

Sygn. akt: KIO 2210/12

WYROK

z dnia 24 października 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 października 2012 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 października 2012 r. przez wykonawcę **SKANSKA S.A., ul. Gen. Zajączka 9, 01-518 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej we Wrocławiu, ul. Norwida 34, 50-950 Wrocław,**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Hydrobudowa Gdańsk S.A. (pełnomocnik konsorcjum), (2) METROSTAV a.s., (3) Bilfinger Berger Budownictwo S.A., adres dla pełnomocnika: ul. Grunwaldzka 135, 80-264 Gdańsk** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża **SKANSKA S.A., ul. Gen. Zajączka 9, 01-518 Warszawa** i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **SKANSKA S.A., ul. Gen. Zajączka 9, 01-518 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2 zasądza kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od **SKANSKA S.A., ul. Gen. Zajączka 9, 01-518 Warszawa** na rzecz **Regionalnego Zarządu Gospodarki Wodnej we Wrocławiu, ul. Norwida 34, 50-950 Wrocław** stanowiących uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „modernizacja budowli i urządzeń zbiornikowych wraz z budową innych obiektów niezbędnych dla zbiornika w ramach Projektu pn. Modernizacja zbiornika wodnego Nysa w zakresie bezpieczeństwa przeciwpowodziowego – etap I”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 6 czerwca 2012 r. pod numerem 2012/S 106-176474.

W niniejszym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty Odwołującego, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 89 ust. 1 pkt. 2 w zw. z art. 66 k.c. przez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo, iż nie zawierała niezgodności z treścią SIWZ,
2. art. 87 ust. 1 przez jego niezastosowanie,
3. art. 24 ust. 2 pkt 4 przez wykluczanie Wykonawcy bez wezwania do uzupełnienia dokumentów zgodnie z art. 26 ust. 3,
4. art. 91 ust. 1 przez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów ustawy Pzp,
5. art. 7 przez naruszenie w niniejszym postępowaniu zasady uczciwej konkurencji.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz unieważnienia wykluczenia Odwołującego z przedmiotowego postępowania, 2) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, 3) wezwania Skanska S.A. do wyjaśnienia oferty na podstawie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, 4) powtórzenia analizy i oceny ofert i dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Skanska S.A., 5) wyboru jako najkorzystniejszej oferty Skanska S.A.

Zamawiający stwierdził, iż Wykonawca składając ofertę nie załączył do Kosztorysu Ofertowego wymaganego przez Zamawiającego załącznika pn: „ZAŁĄCZNIK DO KOSZTORYSU OFERTOWEGO” - „Szczegółowa kalkulacja stosowanych narzutów i średniej stawki robocizny wraz z pozostałymi informacjami, zastosowanych przy sporządzaniu Kosztorysu Ofertowego”, zawierającego średnie stawki robocizny oraz wielkości (%) narzutów od Materiału (K.z), Robocizny i Sprzętu (K.o. i Zysku) wraz ze źródłem cen sprzętu i materiałów - przy obliczaniu cen jednostkowych do Kosztorysów Ofertowych.

Odwołujący podniósł, że SIWZ nie jest czytelna, wymagania co do kalkulacji ceny były nieprecyzyjne, zwłaszcza w kontekście odpowiedzi udzielanych przez Zamawiającego. W pierwszej kolejności Odwołujący podniósł, iż Zamawiający wskazał w rozdziale XI „Sposób Obliczenia Ceny” pkt 2, że „Cenę należy obliczyć zgodnie z „Tabelami przedmiarów robót/Kosztorysów ofertowych” - zał. nr 03 niniejszej SIWZ. Załącznik nr 3 stanowiły przedmiary robót, będące kosztorysami scalonymi. Odwołujący podaje, że wypełnił te załączniki zgodnie z instrukcjami wskazanymi w SIWZ - oferta zawiera wszelkie kosztorysy ofertowe wraz z Zestawieniami zbiorczymi. Zamawiający wskazał również, że cenę należy wyliczyć przez wypełnienie Tabel Przedmiarów Robót z przedmiarami robót - co zostało przez Odwołującego wykonane. Nadto, w rozdziale XI pkt 3 Zamawiający postanowił, iż cenę należy podać w „Formularzu ofertowym” i winna ona odpowiadać sumie podanej w „Zbiorczym zestawieniu kosztów robót zadań”, na które składają się wycenione „Tabele przedmiarów robót/Kosztorysów ofertowych”, które należy dołączyć do złożonej oferty jako załącznik, zgodnie z pkt 1.4.5. rozdz. IX niniejszej SIWZ. Natomiast w rozdz. IX „Opis sposobu przygotowania oferty” SIWZ w pkt. 1.4.5. Wycenione Tabele przedmiarów robót/Kosztorysów ofertowych zapisano: "Wykonawca winien je opracować w układzie zgodnym z układem „tabel przedmiaru robót/Kosztorysów ofertowych”, stanowiących zał. nr 03 niniejszej SIWZ. Dokumenty te winny posiadać datę sporządzenia, podpis osoby uprawnionej do reprezentowania Wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Dokument należy przedstawić w oryginale”.

Załącznik nr 03, zgodnie ze spisem załączników stanowiły Tabele przedmiaru robót/Kosztorysy ofertowe: Spis załączników (str. 1) + Zestawienie zbiorcze (str. 1) + Załącznik do Kosztorysu ofertowego (str. 1). Jednakże do SIWZ Zamawiający nie dołączył Załącznika do kosztorysu ofertowego (str. 1), który Wykonawcy rzekomo mieli wypełnić, co stało się podstawą odrzucenia trzech Wykonawców w niniejszym postępowaniu. Odwołujący podniósł, że skoro Zamawiający najpierw w rozdziale XI pkt 2 i 3 odsyła do załączników, które należy wypełnić ściśle wg załączników, a następnie jednego z tych załączników - w tym przypadku „Załącznika do Kosztorysu ofertowego do SIWZ” - nie dołącza, wykonawcy w istocie nie mogą być zobowiązani do wypełnienia wg wzoru dokumentu, który wcale do SIWZ nie został dołączony, a zatem nie bez przyczyny, aż trzech Wykonawców w niniejszym postępowaniu uznało, że skoro załącznik do SIWZ nie został dołączony, to nie ma potrzeby jego wypełniania.

Odwołujący zwrócił uwagę, iż wykonawców w niniejszym przekonaniu utwierdziła także odpowiedź Zamawiającego, udzielona w Informacji Nr 2 z dnia 20 czerwca 2012 r., gdzie w odpowiedzi na pytanie nr 6 i 7 Zamawiający wyjaśnił: „Zamawiający wyjaśnia, że m. in. § 14 ust. 4 wzoru umowy, o treści „ostateczna wartość wynagrodzenia (netto)

Wykonawcy za wykonanie Przedmiotu Zamówienia, ze względu na kosztorysowo-obmiarowy sposób rozliczeń wg Umowy, zostanie ustalona w kosztorysach ofertowych, zamiennych lub ewent. powykonawczych, sporządzonych przez kierownika Budowy Wykonawcy na podstawie potwierdzonych obmiarów wykonanych robót, dostaw i usług w układzie narastającym oraz jednostkowych cen z właściwych kosztorysów. Dokumenty te wymagają sprawdzenia przez właściwego Inspektora Nadzoru Inwestorskiego oraz akceptacji Inżyniera. Wynagrodzenie wg rozliczenia końcowego nie może przekroczyć kwoty wskazanej w Umowie (§ 7 ust. 2), wynika że Zamawiający zapłaci Wykonawcy za faktyczną (rzeczywistą) ilość wykonanych robót.” oraz odpowiedź nr 2, zawartą w Informacji Nr 5, na pytanie: „Czy Zamawiający będzie rozliczał się z Wykonawcą za wykonane roboty na podstawie cen jednostkowych?” - „Zamawiający będzie się rozliczał z Wykonawcą na podstawie obmiaru robót, stosując ceny jednostkowe wykonanych robót, zgodnie z zapisami zawartymi w umowie w § 8 ust. 3. Faktury za zrealizowane roboty, dostawy i usługi będą wystawiane na podstawie kosztorysów ofertowych po uprzednim sprawdzeniu i akceptacji przez właściwego inspektora nadzoru inwestorskiego jakości oraz zgodności ich wykonania z umową, przy uwzględnieniu zasad i wymagań ST-450 - „Część Ogólna” oraz odpowiednich WTE, a także SST dla robót podstawowych i specjalistycznych, obowiązującymi przepisami techniczno-budowlanymi, normami oraz zasadami współczesnej wiedzy technicznej i po protokolarnym odbiorze przez Inżyniera i Zamawiającego.”

Jednocześnie Odwołujący wskazał, że Informacją Nr 26 z dnia 18 lipca 2012 r. Zamawiający wprowadził zmiany w załącznikach do SIWZ, nakazując je traktować jako integralną część zamówienia, w załączniku Nr 03 do SIWZ pod nazwą - Tabele przedmiarów robót/Kosztorysy ofertowe, udostępniając nowe wersje przedmiarów robót/kosztorysów ofertowych, uwzględniające wszystkie zmiany, wynikające z udzielonych odpowiedzi na pytania Wykonawców. Zmodyfikowane załączniki również nie zawierały „załącznika do kosztorysu ofertowego”. Zdaniem Odwołującego, z przytoczonych wyjaśnień do SIWZ wynika, że stawki rbg, koszty zakupów, robocizny i sprzętu wraz ze źródłem cen w ogóle nie miały znaczenia dla sposobu rozliczenia robót, gdyż podstawę będą stanowiły tutaj kosztorysy ofertowe. Zdaniem Odwołującego powyższe jednoznacznie wskazuje na wewnętrzne sprzeczności SIWZ i jej nieprecyzyjność, co zgodnie z powszechnie stosowaną zasadą, że błędy Zamawiającego nie mogą obciążać wykonawców, jednoznacznie wskazuje, iż brak podstaw do odrzucenia oferty. Powyższą tezę potwierdza chociażby orzeczenie KIO sygn. akt KIO/UZP 1873/09, KIO/UZP 1874/09 Wyrok KIO z dnia 9 lutego 2010 r.

Istotny jest fakt, iż oczekiwane przez Zamawiającego stawki (RBG, Kz, Ko, Z) nie mają z punktu widzenia oferty żadnego znaczenia merytorycznego. Umowa będzie

rozliczana kosztorysem powykonawczym, a zatem istotna w ofercie jest cena i kosztorysy, które w sposób kompletny zostały załączone przez Skanska S.A. Zgodnie z art. 66 § 1 k.c. oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeśli określa istotne postanowienia umowy, oferta Odwołującego zawiera cenę i kosztorysy wraz z ich zbiorczymi zestawieniami, a zatem zawiera elementy potrzebne do ustalenia i rozliczenia wynagrodzenia. Stawki (RBG, Kz. Ko, Z), nie służące ani w SIWZ, ani w umowie żadnemu celowi nie stanowią treści oferty, ponieważ nie zawierają się w *essentialia negotii*. „Zamawiający nie wykazał w jaki sposób brak przedmiotowych informacji (tj. składników cenotwórczych w kosztorysie ofertowym w formie kosztorysów scalonych (uproszczonych) może wpływać na zakres, wartość i sposób wykonania zamówienia wynikające z oferty, czyli na jej istotne elementy. Brak składników cenotwórczych nie wpływa na treść oferty, ani na możliwość dokonania oceny złożonej oferty oraz na określenie istotnych warunków niezbędnych do zawarcia umowy” (por. buduj z Głową Kwartałnik Kosztorysanta Warwas Andrzej BzG/2010 Zamówienia publiczne).

Postępowanie Zamawiającego w zakresie oceny elementów oferty, które treścią oferty nie są jest całkowicie niezrozumiałe również z punktu widzenia porównania cenowego, skoro oferta Odwołującego jest o ok. 7,5 milionów złotych tańsza od oferty uznanej za najkorzystniejszą.

W ocenie Odwołującego, jeżeli Zamawiający koniecznie uzyskać informację o wysokości stawek, które w żaden sposób nie wpływają ani na cenę ofert, ani na sposób rozliczenia umowy, powinien był w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, zażądać wyjaśnień, zwłaszcza iż w analizowanym przypadku nie prowadziłoby to do negocjacji ceny oferty. Wskazanie przedmiotowych stawek w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie miałyby żadnego wpływu na cenę i nie skutkowałyby nawet żadnymi korektami w cenie oferty. Wszak skoro można np. w trybie art. 87 ust. 2 poprawiać omyłki w ofercie, wraz z konsekwencjami tych omyłek, prowadzącymi często do zmiany wysokości ceny, to tym bardziej możliwym powinno być wyjaśnienie elementów oferty, które w żaden sposób nie odnoszą się do *essentialia negotii*.

Całkowicie bezpodstawną czynnością Zamawiającego jest także czynność wykluczenia Odwołującego, ze względu na wykazanie się sprzętem o wymaganych parametrach zgodnie z wymogami art. IV pkt 3 SIWZ. Przede wszystkim Zamawiający nie podał, która z pozycji wykazu nie spełnia jego oczekiwań i dlaczego. Proste porównanie poszczególnych pozycji wykazu złożonego ofercie SKANSKA z pozycjami SIWZ, prowadzi do jednoznacznego wniosku, iż wymagany sprzęt odpowiada wymaganiom Zamawiającego. Nadto, aby wykluczyć Wykonawcę Zamawiający powinien był uprzednio skorzystać z procedury przewidzianej art. 26 ust. 3 Pzp. Mając na względzie obie okoliczności, wykluczenie Odwołującego z postępowania jest całkowicie bezpodstawne.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

W rozdziale IX pkt 1.4.1 SIWZ wskazano, iż do oferty należy dołączyć, określone przez Zamawiającego załączniki, w tym wycenione Tabele przedmiarów robót/Kosztorysów ofertowych (pkt 1.4.5.). Jednocześnie Zamawiający postanowił, iż „Wykonawca winien je opracować w układzie zgodnym z układem „Tabel przedmiaru robót/Kosztorysów ofertowych” stanowiących załącznik nr 03 niniejszej SIWZ”.

W pkt 2 rozdziału XI SIWZ pn. „Opis sposobu obliczenia ceny” zawarte jest postanowienie, że „Cenę należy wyliczyć przez wypełnienie Tabel Przedmiarów Robót z przedmiarami robót, usług i dostaw i przeniesienie wyliczonych wartości netto do odpowiednich pozycji zbiorczego zestawienia kosztów obiektów oraz elementów robót dla poszczególnych zadań, następnie wartości ogółem netto każdego zadania należy przenieść do zbiorczego zestawienia kosztów zadań całego przedsięwzięcia i po podsumowaniu wartości netto obliczyć wartość brutto wg obowiązującej stawki podatku VAT (zgodnie z załączonymi Tabelami Przedmiarów Robót, jako kosztorys ofertowy). Ponadto (jako załącznik do Kosztorysu Ofertowego) Wykonawca jest obowiązany do podania średniej stawki robocizny oraz wielkości (%) narzutów od Materiału (K.z), Robocizny i Sprzętu (K.o. i Zysku) wraz ze źródłem cen sprzętu i materiałów przy obliczaniu cen jednostkowych do Kosztorysów Ofertowych. W/w załącznik należy sporządzić dla każdego zadania i każdej branży oddzielnie”.

Jednocześnie Zamawiający wskazał: „Cenę należy podać w „Formularzu ofertowym” i winna ona odpowiadać sumie podanej w „Zbiorczym zestawieniu kosztów robót zadań” na które składają się wycenione „Tabele przedmiarów robót/Kosztorysów ofertowych”, które należy dołączyć do złożonej oferty jako załącznik, zgodnie z pkt. 1.4.5. rozdz. IX niniejszej SIWZ” (pkt 3 rozdz. XI).

W § 14 ust. 4 wzoru umowy zawarto postanowienie: „Ostateczna wartość wynagrodzenia (netto) Wykonawcy za wykonanie Przedmiotu Zamówienia, ze względu na kosztorysowo-obmiarowy sposób rozliczeń wg Umowy, zostanie ustalona w kosztorysach ofertowych, zamiennych, sporządzonych przez Kierownika Budowy Wykonawcy na podstawie potwierdzonych obmiarów wykonanych robót, dostaw, usług w układzie narastającym oraz jednostkowych cen z właściwych kosztorysów. Dokumenty te wymagają sprawdzenia przez właściwego Inspektora Nadzoru Inwestorskiego oraz akceptacji Inżyniera. Wynagrodzenie wg rozliczenia końcowego nie może przekroczyć kwoty wskazanej w Umowie (§ 7 ust. 2).”

Zgodnie z § 21 ust. 1 wzoru umowy, „Zamawiający dopuszcza możliwość zmiany istotnych postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy w przypadku wystąpienia, co najmniej jednej z okoliczności wymienionych poniżej, obejmujących w szczególności: I. Zmiana w zakresie wynagrodzenia,

o jakim mowa w § 7 Umowy: a. w sytuacji, gdy w celu wykonania przedmiotu umowy zgodnie z dokumentacją projektową koniecznym jest wprowadzenie zmian w przedmiarze robót.”

Z Informacji nr 26 wynika, że „Zamawiający wprowadza zmiany w załącznikach do SIWZ i należy je traktować jako integralną część zamówienia: w Załączniku nr 03 do SIWZ pod nazwą – Tabele przedmiarów robót/Kosztorysy ofertowe. Zamawiający udostępnia nową wersję przedmiarów robót/kosztorysy ofertowe, uwzględniające wszystkie zmiany, wynikające z udzielonych odpowiedzi na pytania Wykonawców. Zmiany wprowadzono w zadaniach od 2 do 10, w następujących kosztorysach: (...)”

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego, że podstawą oddalenia odwołania winien być brak ziszczenia się materialnoprawnej przesłanki, o której mowa w przepisie art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Nie zasługuje bowiem na aprobatę pogląd, iż interes w uzyskaniu danego zamówienia ma jedynie ten wykonawca, niezależnie od tego czy wniósł odwołanie, który zaoferował najniższą cenę w niniejszym postępowaniu a jego oferta została odrzucona, bowiem w wyniku powtórnej oceny ofert jedynie ten wykonawca może uzyskać zamówienie. W ocenie Izby, za nieuprawnione należy uznać stanowisko, iż skutki wniesienia środków ochrony prawnej odnoszą się do wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu. Nie ma żadnego powodu, aby wykonawca, który nie skorzystał ze środków ochrony prawnej objęty został ochroną tak jak wykonawca wnoszący odwołanie. Nie należy zapominać, że wniesienie środka ochrony prawnej, podobnie jak środka zaskarżenia, prowadzi do powstania sporu między ściśle określonymi stronami a jego rozstrzygnięcie odnosi skutek jedynie między tymi stronami. Stąd też z żądania Odwołującego, iż domaga się powtórzenia czynności badania i oceny ofert nie sposób wyprowadzać tak daleko idących wniosków, iż Odwołujący działa w interesie pozostałych wykonawców, przeczyłoby to bowiem zarówno istocie instytucji środków ochrony prawnej i indywidualnemu uprawnieniu do ich wnoszenia, jak również zasadom racjonalności.

Natomiast, w ocenie Izby, odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie jako bezzasadne. Nie można podzielić poglądu Odwołującego, że SIWZ nie jest precyzyjna i czytelna. Po pierwsze, zauważyć należy, iż z jednej strony Odwołujący wskazuje, z jakich powodów jego oferta została odrzucona, z drugiej zaś strony odnosząc się do braku precyzji Zamawiającego, powołuje postanowienia SIWZ, które nie dotyczą tego przedmiotu. Odwołujący skupia się bowiem na tych fragmentach SIWZ, odnoszących się *stricto* do sposobu obliczenia ceny, wykazując, iż wypełnił wymogi Zamawiającego, gdy tymczasem podstawą odrzucenia oferty Odwołującego nie był błąd w obliczeniu ceny, czy też wadliwy sposób jej obliczenia, ale niezgodność treści oferty z treścią SIWZ w zupełnie innym

zakresie. W konsekwencji, przytoczona argumentacja nie mogła być przydatna do rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

Jednocześnie zauważyć należy, iż stanowiska Odwołującego w tym przedmiocie nie można postrzegać jako zarzutu, bowiem nie koresponduje z uzasadnieniem prawnym i treścią żądań sformułowanych w odwołaniu, nie sposób więc rozważać kwestii terminowości jego podniesienia. Nie powinno budzić wątpliwości, iż prezentowane stanowisko miało na celu zapobieżeniu wystąpienia negatywnych skutków dla Wykonawcy w sytuacji, gdy SIWZ jest niezrozumiała. Z przyczyn podanych wyżej przedmiotowa argumentacja nie mogła doprowadzić do oczekiwanych rezultatów.

Na marginesie należy jedynie zauważyć, iż obowiązek dołączenia do kosztorysów ofertowych informacji w przedmiocie średniej stawki robocizny oraz wielkości narzutów od materiału, robocizny, sprzętu i zysku wraz ze źródłem cen sprzętu i materiałów został wyartykułowany w rozdziale XI pkt 2 SIWZ w sposób nie budzący wątpliwości. W tym przedmiocie za nieuzasadnione należy uznać powoływanie się przez Odwołującego na orzecznictwo Izby, w szczególności na wyrok z dnia 9 lutego 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1873/09, KIO/UZP/ 1874/09, który dotyczy odmiennego stanu faktycznego. Izba w tym składzie również podziela pogląd, że brak określenia żądania przedłożenia określonego dokumentu nie może rodzić negatywnych skutków dla wykonawcy.

Nie znajduje również uzasadnienia twierdzenie Odwołującego, iż sporny załącznik do kosztorysu ofertowego nie był objęty załącznikiem nr 03 do SIWZ. Odwołujący nie udźwignął w tym zakresie obowiązku, wynikającego z przepisu art. 190 ust. 1 ustawy Pzp. Z faktu, iż trzech wykonawców nie dołączyło przedmiotowego załącznika do oferty nie można wywodzić, że załącznik ten nie stanowił treści SIWZ. Po pierwsze, przeczy temu okoliczność, iż dwóch wykonawców sprostало obowiązkowi nałożonemu przez Zamawiającego, co więcej porównanie treści przedmiotowych załączników, pozwala na stwierdzenie, że sporządzili je na podstawie tego samego wzoru. Po drugie, przedstawiona przez Zamawiającego informacja z serwera nie pozwala na przyjęcie takiego domniemania. Po trzecie, powyższemu stoi na przeszkodzie samo zachowanie Odwołującego, który wskazuje w treści formularza ofertowego na przedmiotowy załącznik, którego jednak nie dołącza.

W ocenie Izby, nawet gdyby Zamawiający nie przygotował projektu spornego załącznika, to powyższe nie przekreślałoby obowiązku jego przedłożenia wraz z ofertą. Skoro bowiem z treści pkt 2 rozdziału XI SIWZ wynika, jakie informacje ma zawierać sporny załącznik, to brak przeszkód do jego sporządzenia.

Izba nie podziela również stanowiska Odwołującego, że wyjaśnienia Zamawiającego, zawarte w Informacji nr 2, jak i Informacji nr 5 potwierdzały brak obowiązku dołączenia do oferty spornego załącznika. W pierwszej kolejności stwierdzić należy, iż rozstrzygającego znaczenia dla określenia zawartości oferty nie ma projekt umowy a treść SIWZ, odnosząca

się bezpośrednio do tego przedmiotu. Dalej zauważyć należy, że brak było podstaw do przyjęcia, że obowiązek dołączenia spornego załącznika nie istnieje skoro został wyartykułowany w pkt 2 rozdziału XI SIWZ i nie został zniesiony. Nadto, sformułowanie przedmiotowego obowiązku w części SIWZ, odnoszącej się do sposobu obliczenia ceny, w powiązaniu z postanowieniami § 14 ust. 4 wzoru umowy, gdzie mowa o kosztorysach zamiennych i powykonawczych w kontekście wartości wynagrodzenia wykonawcy, nie pozwala na przyjęcie, iż obowiązku sporządzenia spornego załącznika w istocie nie było.

Oceny przedmiotowej sytuacji nie zmienia również treść Informacji nr 26. Nie budzi bowiem wątpliwości, iż w świetle powołanej Informacji, zmian dokonano jedynie w określonych kosztorysach ofertowych, nie znosząc jednocześnie obowiązku dołączenia spornego załącznika.

Nie można zgodzić się z Odwołującym, iż sporny załącznik nie stanowi treści oferty. To Zamawiający określa jaka ma być minimalna treść oferty i w niniejszym postępowaniu to również uczynił, zważywszy na postanowienia pkt 1.4 rozdziału IX SIWZ w zw. z pkt 2 rozdziału XI SIWZ. Jednocześnie Zamawiający wyraźnie wskazał, jakie wymagania należy wiązać z formą oferty (pkt 2 rozdziału IX SIWZ). Za nieuprawniony należy uznać pogląd Odwołującego, iż treść oferty to jej *essentialia negotii*. Odwołujący pomija, iż *essentialia negotii* stanowią element konstytutywny oferty, jednakże poza tymi postanowieniami oferta może zawierać również *accidentalialia negotii* oraz *naturalia negotii* i w aspekcie tych postanowień należy również rozważyć zgodność treści oferty z treścią SIWZ.

Co do okoliczności, że Zamawiający nie wskazał celu przedstawienia spornych załączników, to trudno takiego obowiązku doszukiwać się w przepisach prawa. Niemniej jednak, w ocenie Izby, profesjonalny wykonawca widząc, iż sporne załączniki związane są ze sposobem obliczenia ceny a w konsekwencji będą miały znaczenie dla określenia cen jednostkowych w kosztorysach zamiennych i powykonawczych, które przywołano w treści projektu umowy, nie sposób odmówić im znaczenia i uprawnienia do ich żądania przez Zamawiającego.

Jednocześnie w ocenie Izby, usunięcie powyższego braku nie może nastąpić w trybie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem prowadziłoby to do nieuprawnionego uzupełnienia oświadczenia woli Wykonawcy, a w istocie oferty Odwołującego. Z tych względów uznać należy, iż zarzuty naruszenia przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie znalazły potwierdzenia.

Za chybiony należy również uznać zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ustawy Pzp, bowiem obowiązek wezwania do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń we wskazanym trybie aktualizuje się jedynie w przypadku braku podstaw do odrzucenia oferty.

W konsekwencji brak podstaw do stwierdzenia naruszenia przepisów art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ustawy Pzp.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 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. Nr 41, poz. 238), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 20.000,00 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3.600,00 zł.

Przewodniczący: