wynagrodzenia – co wskazywał sam Odwołujący – jest zależna od rozmiaru świadczenia wykonanego przez wykonawcę i zostaje wyliczona według stawek przyjętych w kosztorysie. Nie mogło stanowić istotnego argumentu wskazanie przez Odwołującego, i ilekroć świadczenie niepieniężne wykonawcy nie zostało spełnione w całości, zmniejszeniu ulegć powinno także świadczenie pieniężne odpowiedniemu

od Zamawiającego. Z

wypracowanego w orzecznictwie Sądu Najwyższego poglądu, w sytuacji gdy wolą stron, było przyjęcie wynagrodzenia ryczałtowego za roboty budowlane,

22

a roboty te nie zostały wykonane w całości, to wynagrodzenie należy do wykonawcy winno być określone proporcjonalnie do wykonania (przywołany w odwołaniu wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 stycznia 1985 r., sygn. akt II CR 494/84), nie można w okolicznościach niniejszej sprawy wyprowadzać twierdzeń o ryczałtowym charakterze wynagrodzenia. Przede wszystkim wolą Zamawiającego nie było w rozpoznawanej sprawie przyjęcie takiego

wynagrodzenia. Odwołujący nie wykazał bynajmniej tej okoliczności w sposób przekonujący. Ponadto, dopuszczona w judykaturze możliwość obniżenia wynagrodzenia ryczałtowego nie stanowi *per se* argumentu, który mógłby przesądzać, iż w danej sprawie wynagrodzenie nie ma charakteru kosztorysowego. W niniejszej sprawie nie jest przedmiotem rozważań, czy zastrzeżenie możliwości obniżenia wynagrodzenia pozbawia go ryczałtowego charakteru, a w zasadzie temu mogłyby służyć argumenty zasięgnięte z powołanego powyżej wyroku Sądu Najwyższego.

Reasumując, w ocenie Izby, całościowa analiza okoliczności niniejszej sprawy przemawia za stanowiskiem Zamawiającego o kosztorysowym charakterze wynagrodzenia. Należy ponownie podkreślić, że w adnym miejscu nie wskazano na ryczałtowy charakter wynagrodzenia. Prezentowane przez Odwołującego rozumienie treści SIWZ, w tym wzoru umowy, nie tylko nie znajduje oparcia w literalnym brzmieniu tych dokumentów, ale także pozostaje w sprzeczności z kolejnymi regułami wykładni. Należy natomiast wskazać w tym miejscu, że postanowienia SIWZ podlegają takim samym regułom wykładni, jak przepisy prawa, tzn. z zachowaniem prymatu wykładni językowej oraz szerokim zastosowaniem wykładni celowościowej (por. wyrok KIO z dnia 19 kwietnia 2013 r., sygn. akt KIO 791/13). Ocena przyjęta w zakresie charakteru wynagrodzenia wzmacnia stanowisko, co do braku możliwości uzupełnienia kosztorysu ofertowego o zestawienie cen robocizny, materiałów i sprzętu. Kosztorysowy charakter wynagrodzenia przesądza bowiem, że zawartość kosztorysów ofertowych stanowi treść oferty, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp (por. przykładowo wyrok KIO z dnia 12 sierpnia 2013 r., sygn. akt KIO 1811/13; KIO 1813/13; KIO 1814/13). Powyższa okoliczność stanowi także dodatkowy argument przemawiający przeciwko argumentom i twierdzeniom odwołania, gdy jak wskazano wcześniej, niezależnie od rodzaju wynagrodzenia istotne znaczenie ma ustalenie na podstawie treści SIWZ, jakiego zakresu uszczegółowienia treści oferty wymaga od wykonawców zamawiający. W niniejszej sprawie, co ustalono, Zamawiający wymagał złożenia zestawienia, które stanowiło istotny element oferty przedstawiający m.in. koszty i materiały przewidziane do realizacji zadania. Brak przedmiotowego zestawienia, bez względu na charakter wynagrodzenia, stanowił więc o ograniczeniu informacji przedłożonych przez wykonawcę w stosunku do informacji i oświadczeń gądzanych oraz istotnych dla Zamawiającego – także w perspektywie ewentualnych robót dodatkowych – a tym samym zaniechanie Odwołującego nie mogło być uznane za działanie zgodne z treścią SIWZ.

23

Reasumując, nie potwierdził się główny zarzut odwołania, tj. naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Oferta Odwołującego nie odpowiadała treści SIWZ, a tym samym zaktualizowała się przesłanka do jej odrzucenia, określona w powołanym przepisie. Należy w tym miejscu wskazać, iż odrzucenie oferty w okolicznościach wskazanych w art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, jest obowiązkiem zamawiającego. Bezzasadny okazał się także zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp, poprzez niewystąpienie do Odwołującego o wyjaśnienie kosztorysu ofertowego.

Na rozstrzygnięcie sprawy nie mógł mieć również wpływu zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, poprzez niepoprawienie w ofercie oczywistych omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ. W sytuacji, gdy Izba podzieliła trafność decyzji Zamawiającego z uwagi na brak zestawienia cen robocizny, materiałów i sprzętu bezprzedmiotowe stały się kwestie związane z uchybieniami w poszczególnych pozycjach kosztorysu. Dodatkowo, nie stanowiły one podstaw odrzucenia oferty Odwołującego. Przedmiotową okoliczność potwierdził Zamawiający wskazując, że w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty podano w odniesieniu do Odwołującego, iż jego oferta została odrzucona zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, z uwagi na brak zestawienia cen robocizny, materiałów i sprzętu. Ta tylko okoliczność stanowiła przyczynę odrzucenia oferty Odwołującego. Uchybienia dotyczące poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego zostały więc wskazane jedynie informacyjnie. Na marginesie należy jedynie wskazać, iż zakres i charakter przedmiotowych uchybień nie mógłby zostać zakwalifikowany jako inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Poprawienie nieprawidłowości występującej w ofercie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp uzależnione jest od spełnienia dwóch przesłanek: po pierwsze zauważyć ona niezgodność musi mieć charakter omyłki, a nie celowego działania wykonawcy polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli o określonej treści, a po drugie poprawienie niezgodności nie może powodować istotnych zmian w treści oferty. W kosztorysie ofertowym Odwołującego,

wbrew wynikającemu z SIWZ zakazowi zmiany opisów, Odwołujący wprowadził przykładowo ograniczenie w odległości wywozu materiału z rozbiórki (na odległość do 1 km). W toku rozprawy podniesiono, że stanowiło to kolejną omyłkę. Jednak w treści odwołania nie zostało to podniesione, ani nie został sformułowany wniosek, co do sposobu ewentualnego jej poprawienia (co uniemożliwiłoby Izbie ewentualne orzekanie w tym zakresie). W ocenie Izby wprowadzenie własnych treści i zmian opisu kosztorysu, pomimo zakazu, świadczyć powinno o celowym działaniu wykonawcy, co już eliminuje możliwość uznania tej niezgodności za omyłkę.

Warto w tym miejscu przywołać ostatnią opinię Urzędu Zamówień Publicznych pt. „Omyłki i błędy w ofertach wykonawców – analiza na przykładzie orzecznictwa sądów okręgowych i Krajowej Izby Odwoławczej” (<http://uzp.gov.pl/cmsws/page/?D;2922>), w której

24

wskazano m.in., iż nie każda nieprawidłowość w kosztorysie może być kwalifikowana jako omyłka polegająca na poprawieniu przez zamawiającego. Granicę wyznacza przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp wskazujący, że zmiana nie może powodować istotnej zmiany treści oferty. Za przykład tego rodzaju zmiany wskazano na zmianę powodującą zmianę m.in. rodzajów materiałów. W wyroku z dnia 25 lipca 2011 r., sygn. akt KIO 1492/11, Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że dokonanie poprawek w ofercie przez zamawiającego z zastosowaniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp może mieć miejsce tylko w przypadku, gdy w miarę możliwości odbywa się bez udziału wykonawcy – co zdaniem Izby nie byłoby możliwe w okolicznościach niniejszej sprawy.

Poza zakresem rozpoznania pozostawała podniesiona na rozprawie kwestia spełnienia wymogu zawartego w Rozdziale II pkt 2a SIWZ, wskazana przez Zamawiającego jedynie informacyjnie. Z tego też względu bezprzedmiotowa dla niniejszego postępowania była podnoszona przez Odwołującego okoliczność nie otrzymania całości pisma z dnia 9 kwietnia 2014 r. (brak przefaksowania str. 2). Zamawiający podkreślił przy tym, że wykonawca nie zgłaszał w tym zakresie żadnych uwag, a Zamawiający dysponował dowodem skutecznego przesłania drogą faksu przedmiotowego pisma.

Z tych też względów orzeczono, jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania, stosownie do wyniku, orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp. Izba zaliczyła w poczet kosztów wpis uiszczony przez Odwołującego, a w związku z oddaleniem odwołania Izba zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (§ 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

25