

WYROK
z dnia 5 maja 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Matejczuk

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 maja 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 kwietnia 2015 r. przez **Odwołującego – G. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. TELSAT G. K., ul. Jana Dąbskiego 1a, 72-300 Gryfice**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Gminę Miasto Rzeszów – Miejski Zarząd Dróg w Rzeszowie, ul. Targowa 1, 35-064 Rzeszów**,

przy udziale wykonawcy **APM PRO Sp. z o.o., ul. Barska 70, 43-300 Bielsko-Biała**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **Zamawiającego**,

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenie oferty wykonawcy APM PRO Sp. z o.o., ul. Barska 70, 43-300 Bielsko Biała z uwagi na to, że treść tej oferty nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia;**
2. kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego**, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od **Zamawiającego** na rzecz **Odwołującego** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz 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 **Rzeszowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miasto Rzeszów – Miejski Zarząd Dróg w Rzeszowie – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 ze zm.) – dalej: Pzp lub Ustawa; postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Zaprojektowanie i budowa Systemu Dynamicznego Ważenia Pojazdów realizowane w ramach zadania inwestycyjnego pn.: «Budowa Systemu Dynamicznego Ważenia Pojazdów»”, numer sprawy: ZP.2311.132.2014.AP.

Wartość zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w z dnia 23 grudnia 2014 r., numer ogłoszenia 2014/S 247-435868.

W dniu 10 kwietnia 2015 r., Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez spółkę APM PRO Sp. z o.o., ul. Barska 70, 43-300 Bielsko-Biała.

W dniu 20 kwietnia 2015 r., Odwołujący – G. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. TELSAT G. K., ul. Jana Dąbskiego 1a, 72-300 Gryfice – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu oraz od zaniechania czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. od:

- a) czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawcę APM PRO sp. z o.o., ul. Barska 70, 43-300 Bielsko-Biała (dalej jako „APM”) jako najkorzystniejszej oferty,
- b) czynności badania i oceny oferty złożonej przez wykonawcę APM,
- c) czynności wezwania wykonawcy APM do wyjaśnień treści złożonej oferty, które to wezwanie było *de facto* wezwaniem do uzupełnienia niezłożonego wraz z ofertą Formularza cenowego i doprowadziło do niedopuszczalnej zmiany w treści oferty wykonawcy APM,
- d) zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykona APM, pomimo że jej .treść nie odpowiada treści SIWZ,
- e) zaniechania czynności dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty,

zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- a) art. 7 ust 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę APM, pomimo że treść ww. oferty nie odpowiada treści SIWZ;
- b) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 87 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 26 ust. 3 ustawy poprzez wezwania wykonawcy APM do wyjaśnień treści złożonej oferty, które to wezwanie było *de facto* wezwaniem do uzupełnienia niezłożonego wraz z ofertą Formularza cenowego i doprowadziło do niedopuszczalnej zmiany w treści oferty wykonawcy APM,
- c) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy APM jako najkorzystniejszej oferty oraz poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.

Na podstawie powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- a) unieważnienie czynność wyboru oferty wykonawcy APM jako najkorzystniejszej oferty;
- b) dokonanie ponownego badania i oceny oferty złożonej przez wykonawcę APM;
- c) dokonanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę APM z przyczyn wskazanych w odwołaniu;
- d) dokonanie czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wskazał, że niewątpliwie jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia. W tym celu Odwołujący złożył ofertę, której treść odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ubiega się o udzielenie mu zamówienia. Ponadto wskazano, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Odwołujący poniósł szkodę. Gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy, to dokonałby wszystkich wskazanych powyżej zaniechanych czynności, natomiast nie dokonałby wskazanych powyżej czynności niezgodnych z przepisami ustawy. W konsekwencji, zgodnie z określonym w SIWZ kryterium oceny ofert, oferta Odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza, bowiem po odrzuceniu oferty złożonej przez wykonawcę APM to oferta Odwołującego będzie najkorzystniejszą ofertą, tj. ofertą, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu postawionych zarzutów Odwołujący podniósł, że Zamawiający wskazał w pkt 10, ppkt 10.3 SIWZ, że: „Ofertę stanowi wypełniony Formularz oferty oraz niżej wymienione dokumenty: 10.3.5. Formularz cenowy opracowany na podstawie załączonego

projektu". Odpowiednio do powyższego Zamawiający załączył do SIWZ jako załącznik nr 12 wzór Formularza cenowego, którego treść Odwołujący przywołał w uzasadnieniu odwołania.

W odniesieniu do powyższego Odwołujący wskazał, że Zamawiający po pierwsze wymagał złożenia w ofercie Formularza cenowego, po drugie w Formularzu cenowym wymagał podania cen netto i brutto za wykonanie dokumentacji projektowej, za dostawy oraz łącznej ceny netto i brutto, po trzecie zastrzegł, że wartość dokumentacji projektowej nie może być większa niż 5% zaoferowanej ceny za wykonanie zamówienia w całości. To ostatnie zastrzeżenie było spójne z postanowieniem pkt 13 ppkt 13.4 i 13.5, w których Zamawiający również wskazał, że: „13.4. Wynagrodzenie za dokumentację projektową nie może przekroczyć 5% zaoferowanej ceny brutto. 13.5. Niewycenienie dokumentacji projektowej w sposób określony w pkt 13.4 skutkować będzie odrzuceniem oferty Wykonawcy na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy.”

Odwołujący przywołał także brzmienie § 3 ust. 1 i 2 wzoru umowy, gdzie Zamawiający przewidział, że obowiązującą ich formą wynagrodzenia jest wynagrodzenie ryczałtowe, wskazując jednocześnie łączną wysokość, w tym oddzielnie wynagrodzenie za dokumentację i oddzielnie za dostawę, jak również, że zapłata wynagrodzenia nastąpi na podstawie dwóch faktur: 1) pierwszej za wykonanie kompletnej dokumentacji projektowej, 2) drugiej za dostawę (w tym montaż i uruchomienie urządzeń i systemów zgodnie z wymaganiami umowy).

Odwołujący wskazał, że w świetle powyższego nie ma żadnych wątpliwości, że aby treść oferty odpowiadała treści SIWZ wykonawca winien m.in. złożyć wraz z ofertą odpowiednio wypełniony Formularz cenowy, w szczególności dbając o to, aby wynagrodzenie za dokumentację projektową nie przekroczyło 5% zaoferowanej ceny brutto. Co więcej, Zamawiający zastrzegł jedynie górną granicę wynagrodzenia za dokumentację projektową (maksimum 5% zaoferowanej ceny brutto), natomiast nie określił dolnej granicy tego wynagrodzenia, pozostawiając je do samodzielnego określenia wykonawcy.

Odwołujący wskazał, że wykonawca APM, wbrew powyższym jednoznacznym i niekwestionowanym przez niego postanowieniom SIWZ nie złożył wraz z ofertą Formularza cenowego. Jak wynika z pisma wykonawcy APM z dnia 26 marca 2015 r., Zamawiający dostrzegł powyższy brak i wezwał wykonawcę APM do wyjaśnienia treści złożonej oferty w tym zakresie. Z niezrozumiałych względów Zamawiający odmówił Odwołującemu dostępu do wezwania skierowanego do wykonawcy APM, zatem odwołanie w tym zakresie opiera się na informacjach wynikających z ww. pisma wykonawcy APM z dnia 26 marca 2015 r. Odwołujący przywołał w uzasadnieniu treść oświadczenia ww. wykonawcy.

Odwołujący podkreślił, że odpowiednio do powyższego wykonawca APM załączył do swoich wyjaśnień wypełniony i podpisany formularz cenowy.

Odwołujący argumentował następnie, że w świetle powyższego jest oczywiste, że treść oferty wykonawcy APM nie odpowiada treści SIWZ, bowiem do oferty nie załączono wymaganego w SIWZ Formularza cenowego, ani nigdzie indziej w ofercie nie podano informacji wymaganych w Formularzu cenowym. W rezultacie z oferty wykonawcy APM nie wynikało w żaden sposób ile wynosi wynagrodzenie netto i brutto za wykonanie dokumentacji projektowej, ile wynosi wynagrodzenie netto i brutto za dostawy oraz czy wynagrodzenie za dokumentację projektową nie przekroczyło 5% zaoferowanej ceny brutto. Powyższe Informacja została podana przez wykonawcę APM dopiero w złożonych wyjaśnieniach treści oferty. W tych okolicznościach faktycznych wezwanie do wyjaśnień treści oferty zostało dokonane przez Zamawiającego z rażącym naruszeniem art. 87 ust. 1 zdanie drugie ustawy, zgodnie z którym niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2 art. 87 ustawy, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Jest oczywiste, że w rezultacie złożenia wyjaśnień przez wykonawcę APM jego oferta została uzupełniona o informacje, których mimo jednoznacznych nakazów SIWZ nie zawierała. Wezwanie do wyjaśnień treści złożonej oferty było *de facto* wezwaniem do uzupełnienia niezłożonego wraz z ofertą Formularza cenowego, co potwierdza fakt, że wykonawca APM nie tylko w wyjaśnieniach podał wszystkie informacje wymagane w Formularzu cenowym ale i uzupełnił cały wypełniony Formularz cenowy.

Odwołujący podkreślił następnie, że opisana powyżej niezgodność treści oferty wykonawca APM z treścią SIWZ ma charakter nieusuwalny, bowiem nie jest możliwe jej usunięcie w żaden przewidziany ustawą sposób, w szczególności poprzez wezwanie do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Zgodnie z ww. przepisem uzupełnieniu podlegają trzy kategorie dokumentów, tj.: a) dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, b) dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego, c) pełnomocnictwa.

Odwołujący podniósł, że bezspornym jest, iż Formularz cenowy nie należy do żadnej z ww. kategorii dokumentów. Podkreślono również, że nie jest i nie było możliwe zwrócenie się przez Zamawiającego do wykonawcy APM o udzielenie wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie brakujących informacji, które należało podać w Formularzu cenowy. Zakaz modyfikacji treści oferty poprzez składanie wyjaśnień, w tym jej uzupełniania, został wyraźnie wyartykułowany w art. 87 ust. 1 ustawy. Również w orzecznictwie Izby nie budzi żadnych wątpliwości, że wyjaśnienia nie mogą służyć usuwaniu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Stanowisko powyższe Izba wyraziła wielokrotnie, np. w wyroku KIO z dnia 12 marca 2012 r., sygn. akt: KIO 425/12: „zgodnie z regulacją art. 87 ust 1 ustawy Pzp zamawiający w toku badania i oceny ofert jest uprawniony do żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących

treści złożonych ofert, które nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty, ani nie mogą stanowić negocjacji między zamawiającym a wykonawcami. W przekonaniu Izby, która nie podzieliła poglądów zamawiającego, że na potwierdzenie wyjaśnień mogą być składane dowolne dokumenty – przywołana norma nie odnosi się do żądania uzupełnienia jakichkolwiek dokumentów, które stanowiłyby podstawę oceny ofert, lecz pozwala jedynie na udzielanie wyjaśnień w drodze oświadczeń własnych wykonawcy. (...) W tym znaczeniu należy odróżnić treść oferty, od dokumentów składanych na jej potwierdzenie, o których mowa w art. 25 ust 1 pkt 2 ustawy PZP oraz w § 5 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów (...)." Do analogicznych wniosków Izba doszła w wyroku z dnia 18 października 2012 r., sygn. akt KIO 2146/12, stwierdzając kategorycznie, że: „art. 87 ust. 1 P.z.p. nie może być podstawą do uzupełniania jakiegokolwiek brakującego dokumentu. Wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących brakującego dokumentu wykracza poza wykazanie, w jaki sposób należy rozumieć treść oferty."

Odwołujący wskazał następnie, że niedopuszczalne byłoby poprawienie wskazanych powyżej niezgodności treści oferty wykonawcy APM z treścią SIWZ w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, czyli jako innej omyłki. Dokonanie poprawki na tej podstawie wymagałoby bowiem uprzedniego zwrócenia się do wykonawcy APM o wyjaśnienie w zakresie brakujących informacji, które należało podać w Formularzu cenowy, tj. wysokości wynagrodzenie netto i brutto za wykonanie dokumentacji projektowej oraz wysokości wynagrodzenie netto i brutto za dostawę. Obszerne uzasadnienie dla niedopuszczalności takich „wyjaśnień” przedstawiono powyżej. Ponadto, Odwołujący wskazał, że zgodnie ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonym w szeregu orzeczeń, warunkiem *sine quo non* dla dokonania poprawienia innych omyłek w trybie art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy jest to, iż Zamawiający ma możliwość samodzielnego dokonania poprawy, tzn. w ofercie zamieszczone są informacje, które umożliwią mu dokonanie poprawy bez ingerencji wykonawcy oraz wprowadzania do treści oferty informacji z zewnątrz. Tak więc Zamawiający, poprawiając ofertę, może wykorzystywać jedynie informacje w niej zamieszczone i to takie, które nie budzą wątpliwości co do tego, że stanowią treść oświadczenia woli wykonawcy.

W nawiązaniu do powyższego Odwołujący wskazał, że w ofercie wykonawcy APM brak jest informacji, które pozwalałyby Zamawiającemu na samodzielne jej poprawienie i dostosowanie do treści SIWZ. Ponieważ Zamawiający zastrzegł jedynie górną granicą wynagrodzenie za dokumentację projektową (maksimum 5% zaoferowanej ceny brutto), natomiast nie określił dolnej granicy tego wynagrodzenia, pozostawiając je do samodzielnego określenia wykonawcy, znając jedynie sumaryczną cenę brutto zaoferowaną przez wykonawcę APM nie sposób samodzielnie ustalić, ile wynosi wynagrodzenie za dokumentację

projektową, a ile wynagrodzenie za dostawy. Wszystkie wskazane powyżej powody przesądzają jednocześnie o niemożliwości usunięcia niezgodności pomiędzy treścią oferty wykonawcy APM a treścią SIWZ.

Odwołujący wskazał następnie, że zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Ponieważ, jak to zostało wykazane powyżej, oferta wykonawcy APM podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, Zamawiający jako najkorzystniejszą ofertę winien wybrać ofertę Odwołującego, która jest najkorzystniejszą ofertą, tj. ofertą, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca APM PRO Sp. z o.o., ul. Barska 70, 43-300 Bielsko-Biała. Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia i dopuściła ww. wykonawcę do udziału w postępowaniu w charakterze uczestnika.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, argumentując m.in., że sprzeczność z Siwz może mieć miejsce tylko wówczas, gdy w ofercie jest określona treść, która jest sprzeczna z treścią Siwz. Natomiast jeżeli brak jest informacji, tak jak w ofercie Przystępującego, to nie może być mowy o sprzeczności. Z tego też względu Zamawiający musiał zwrócić się o wyjaśnienia treści oferty. Podkreślono także, że Przystępujący zaakceptował w ofercie wymogi Siwz, w tym wymóg, by wynagrodzenie za dokumentację projektową nie przekraczało 5 % ceny. Zamawiający podkreślił, że zastrzeżenie dotyczące 5% miało znaczenie formalne i służyło temu, by wykonawcy nie wyceniali za wysoko za dokumentację projektową i by Zamawiający nie musiał przepłacać za I etap zamówienia. Jednocześnie wskazano, że nawet gdyby w ofercie wykonawcy podana cena była powyżej 5% to należałoby wówczas zastanowić się nad możliwością poprawki w trybie art. 87 Pzp. Zamawiający podkreślił jednak, że zapisy pkt 13.4 i 13.5 SIWZ powinny być rozumiane w ten sposób, że jeżeli wykonawca wyceniłby dokumentację sprzecznie z wymogami specyfikacji, tj. wyceniłby powyżej 5%, to dopiero wówczas jego oferta zostałaby odrzucona. Jednocześnie, Zamawiający potwierdził, że wymagał podania ceny za dokumentację projektową, wskazując jednak, że brak tej ceny w ofercie nie stanowił o sprzeczności oferty z treścią specyfikacji. Celem załącznika nr 12 było jedynie to, by wykonawca nie zaoferował wyceny ponad 5%. Treścią formularza cenowego był stosunek wynagrodzenia za dokumentację do ceny za całość, to była istota tego wymogu.

Przystępujący wskazał, że poza sporem pozostaje to, iż w jego ofercie nie znalazł się formularz cenowy, argumentując jednocześnie, że oferta została złożona w sposób ważny i określała ona zarówno przedmiot zamówienia, jak i cenę. Przystępujący stwierdził, że dla wyeliminowania niepewności wynikającej z braku formularza cenowego w pełni uprawnione było zastosowanie przez Zamawiającego procedury z art. 87 ust. 1 Pzp. Podkreślono, że także w świetle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej dopiero po zastosowaniu art. 87 Pzp możliwe jest rozważanie podstaw do odrzucenia oferty. Wskazano następnie, że zwrócenie się o wyjaśnienia przez Zamawiającego i odpowiedź wykonawcy nie powodowały zmiany oferty. Oferta była bowiem złożona, zawierała cenę na początku określoną ogólnie, co do całości, a wskutek wyjaśnień nastąpiło jedynie dookreślenie ceny, natomiast nie było zmiany w treści oferty. Przystępujący odwołał się jednocześnie do oświadczeń składanych w treści oferty. Wskazano także, że ostatecznie nie zaistniały w tej sprawie przesłanki z pkt 13.5 SIWZ.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

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

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania, Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Stan faktyczny sprawy związany z zarzutami odwołania nie stanowił przedmiotu sporu. W szczególności Zamawiający, jak również Przystępujący nie kwestionowali faktu, że wraz z ofertą Przystępującego nie został złożony załącznik w postaci formularza cenowego, że w związku z przedmiotowym brakiem miało miejsce wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, jak również, że dopiero na skutek wystosowanego wezwania wykonawca ten samodzielnie uzupełnił powyższy brak, składając wraz z wyjaśnieniami wypełniony formularz cenowy.

Istota sporu koncentrowała się na kwestii dopuszczalności wezwania do złożenia wyjaśnień, możliwości uszczegółowienia składników ceny ogólnej w trybie wyjaśnień treści oferty, charakterze i celu formularza cenowego oraz możliwości uznania oferty za odpowiadającą wymogom specyfikacji, pomimo że przy ofercie nie złożono formularza cenowego, a informacje objęte tym dokumentem zostały wprowadzone do postępowania w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień.

Izba nie uznała argumentacji Zamawiającego przedstawionej na etapie postępowania odwoławczego, która nakierowana była na wykazanie, że brak złożenia formularza cenowego stanowił jedynie brak o charakterze formalnym, a sam formularz nie miał istotnego znaczenia dla oceny oferty pod kątem jej zgodności z treścią specyfikacji. Stanowisko to odbiegało, zdaniem Izby, w istotny sposób od wniosków wynikających z treści zawartych przez Zamawiającego w Specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Analiza treści specyfikacji wskazuje bowiem, że formularz cenowy stanowił istotny element oferty, zawierający elementy oświadczenia woli wykonawcy odnoszące się do kluczowej części oferty, a mianowicie do ceny oferty. Zamawiający uczynił formularz cenowy częścią oferty, w dodatku zastrzegając konieczność jego złożenia na podstawie opracowanego projektu (pkt 10.3.5 SIWZ). Dodatkowo, Zamawiający wprowadził zastrzeżenie, że niewycenienie dokumentacji projektowej w sposób określony w pkt 13.4 SIWZ (stanowiącym o tym, że wynagrodzenie za dokumentację projektową nie może przekroczyć 5% zaoferowanej ceny brutto) skutkować będzie odrzuceniem oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zamawiający nadał więc formularzowi cenowemu rangę istotnego elementu oferty. Złożenie tego dokumentu miało bowiem potwierdzać, że cena za dokumentację projektową została wyliczona w sposób odpowiadający wymogom zawartym w specyfikacji. Ponadto, ceny podane w przedmiotowym formularzu, stanowiły nie tylko podstawę do oceny zgodności oferty z treścią specyfikacji, ale również podstawę do przyszłych rozliczeń z wybranym wykonawcą. Wszystko powyższe przesądza w sposób jednoznaczny, że treść objęta formularzem cenowym kształtowała *essentialia negotii* oświadczenia woli wykonawcy, a więc składanej przez niego oferty. W okolicznościach niniejszej sprawy oferta Przystępującego zawierała jedynie fragment wymaganych przez Zamawiającego oświadczeń, co do ceny, mianowicie wyłącznie cenę ogólną. Brak było natomiast cen wyodrębnionych oddzielnie za wykonanie dokumentacji projektowej i odrębnie za dostawy. Zamawiający nie miał przy tym możliwości, by samodzielnie, na podstawie treści oferty złożonej przez Przystępującego w takim kształcie, mógł stwierdzić, jakie kwoty – w ramach ceny ogólnej – są oferowane przez wykonawcę za wykonanie dokumentacji projektowej i za dostawy. W ocenie składu orzekającego nie powinno budzić wątpliwości, że taki brak, jak brak ceny, dyskwalifikuje ofertę i wada ta nie podlega konwalidowaniu w żaden sposób. W konsekwencji powyższego, zdaniem Izby, skoro Zamawiający uczynił formularz cenowy elementem oferty *sensu stricto* to dokument ten musiał i mógł być złożony jedynie wraz z ofertą i w terminie przewidzianym na składanie ofert. Ceny za wykonanie dokumentacji projektowej i dostawy, podobnie jak cena ogólna, musiały więc być podane już w treści oferty, w dodatku na formularzu zastrzeżonym przez Zamawiającego. Wskutek wystosowanego wezwania doszło w konsekwencji do niedopuszczalnej zmiany treści

oferty poprzez jej uzupełnienie o brakujące ceny, które wykonawca winien był podać w momencie składania oferty. Powyższe braki oferty skutkowały jej niezgodnością z treścią SIWZ i brak ten nie mógł być sanowany w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, jak również poprzez samodzielne uzupełnienie dokumentu.

Izba nie uznała argumentacji Zamawiającego, iż skoro w ofercie brak było treści objętych formularzem cenowym, to tym samym nie istniała możliwość uznania oferty za niezgodną z treścią specyfikacji, gdyż sprzeczność ze specyfikacją może mieć miejsce tylko wówczas, gdy w ofercie jest określona treść, która jest sprzeczna z SIWZ, a tym samym brak informacji nie może świadczyć o zaistnieniu informacji sprzecznej z treścią specyfikacji. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. W ocenie składu orzekającego nie budzi wątpliwości, że w sytuacji, gdy specyfikacja wymaga podania określonych informacji, a oferta ich nie zawiera, to wypełnia to dyspozycję ww. przepisu. Treść oferty nie odpowiada wówczas treści specyfikacji, gdyż nie przedstawia elementów, które zgodnie z jej wymogami powinny zostać ujęte w ofercie. Zamawiający nie miał przy tym podobnych wątpliwości stosując w tej sprawie art. 87 ust. 1 Pzp, który odnosi się do wyjaśnienia dotyczących treści oferty. Zdaniem Izby, argumentacja Zamawiającego odnosząca się do braku treści oferty, w większym stopniu przemawiała za zasadnością uznania naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp, niż za brakiem możliwości zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, gdyż nie można wyjaśniać informacji, których nie ma. Wyjaśnienia służą wówczas w istocie uzupełnieniu oferty o informacje, które nie zostały pierwotnie wskazane.

Izba nie uznała także argumentów Zamawiającego, iż w okolicznościach tej sprawy nie zaktualizował się rygor przewidziany w pkt 13.5 SIWZ. W treści wezwania z dnia 20 marca 2015 r., wystosowanego do Przystępującego, Zamawiający sam wskazał, że – cytując – „nie znalazł potwierdzenia dla spełnienia przez wykonawcę wymagań określonych w pkt 13.4 SIWZ, dotyczących wysokości wynagrodzenia za wykonanie dokumentacji projektowej”. Uchybienie wymogom z pkt 13.4 SIWZ aktualizowało natomiast zastosowanie rygoru z pkt 13.5 SIWZ. W ocenie Izby, brak złożenia formularza cenowego przy ofercie należało uznać za sytuację tożsamą z niewycenieniem dokumentacji projektowej stosownie do wymogów zawartych w pkt 13.4 SIWZ. Uznanie zaś dopuszczalności zastosowania procedury wyjaśnień, dodatkowo wobec elementów nie zawartych w istocie w treści oferty wykonawcy, pozbawiałoby znaczenia zastrzeżenia wprowadzonego przez Zamawiającego w pkt 13.4 i 13.5 specyfikacji. Oczywistym jest bowiem, że każdy wezwany wykonawca ukształtowałby swoje wyjaśnienia w taki sposób, by nie pozostawały one w sprzeczności z pkt 13.4 SIWZ. Należy także zauważyć, że z dokumentacji postępowania wynika, iż Zamawiający nie uznał

dopuszczalności samodzielnego złożenia formularza cenowego. W piśmie z dnia 3 kwietnia 2015 r., stanowiącym odpowiedź na wniosek wykonawcy Siemens Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie o udostępnienie dokumentów, stwierdził, że wykonawca APM PRO Sp. z o.o. nie złożył wraz z ofertą formularza cenowego. Zastosowanie zaś art 87 ust. 1 Pzp i uzupełnienie poprzez ten tryb brakujących elementów oferty, jak wskazano wcześniej, nie było zdaniem Izby dopuszczalne.

O kierunku rozstrzygnięcia odwołania nie mogły również przesądzić argumenty dotyczące różnicy między ceną oferty Odwołującego, a ofertą wybranego wykonawcy. Zamawiający bezpośrednio przed otwarciem ofert podał, że na sfinansowanie zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 5.200.000,00 zł brutto. Oferta wybranego wykonawcy przedstawiała cenę w wysokości 4.590.000,00 zł brutto, zaś oferta Odwołującego cenę w wysokości 6.833.332,62 zł brutto. W toku postępowania, w ramach odpowiedzi na pytania do SIWZ wskazał, że z należytą starannością oszacował wartość zamówienia, nie uwzględniając stanowiska jednego z wykonawców, że kwoty oferentów mogą oscylować powyżej przeznaczonego budżetu na sfinansowanie zadania o około 1,5 mln zł (pyt. nr 169). Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, zamawiający unieważnia postępowanie, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty. Zamawiający na obecnym etapie nie odnosił się do ww. przepisu, a tym samym okoliczności związane z możliwością zwiększenia budżetu lub brakiem takiej możliwości (nie podnoszone w ogóle przez Zamawiającego) nie mogły być brane pod uwagę przy ocenie zasadności wniesionego odwołania.

Reasumując, Izba w pełni podzieliła zasadność zarzutów i argumentacji Odwołującego.

Mając wszystko powyższe na uwadze orzeczono, jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania, stosownie do wyniku, orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp. W związku z uwzględnieniem odwołania Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika (§ 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. b) 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: