

WYROK

z dnia 12 grudnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **12 grudnia 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 listopada 2012 r.

przez wykonawcę: **Zakład Murarski spółka jawna W..... K....., E..... K.....-R..... z siedzibą w Dąbrowie Białostockiej**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Grajewo reprezentowana przez Wójta Gminy Grajewo**

przy udziale wykonawcy: **R..... P..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowo-Produkcyjne „PALWOD” Export-Import R..... P....., Gołdap – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego**

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Zakład Murarski spółkę jawną W..... K..... E..... K.....-R..... z siedzibą w Dąbrowie Białostockiej i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tego odwołującego tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b 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 **Łomży**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Grajewo reprezentowana przez Wójta Gminy Grajewo – 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 „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane pn. *Budowę naturalnych przydomowych oczyszczalni ścieków na terenie Gminy Grajewo* (oznaczenie sprawy RRG.7011.2.2012)

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 5 października 2012 r. pod nr 383698-2012, w tym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej (www.gminagrajewo.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 3.873.003,95 zł, co stanowi równowartość 963.529,69 euro.

23 listopada 2012 r. Zamawiający przesłał faksem Odwołującemu – Zakładowi Murarskiemu spółce jawnej W..... K....., E..... K.....-R..... z siedzibą w Dąbrowie Białostockiej – zawiadomienie o odrzuceniu jego oferty, podając następujące uzasadnienie faktyczne i prawne.

Uzasadnienie prawne: Zamawiający odrzucił ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) gdyż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Uzasadnienie faktyczne: Wykonawca na wezwanie Zamawiającego pismem z dnia 2012.11.09 do złożenia m. innymi dokumentu w postaci kosztorysów ofertowych w ilości 6 kpl według wzorca jaki był zamieszczony do SIWZ – takich kosztorysów nie złożył.

28 listopada 2012 r. (pismem z tej daty) Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższej czynności Zamawiającego a także od wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez **Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowo-Produkcyjne „PALWOD” Export-Import R..... P..... z Gołdapi, jak również od zaniechania wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego.**

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że przez te czynności lub zaniechania naruszył

następujące przepisy ustawy pzp:

1. Art. 7 ust. 1 – przez niezapewnienie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, jak również wynikającej z nich zasady przejrzystości oraz proporcjonalności, tj. przez uzależnienie zgodności oferty z SIWZ od złożenia kosztorysu ofertowego w formie określonej w załączniku do SIWZ, w sytuacji, w której wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu zamówienia zostało określone jako wynagrodzenie ryczałtowe.
2. Art. 89 ust. 1 pkt 2 – przez odrzucenie oferty Odwołującego jako nieodpowiadającej treści SIWZ, tj. wobec niezłożenia przez Odwołującego kosztorysów ofertowych w formie wskazanej przez Zamawiającego, mimo że: po pierwsze – kosztorysy dołączone do oferty zawierał wymagane przez Zamawiającego dane określone w SIWZ, a tym samym treść oferty odpowiadała treści SIWZ; po drugie – wynagrodzenie określone przez Zamawiającego ma charakter ryczałtowy, wobec czego kosztorys jest jedynie zestawieniem elementów poddanych wycenie, które nie podlega ocenie z punktu widzenia prawidłowości dokonanego obliczenia określonej w nim ceny; po trzecie – przedmiot zamówienia i cena (wynagrodzenie) zostały określone w odwołaniu do dokumentacji projektowej, przedmiaru robót oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, a nie w odwołaniu do kosztorysów.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Powtórzenia czynności badania i oceny ofert.
3. Wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący podał następujące okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania

(I.)

Odwołujący podał, że podstawą odrzucenia jego oferty na był fakt niezłączenia kosztorysu ofertowego odpowiadającego formie określonej w SIWZ. Ponieważ zgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp oferta podlega odrzuceniu w razie jej niezgodności z treścią SIWZ, a *contrario* niezgodność oferty jedynie co do formy z wymogami zawartymi w SIWZ nie może stanowić podstawy odrzucenia. Odwołujący stwierdził, że stanowisko takie znajduje potwierdzenie w licznych orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. W odwołaniu przywołano następujące orzeczenia (wraz z cytatami): wyrok z 7 maja 2012 r., sygn. akt KIO/UZP 817/12 (*Niespełnienie wymogów czysto formalnych w złożonej ofercie nie może stanowić podstawy do jej odrzucenia jako niezgodnej z treścią SIWZ. Niezgodność formalna nie ma bowiem wpływu na treść oferty*); wyrok z 10 stycznia 2012 r., sygn. akt KIO/UZP

Sygn. akt KIO 2611/12

1813/11 (Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP zamawiający zobowiązany jest odrzucić ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Przy czym weryfikacja winna dotyczyć oferty w zakresie wymagań merytorycznych wyartykułowanych w SIWZ, a nie wymagań formalnych); wyrok z 16 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 966/10; wyrok z 20 listopada 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1429/09. Odwołujący podsumował, że tym samym za całkowicie bezzasadne należy uznać odrzucenie oferty w sytuacji, w której załączony do oferty kosztorys ofertowy odpowiadałby treści określonej w SIWZ, ale nie byłby zgodny z określoną przez Zamawiającego – w postaci załącznika do SIWZ – formą.

Odwołujący podał, że zgodnie z rozdziałem IV pkt 4 SIWZ kosztorysy ofertowe dla danych wariantów winny zawierać: wskazanie podstawy wyceny, opis pozycji, obmiar robót, cenę jednostkową pozycji, wartość pozycji, tabelę elementów scalonych, stawkę roboczogodziny, procentowe narzuty kosztów ogólnych, koszty zakupu oraz zysk. Odwołujący stwierdził, że kosztorysy ofertowe załączone do oferty zawierały wszystkie określone przez Zamawiającego dane. Z tego względu – w ocenie Odwołującego – brak było podstaw do odrzucenia jego oferty jedynie na podstawie niezłożenia kosztorysów ofertowych w określonej przez Zamawiającego formie.

(III.)

Odwołujący zauważył również, że Zamawiający w rozdziale IV pkt 6 i 7 SIWZ określił wynagrodzenie należne za wykonanie przedmiotu zamówienia jako wynagrodzenie ryczałtowe *niezależne od rozmiaru robót budowlanych i innych świadczeń oraz ponoszonych przez Wykonawcę kosztów ich realizacji a za ustalenie ilości robót i innych świadczeń oraz sposób przeprowadzenia na tej podstawie kalkulacji ofertowego wynagrodzenia ryczałtowego odpowiada wyłącznie Wykonawca*. Odwołujący stwierdził, że tak określenie wynagrodzenie w pełni odpowiada: po pierwsze – wynagrodzeniu ryczałtowemu w rozumieniu przepisu art. 632 kc, którego istotą jest uniezależnienie jego wysokości od rzeczywistego rozmiaru i ilości wykonanych prac oraz, po drugie – zasadzie ponoszenia ryzyka błędnego lub niedostatecznego obliczenia ceny przez wykonawcę zgodnie z przepisem art. 649 kc. Ponadto wskazany w SIWZ opis przedmiotu zamówienia oraz sposób obliczenia ceny oferty odwołuje do dokumentacji projektowej specyfikacji technicznej wykonania oraz przedmiaru robót.

Zdaniem Odwołującego na podstawie powyższych okoliczności należy uznać, że kosztorys nie stanowi w niniejszym postępowaniu dokumentu stanowiącego podstawę określenia zakresu prac niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia, jak również nie podlega weryfikacji przez Zamawiającego pod względem prawidłowości wskazanych w nim cen i dokonanych obliczeń. Wykonawcy nie przysługuje zaś prawo do żądania podwyższenia wynagrodzenia w razie niezawarcia w kosztorysie czynność prac w nim nieokreślonych,

których wykonanie okazało się niezbędne dla prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. Kosztorys ofertowy stanowi jedynie dokument pomocniczy na etapie rozliczeń z wykonawcą, gdyż to dokumentacja projektowa, przedmiary robót oraz specyfikacje techniczne określają treść oraz przedmiot zamówienia. Odwołujący przywołał na potwierdzenie swojej tezy wyrok Izby z 9 października 2012 r. (...*biorąc pod uwagę charakter wynagrodzenia ryczałtowego w postępowaniu, wykonawca składając ofertę cenową zobowiązuje się za tę właśnie cenę wykonać roboty budowlane przewidziane przez inwestora w całej rozciągłości, określonej treścią dokumentacji projektowej. Kosztorysy ofertowe, jak i przedmiary robót przygotowane przez Zamawiającego mają w takiej sytuacji znaczenie drugorzędne*).

(III.)

W ocenie Odwołującego wobec ustalenia wynagrodzenia ryczałtowego za wykonanie przedmiotu zamówienia, wiązanie skutku odrzucenia oferty z niedołączeniem do oferty kosztorysu ofertowego odpowiadającego formie określonej w SIWZ, należy uznać również za niezgodne z zasadą przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, jak również wynikającymi z niej zasadami przejrzystości oraz proporcjonalności. *Sankcja odrzucenia oferty niespełniającej warunku co do ściśle określonej formy, jak również treści kosztorysu ofertowego, niemającego wpływu na przedmiot zamówienia, zakres prac niezbędnych do jego wykonania oraz niemającego stanowić podstawy do zmiany ceny określonej w ofercie (wynagrodzenia należnego Wykonawcy) jest w sposób rażąco niewspółmierna do wagi tegoż dokumentu w toku postępowania o udzielenie zamówienia oraz realizacji udzielonego zamówienia.*

Odwołujący podsumował, że w przypadku określenia przez zamawiającego w SIWZ wynagrodzenia ryczałtowego, nie można odrzucić oferty wykonawcy jedynie na podstawie niezłożenia kosztorysu ofertowego we wskazanej formie. Odwołującemu wydaje się także, że w takim stanie faktycznym nieprawidłowe byłoby odrzucenie oferty *również w razie niezawarcia w kosztorysie ofertowym wszelkich pozycji określonych w SIWZ bądź sporządzenia kosztorysu z błędami, jak również niezłożenia w ogóle kosztorysu ofertowego.*

Zamawiający przed rozprawą nie wniósł pisemnie ani ustnie do protokołu odpowiedzi na odwołanie.

3 grudnia 2012 r. (pismem z 1 grudnia 2012 r.) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przez Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowo-Produkcyjne

„PALWOD” Export-Import R..... P..... z Gołdapi przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego – zawierające wnioski o oddalenie odwołania.

Wobec braku zgłoszenia opozycji przez Strony oraz dokonania zgłoszenia w formie pisemnej w 3-dniowym terminie (liczonym od otrzymania 29 listopada 2012 r. faksem kopii odwołania) i z zachowaniem wymogu przekazania jego kopii Stronom postępowania, a więc zgodnie z przepisem art. 185 ust. 2 pzp, Izba nie stwierdziła podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania. Zdaniem Przystępującego z pkt 3 rozdziału IV SIWZ wynika, że Zamawiający wymagał złożenia tzw. kosztorysów szczegółowych, które stanowiły podstawę określenia przez wykonawców ceny ofertowej – czyli złożenia oświadczenia w zakresie kosztów realizacji zadania, zawierającego dane wskazane w tym postanowieniu oraz określone we wzorze kosztorysu ofertowego. Natomiast Odwołujący, zamiast złożyć kosztorys szczegółowy zawierający te informacje, złożył kosztorys uproszczony, pozbawiony szeregu danych wymaganych w s.i.w.z. Przystępujący ocenił, że w związku z tym brakiem Zamawiający spełnił ciążący na nim z mocy art. 26 ust. 3 pzp obowiązek wezwania wykonawcy do przedłożenia wymaganego dokumentu w określonym terminie, czego Odwołujący nie uczynił. Zdaniem Przystępującego nie można zgodzić się ze stanowiskiem, że niespełnienie przez Odwołującego wymogu złożenia kosztorysu o treści wymaganej w s.i.w.z., ma jedynie charakter uchybienia formalnego. W ocenie Przystępującego doszło do takiej zmiany formy prezentacji informacji, która zmieniła jej zakres. Przystępujący przywołał na poparcie orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i piśmiennictwo, które – jego zdaniem – wskazują, że złożenie kosztorysu w formie uproszczonej w miejsce żądanego kosztorysu szczegółowego stanowi ograniczenie składanych informacji w stosunku do żądanych przez zamawiającego i nie może być uznane za działanie zgodne z treścią SIWZ (wskazano na: wyrok Izby z 29 października 2010 r., sygn. Akt KIO/UZP 1841/09, wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie z 27 września 2007 r., sygn. Ga 88/07 i na stanowisko wyrażone przez Władysława Dzierżanowskiego w *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. Lex 2012). r.

Zdaniem Przystępującego Zamawiający ma prawo żądać od wykonawców dokonania szczegółowego opisu poszczególnych czynności i dokładnego wskazania elementów obliczonej ceny, bez względu na charakter wynagrodzenia należnego tytułem realizacji zadania stanowiącego przedmiot zamówienia. Tego rodzaju informacje są istotne z punktu widzenia zamawiającego, gdyż niewątpliwie mają wpływ na ustalenie, np. czy dany wykonawca w sposób rzetelny i realny dokonał wyceny robót stanowiących przedmiot zamówienia, co z kolei pozwala na ocenę, czy przy tak skalkulowanej cenie możliwe jest

Sygn. akt KIO 2611/12

zrealizowanie zamówienia przez wykonawcę oraz czy wskazywana cena nie jest rażąco niska w stosunku do faktycznej wartości przedmiotu zamówienia. Przy czym motywy jakimi kieruje się zamawiający przy określeniu takiego wymogu, leżą w jego gestii.

Przystępujący podsumował, że za ofertę nieodpowiadającą treści SIWZ uznaje się taką, która jest sporządzona odmiennie niż określają to postanowienia SIWZ, nie zawiera wymaganych dokumentów albo dokumenty nie zawierają informacji wymaganych w SIWZ, co miało miejsce w przypadku oferty Odwołującego.

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, że 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 Odwołujący i Przystępujący podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska, natomiast Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Przystępującego do 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 o zamówieniu, s.i.w.z. z załącznikami w wersji ostatecznej, oferty

Odwołującego, wezwania do uzupełnienia i odpowiedzi na nie, a także z protokołu postępowania.

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.

W zakresie objętym zarzutami odwołania, Izba ustaliła, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba ustaliła następującą treść postanowień s.i.w.z. [pogrubienia, podkreślenia i pisownia dużą literą stanowią dokładne cytaty]:

W pkt 2 rozdziału I s.i.w.z.: *Szczegółowy opis zamówienia przedstawiono w dokumentacji projektowej, przedmiarze robót oraz specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót opracowanych przez: Biuro Opracowań inżynierskich ECOVERDE, ul. Rzeźnicka 41a/9, 65-119 Zielona Góra stanowiących załączniki do niniejszej SIWZ.*

W rozdziale IV *Opis sposobu obliczania ceny oferty:*

– pkt 3 – *W celu określenia ceny ofertowej za przedmiot zamówienia Wykonawca winien opracować kosztorysy ofertowe dla danych wariantów na podstawie, dokumentacji projektowej, Specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót oraz przedmiarów robót. **KOSZTORYSY NALEŻY ZAŁĄCZAĆ DO OFERTY** wg załączonego wzorca.*

– pkt 4 – *Zamawiający wymaga sporządzenia i złożenia kosztorysów ofertowych dla danych wariantów (ze wskazaniem podstawy wyceny, z opisem pozycji, z obmiarem robót, ceną jednostkowa pozycji, wartością pozycji, tabeli elementów scalonych, stawką roboczogodziny, procentowymi narzutami kosztów ogólnych, kosztów zakupu i zysku).*

– pkt 5 – *Przedmiar robót, dołączony do niniejszej SIWZ, jest dokumentem informacyjnym, i podlega sprawdzeniu przez Wykonawcę. **Wykonawca winien zgłosić a trakcie postępowania przetargowego w formie pisemnej, wszelkie zauważone błędy, pomyłki w dokumentacji projektowej i przedmiarze robót.***

– pkt 6 – *Cena oferty stanowić będzie ryczałtowe i ostateczne wynagrodzenie Wykonawcy za wykonanie przedmiotu zamówienia, niezależnie od rozmiaru robót budowlanych i innych świadczeń oraz ponoszonych przez Wykonawcę kosztów ich realizacji. **Wykonawca nie będzie mógł żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów tych robót i innych świadczeń. W przypadku nie wykonania części zamówienia zarówno, co do zakresu robót jak i ich ilości wynagrodzenie Wykonawcy zostanie pomniejszone o wartość robót nie wykonanych.***

Sygn. akt KIO 2611/12

– pkt 7 – Za ustalenie ilości robót i innych świadczeń oraz sposób przeprowadzenia na tej podstawie kalkulacji ofertowego wynagrodzenia ryczałtowego odpowiada Wykonawca.

W rozdziale V *Opis sposobu przygotowania oferty*:

1. Dokumenty zawarte w ofercie:

1) formularz ofertowy – zał. Nr 1 do SIWZ,

2) kosztorysy ofertowe – wg wzorca kpl. 6

(...)

5) oświadczenia i dokumenty o których mowa w Rozdziale VII i VIII niniejszej SIWZ

W rozdziale VIII *Inne dokumenty – dokumenty nie wymienione w rozdziale VII*:

1. Formularz ofertowy – zał. Nr 1 do SIWZ.

2. Kosztorysy ofertowe – wg wzorca kpl. 6.

W spisie załączników do SIWZ wymieniono między innymi:

1. Formularz oferty – załącznik nr 1 do SIWZ.

(...)

7. Oświadczenie o stawkach kosztorysowych przyjętych przy sporządzaniu kosztorysu ofertowego – załącznik nr4C do SIWZ

(...)

10. Dokumentacja projektowa

11. Specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót

12. Przedmiary robót

13. Wykaz niezbędnych narzędzi i urządzeń – załącznik nr 13 do SIWZ

(...)

Wymieniony w pkt 12 spisu załącznik składa się z następujących kompletów opracowań:

1. Pierwszy komplet sześciu opracowań:

1) *Przedmiar robót 4 RLM – 176 szt. Naturalnych Przydomowych Oczyszczalni Ścieków,*

2) *Przedmiar robót 6 RLM – 161 szt. Naturalnych Przydomowych Oczyszczalni Ścieków*

3) *Przedmiar robót 8 RLM – 65 szt. Naturalnych Przydomowych Oczyszczalni Ścieków*

4) *Przedmiar robót 10 RLM – 30 szt. Naturalnych Przydomowych Oczyszczalni Ścieków*

5) *Przedmiar robót 4 RLM Grawitacyjna – 1 szt. Naturalna Przydomowa Oczyszczalnia Ścieków*

6) *Przedmiar robót 6 RLM Murek – 1 szt. Naturalna Przydomowa Oczyszczalnia Ścieków*

Sygn. akt KIO 2611/12

Przy czym na każdy z tych 6 kompletów składają się:

- przedmiar robót (tabela poprzedzona dwoma kartami tytułowymi)
- zestawienie robocizny
- zestawienie materiałów
- zestawienie sprzętu

2. Drugi komplet sześciu opracowań:

- 1) *Kosztorys. Budowa 176 szt. Naturalnych Przydomowych Oczyszczalni Ścieków 4 RLM*
- 2) *Kosztorys. Budowa 161 szt. Naturalnych Przydomowych Oczyszczalni Ścieków 6 RLM*
- 3) *Kosztorys. Budowa 65 szt. Naturalnych Przydomowych Oczyszczalni Ścieków 8 RLM*
- 4) *Kosztorys. Budowa 30 szt. Naturalnych Przydomowych Oczyszczalni Ścieków 10 RLM*
- 5) *Kosztorys. Budowa 1 szt. Naturalna Przydomowa Oczyszczalnia Ścieków 4 RLM Grawitacyjna*
- 6) *Kosztorys. Budowa 1 szt. Naturalna Przydomowa Oczyszczalnia Ścieków 6 RLM Murek*

Przy czym na każdy z tych 6 kompletów składają się:

- ogólna charakterystyka obiektów lub robót (wstęp do przedmiaru robót)
- przedmiar robót (tabela)
- kosztorys (tabela)
- zestawienie robocizny
- zestawienie materiałów
- zestawienie sprzętu

Tabele przedmiarów z obu kompletów opracowań są identyczne i określają pozycje przez podanie: (1) podstawy nakładu, opisu pozycji i wyliczenie ilości robót, (2) ilości, (3) krotności oraz (4) jednostki miary – bez rozbicia na robocizną, materiały i sprzęt. Nie ma w nich rubryk do wypełnienia.

Również zestawienia robocizny, materiałów i sprzętu z obu kompletów opracowań są identyczne i wyszczególniają dla każdej pozycji: (1) nazwę (odpowiednio: zawodu, materiału albo sprzętu), (2) jednostkę miary oraz (3) ilość.

Tabele kosztorysów zamieszczone w drugim komplecie opracowań określają pozycje przez podanie: (1) opisu pozycji, podstawy nakładów i wyliczenie ilości robót, (2) jednostki miary, (3) normy, (4) ilości – przy czym poszczególne pozycje uwzględniają rozbicie na robocizną, materiały i sprzęt. Dalsze rubryki to jest: (5) cena (6) wartość jednostkowa rozbita

Sygn. akt KIO 2611/12

na robociznę (R), materiały (M) i sprzęt (S) pozostawiono do wypełnienia.

Załącznik 4c do s.i.w.z. zawiera przygotowany do wypełnienia wzór oświadczenia o następującej treści: *...oświadczam, iż przy sporządzaniu kosztorysów ofertowych zastosowałem następujące stawki kosztorysowe:*

Stawka roboczogodziny (R) – ... zł/rg

Koszty pośrednie (Kp) –... % liczony od R i S

Koszty zakupu (Kz) –...% liczony od M

Zysk –...% liczony od R+Kp(R) i S+Kp(S)

Odwołujący złożył ofertę, w której zamieścił 6 kosztorysów ofertowych zawierających wycenę pozycji z tabeli przedmiarów zamawiającego, to jest podając ceny jednostkowe i wartość danej pozycji bez rozbicia na robociznę, materiały i sprzęt. Oprócz tego złożył wypełniony załącznik 4c do s.i.w.z. podając wszystkie wymagane w nim dane.

Pismem z 9 listopada 2012 r. Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 pzp wezwał Odwołującego do złożenia:

1/ wykazu osób w ilości 8, w tym: 2 operatorów, 6 pracowników w tym 2 z kwalifikacjami sanitarnymi (wg załącznika nr 4)

2/ oświadczenie o posiadaniu wymaganych uprawnień dla tych osób (wg załącznika nr 4A),

3/ jeżeli te osoby nie są pracownikami Wykonawcy, dołączyć zobowiązanie osób (wg załącznika nr 4 B),

4/ kosztorysów ofertowych w ilości 6 kpl według wzorca jaki był zamieszczony do SIWZ.

Kosztorysy ofertowe powinny zawierać oprócz tabeli elementów scalonych odzwierciedlającą zastosowane przez Wykonawcę składniki kosztorysowe, zestawienie robocizny, zestawienie materiałów, zestawienie sprzętu.

Złożone do oferty dokumenty zawierają błędy w postaci braku 8 osób, błędnej formie sporządzenia kosztorysów i braku zestawień robocizny, materiałów i sprzętu.

W zakreślonym na 14 listopada 2012 r. godz. 12 terminie Odwołujący złożył dokumenty na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu (pkt 1-3 wezwania) a w zakresie pkt 4 wezwania złożył zestawienia robocizny, materiałów i sprzętu.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających rozpatrzeniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba zważyła, że z uwagi na treść art. 180 ust. 2 pzp Odwołujący mógł wnieść skutecznie odwołanie jedynie od czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu jego oferty. W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że *de facto* odwołanie zawiera jeden zarzut podlegający rozpatrzeniu – dotyczący bezpodstawności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp. Drugi tzw. zarzut odwołania, wskazujący na naruszenie art. 7 ust. 1 pzp, opart jest na tych samych okolicznościach faktycznych – a zatem nie stanowi w istocie odrębnego zarzutu.

Rozstrzygając podniesiony w odwołaniu zarzut Izba nie stwierdziła nieprawidłowości wspomnianej czynności Zamawiającego podjętej na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp z uwagi na niezłożenie w ofercie kosztorysów ofertowych odpowiadających wzorom załączonym do s.i.w.z.

Z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp wynika, że 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, że 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, że z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty jest określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. Jednakże zakres wymaganej treści oferty ustala Zamawiający przez wskazanie w s.i.w.z. elementów, z których ma się składać oświadczenie woli wykonawcy. Z tego względu w doktrynie i orzecznictwie ugruntowany jest również pogląd, że w zakresie zastosowania przesłanki z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp mieści się również sporządzenie oferty w inny sposób, niż żądał tego zamawiający, o ile niezgodność taka dotyczy elementów treści oferty w aspekcie formalnym i materialnym, choć nie może tu chodzić wyłącznie o niezgodność sposobu spełnienia tych aspektów (por. J. Pieróg w: *Prawo zamówień Publicznych. Komentarz*, wyd. C.H. Beck, Warszawa 2009).

Izba zważyła, że w niniejszej sprawie na mocy przywołanych powyżej postanowień s.i.w.z. Zamawiający podniósł podanie informacji na poziomie szczegółowości wynikającym z załączonych do s.i.w.z. wzorów kosztorysów do rangi obligatoryjnych elementów treści oferty. W odwołaniu wybiórczo przywołano tylko brzmienie pkt 4 rozdziału IV, przemilczając że w poprzedzającym punkcie pogrubionymi wielkimi literami wprost wskazano na wymóg załączenia do oferty kosztorysów według załączonych do s.i.w.z. wzorów. W tych okolicznościach bezpodstawne jest teza odwołania, że cena (wynagrodzenie) zostało określone w s.i.w.z. bez odwołania się do wzorów kosztorysów stanowiących integralny element treści s.i.w.z. Na konieczność złożenia oferty z uwzględnieniem tych wzorów Zamawiający konsekwentnie wskazał również w innych postanowieniach s.i.w.z. – w ppkt 2 pkt 1 rozdziału V dotyczącego sposobu przygotowania oferty, jak również w pkt 2 rozdziału VIII dotyczącego dokumentów innych niż składane na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Dokładając należytej staranności przy zapoznawaniu się z treścią s.i.w.z. Odwołujący mógł bez trudu ustalić, że *de facto* załączone do s.i.w.z. wzory kosztorysów ofertowych mają charakter szczegółowy i nie jest wystarczające poprzestanie na przykładowym i hasłowym wyliczeniu zamieszczonym w nawiasie w pkt 4 rozdziału IV. Z uwagi na treść tych wzorów oczywiste było, że nie można poprzestać na wskazaniu podstawy wyceny, opisu pozycji, obmiaru robót, ceny jednostkowej pozycji, wartości pozycji, tabeli elementów scalonych, stawki roboczogodziny, procentowych narzutów kosztów ogólnych, kosztów zakupu i zysku, to jest na informacjach odpowiadających poziomowi szczegółowości kosztorysu uproszczonego. Treść każdego z sześciu wzorów kosztorysów zawiera uszczegółowienie poszczególnych pozycji przedmiarów, w szczególności wymagające podania wyceny odrębnie dla wyodrębnionych w danej pozycji nakładów robocizny, materiałów i sprzętu. W konsekwencji zaniechanie opracowania kosztorysu na poziomie szczegółowości wynikającym z treści s.i.w.z. należy uznać za brak należytego sprecyzowania przez Odwołującego treści oferty. Odwołujący usiłuje w odwołaniu stworzyć przy tym wrażenie, że podstawą odrzucenia jego oferty była wyłącznie niezgodność formy kosztorysu ofertowego z formą wzoru załączonego do s.i.w.z., unikając bliższego sprecyzowania co przez to rozumie. Odwołujący bazuje w tym zakresie wyłącznie na niezbyt fortunnym sformułowaniu uzasadnienia faktycznego przez Zamawiającego, który poprzestał na wskazaniu faktu niezłożenia kosztorysów ofertowych według wymaganych wzorów. Nie ma jednak żadnych wątpliwości, że w tym przypadku nie chodziło o formę co do układu graficznego tabel, rozmiaru czcionki itp., lecz o brak odzwierciedlenia w kosztorysach ofertowych elementów treści wynikających z tych wzorów. Z tego względu zupełnie nieprzydatne dla rozstrzyganej sprawy są przywołane w odwołaniu, skądinąd ze wszech miar słuszne, ogólne tezy wyciągnięte z uzasadnień wyroków Izby wydanych 7 maja 2012 r.

Sygn. akt KIO 2611/12

(sygn. akt KIO/UZP 817/12) i 10 stycznia 2012 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1797/11, KIO/UZP 1801/11, KIO/UZP 1807/11, KIO/UZP 1808-11, KIO/UZP 1813/11, KIO/UZP 1817/11 i KIO/UZP 1813/11). Również wyroki – z 16 czerwca 2010 r. (sygn. akt KIO 996/11; w odwołaniu błędnie podano sygnaturę KIO 966/10 dotyczącą postanowienia Izby z 1 czerwca 2010 r.) i z 20 listopada 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1429/09) dotyczyły zupełnie odmiennych stanów faktycznych. Tymczasem przystępujący trafnie wskazał, że adekwatne w okolicznościach niniejszej sprawy jest następujące stanowisko wynikające z uzasadnienia wyroku Izby z 28 lipca 2011 r. (sygn. akt KIO 1525/11): *Fakt nie uwzględnienia rozbitcia wskazanych pozycji zgodnie z wymaganiami SIWZ oznacza w tym zakresie niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, co uzasadnia odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. (...). Za niezgodność skutkującą koniecznością odrzucenia oferty musi być uznana taka zmiana formy prezentacji informacji, która zmienia jej zakres. Zaprezentowanie kosztorysu w formie uproszczonej w miejsce żadanego kosztorysu szczegółowego jest ograniczeniem składanych informacji w stosunku do żądanych przez zamawiającego i nie może być uznana za działanie zgodne z treścią SIWZ. Tak też orzekł Sąd Okręgowy w Olsztynie w wyroku z dnia 27 września 2007, sygn. akt Ga 88/07. Reasumując z przywołanego orzecznictwa można wywieść jedynie zasadę, że niezależnie od charakteru wynagrodzenia istotne znaczenie ma ustalenie na podstawie treści s.i.w.z. jakiego zakresu uszczegółowienia treści oferty wymagał od wykonawców zamawiający.*

Natomiast Odwołujący bezpodstawnie usiłuje wywieść z samego ryczałtowego charakteru wynagrodzenia zasadę niewiążącego, informacyjnego i pomocniczego charakteru kosztorysów ofertowych, posuwając się nawet w odwołaniu do stwierdzenia, że niezłożenie w ogóle kosztorysów nie mogłoby być postawą do odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp. Tymczasem takiej generalnej zasady nie sposób wyprowadzić, gdyż nie można utożsamiać poprawności obliczenia łącznej ceny oferty czy skutków zastosowania ryczałtowego wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu zamówienia – z wymaganym zakresem treści oferty uwarunkowanym treścią obowiązującej w danym postępowaniu s.i.w.z. Z tego względu nieadekwatne jest powołanie się przez Odwołującego na wyrwane z kontekstu zdanie uzasadnienia wyroku Izby z 9 października 2012 r. (sygn. akt KIO 2056/12), gdyż pomija istotne dla tego rozstrzygnięcia ustalenie zamieszczenia w s.i.w.z. postanowienia wprost wskazującego na to, że kosztorys nie będzie przedmiotem oceny, a jedynie informacją w jaki sposób obliczono cenę oferty, przy jednoczesnym braku wprowadzenia w s.i.w.z. wymagań co do zakresu treści kosztorysu. Podobne ustalenia były podstawą rozstrzygnięcia w wyroku z 23 sierpnia 2012 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1629/11, czy też w wyroku z 18 sierpnia 2011 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1673/11 (*Skoro Zamawiający wyraźnie przewidział, iż kosztorysy nie będą podstawą odrzucenia oferty, nie*

Sygn. akt KIO 2611/12

może na etapie oceny ofert postępować wbrew swoim wcześniejszym zapowiedziom. Zasadą jest, iż przy wynagrodzeniu ryczałtowym kosztorysy załączane do oferty mają charakter informacyjny, a braki w nich nie są podstawą do jej odrzucenia. Zasady tej Zamawiający nie wyłączył ani w żaden sposób nie zmodyfikował – przeciwnie podkreślił ją stosując postanowienia typowe dla wynagrodzenia ryczałtowego). Jednocześnie w żadnej z tych spraw ustalenie ryczałtowego charakteru wynagrodzenia nie było samo przez się podstawą do stwierdzenia niewiążącego charakteru kosztorysu ofertowego, gdyż konieczne było ustalenie, że wprost wynika to z postanowień s.i.w.z. Również w wyroku z 29 marca 2011 r. (sygn. akt KIO 560/11) podkreślono rozstrzygający charakter postanowień s.i.w.z.: O ile określając zakres przedmiotu zamówienia, Zamawiający odwoływał się do przedmiarów, to nie zawarł żadnego odwołania do kosztorysu ofertowego. Oczywiście jest, że kosztorys ofertowy, jeżeli jest załączony do oferty, powinien odpowiadać przedmiarom – jednak o ile w SIWZ nie zostanie mu nadana szczególna ranga, to przy wynagrodzeniu ryczałtowym kosztorys ofertowy nie wpływa na zakres zobowiązania. ... (samo przywołanie w SIWZ umowy o współfinansowaniu nie może decydować o nadaniu kosztorysowi ofertowemu w postępowaniu szczególnej rangi). Analogiczny pogląd wyrażono w uzasadnieniu wyroku z 10 lutego 2011 r. (sygn. akt KIO 179/11): Izba jeszcze raz podkreśla, że ryczałtowy charakter ceny nie zwalnia wykonawców z obowiązku składania ofert, których treść w pełni odpowiadała będzie i potwierdzała zgodność z wymaganiami siwz, również w zakresie przygotowanego kosztorysu ofertowego. Jednakże potwierdzenie to winno odbywać się w zakresie i w sposób wyraźnie wymagany w siwz, a nie służyć do egzekwowania nominalnego przenoszenia opisu przedmiotu zamówienia do kosztorysu ofertowego, którego kształt nie został wyraźnie określony (brak przedmiarów), a do określenia i wyegzekwowania zakresu zobowiązania wykonawcy wcale nie jest to niezbędne. Ponadto ryczałtowy charakter wynagrodzenia wykonawcy przesądzający o objęciu ceną ofertową całości zakresu zamówienia może w przypadku niejasności kosztorysu ofertowego, posłużyć jako okoliczność czy wskazówka interpretacyjna wskazująca na zupełność i kompletność zakresu świadczenia wyrażonego w ofercie. Podobne stanowisko wynika także z uzasadnienia wyroku Sądu Okręgowego w Kielcach z 15 stycznia 2010 r. (sygn. akt VII Ga 163/09): Sąd podzielił argumentację Izby co do tego, że pominięcie przez wykonawcę X S.A. wykonania urządzeń sieci bezprzewodowej oraz koryt kablowych i drabinek, nie oznaczało sprzeczności oferty tego wykonawcy z treścią SIWZ. Nie budzi wątpliwości w świetle pkt XIV SIWZ, że z kosztorysu ofertowego miała wynikać oferowana cena. Zalecono także wykonawcom opracowanie kosztorysu na bazie przedmiaru robót załączonego w SIWZ, z tym, że wykonawca w oparciu o udostępnioną mu dokumentację projektową, oględziny był uprawniony do pominięcia tych pozycji przedmiaru, które uważa za

zbędne i uzupełnienia przedmiaru o pozycje, które uzna za niezbędne.(...) Jednocześnie zamawiający wyraźnie zazaczył, że kosztorys ofertowy będzie wykorzystany wyłącznie w dwóch celach: ustalenia, czy parametry techniczne i jakościowe materiałów i urządzeń oferowanych przez wykonawcę do realizacji przedmiotu zamówienia odpowiadają wymogom zamawiającego oraz, czy nie zachodzi przypadek rażąco niskiej ceny. Z treści powyższego postanowienia SIWZ wynika także, że kosztorys ofertowy nie stanowił podstawy do rozliczenia należnego wykonawcy wynagrodzenia z uwagi na ryczałtowy charakter wynagrodzenia.

W ocenie Izby Odwołujący bezpodstawnie również wywodzi, że skoro w pkt 2 rozdziału I s.i.w.z. w zakresie szczegółowego opis przedmiotu zamówienia wskazano na dokumentację projektową, przedmiar robót i specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót – to nieuwzględnienie treści wzorów kosztorysów nie ma znaczenia z punktu widzenia oceny zgodności treści oferty z treścią s.i.w.z. Jak to już wskazano powyżej stanowisko takie nie uwzględnia charakteru niezgodności oferty Odwołującego polegającej na niedostatecznym sprecyzowaniu treści oferty a nie na stwierdzeniu braku zaoferowania czy też wyceny całego zakres przedmiotu zamówienia. Ponadto opiera się na wybiórczej i powierzchownej analizie treści s.i.w.z. Już w pkt 2 rozdziału I s.i.w.z. Zamawiający powołał się na komplet dokumentacji opracowany przez wskazany tam podmiot. Następnie w spisie załączników pojawia się wyłącznie określenie *przedmiary robót* – w pkt 12. Bezpośrednio przed tym pkt – w pkt 11 wymieniono specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót a w pkt 10 dokumentację projektową. Po pkt 12 znajduje się tylko pkt 13 dotyczący wykazu niezbędnych narzędzi i urządzeń (nazwany wprost załącznikiem nr 13 do s.i.w.z.). W takiej kolejności opracowania te zostały załączone w s.i.w.z. tzn. pomiędzy stanowiącą jeden dokument specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót a jednostronicowym załącznikiem nr 13 do s.i.w.z. – znajduje się szereg opracowań wykonanych przez wskazane w pkt 2 rozdziału I s.i.w.z., które wchodzi w skład tego co zostało określone zbiorczo kategorią przedmiarów. Jak to opisano powyżej w ustaleniach faktycznych w skład tych przedmiarów *sensu largo* wchodzi zarówno opracowania będące *stricte* przedmiarami, jak i zestawienia materiałów, robocizny i sprzętu. Należy zauważyć, że sporne wzory kosztorysów, nazwane *kosztorysami* w istocie stanowią nierozdzielalną całość z bezpośrednio poprzedzającymi je przedmiarami nie tylko dlatego, że są ponumerowane razem w sposób ciągły (co dotyczy też zestawień materiałów, robocizny i sprzętu). Przede wszystkim w istocie są to uszczegółowione przedmiary, tzw. ślepe kosztorysy. Zatem wchodzi one również w skład uszczegółowienia opisu przedmiotu zamówienia, do którego odesłano w pkt 2 rozdziału I s.i.w.z. Wreszcie postanowienie pkt 5 rozdziału IV s.i.w.z. należy odczytywać w całości jako zalecenie wskazywania przez wykonawców na etapie przed składaniem ofert

wszelkich dostrzeżonych rozbieżności pomiędzy dokumentacją projektową a przedmiarami, które w tym sensie mają charakter *informacyjny* (niewątpliwie niefortunnie użyte określenie), że nie mogą być sprzeczne z dokumentacją projektową.

Zamawiający podniósł na rozprawie, że również uzupełnione przez Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 pzp zestawienia materiałów, robocizny i sprzętu są nieprawidłowe. W oczywisty sposób wykracza to poza wskazane w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty uzasadnienie faktyczne, z którego można by domniemywać, że w zakresie brakujących również w ofercie zestawień materiałów, robocizny i sprzętu Odwołujący uczynił zadość wezwaniu. Przede wszystkim jednak nie sposób nie zauważyć rozdzwiewu pomiędzy stanowiskiem Zamawiającego na rozprawie a czynnością uprzednio podjętą przez niego w prowadzonym postępowaniu. Na rozprawie Zamawiający podkreślał, że kosztorysy ofertowe sporządzone według wzorów stanowiły wymaganą treść oferty w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp i art. 66 § 1 kc. Jednocześnie w toku badania ofert wezwał Odwołującego do uzupełnienia złożonych w ofercie kosztorysów w trybie art. 26 ust. 3 pzp, tak jakby stanowiły one dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane roboty budowlane wymagań Zamawiającego. Tymczasem ustawa pzp odróżnia treść oferty od dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane usługi, dostawy lub roboty budowlane wymagań zamawiającego, wskazanych przykładowo w § 5 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817). Jak to wskazano powyżej kosztorysy ofertowe wchodziły w zakres wymaganej treści oferty, co oznacza, że Zamawiający bezpodstawnie wzywał do ich uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 pzp. Charakter prawny oświadczeń i dokumentów jest kategorią obiektywną, niezależną od wadliwej interpretacji dokonanej przez Zamawiającego. Rozgraniczenie to jest istotne, gdyż usuwaniu wadliwości treści oferty służą zupełnie odrębne instrumenty prawne. Niejasna treść oferty podlega wyjaśnieniu na podstawie art. 87 ust. 1 pzp lub poprawieniu w razie stwierdzenia uchybień, o których mowa w art. 87 ust. 2 pzp. Natomiast dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane roboty budowlane wymagań zamawiającego podlegać mogą uzupełnieniu lub wyjaśnieniu na podstawie odpowiednio art. 26 ust. 3 i 4 pzp. Dopuszczenie do ponownego złożenia kosztorysów ofertowych zawierających wymagany według treści s.i.w.z. zakres szczegółowości oznaczałoby przyzwolenie na sprecyzowanie oferty zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, już po upływie terminu składania ofert. Powyższe stanowiłoby obejście wynikającego z art. 87 ust. 1 pzp zakazu dokonywania jakiegokolwiek zmiany w treści oferty. Tymczasem jedynym dopuszczalnym odstępstwem od tego zakazu jest wynikająca z art. 87 ust. 2 pkt 1, 2 i 3 możliwość poprawienia odpowiednio: oczywistych omyłek pisarskich, oczywistych omyłek

Sygn. akt KIO 2611/12

rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. W przypadku Odwołującego, zważając na stanowisko jakie wyraził w odwołaniu, oczywiste jest, że złożenie kosztorysów w formie uproszczonej było zamierzonym działaniem a nie wynikiem omyłki. W sytuacji świadomego zignorowania obowiązujących postanowień s.i.w.z., które nie były kwestionowane przed terminem składania ofert, nadużyciem jest powołanie się przez Odwołującego na rozprawie na wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 23 lutego 2007 r. (sygn. akt X Ga 23/07/za), w którego uzasadnieniu zamieszczono następujący fragment, chętnie przywoływany i nadużywany: *Zgodnie z art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację tych zasad. Stąd przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy należy brać pod uwagę, cel ustawy wyznaczony między innymi treścią cytowanego przepisu.* Teza ta została wypowiedziana na gruncie konkretnej sprawy, w odniesieniu do zupełnie innego stanu faktycznego i nie może być bezkrytycznie przenoszona na wszystkie stany faktyczne dotyczące niezgodności treści oferty z treścią s.i.w.z. W rozstrzyganej sprawie zastosowanie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp było prawidłowe również w świetle zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 i dalszych przepisach ustawy pzp.

Mając powyższe na uwadze, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z § 3 pkt 1 i § 5 ust. 4 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 Odwołującego tymi kosztami, na które złożył się uiszczony przez niego wpis. Nie uwzględniono wniosku Przystępującego o zasądzenie kosztów zastępstwa przed Izba, gdyż zwrot tych kosztów przysługuje wyłącznie w sytuacji opisanej w art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. a pzp w zw. z § 5 ust. 3 pkt 2 przywołanego rozporządzenia.

Przewodniczący: