

WYROK

z dnia 1 grudnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **30 listopada 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 listopada 2011 r.

przez wykonawcę: **Anna Bawoł prowadząca działalność gospodarczą pod firmą P.U.H. „PROFI” Anna Bawoł, 39-300 Mielec, ul. Raciborskiego 7**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Radomyśl Wielki, 39-310 Radomyśl Wielki, Rynek 32**

przy udziale wykonawcy: **Przedsiębiorstwo Produkcji Handlu i Usług BUDOIMPEX spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 39-218 Straszecin, lok. 295 D** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- Kosztami postępowania obciąża **P.U.H. „PROFI” Anna Bawoł z Mielca** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tego odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

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 **Tarnobrzegu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Radomyśl Wielki – 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. *budowa Sali gimnastycznej w Rudzie* (oznaczenie sprawy: 271/28/2011)

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 12 października 2011 r. pod nr 268221-2011, w tym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej (www.radomyslwielki.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 3.120.169,75 zł, co stanowi równowartość 812.755,86 euro (w tym wartość przewidywanych zamówień uzupełniających na kwotę 624.033,95 zł – równowartość 162.551,17 euro).

18 listopada 2011 r. (pismem z tej daty.) Zamawiający przesłał faksem Odwołującemu – P.U.H. „PROFI” Anna Bawoń z Mielca – zawiadomienie o odrzuceniu jego oferty, podając, jako uzasadnienie prawne: *nie został spełniony pkt. 8.4 Rozdziału I SIWZ, oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp*, a jako uzasadnienie faktyczne: *Wykonawca nie załączył wypełnionego wykazu cen czynników produkcji dla poszczególnych kosztorysów ofertowych, który stanowi część kosztorysu. W związku z tym treść oferty nr 21 nie odpowiada treści SIWZ.* Zamawiający zawiadomił także, iż dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez P.P.H. i U. BUDOIMIPEX spółkę z o.o. z siedzibą w Straszęcinie.

23 listopada 2011 r. (pismem z tej daty) 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, wnosząc o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej czynności oraz odrzucenia oferty Odwołującego, a także powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący nie zgodził się z decyzją Zamawiającego uznającą jego ofertę za niezgodną z s.i.w.z. z następujących powodów wskazanych w odwołaniu. Zamawiający

określił jako obowiązujące przy realizacji zamówienia wynagrodzenie kosztorysowe, na co wskazują następujące postanowienia s.i.w.z.:

- 1) pkt 14.2 rozdziału I: *Ceny jednostkowe należy wypełnić według załączonych wzorów kosztorysów ofertowych – Rozdział III specyfikacji. Wartość poszczególnych pozycji należy obliczyć jako iloczyn ceny jednostkowej i ilości jednostek. Wartość całości zadania należy obliczyć jako sumę wartości poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego. Do wyliczonej kwoty należy doliczyć obowiązujący podatek VAT.*
- 2) pkt 14.4 rozdziału I: *Wykonawca określi ceny i wartości dla wszystkich pozycji wymienionych we wzorze kosztorysu ofertowego.*
- 3) § 5 projektu umowy: *1. Za wykonanie przedmiotu umowy ustala się wynagrodzenie Wykonawcy w kwocie: ... zł (brutto) (słownie: ...) w tym podatek VAT (... %) // wynikające z rozstrzygniętego postępowania przetargowego. 2. Ostateczna wysokość wynagrodzenia, za wykonanie przedmiotu umowy, ustalona zostanie w oparciu o kosztorys powykonawczy, po zakończeniu i odbiorze robót.*
- 4) § 6 ust. 3 projektu umowy: *Wraz z wnioskiem o dokonanie odbioru końcowego, Wykonawca przedstawi Zamawiającemu: kosztorys powykonawczy uproszczony, dziennik budowy i książkę obmiarów, inwentaryzację geodezyjną powykonawczą.*

Wynagrodzenie kosztorysowe ustalane jest na podstawie wyceny lub zestawienia prac i przewidywanych kosztów, z obowiązkowym wykorzystaniem kosztorysu ofertowego, sporządzonego w oparciu o przedmiar robót, stanowiący element składowy dokumentacji projektowej dostarczonej przez zamawiającego. Oznacza to, że wynagrodzenie jakie ostatecznie otrzyma wykonawca będzie wynikać z rzeczywiście wykonanej ilości robót, a wstępne wynagrodzenie kosztorysowe może zostać zmienione w ostatecznym rozliczeniu o kwotę wynikającą z ewentualnej różnicy między ilością robót określoną w przedmiarze dostarczonym przez zamawiającego a rzeczywistymi ilościami wynikającymi z obmiarów. Przyjąć również należy, iż skoro Zamawiający nie wprowadził do umowy postanowień regulujących kwestię wykonania robót zamiennych, tym samym ewentualne rozliczenie robót budowlanych nieobjętych przedmiarem robót winno następować na podstawie umowy w sprawie udzielenia zamówienia dodatkowego.

Zamawiający określił w s.i.w.z., iż wartość poszczególnych pozycji kosztorysu należy określić jako iloczyn ceny jednostkowej i ilość jednostek (pkt 14.2 rozdziału I), co prowadzi do wniosku, iż kosztorys miał być sporządzony metodą uproszczoną. Świadczą o tym również zapisy zawarte w pkt 14. 3 rozdziału I (*Od wykonawcy, który będzie realizował zamówienie inwestor zażąda przed podpisaniem umowy dostarczenie szczegółowego*

kosztorysu ofertowego) oraz postanowienia umowy dotyczące obliczenia ilości rzeczywiście wykonanych robót na podstawie kosztorysu powykonawczego uproszczonego (§ 5 ust. 2 i § 6 ust. 3 umowy). Odwołujący dochował wszelkich wymogów s.i.w.z. określonych przez Zamawiającego, gdyż załączył do oferty kosztorys uproszczony zawierający nazwę pozycji, ilość, cenę jednostkową i ogólną wartość pozycji. W cenach jednostkowych ujął wszystkie koszty bezpośrednie i pośrednie związane z wykonaniem umowy, zatem również koszty robocizny, materiałów i sprzętu niezbędne do wykonania zamówienia. Kosztorys ofertowy sporządzony w formie uproszczonej nie wymaga w swej treści wskazywania stawki roboczogodziny i wysokości narzutów, ponieważ ceny jednostkowe w swej treści obejmują wszystkie te pozycje.

Niewątpliwie podstawą opracowania s.i.w.z. w przedmiotowym postępowaniu były przepisy ustawy pzp i aktów wykonawczych do niej, w tym m.in. przepisy rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz.U. Nr 130, poz. 1389), zawierającego definicję ceny jednostkowej i metody kalkulacji uproszczonej. W myśl § 1 ust. 2 pkt 1 powołanego rozporządzenia przez cenę jednostkową należy rozumieć: *sumę kosztów bezpośredniej robocizny, materiałów i pracy sprzętu oraz kosztów bezpośrednich i zysku, wyliczoną na jednostkę przedmiarową robót podstawowych*. Natomiast stosownie do § 2 ust. 1 tegoż rozporządzenia kosztorys sporządzany metodą kalkulacji uproszczonej polega na obliczeniu wartości kosztorysowej robót objętych przedmiarem robót jako sumy iloczynów jednostek przedmiarowych robót podstawowych i ich cen jednostkowych, bez podatku od towarów i usług. Skoro Zamawiający w pkt. 14 rozdziału I s.i.w.z. *Opis sposobu obliczenia ceny* nie zawarł zapisu, że kosztorys powinien zawierać stawkę roboczogodziny, wysokość narzutów, wskazał natomiast w projekcie umowy, iż podstawą rozliczenia wykonanych robót będzie kosztorys powykonawczy uproszczony, niezłączenie przez wykonawcę do oferty wykazu cen czynników produkcji nie stanowi o niezgodności oferty z s.i.w.z.

Zgodnie z art. 14 ustawy pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy kodeksu cywilnego. Zgodnie z art. 66 § 1 kc oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Istotne postanowienia przyszłej umowy są określane przez wykonawcę składającego ofertę na podstawie s.i.w.z. *Zgodność treści oferty z treścią specyfikacji nie musi polegać na dosłownym powtórzeniu*

brzmienia zapisów specyfikacji w złożonych ofertach. Istotne jest, aby sens i zakres oświadczeń składających się na treść oferty odpowiadał zamierzeniom zamawiającego. (por. wyrok KIO z 17 października 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1062/08).

Zamawiający w pkt. 8 rozdziału I s.i.w.z. *Dokumenty, które należy dołączyć do oferty* zamieścił postanowienie, iż *do oferty należy również dołączyć: 8.3. Wypełnione i podpisane kosztorysy ofertowe – wg wzoru – Rozdział III SIWZ (część 1,2,3,4,5,6,7,8,9). 8.4. Wypełniony wykaz cen czynników produkcji – wg wzoru – załącznik Nr 1 do kosztorysu ofertowego.* Fakt niezłączenia przez Odwołującego do oferty wykazu cen czynników produkcji nie ma wpływu na istotny element oferty czyli cenę, w związku bowiem z kosztorysowym charakterem wynagrodzenia, zostanie ono wyliczone o obmiary rzeczywiście wykonanych robót oraz przedstawione w kosztorysie ofertowym ceny jednostkowe w poszczególnych pozycjach przedmiarowych na podstawie uproszczonego kosztorysu powykonawczego. Żądanie zatem przez Zamawiającego dołączenia do oferty wykazu cen czynników produkcji jest zbędne, z punktu widzenia możliwości zweryfikowania przez Zamawiającego zgodności oferty z s.i.w.z. Zamawiający nie dysponuje bowiem żadną możliwością zweryfikowania prawidłowości wyliczenia poszczególnych cen jednostkowych, nawet w przypadku gdyby rzeczony wykaz został przez Odwołującego dołączony do oferty.

Nie wiadomo czemu miało służyć dołączenie do oferty takiego wykazu, skoro wykonawca zaakceptował zakres świadczenia w treści oferty. Art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp nie dotyczy bowiem formalnej niezgodności, sprowadzającej się do ustalenia, czy formularz oferty wypełniono według druku zamawiającego. Odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp może nastąpić jedynie z przypadku niezgodności treści oferty z treścią s.i.w.z. w zakresie merytorycznym, czyli niezgodności w zakresie zakresu, wartości czy sposobu realizacji zamówienia. Proponowana przez Odwołującego cena uwzględnia wszystkie elementy, w tym koszty pośrednie i bezpośrednie wykonania zamówienia. Nadto zgodnie z pkt 14.6 rozdziału I s.i.w.z. podane przez Odwołującego ceny jednostkowe zostają ustalone na cały okres ważności umowy i nie będą podlegały zmianom. Postanowienia s.i.w.z. nie wskazują (o czym świadczy fakt, iż wykaz nie został uwzględniony przy opisie sposobu obliczenia ceny, a jedynie wymieniony jako jeden z dokumentów, które należy dołączyć do oferty), jakie znaczenie miał dla Zamawiającego wykaz pod kątem merytorycznej oceny zawartości oferty. S.i.w.z. nie zawiera bowiem zapisu choćby o tym, że rzeczony wykaz jest niezbędny np. dla ustalenia wartości robót dodatkowych w przypadku braku odpowiednich cen jednostkowych określonych w kosztorysie ofertowym. W umowie nie przewidziano również możliwości wykonania robót zamiennych. Zamawiający ponadto

wymagał niejako dodatkowo dostarczenia kosztorysu szczegółowego dopiero przed zawarciem umowy, jednocześnie przewidując rozliczenie wykonanych robót na podstawie kosztorysu powykonawczego uproszczonego. Prowadzi to do wniosku, iż zgodnie z s.i.w.z. wykaz czynników produkcji nie stanowił treści oferty. Pogląd Odwołującego zdaje się również uzasadniać fakt, iż w przedmiotowym postępowaniu oprócz wykonawcy wykaz cen czynników produkcji nie został dołączony również przez innych wykonawców. Niejednoznaczność s.i.w.z. nie może narażać wykonawcy na odrzucenie jego oferty, gdyż to na Zamawiającym spoczywa obowiązek takiego ukształtowania zapisów s.i.w.z., aby nie budziły wątpliwości przy sporządzaniu oferty.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wymagał sporządzenia kosztorysu metodą uproszczoną, a nie metodą szczegółową rozdzielającą ceny robocizny, materiałów i sprzętu w poszczególnych pozycjach. W przeciwnym bowiem wypadku nie wprowadzałby do s.i.w.z. zapisu o konieczności przedłożenia mu kosztorysu szczegółowego dopiero przez zawarciem umowy. Świadczą tym również postanowienia umowy, zgodnie z którą przedmiotem umowy jest zobowiązanie wykonawcy do wykonania Budowy Sali gimnastycznej w Rudzie w zakresie wyszczególnionym w załączniku nr 1 do umowy (kosztorys ofertowy) – § 1 projektu umowy.

Art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp nie może stanowić podstawy bezwzględnego egzekwowania podania wszystkich informacji, które dla weryfikacji czy zobowiązanie wykonawcy odpowiada przedmiotowi zamówienia są zupełnie zbędne czy relewantne. Wskazać również należy, iż Zamawiający w trybie art. 87 ust. 1 ustawy pzp mógł zwrócić się do wykonawcy o udzielenie informacji, co do wartości robocizny, sprzętu czy też materiałów. Udzielenie bowiem tych informacji nie stanowiłoby negocjacji dotyczących złożonej przez Odwołującego oferty, ani jej modyfikacji. Tym bardziej w świetle zapisów s.i.w.z., iż ceny jednostkowe określone w ofercie przez wykonawcę nie mogą ulec zmianie w trakcie realizacji zamówienia. Z przedstawionego stanu faktycznego wynika, że wykaz cen czynników produkcji w świetle postanowień s.i.w.z. i postanowień umowy nie stanowił treści oferty, zatem jego brak nie mógł spowodować odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp.

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

28 listopada 2011 r. (pismem z 26 listopada 2011 r.) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło od P.P.H. i U. BUDOIMIPLEX spółki z o.o. z siedzibą w Straszęcinie

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 Odwołujący podtrzymał odwołanie, natomiast Zamawiający wniósł o jego oddalenie, co poparł Przystępujący.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika 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 najniższą ofertę pod względem ceny, stanowiącej 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 niezyskania 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 (wraz z płytą CD-Rom opisaną jako *Dokumentacja techniczna i szczegółowe specyfikacje techniczne do: „Budowa Sali gimnastycznej w Rudzie”*), w szczególności zaś przeprowadziła dowody z: s.i.w.z. i oferty Odwołującego, 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.

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 nie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby nie stwierdził w niniejszej sprawie nieprawidłowości czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp – z uwagi na niezłożenie w ofercie wypełnionego wykazu cen czynników produkcji dla poszczególnych kosztorysów ofertowych, przez co treść tej oferty nie odpowiada treści pkt. 8.4 rozdziału I s.i.w.z.

Z postanowień rozdziału I s.i.w.z. w sposób jasny, przejrzysty i zrozumiały wynika, iż Zamawiający wymaga złożenia w ofercie wykazu cen czynników produkcji. W pkt. 6 *Opis sposobu przygotowania oferty* wskazano, iż *oferta powinna zawierać wszystkie wymagane dokumenty, oświadczenia, załączniki o których mowa w treści niniejszej Instrukcji* (pkt. 6.6). Następnie – w pkt. 8 *Dokumenty które należy dołączyć do oferty* wpisano zarówno: *Wypełnione i podpisane kosztorysy ofertowe – wg wzoru – Rozdział III SIWZ (część 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9)*, jak i: *Wypełniony wykaz cen czynników produkcji – wg wzoru – załącznik Nr 1 do kosztorysu ofertowego*. W Rozdziale III s.i.w.z. zamieszczono załącznik nr 1 do kosztorysu ofertowego *Wykaz cen czynników produkcji* zawiera trzy tabele, w których pozostawiono puste miejsca na wpisanie cen jednostkowych dla: w pierwszej – odrębnie robocizny (jednostka roboczogodziny), kosztów pośrednich od robocizny i sprzętu („Kp” w %) i zysk („Z” w %), w drugiej – materiałów (*wraz z kosztami zakupu „loco” plac budowy*), w trzeciej – sprzętu (*z podaniem parametrów*). Wreszcie z pkt. 14 *Opis sposobu obliczenia ceny* wynika, iż: *ceny jednostkowe należy wypełnić według załączonych wzorów kosztorysów ofertowych – Rozdział III specyfikacji. Wartość poszczególnych pozycji należy obliczyć jako iloczyn ceny jednostkowej i ilości jednostek. Wartość całości zadania należy obliczyć jako*

sumę wartości poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego. Do wyliczonej kwoty należy doliczyć obowiązujący podatek VAT (pkt 14.2); Od wykonawcy, który będzie realizował zamówienie inwestor zażąda przed podpisaniem umowy dostarczenie szczegółowego kosztorysu ofertowego (pkt 14.3); Wykonawca określi ceny i wartości dla wszystkich pozycji wymienionych we wzorze kosztorysu ofertowego (pkt. 14.4); Ceny jednostkowe określone przez wykonawcę zostaną ustalone na okres ważności umowy i nie będą podlegały zmianom (pkt. 14.5).

W toku postępowania odwoławczego niesporna była okoliczność złożenia przez Odwołującego w swojej ofercie kosztorysów ofertowych bez wypełnionego załącznika nr 1, natomiast spór dotyczył znaczenia jakie ma to dla oceny zgodności treści złożonej oferty z treścią s.i.w.z. Skład orzekający Izby zważył jednak na wstępie, iż biorąc pod uwagę powyżej przytoczone postanowienia – bezprzedmiotowe są rozważania odwołania wskazujące na rzekomą niejednoznaczność s.i.w.z., która miałaby negatywnie wpłynąć na sposób złożenia oferty przez Odwołującego. Bez znaczenia jest również okoliczność, czy i ilu wykonawców również nie dopełniło tego wymagania wprost określonego w treści s.i.w.z. Na rozprawie Odwołujący na wprost zadane pytanie oświadczył, iż brak sporządzenia wykazu cen czynników produkcji wyniknął z omyłkowego przeoczenia, a nie był wynikiem jego świadomej decyzji podjętej przy sporządzaniu kosztorysu ofertowego. Z kolei Zamawiający na rozprawie, wbrew obawom Odwołującego, nie podważał tego, iż ceny jednostkowe za poszczególne pozycje przedmiarowe zawarte w kosztorysach ofertowych Odwołującego mogą uwzględniać koszty robocizny, materiałów, sprzętu oraz koszty pośrednie, a także zysk. Zamawiający wyjaśnił natomiast na rozprawie, iż określenie przez oferentów cen czynników produkcji w składanych ofertach umożliwia mu weryfikację kosztorysu szczegółowego składanego przed podpisaniem umowy przez wykonawcę, którego oferta została wybrana, pod kątem zachowania tych samych cen jednostkowych poszczególnych czynników produkcji, jak i użycia tych samych materiałów i sprzętu, co w ofercie. Skład orzekający Izby zważył, iż o ile co do typu użytych materiałów trudno mówić o jakiejś realnej weryfikacji, skoro brak w s.i.w.z., w tym w treści przygotowanego załącznika nr 1 do kosztorysu ofertowego, sprecyzowania szczegółowości ich opisu, o tyle w zakresie samych cen jednostkowych wyjaśnienie Zamawiającego znajduje racjonalne uzasadnienie – umożliwiając zapobieżenie niepożądanym przesunięciom w ramach kosztorysowej ceny jednostkowej danej pozycji robót pomiędzy kosztem materiału a kosztem pozostałych czynników produkcji. Tym samym nietrafna okazała się argumentacja odwołania, iż nie wiadomo czemu miało służyć sporządzenie wykazu cen czynników produkcji w ramach

oferty. Jeżeli Odwołujący chciał się tego dowiedzieć, to mógł w trybie art. 38 ust. 1 pzp zwrócić się do Zamawiającego o udzielenie w tym zakresie wyjaśnień. Zamawiający nie ma natomiast obowiązku „z urzędu” uzasadniać treści s.i.w.z. czym kierował się wprowadzając takie, a nie inne jej postanowienia, zwłaszcza jeżeli nie są one sprzeczne z obowiązującymi przepisami ustawy pzp i aktów wykonawczych.

W ocenie składu orzekającego Izby Odwołujący usiłuje *post factum* wywieść z przytoczonych w odwołaniu postanowień s.i.w.z. i przepisów wniosek, iż złożenie lub niezłożenie wykazu cen czynników produkcji jest irrelewantne z punktu widzenia oceny zgodności treści złożonej oferty z treścią s.i.w.z. O ile jest to zrozumiałe w sytuacji faktycznej Odwołującego, o tyle podniesiona w odwołaniu i na rozprawie argumentacja nie jest zasadna w okolicznościach niniejszej sprawy. Odwołujący popada w oczywistą sprzeczność, gdyż nie kwestionuje istnienia postanowienia pkt. 8.4 s.i.w.z. i faktu niezłożenia wymaganego wyszczególnienia cen czynników produkcji, a jednocześnie twierdzi, iż dochował wszelkich wymogów s.i.w.z., gdyż dołączył do oferty kosztorys uproszczony zawierający nazwę pozycji, cenę jednostkową i ogólną wartość pozycji. Wbrew rozumowaniu Odwołującego regulacje zawarte w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz.U. Nr 130, poz. 1389) – nie mają bezpośredniego zastosowania do postanowień s.i.w.z., gdyż rozporządzenie dotyczy metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, a nie kosztorysów ofertowych (co wynika wprost z przepisu § 1 ust. 1). Żaden przepis ustawy pzp i tego rozporządzenia nie zabraniają zażądania od wykonawców wraz ze sporządzeniem kosztorysu ofertowego odpowiadającego definicji kosztorysu uproszczonego – przedstawienia cen jednostkowych nakładów rzeczowych w sposób odpowiadający kosztorysowi szczegółowemu. Nadto, w odróżnieniu od przywołanej w odwołaniu definicji ceny jednostkowej z tego rozporządzenia, Zamawiający w s.i.w.z. posłużył się terminem ceny jednostkowej nie tylko w stosunku do wyliczonej na jednostkę przedmiarową sumy kosztów bezpośredniej robocizny, materiałów i pracy sprzętu oraz kosztów bezpośrednich i zysku, lecz także w odniesieniu do cen jednostkowych nakładów rzeczowych robocizny, materiałów i sprzętu niezbędnych do wykonania danej pozycji przedmiarowej, dodatkowo wymagając jeszcze podania w %, również jako cen jednostkowych, kosztów pośrednich robocizny i sprzętu oraz zysku. Jednocześnie ponieważ na mocy postanowień s.i.w.z. (pkt. 8.3. i 8.4.) wykaz cen czynników produkcji stanowi obligatoryjny element poszczególnych kosztorysów ofertowych – brak podstaw do przyjęcia,

iż wskazany w ramach opisu sposobu obliczenia ceny (pkt. 14 s.i.w.z.) obowiązek wypełnienia wszystkich cen jednostkowych według tych kosztorysów (pkt. 14.2. i 14.4.) oraz niezmiennosc cen jednostkowych określonych w ofercie, nie odnoszą się również do cen jednostkowych czynników produkcji. Ceny te miałyby być następnie przeniesione przez wykonawcę, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą do kosztorysu szczegółowego przedstawionego przed podpisaniem umowy. Zamawiający najwyraźniej uznał, iż zabezpiecza to jego interes w wystarczający sposób, stąd nie zażądał na etapie realizacji zamówienia przedstawienia kosztorysu powykonawczego sporządzonego metodą szczegółową w celu rozliczenia wykonania umowy.

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 podanie cen jednostkowych czynników produkcji do rangi istotnych dla niego, obligatoryjnych elementów treści oferty. Wobec tego brak podania ich w złożonej ofercie oznacza brak sprecyzowania przez Odwołującego jej treści w stopniu wymaganym w s.i.w.z. Z odwołania wynika, iż zdaje się to dostrzegać również Odwołujący, wskazując na możliwość skorzystania przez Zamawiającego z przepisu

art. 87 ust. 1 pzp, który dotyczy jednak wyjaśniania treści oferty, a nie doprecyzowaniu jej w zakresie informacji, których oferta nie zawiera w ogóle. Odwołujący wskazał na rozprawie, iż do niepodania cen jednostkowych czynników produkcji doszło w wyniku jego omyłki, co czyni koniecznym rozważenie możliwości jej poprawienia na mocy przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, do którego wprost odsyła przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp. W ocenie składu orzekającego Izby w niniejszej sprawie tryb ten nie znajdzie zastosowania, gdyż uzupełnienie braków oferty oznaczałoby *de facto* niedopuszczalne sporządzenie przez Odwołującego po terminie składania ofert załączników do kosztorysów ofertowych, które obejmują kilkadziesiąt pozycji materiałów, sprzętu oraz wskazanie stawki robocizny, wysokości kosztów pośrednich i zysku, bezpośrednio niewynikających z poszczególnych pozycji przedmiarów, gdyż są ukryte w ramach wyliczonych na ich podstawie cen jednostkowych poszczególnych pozycji robót przewidzianych do wykonania. Zamawiający musiałby dokonać poprawienia oferty wyłącznie na podstawie informacji udzielonych odrębnie i po raz pierwszy przez Odwołującego, bez możliwości zweryfikowania, czy odpowiadają one cenom jednostkowym czynników produkcji, które rzeczywiście były przez niego przyjęte w chwili sporządzania kosztorysów ofertowych. Stanowiłoby to niedopuszczalne z mocy przepisu art. 87 ust. 1 pzp prowadzenie negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz zmianę jej treści po terminie składania ofert.

Mając powyższe na uwadze, Izba, działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1 i 2 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 przepisami: § 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.

Przewodniczący: