

WYROK

z dnia 21 lipca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 21 lipca 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 lipca 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Viatelecome Sp. z o.o., Sotronic Sp. z o.o., ul. Skarbowców 23a, 53 – 023 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Biłgoraj, ul. Kościuszki 88, 23 – 400 Biłgoraj**

przy udziale wykonawcy **W. W., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą SYMETRA W. W., ul. Kilińskiego 16, 28-100 Busko-Zdrój** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie w całości i nakazuje Zamawiającemu – Gminie Biłgoraj: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenie oferty złożonej przez W. W., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą SYMETRA W. W., ul. Kilińskiego 16, 28-100 Busko-Zdrój na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.**
- 2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Gminę Biłgoraj, ul. Kościuszki 88, 23 – 400 Biłgoraj, i:**
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Viatelecome Sp. z o.o., Sotronic Sp. z o.o., ul. Skarbowców 23a, 53 – 023 Wrocław tytułem wpisu od odwołania.**

- 2.2 zasądza od zamawiającego **Gminy Biłgoraj, ul. Kościuszki 88, 23 – 400 Biłgoraj** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Viatelecome Sp. z o.o., Sotronic Sp. z o.o., ul. Skarbowców 23a, 53 – 023 Wrocław** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.
- 2.3 nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Viatelecome Sp. z o.o., Sotronic Sp. z o.o., ul. Skarbowców 23a, 53 – 023 Wrocław** kwoty **5 000 zł 00 gr** (pięć tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą wartość nadpłaconego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Zamościu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Budowę sieci szerokopasmowego dostępu do Internetu, dostawa sprzętu komputerowego wraz z oprogramowaniem oraz serwisem w ramach projektu finansowanego w ramach działania 8.3 POIG zgodnie z umowa nr POIG.08.03.00-06-116/11”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 marca 2015 roku pod numerem 2015/S 053-092296.

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego, której treść nie odpowiada treści SIWZ, formułując zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i wnosząc o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty Przystępującego i dokonania ponownej oceny ofert oraz wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący wskazał, że Zamawiający w SIWZ w rozdziale XII „Opis sposobu obliczenia ceny” w punkcie 7 postawił wykonawcom konkretne wymagania, co do treści oferty. Powyższe wymaganie SIWZ zostało przez Zamawiającego uszczegółowione odpowiedzią na pytanie nr 25 z dnia 21 kwietnia 2015 roku. Ponadto, jak zauważył Odwołujący, w rozdziale X „Opis sposobu przygotowania oferty” w punkcie 2 Zamawiający wyraźnie wskazał, że do formularza oferty należy dołączyć: „Dokumenty dotyczące oferowanych towarów/materiałów/urządzeń/rozwiązań równoważnych, zgodnie z zapisami w rozdziale III pkt C oraz Załączniku 11.1 do SIWZ - Projekt Wykonawczy Sieci Szerokopasmowej - jeżeli dotyczy”.

Zdaniem Odwołującego, z powyższych postanowień wynika wprost, że Zamawiający wymagał dołączenia do ofert zarówno szczegółowych kosztorysów, jak i zestawienia tabelarycznego sprzętu, których minimalną treść Zamawiający określił w wyjaśnieniach do SIWZ (które są wiążące dla wszystkich wykonawców). W ocenie Odwołującego, na mocy przedmiotowego wyjaśnienia do SIWZ, Zamawiający sporządzenie kosztorysu ofertowego oraz zestawienia sprzętu podniósł do rangi istotnego dla niego, obligatoryjnego elementu treści oferty. Zamawiający, niezależnie od wprowadzenia wynagrodzenia ryczałtowego za realizację przedmiotu zamówienia, oczekiwał wyceny w ramach ceny oferty wszystkich

elementów ceny oferty. Tymczasem w ofercie Przystępującego brakuje takich dokumentów. Jak podał Odwołujący, kosztorys w ofercie Przystępującego to zaledwie 2 strony, zaś zestawienia tabelarycznego planowanego do dostawy i instalacji sprzętu w ogóle brak.

Odwołujący wskazał, że kosztorys ofertowy w ofercie Przystępującego w sposób oczywisty nie realizuje wymagań Zamawiającego co do treści oferty, w zakresie podania dla robót budowlanych kalkulacji ceny dla poszczególnych obiektów budowlanych, zawierającej przedmiar robót oraz kalkulację ceny metodą uproszczoną. Odwołujący zauważył, że gdyby Zamawiający nie postawił wymagań, co do treści obydwu ww. dokumentów, to oczywiście z żadnego przepisu prawa nie wynikałby obowiązek ich dostarczenia. Jednakże wobec faktu, że wymagania, co do samego obowiązku dołączenia tych dokumentów do oferty zostały postawione, jak i minimalna treść dokumentów została określona - to brak takich dokumentów w ofercie stanowi o oczywistej sprzeczności pomiędzy treścią SIWZ a treścią oferty Przystępującego. Oczywistą sprzecznością treści oferty z ww. zapisami SIWZ i wyjaśnieniami jest też zupełny brak, zdaniem Odwołującego, w ofercie zestawienia tabelarycznego sprzętu.

Wyprzedając argumentację Zamawiającego Odwołujący wskazał, że za taki dokument nie może zostać uznane oświadczenie z dnia 5 maja 2015 roku, dołączone do pisma Przystępującego z dnia 19 czerwca 2015 roku. Pismo to zatytułowano „*Oświadczenie o braku zastosowania rozwiązań równoważnych*”, zaś w treści Przystępujący stwierdził, że „*oferuje wykonanie całości zamówienia w oparciu o urządzenia i materiały wskazane i opisane w dokumentacji projektowej*”. Po pierwsze, dokument ten nie został zamieszczony w ofercie, zaś jako że stanowi on część zobowiązania wykonawcy, nie podlega uzupełnieniu, stąd też jego treść w ogóle nie wpływa na treść i zawartość oferty. Po drugie, treść tego dokumentu nie jest zgodna z ww. zapisami SIWZ. Zamawiający wyraźnie wymagał, aby do oferty dołączyć zestawienie tabelaryczne sprzętu, a w nim zawrzeć szczegółowe dane każdego oferowanego elementu sprzętu oraz wskazać cenę jednostkową.

Odwołujący podkreślił, że zarówno kosztorys ofertowy, jak i zestawienie sprzętu to istotne elementy oferty, stanowiące *de facto* treść oferty, treść zobowiązania wykonawcy, określające właśnie zakres zobowiązania wykonawcy wobec Zamawiającego. W tym zakresie powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w wyrok z dnia 17 marca 2015 roku, sygn. akt: KIO 437/15,

Odwołujący wskazał również na niemożliwość zastosowania w stosunku do obu przedmiotowych dokumentów trybu wskazanego w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący zauważył, że sformułowanie przez Zamawiającego w ww. wyjaśnieniach do SIWZ wymagań co do zakresu kosztorysu ofertowego oraz zestawienia tabelarycznego wskazuje, że dokumenty te miały po prostu szczegółowo opisywać zakres zobowiązania wykonawcy. Dokumenty takie nie podlegają uzupełnieniom czy zmianom w trybie art. 26 ust. 3 ustawy

Pzp. Odwołujący wskazał, że pogląd ten potwierdzała wielokrotnie Krajowa Izba Odwoławcza (wyrok w sprawie sygn. akt: KIO 2365/14 i KIO 2366/14 z dnia 28 listopada 2014 roku; wyrok w sprawie o sygn. akt: KIO 2307/14 z dnia 18 listopada 2014 roku; wyrok w sprawie o sygn. akt: KIO 1239/14 z 2 dnia lipca 2014 roku).

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

W rozdziale XII pkt 7 SIWZ Zamawiający zawarł następujące postanowienie: „Z wyceny prac Wykonawca sporządzi kosztorys ofertowy, służący do ustalenia ceny oferty. Kosztorys będzie wykorzystywany do ustalenia czy parametry techniczne i jakościowe materiałów oferowanych przez Wykonawcę odpowiadają wymaganiom Zamawiającego (dokumentacja i specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót), do ustalenia czy cena oferty nie stanowi rażąco niskiej ceny (art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp) oraz do ewentualnego ustalenia wartości robót dodatkowych lub zmniejszenia zakresu robót.”

Wyjaśniając treść SIWZ Zamawiający na pytanie: „Zgodnie z treścią Roz. XII ust. 7 SIWZ – do oferty należy załączyć kosztorys ofertowy. Wykonawca zwraca się z pytaniem, czy poprzez ww. kosztorys należy rozumieć tabelę z cenami jednostkowymi do poszczególnych zakresów zamówienia zamieszczoną w formularzu ofertowym? Jeżeli Zamawiający wymaga, aby kosztorys stanowił odrębny dokument, Wykonawca zwraca się z prośbą o doprecyzowanie w jakiej formie ma zostać przedstawiony”, udzielił następującej odpowiedzi: „Odnosnie robót budowlanych kosztorys ofertowy należy przedstawić jako odrębny dokument sporządzony na podstawie projektów budowlano-wykonawczych i specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót Dokument powinien zostać sporządzony w podziale na poszczególne obiekty budowlane i powinien zawierać przedmiar robót oraz kalkulację ceny metodą uproszczoną. Dokument powinien zawierać również cenę kosztorysową budowy danego obiektu budowlanego. Natomiast w przypadku dostawy i instalacji sprzętu dokument powinien zawierać zestawienie tabelaryczne planowanego do dostawy i instalacji sprzętu wraz z podaniem rodzaju sprzętu (ewentualnie również nazwy producenta, model, itp.) , ceny jednostkowej za dany sprzęt i ceny łącznej, np.: 1. Komputer All-In-One (producent „xyz”, model "abc123") -1111,11 zł/ szt. - 5555,55 zł razem” (pismo z dnia 21 kwietnia 2015 roku, pytanie i odpowiedź nr 25).

Zamawiający wskazał również, że wynagrodzenie za realizację przedmiotu zamówienia ma charakter ryczałtowy (pkt 1 i 2 rozdziału XII SIWZ).

Do oferty Przystępującego został dołączony kosztorys ofertowy, w którym roboty budowlane skalkulowano według następującego schematu: w opisie pozycji wskazano na budowę konkretnego obiektu budowlanego, którą wyceniono jako komplet, podając cenę netto i wartość brutto. Wskazano również na dostawę i instalację komputera PC dla BO i JUP oraz komputera przenośnego dla JUP, podając cenę netto i wartość brutto.

Przystępujący pismem z dnia 19 czerwca 2015 roku przedłożył „oświadczenie o braku zastosowania rozwiązań równoważnych”, w którym podał, że „oferuje wykonanie całości zamówienia w oparciu o urządzenia i materiały wskazane i opisane w dokumentacji projektowej”.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności dostrzeżenia wymaga, że jakkolwiek wynagrodzenie w przedmiotowym postępowaniu ma charakter ryczałtowy, to Zamawiający po pierwsze, wymagał przedłożenia wraz z ofertą kosztorysu ofertowego i zestawienia tabelarycznego planowanego do dostawy i instalacji sprzętu, po drugie zaś, określił treść i znaczenie przedmiotowych dokumentów. Powyższe ma rozstrzygające znaczenie. Zgodzić należy się z Zamawiającym, że w przypadku, gdy mamy do czynienia z wynagrodzeniem ryczałtowym kosztorys ofertowy ma znaczenie pomocnicze, jednakże diametralnie odmiennie należy ocenić sytuację, w której Zamawiający przypisuje konkretną rolę określonym dokumentom i oczekuje, że przedstawiać będą określoną, minimalną treść, jak ma to miejsce w niniejszym stanie faktycznym. Z tych przyczyn powołane przez Odwołującego orzecznictwo Izby, jakkolwiek dotyczące wynagrodzenia kosztorysowego, należy uznać za adekwatne.

Nie można pomijać, że Zamawiający wymagał sporządzenia kosztorysu ofertowego z podziałem na poszczególne obiekty budowlane, który zawiera przedmiar robót i kalkulację ceny metodą uproszczoną, wskazując jednocześnie, że rzeczony kosztorys służyć będzie m.in. do ustalenia, czy parametry techniczne i jakościowe materiałów oferowanych przez wykonawcę odpowiadają wymaganiom Zamawiającego, zawartym w dokumentacji i Specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót.

W tych okolicznościach nie sposób uznać, że dokument, który sporządził Przystępujący i przedłożył wraz z ofertą jako kosztorys ofertowy spełnia te wymagania. W istocie bowiem Przystępujący wyspecyfikował budowę poszczególnych obiektów budowlanych, podając cenę dla danego obiektu, pomijając przedmiar robót, w którym zawarte są poszczególne etapy robót budowlanych z podziałem na branże i opis konkretnych robót. Zamawiający nie miał zatem żadnych możliwości, aby na podstawie tak sporządzonego kosztorysu dokonać oceny zgodności oferowanego świadczenia z postawionymi wymogami.

Analogicznie należy ocenić tabelaryczne zestawienie oferowanego sprzętu. Jakkolwiek w kosztorysie ofertowym, sporządzonym przez Przystępującego wskazano na

dostawę i instalację komputerów stacjonarnych i przenośnych, to wedle oświadczenia Odwołującego przedmiotowe zestawienie nie jest wyczerpujące, jeśli chodzi o przedmiot świadczenia, czemu Zamawiający skutecznie nie zaprzeczył. Nadto, z udzielonych przez Zamawiającego wyjaśnień do SIWZ należy wyprowadzić wniosek, że przynajmniej w przypadku oferowanych komputerów przedmiot świadczenia należy skonkretyzować, podając oferowany model i wskazując producenta sprzętu. Przedmiotowego obowiązku Przystępujący również nie udźwignął.

Reasumując stwierdzić należy, że w przedmiotowej sprawie znaczenie spornych dokumentów należy oceniać nie przez pryzmat ustalonego przez Zamawiającego wynagrodzenia, ale w świetle wymagań i znaczenia przypisanego im przez Zamawiającego. Skoro Zamawiający ustalił, że treść zobowiązania wykonawcy ma być opisana w konkretnym dokumencie w określony sposób, to brak spełnienia powyższego wymogu musi prowadzić do wniosku, że oferta treści wymagań SIWZ nie realizuje. Co więcej, jeśli Przystępujący nie przedstawił żądanych dokumentów w kształcie wymaganym przez Zamawiającego, to nie jest również możliwa ich ocena dla celów wskazanych przez Zamawiającego. Powyższe winno skutkować odrzuceniem oferty Przystępującego i jednoznacznie świadczy o naruszeniu zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Jednocześnie, na marginesie zauważyć należy, że treść i zakres świadczenia wykonawcy musi wynikać z oferty i z tych przyczyn jakiegokolwiek uzupełnienia w tym zakresie nie są możliwe. Nie ma więc podstaw do zastosowania przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, stoją temu na przeszkodzie zarówno przepisy art. 84 ust. 1 ustawy Pzp, art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, jak również art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W ocenie Izby, sporne dokumenty miały określać oferowany przedmiot zamówienia, zatem nie mieszczą się one w katalogu dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Niezależnie od powyższego nie jest trafne stanowisko Zamawiającego, że ewentualny brak podstaw do żądania kosztorysu ofertowego w świetle powołanego przepisu, czyni żądanie bezprzedmiotowym. W orzecznictwie ugruntowany jest pogląd i z tym należy się zgodzić, że jeśli określone żądania, wymogi wyartykułowane w SIWZ nie zostały skutecznie zakwestionowane w toku środków ochrony prawnej, to co do zasady są wiążące dla wykonawców i składają się na treść ciążącego na nich obowiązku.

W tych okolicznościach zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp okazał się słuszny.

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 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł, wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3.600,00 zł.

Przewodniczący: