Sygn. akt KIO 961/12

WYROK

z dnia 23 maja 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **23 maja 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 maja 2012 r.
przez wykonawcę: **Eugeniusz Figurski prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Instalacyjno-Budowlany „ELTOR" Eugeniusz Figurski, 59-800 Lubań, ul. Torowa 19**
w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Miejska Lubań reprezentowana przez Burmistrza Miasta Lubań, 59-800 Lubań, ul. 7. Dywizji 14**
przy udziale wykonawcy: **Artur Mróz prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „GEOBUD" Artur Mróz, 59-900 Zgorzelec, ul. Poluszyńskiego 1A** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Zakładu Instalacyjno-Budowlanego „ELTOR" Eugeniusz Figurski z Lubania oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez tego wykonawcę.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Gminę Miejską Lubań reprezentowaną przez Burmistrza Miasta Lubań** i:

   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego: Zakład Instalacyjno-Budowlany „ELTOR" Eugeniusz Figurski z Lubania**

tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **zamawiającego: Gminy Miejskiej Lubań reprezentowanej przez Burmistrza Miasta Lubań** na rzecz **odwołującego: Zakładu Instalacyjno-Budowlanego „ELTOR" Eugeniusz Figurski z Lubania** kwotę **13617 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset siedemnaście złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika i opłatę skarbową od pełnomocnictwa.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Jeleniej Górze.**

Przewodniczący: ……

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miejska Lubań reprezentowana przez Prezydenta Miasta Lubań – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp" lub „pzp"), postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane pn. *Budowa kanalizacji sanitarnej i deszczowej w ulicach: Papieża Jana Pawła II, Pastelowej, Tęczowej, Błękitnej, Miodowej, Wrzosowej w Lubaniu* (oznaczenie sprawy: IGK.7013.2.2012)

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 6 kwietnia 2012 r. pod nr 110122-2012, w tym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w siedzibie głównej UM Lubań oraz na swojej stronie internetowej (www.bip.um-luban.dolnyslask.pl), na której udostępnił również od tego dnia specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej zwaną w skrócie „s.i.w.z." lub „SIWZ").

Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 2.452.822,34 zł, co stanowi równowartość 610.215,53 euro (w tym wartość przewidywanych zamówień uzupełniających na kwotę 817.607,89 zł – równowartość 203.405,18 euro).

9 maja 2012 r. (pismem z 8 maja 2012 r.) Zamawiający przesłał faksem Odwołującemu – Zakładowi Instalacyjno-Budowlanemu „ELTOR" Eugeniusz Figurski z Lubania – zawiadomienie o odrzuceniu jego oferty, podając następujące uzasadnienie faktyczne i prawne:

Zgodnie z postanowieniami pkt. 15.3 lit. „c" I części SIWZ (instrukcji dla oferentów) „Zawartość oferty" kompletna oferta winna zawierać (między innymi): „c) Informacje zawierające: stawkę roboczogodziny, narzuty, które zostały przyjęte do wyceny robót, zestawienie materiałów i sprzętu wraz z cenami jednostkowymi – w celach informacyjnych". Równocześnie w pkt.15.1 ppkt 7 I Części SIWZ Zamawiający nie dopuścił składania oferty i kopii dokumentów w formie elektronicznej.

Zamawiający ustalił tym samym wymagania co do treści oferty i oczekiwał przygotowania ofert w oparciu o wymagania zawarte w SIWZ. Wykonawca złożył ofertę niezgodnie z wymogami zawartymi w SIWZ – brak w ofercie Informacji zawierającej: zestawienie materiałów i sprzętu wraz z cenami jednostkowymi.

W związku z tym oferta wykonawcy jako niezgodna z treścią SIWZ podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych. Nadmieniam, że

---

Zamawiający nie miał możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp – omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 winny mieć taki charakter, by czynności ich poprawy mógł dokonać Zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności.

Złożenie Informacji z danymi o cenach materiałów i sprzętu stanowi oświadczenie woli Wykonawcy. Porozumiewanie się w tej mierze z Wykonawcą stanowiłoby niedozwolone negocjacje dotyczące treści oferty.

Ponadto Zamawiający nie mógł skorzystać z uprawnień, które daje art. 26 ust. 3, z uwagi na to, że w/w informacje nie są dokumentami potwierdzającymi spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub potwierdzających spełnianie przez roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego.

Wyżej wymienione informacje będą niezbędne do wyceny ewentualnych robót dodatkowych i uzupełniających, których udzielenie Zamawiający przewidział w ramach niniejszego postępowania, co w sytuacji braku informacji o cenach czynników cenotwórczych uniemożliwić może rozliczenie wykonanych robót dodatkowych.

11 maja 2012 r. (pismem z 10 maja 2012 r.) Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższej czynności Zamawiającego, któremu zarzucił naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, *poprzez uznanie iż oferta odwołującego nie spełnia warunku udziału w postępowaniu o którym mowa w pkt. 15.3 litera c oraz pkt. 15.1 ppkt. 7 SIWZ, dotyczącego dokumentów informacyjnych.* Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia dokonanego wyboru najkorzystniejszej oferty i dokonania powtórnej oceny formalnej i merytorycznej ofert.

Odwołujący sprecyzował zarzut przez podanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania w następującym brzmieniu:

Zamawiający w pkt. 15.3 litera c cześć I SIWZ – instrukcja dla oferentów określił jako dokumenty informacyjne zawierające zestawienie materiałów i sprzętu wraz z cenami jednostkowymi (w celach informacyjnych). W związku z tym iż nie był to warunek uczestniczenia w postępowaniu jak również nie podlegał ocenie zdaniem wnoszącego odwołanie na podstawie obowiązujących przepisów można je uzupełnić.

Określenie przez Zamawiającego skorzystania z uprawnień które daje art. 26 ust. 3 jest niezgodne z obowiązującymi przepisami gdyż nie był to dokument wymagany w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Ponadto określenie przez Zamawiającego zawarte w piśmie informacyjnym o

odrzuceniu oferty z treścią „Wyżej wymienione informacje będą niezbędne do wyceny ewentualnych robót dodatkowych i uzupełniających, których udzielenie Zamawiający przewidział w ramach niniejszego postępowania, co w sytuacji braku informacji o cenach czynników cenotwórczych uniemożliwić może również rozliczenie wykonanych robót dodatkowych" – jest stwierdzeniem nie posiadającym odzwierciedlenia w treści SIWZ. Dokument ten jako informacyjny co określa SIWZ jest możliwy do uzupełnienia lub wyjaśnienia w trakcie toczącego się postępowania. Na uzupełnienie tych dokumentów pozwala treść art. 26 ust. 3 ustawy PZP.

Uzupełnienie tych dokumentów nie ma żadnego wpływu na wartość złożonej oferty ani terminu wykonania. Ponadto niezrozumiałym jest zarzut niezgodności mojej ofert z pkt. 15.1 ppkt. 7 SIWZ określający składanie oferty i kopii dokumentów w formie elektronicznej gdyż nie określa o jakim dokumencie Zamawiający rozważa. Oferta moja zawierała informacje określone w pkt. 15.3 pkt. 1 litera b SIWZ dotyczące kosztorysu ofertowego w wersji elektronicznej. Zamawiający w pkt. tym nie doprecyzował w jakim formacie ma być to przedstawione.

Wobec powyższego na podstawie art. 179 ustawy PZP Odwołujący doznał skutkiem działań Zamawiającego uszczerbku, gdyż złożył najtańszą ofertę, która odpowiada wymogom stawianym w treści SIWZ – przez co powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

18 maja 2012 r. (pismem z 16 maja 2012 r.) Zamawiający przesłał do Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie. Zamawiający podtrzymał prawidłowość podjętej decyzji i jej uzasadnienia, dodatkowo prezentując następującą argumentację i wyjaśnienia.

Informacje o stawce roboczogodziny i narzutach, które zostały przyjęte do wyceny robót znalazły się na stronach tytułowych kosztorysów ofertowych Odwołującego, a zatem zostały zawarte w treści oferty. Natomiast brak w treści oferty informacji zawierającej zestawienie materiałów i sprzętu wraz z cenami jednostkowymi, zdaniem Zamawiającego świadczy o tym, że Odwołujący złożył ofertę niezgodnie z wymogami zawartymi w s.i.w.z. Według Zamawiającego zamieszczenie w ofercie Informacji z danymi o cenach materiałów i sprzętu ma wymiar merytoryczny, gdyż dotyczy sposobu wykonania zamówienia: rodzaju zastosowanego sprzętu, planowanych do zastosowania materiałów.

Zamawiający w pierwszej kolejności zbadał możliwość dokonania poprawy oferty w oparciu o przepis art. 87 ust.2 pkt 3 pzp i uznał, że nie ma możliwości jego zastosowania, z

powodów podanych w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego. Zamawiający dodał, że brak w treści oferty informacji o materiałach i sprzęcie oraz ich cenach jednostkowych nie stanowi jakiejkolwiek omyłki, a brak dochowania staranności przy sporządzaniu oferty. Na podstawie oferty złożonej przez wykonawcę powinno być możliwe stwierdzenie oczywistości omyłki [Zamawiający wpisał po tym stwierdzeniu: *wyrok KIO z 20*

stycznia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 11/09].

Pogląd Odwołującego o możliwości uzupełnienia brakujących informacji jako dokumentu informacyjnego, czyli w domyśle mniej ważnego, nie znajduje uzasadnienia. Dopisek *w celach informacyjnych* zamieszczony w s.i.w.z. przy wymaganiach dotyczących zawartości ofert nie dyskredytuje wymaganych części oferty i nie zwalnia z załączenia ich do oferty. Przy dokumentach niewymaganych przez Zamawiającego został umieszczony dopisek *zalecane jest załączenie,* co jest równoznaczne z brakiem konieczności załączenia tych dokumentów do oferty.

Zamawiający podniósł, że przytaczając argument dotyczący zamówień uzupełniających i dodatkowych nie powoływał się na jakikolwiek postanowienie s.i.w.z. Doświadczenie Zamawiającego wskazuje, że wykonawcy, którzy bardzo zaniżyli ceny ofert w postępowaniu przetargowym często chcą nadrobić straty na etapie rozliczania robót dodatkowych i negocjacji z Zamawiającym wynagrodzenia za roboty dodatkowe, zamienne, zamówienie uzupełniające (przy braku ryczałtowej ceny jednostkowej tych robót w kosztorysie ofertowym). Informacje o cenach czynników cenotwórczych są niejako argumentem przeciwko zawyżaniu przez wykonawcę wyceny robót dodatkowych i uzupełniających.

W ocenie Zamawiającego na gruncie art. 25 ust. 1 pzp i przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r. Nr 226 poz. 1817), informacja zawierająca wykaz materiałów i sprzętu wraz z cenami jednostkowymi nie może być zakwalifikowana do dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu (o charakterze podmiotowym), ani do dokumentów potwierdzających spełnienie przed oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań zamawiającego (o charakterze przedmiotowym). Odwołujący formułuje niezrozumiały zarzut, że Zamawiający niezgodnie z obowiązującymi przepisami określił *skorzystanie z uprawnień które daje art. 26 ust. 3* oraz jednocześnie potwierdza, że *nie był to dokument wymagany w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu,* co potwierdza prawidłowość postępowania Zamawiającego. W innym miejscu

odwołania Odwołujący natomiast wskazuje, że *art. 26 ust. 3 ustawy PZP pozwała na uzupełnienie tych dokumentów,* co stoi w sprzeczności z jego wcześniejszymi twierdzeniami.

Dla Zamawiającego niezrozumiałe jest również twierdzenie wykonawcy, że jego oferta zawierała informacje określone w pkt. 15.3 pkt 1 litera b s.i.w.z. dotyczące kosztorysu ofertowego w wersji elektronicznej. Wersja elektroniczna kosztorysu była załącznikiem, który Zamawiający zalecał załączyć do oferty, ale nie wymagał tego. Zamawiający nie sformułował również zarzutu odnoszącego się do kosztorysu ofertowego w wersji elektronicznej wobec Odwołującego, pomimo że płyta CD, która została załączona do oferty przez Odwołującego (z wersją elektroniczną kosztorysu, jak twierdzi Odwołujący), nie została prawidłowo nagrana i po próbie odtworzenia (na kilku różnych komputerach) Zamawiający nie stwierdził żadnej zawartości (płyta jest czysta mimo widocznego śladu wypalania płyty). Ponieważ zamawiający nie miał podstaw do żądania płyty CD z poprawnie nagranym kosztorysem ofertowym, nie informował Odwołującego się o tym, że płyty nie można odczytać. Umieszczając w uzasadnieniu odrzucenia oferty odniesienia do 15.1 ppkt 7 s.i.w.z. Zamawiający miał na celu jedynie przypomnienie, że oferta i załączniki nie mogą być złożone w wersji elektronicznej, ale nie stawiał zarzutu wobec Odwołującego o złożeniu oferty w formie elektronicznej. Służyło to rozwianiu ewentualnych wątpliwości, w przypadku załączenia do oferty szczegółowych kosztorysów w wersji elektronicznej (zawierających między innymi informacje o materiałach i sprzęcie oraz cenach jednostkowych) i próby uznania przez Odwołującego płyty zawierającej kosztorysy, jako informacji, której brak w ofercie Zamawiający wskazał.

Dopuszczenie do uzupełnienia informacji zawierającej zestawienie materiałów i sprzętu wraz z cenami jednostkowymi, po upływie terminu składania ofert naruszałoby również art. 7 ust. 1 pzp. Odwołujący byłby uprzywilejowany poprzez umożliwienie mu przygotowania oferty w dłuższym niż inni wykonawcy okresie czasu. Zdaniem Zamawiającego stanowisko wyrażone w Izby podobne zostało wyroku Krajowej

Odwoławczej z 25 marca 2011 r. (sygn. akt KIO/UZP 510/11).

Zamawiający podsumował, że Odwołujący się nie udowodnił zgodności treści złożonej oferty z treścią s.i.w.z., a także zarzutu zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentów w oparciu o art. 26 ust. 3 pzp.

14 maja 2012 r. (pismem z 11 maja 2012 r.) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło od Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „GEOBUD" Artur Mróz ze zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego – zawierające

wniosek o oddalenie odwołania.

Wobec braku zgłoszenia opozycji przez Strony oraz dokonania zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie i z zachowaniem wymogu przekazania jego kopii Stronom postępowania, a więc zgodnie z przepisem art. 185 ust. 2 pzp, Izba nie stwierdziła podstaw do niedopuszczenia tego Wykonawcy do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego, jako uczestnika tego postępowania (Przystępującego).

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis od niego został przez Odwołującego uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Wobec ustalenia w toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp, i wobec braku odmiennych wniosków Stron w tym zakresie, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Strony podtrzymały swoje dotychczasowe stanowiska. Natomiast Przystępujący, pomimo otrzymania zawiadomienia o terminie posiedzenia, nie stawił się. W przesłanym 23 maja 2012 r. (datowanym na 22 maja 2012 r.) Przystępujący poparł stanowisko Zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Uczestnika zawarte w środkach ochrony prawnej, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie składu orzekającego Izby Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę z najniższą ceną, która stanowi jedyne kryterium oceny ofert. Odwołujący ma zatem realną szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia wobec zarzutów skierowanych przeciwko odrzuceniu jego oferty. Natomiast dokonanie tej czynności przez Zamawiającego naraża Odwołującego na szkodę z powodu nieuzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o

zamówienie publiczne, która została również przekazana przez Zamawiającego w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem, w szczególności zaś przeprowadziła dowody z: ogłoszenia, s.i.w.z. w wersji ostatecznej i oferty Odwołującego, a także z protokołu postępowania. Izba zapoznała się także z nieopisaną płytą CD-ROM złożoną wraz z ofertą Odwołującego, która została zbadana pod kątem możliwości odczytu zapisanych na niej danych.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba wzięła również pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika złożone na piśmie w ramach środków ochrony prawnej oraz wyrażone ustnie w toku rozprawy i odnotowane w protokole.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających rozpatrzeniu, skład orzekający Izby stwierdził, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający stwierdził w niniejszej sprawie nieprawidłowość czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp – z uwagi na niezawarcie w ofercie zestawienia materiałów i sprzętu wraz z cenami jednostkowymi, przez co treść tej oferty miała nie odpowiadać treści pkt 15.3 ppkt 1 lit. c części I s.i.w.z. Zamawiający nie zarzucał natomiast Odwołującemu braku informacji o stawkach roboczogodziny i narzutach, które odczytał ze stron tytułowych uproszczonych kosztorysów ofertowych.

W ocenie Izby z postanowień przywoływanego przez obie Strony pkt 15.3 ppkt 1 lit. c nie wynika w sposób jednoznaczny, że opisane w nim informacje składają się na obligatoryjną treść oferty. Zamieszczona na końcu uwaga (…–w *celach informacyjnych)* mogła być zinterpretowana jako określenie niewiążącego charakteru stawek roboczogodziny, narzutów przyjętych do wyceny robót, a w szczególności spornych zestawień materiałów i sprzętu z cenami jednostkowymi. Rozumienia tego postanowienia nie zmienia także użycie na wstępie ppkt 1 zwrotu *Kompletna oferta winna zawierać,* skoro, jak przyznał sam Zamawiający, wśród następnie wymienionych dokumentów lub załączników były takie, których niezłożenie nie miało znaczenia dla oceny kompletności oferty. Zamawiający odniósł to co prawda do lit. c, gdzie użyto także zwrotu *zaleca,* w obu przypadkach jednak chodziło o przedstawienie pewnych danych jedynie w celach informacyjnych. Trudno przyjąć z uwagi na tak określony cel przedstawienia, że dane te wchodzą w zakres treści oświadczenia woli wiążącego wykonawcę składającego ofertę.

Przede wszystkim jednak, jak trafnie to podniósł na rozprawie Odwołujący, żadne inne postanowienia s.i.w.z. nie pozwalają na przypisanie tym informacjom waloru treści oferty wywiedzionego przez Zamawiającego. Po pierwsze – nie wskazują na to postanowienia części I s.i.w.z. zawarte w pkt 20 *Opis sposobu obliczenia ceny.* Zgodnie z pkt 20.3 *do oferty należy dołączyć uproszczony kosztorys ofertowy, który winien zawierać, dla każdej pozycji,* ***ryczałtową cenę jednostkową*** *podaną z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku, która będzie podstawą do obliczenia wynagrodzenia wykonawcy.* Następnie w pkt 20.5 Zamawiający wytłuścił, że *ryczałtowe ceny jednostkowe winny obejmować wszystkie narzuty stosowane przy obliczaniu wynagrodzenia za roboty budowlane (z wyjątkiem podatku VAT) i pozostaną niezmienne przez cały okres realizacji niniejszego zamówienia.* Wreszcie w pkt. 20.6 określono, że *wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu zamówienia ustalone będzie w oparciu o obmiary faktycznie wykonanych robót potwierdzonych przez Inspektora nadzoru, przy zastosowaniu, przyjętych w ofercie ryczałtowych cen jednostkowych robót.* Po drugie – w § 6 wzoru umowy (stanowiącego część II s.i.w.z.) zamieszczono skorelowane odpowiednio z powyżej opisanymi następujące postanowienia. *Wykonawca gwarantuje stałość cen ryczałtowych cen jednostkowych robót określonych w kosztorysie ofertowym załączonym do oferty.* [§ 6 ust. 3] *Wynagrodzenie ostateczne rozliczone będzie uproszczonym kosztorysem powykonawczym, sporządzonym w oparciu o obmiary faktycznie wykonanych robót potwierdzonych przez Inspektora nadzoru, przy zastosowaniu, przyjętych w ofercie ryczałtowych cen jednostkowych.* [§ 6 ust. 2] Z tych postanowień wynika zatem, że w zakres wiążącej treści oferty wchodzą jedynie ryczałtowe ceny jednostkowe dla całych pozycji kosztorysowych, a nie uwzględnione przy ich kalkulowaniu stawki roboczogodziny, narzuty, czy ceny jednostkowe materiałów i sprzętu. Zarówno cena oferty, jak i rozliczenie wykonania umowy opiera się wyłącznie na tych ryczałtowych cenach jednostkowych wynikających z uproszczonego kosztorysu ofertowego. Na informacyjny i pomocniczy charakter cen jednostkowych materiałów i sprzętu wskazuje również to, że miały one służyć na potrzeby ewentualnych przyszłych negocjacji przy udzielaniu zamówienia uzupełniającego lub dodatkowego. Izba nie odmawia prawa uzyskania takich informacji w toku udzielania zamówienia podstawowego, jednak Zamawiający w żaden sposób nie określił w s.i.w.z., że będą one miały taki wiążący na przyszłość charakter. Natomiast jeżeli jest to tylko punkt wyjścia, czy argument w przyszłych rokowaniach, to nie ma waloru treści oferty dotyczącej

udzielanego aktualnie zamówienia, w którym o wszystkim decydują ryczałtowe ceny jednostkowe za poszczególne pozycje kosztorysowe. We wzorze umowy brak również jakichkolwiek postanowień odnoszących się do tzw. robót zamiennych, które miałby być

rozliczane z uwzględnieniem cen jednostkowych materiałów i sprzętu. Ponadto skoro miałyby być to roboty zamienne, to takie zestawienie mogłoby okazać się zupełnie bezużyteczne.

Z przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp wynika, iż zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Skład orzekający Izby podziela utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd, iż zarówno treść s.i.w.z., 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 s.i.w.z. przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z. – jest z nią zgodna. Art. 82 ust. 3 pzp zastrzega przy tym formę pisemną pod rygorem nieważności dla oferty składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, natomiast rozumienie pojęcia oferty należy wywieść z przepisu art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego. Nie budzi zatem wątpliwości, iż 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 wynika z postanowień s.i.w.z., a zatem to zamawiający określa elementy, które są dla niego istotne i będą stanowiły podstawę do merytorycznej oceny zgodności złożonych ofert z jego wymaganiami ujawnionymi w tym podstawowym dokumencie postępowania. W niniejszej sprawie na mocy przywołanych powyżej postanowień s.i.w.z. Zamawiający podniósł do rangi istotnych dla niego, obligatoryjnych elementów treści oferty, określenie ryczałtowych cen jednostkowych. Natomiast ceny jednostkowe materiałów i sprzętu miały zostać podane w celach informacyjnych. Wobec tego brak podania ich w złożonej ofercie nie oznacza brak sprecyzowania przez Odwołującego jej treści w stopniu wymaganym w s.i.w.z. Nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego wyrażonym w odpowiedzi na odwołanie, że informacyjny wykaz materiałów i sprzętu określał sposób wykonania zamówienia w zakresie rodzaju zastosowanego sprzętu i materiałów. Na marginesie Izba zauważa, że w ogóle trudno na podstawie takich zestawień, bez określonego stopnia szczegółowości, ustalać jaki konkretnie sprzęt i materiały zostaną użyte przy wykonywaniu robót budowlanych. Wydaje się, że takiemu potwierdzeniu mogłyby służyć odpowiednie dokumenty potwierdzające

zgodność zastosowanych materiałów z wymaganiami specyfikacji technicznej wykonania i odbiory robót, których Zamawiający, jak sam wskazał, nie zażądał. Z kolei z § 5 ust. 5-7 wzoru umowy wynika, że materiały powinny odpowiadać co do jakości wymogom wyrobów dopuszczonych do obrotu i stosowania w budownictwie określonym w art. 10 ustawy Prawo budowlane. Ponadto wykonawca na każde żądanie Zamawiającego zobowiązany będzie okazać w stosunku do zastosowanych materiałów własnych certyfikaty na znak bezpieczeństwa, zgodność z obowiązującymi normami lub aprobatę techniczną. Wreszcie, najpóźniej w terminie odbioru końcowego robót wykonawca zobowiązany będzie do przedstawienia atestów na wbudowane materiały.

Ponieważ nie można stwierdzić sprzeczności treści oferty Odwołującego z treścią s.i.w.z., bezprzedmiotowe są wywody Zamawiającego o niemożności zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, który może znaleźć zastosowanie jedynie w razie zaistnienia takiej sprzeczności. Stanowisko Zamawiającego jest natomiast prawidłowe w zakresie

niemożności zastosowania art. 26 ust. 3 pzp. Choć przepis ten został przywołany w odwołaniu, to Odwołujący nie był w stanie sprecyzować również na rozprawie, z czego wywodzi możliwość jego zastosowania w zaistniałych okolicznościach faktycznych. Oczywiste jest, że wykaz materiałów i sprzętu nie jest żadnym z dokumentów składanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w rozumieniu art. 22 ust. 1 pzp, których zamknięty katalog ustawodawca sprecyzował w rozporządzeniu w sprawie rodzajów dokumentów. Wątpliwa wydaje się również możliwość zaliczenia go do dokumentów potwierdzających spełnienie przez oferowane roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego, pomimo że w ich przypadku rozporządzenie nie zawiera enumeratywnego ich wyliczenia. Zamawiający mógł jednak zwrócić się o udzielenie tych informacji w trybie art. 87 ust. 1 pzp. Skoro nie stanowią one treści oferty, nie zachodzi tu żadne ryzyko prowadzenia niedozwolonych negocjacji, czy też zmiany treści oferty, w szczególności w zakresie jej ceny wynikającej z ryczałtowych cen jednostkowych będących także podstawą rozliczenia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Takiemu zagrożeniu przeczy również wprowadzone do treści s.i.w.z. postanowienie pkt 20.5., zgodnie z którym Zamawiający zastrzegł sobie prawo zażądania od wykonawcy kompletnego kosztorysu ofertowego wykonanego metodą szczegółową lub wybranych pozycji kosztorysowych sporządzonych metodą szczegółową. Choć postanowienie to zamieszczono wśród postanowień dotyczących sposobu obliczenia ceny oferty, to dotyczy ono sytuacji, która może zaistnieć dopiero po złożeniu ofert i zapoznaniu się z nimi przez Zamawiającego. Zatem Zamawiający dopiero na etapie badania ofert przewidział ewentualną konieczność zweryfikowania

kalkulacji ryczałtowych cen jednostkowych, jak oświadczył na rozprawie, na potrzeby badania czy nie mają one charakteru cen dumpingowych. Niezależnie od tego w jakim celu została taka regulacja została wprowadzona, świadczy o tym, że bardziej szczegółowe informacje niż wynikające z kosztorysów uproszczonych nie były obligatoryjnie wymagane na etapie składania oferty.

W toku rozprawy wyjaśniło się także, w jakim celu Zamawiający przywołał w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty postanowienie pkt 15.1 ppkt 7 I części s.i.w.z. (zakaz złożenia oferty w formie elektronicznej). Zamawiający chciał w ten sposób zaznaczyć, że nawet gdyby brakujące w treści pisemnej oferty informacje znajdowały się na fakultatywnie zażądanej płycie CD-ROM, to nie miałoby to wpływu na podjętą decyzję. Choć nie miało to znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, Izba po zbadaniu okazanej na rozprawie przez Zamawiającego płyty stwierdziła, że istotnie nie daje się ona odczytać powodując wręcz wstrzymanie normalnego działania komputera aż do czasu jej usunięcia z czytnika.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, iż naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, i działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z przepisem § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), obciążając Zamawiającego kosztami tego postępowania, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego oraz jego uzasadnione koszty, w ramach których uwzględniono: wynagrodzenie pełnomocnika, na podstawie przedłożonego do akt sprawy rachunku (faktury VAT), a także uiszczoną opłatę skarbową od jednego pełnomocnictwa – zgodnie z przepisem § 3 pkt 2 przywołanego rozporządzenia. Nie uwzględniono wniosku o zaliczenie w poczet kosztów postępowania odwoławczego opłaty od drugiego pełnomocnictwa, z którego Odwołujący nie skorzystał w toku postępowania odwoławczego.

Przewodniczący: ……..