

WYROK
z dnia 20 grudnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 grudnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 grudnia 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: J..... G..... prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą „ALGO Przedsiębiorstwo Techniczno Innowacyjne J..... G.....” oraz Viatelecome Sp. z o.o. we Wrocławiu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Gminę Cieszanów w Cieszanowie,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: J..... G..... prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą „ALGO Przedsiębiorstwo Techniczno Innowacyjne J..... G.....” oraz Viatelecome Sp. z o.o. we Wrocławiu i 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: J..... G..... prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą „ALGO Przedsiębiorstwo Techniczno Innowacyjne J..... G.....” oraz Viatelecome Sp. z o.o. we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania.

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

UZASADNIENIE

Zamawiający, Gmina Cieszanów w Cieszanowie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę sieci szerokopasmowej, dostawę zestawów komputerowych oraz przeprowadzenie szkoleń w ramach realizacji projektu pn. „Przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu na terenie Gminy Cieszanów”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 5.10.2013 r. w Dz. Urz. U.E. Nr 2013/S 194-333954.

W dniu 06.12.2013 r. zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o jego wynikach, w tym o odrzuceniu oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: J..... G..... prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą „ALGO Przedsiębiorstwo Techniczno Innowacyjne J..... G.....” oraz Viatelecome Sp. z o.o. we Wrocławiu (zwanym dalej „Konsorcjum ALGO”), jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ).

W dniu 11.12.2013 r. Konsorcjum ALGO wniosło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem ww. czynności, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego z uwagi na nieuzasadnione przyjęcie, iż treść oferty odwołującego nie odpowiada treści SIWZ. Z ostrożności procesowej odwołujący wskazał na naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia oferty w zakresie dokumentów, o których mowa art. 25 ust. 1 ustawy. Ponadto na marginesie - mając na uwadze obowiązek dochowania niezbędnej staranności podczas procesu oceny i badania ofert - odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 20 ust. 1 ustawy w zw. z art. 87 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do wyjaśnienia treści oferty w sytuacji, gdy zamawiający doszedł do przekonania, że podczas oceny oferty odwołującego powstają wątpliwości w zakresie jej treści.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienie czynności polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej;
- unieważnienie czynności polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego;
- dokonania ponownego badania i oceny ofert, w tym oferty złożonej przez odwołującego, jak również - w trakcie badania złożonych ofert - ewentualnego wezwania odwołującego do uzupełnienia brakujących dokumentów;
- uznania oferty odwołującego jako oferty ważnej, niepodlegającej odrzuceniu oraz złożonej przez wykonawcę, który spełnia - określone przez zamawiającego w SIWZ - warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu;
- dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania wskazano, iż według odwołujący wskazana przez zamawiającego faktyczna podstawa odrzucenia jego oferty – brak załączenia do oferty wskazanego w treści SIWZ kosztorysu ofertowego – nie stanowiła niezgodności treści oferty z treścią SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i nie mogła skutkować zastosowaniem ww. przepisu. Odwołujący podnosił i wywodził, że wobec ryczałtowego charakteru wynagrodzenia w niniejszym zamówieniu, rzeczony kosztorys ofertowy był jedynie dokumentem pomocniczym i informacyjnym, zbędnym dla przeprowadzenia postępowania. W szczególności, w świetle zastanych postanowień SIWZ, kosztorys nie służył zamawiającemu do rozliczenia umowy i wykonanych w jej ramach robót.

Poza tym, w celu dochowania należytej staranności, zamawiający winien przed odrzuceniem oferty wyjaśnić jej treść na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp.

Odwołujący przyznał, że do swojej oferty nie załączył wszystkich dokumentów wymaganych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, jednakże podkreślił, że w związku z faktem, że spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu, a jego oferta nie podlega odrzuceniu, powinien zostać wezwany do ich uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, a których naruszenie przez zamawiającego zarzucał odwołujący, wskazać należy, iż według art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem poprawienia niezgodności oferty i SIWZ wskazanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Natomiast przepis art. 87 Pzp stanowi:

1. W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

1a. W postępowaniu prowadzonym w trybie dialogu konkurencyjnego w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców sprecyzowania i dopracowania treści ofert oraz przedstawienia informacji dodatkowych, z tym że niedopuszczalne jest dokonywanie istotnych zmian w treści ofert oraz zmian wymagań zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

2. Zamawiający poprawia w ofercie:

- 1) oczywiste omyłki pisarskie,
- 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,
- 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty

- niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie; tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w

sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również tradycyjnie są pomieszczone w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ, ewentualnie uzupełniającymi treść SIWZ modyfikacjami, wyjaśnieniami i odpowiedziami zamawiającego.

Reasumując powyższe, można generalnie przyjąć, iż niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ; ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie. Natomiast zastosowanie ww. przepisu jest możliwe jedynie w sytuacji niemożliwości wyjaśnienia treści oferty i potwierdzenia w ten sposób jej zgodności z treścią SIWZ (na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, z zastrzeżeniem generalnego zakazu zmian w jej treści wynikającym ze zdania drugiego tego przepisu) lub przeprowadzenia dopuszczalnych zmian w treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

W rozpatrywanym przypadku, w informacji o odrzuceniu oferty odwołującego z dnia 6 grudnia 2013 r. zamawiający podał, iż podstawą prawną odrzucenia oferty jest w tym przypadku art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, natomiast jako podstawę faktyczną wskazał na brak załączenia do oferty kosztorysu ofertowego wymaganego postanowieniami SIWZ, a brak ten nie podlega sanowaniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Okoliczności dotyczące wymagania w treści specyfikacji przedstawienia kosztorysu wraz z ofertą, a także fakt jego braku w ofercie odwołującego, nie są pomiędzy stronami sporne i zostały przyznane przez odwołującego. Strony odmiennie oceniają natomiast znaczenie ww. dokumentu i skutki jego braku w ofercie.

Oceniając wskazaną niezgodność treści oferty odwołującego z zastanymi wymaganiami SIWZ, Izba stwierdziła, że jest ona ewidentna, zasadnicza i nieusuwalna. Natomiast odwołujący nieprawidłowo ocenił charakter dokumentu określanego jako „kosztorys ofertowy” i jego znaczenie w przedmiotowym postępowaniu.

Zgodnie z pkt 12.1 SIWZ wykonawca uwzględniając wszystkie wymogi, o których mowa w SIWZ, powinien dokonać obliczenia ceny ofertowej za całość zamówienia w oparciu o kosztorys ofertowy sporządzony na formularzu stanowiącym załącznik do SIWZ. Ponadto zgodnie z pkt 6.5 tiret 1 SIWZ („Inne dokumenty”) zamawiający żądał przedłożenia kosztorysu ofertowego (z podaniem nazwy producenta, typu i modelu oferowanych urządzeń) – sporządzonego wg wzoru stanowiącego Załącznik Nr 10 do oferty. Według ww. załącznika nr 10 w szeregu pozycji kosztorysowych, odnośnie oferowanego sprzętu (radiolinia cyfrowa, most radiowy, przełączniki, UPS-y, anteny, terminale,

kontrolery, serwery... etc.) należało podać jakie urządzenie jest oferowane (podając jego producenta, typ i model).

Zgodnie z załącznikiem nr 2 do SIWZ stanowiącym wzór umowy (§ 8 ust. 1) wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy miało charakter ryczałtowy i stanowiła je kwota (cena) podana w ofercie.

W świetle powyższych postanowień SIWZ, w tym zastanych postanowień umownych, kosztorys ofertowy nie miał żadnego znaczenia „rozliczeniowego”, tj. ceny jednostkowe w nim zawarte nie stanowiły podstawy obliczenia wynagrodzenia za wykonanie robót. W tym zakresie należałoby przyznać rację odwołującemu. Jednakże powyższe nie ma żadnego znaczenia dla oceny charakteru braku ww. kosztorysu – kosztorys ofertowy był dokumentem niezbędnym do przedłożenia wraz z ofertą z innych względów. Mianowicie, w świetle powoływanych wymagań pkt 12.1 SIWZ kosztorys był dokumentem potwierdzającym sposób dokonanego obliczenia ceny ofertowej. Zmawiający miał pełne prawo do żądania podania mu tego typu informacji w ofercie, a wykonawcy informacje takie powinni mu przedstawić. Przede wszystkim jednak kosztorys ofertowy stanowił w tym przypadku rzeczowy opis oferowanego świadczenia, który należało w tym przypadku podać już w ofercie – o czym przesądza powoływany pkt 6.5 tiret 1 SIWZ. Kosztorys nie zawierał bynajmniej tylko powtórzenia ilości i opisu pozycji przedmiarowych sporządzonych przez zamawiającego wraz z podaniem ich cen jednostkowych, ale to właśnie w tym dokumencie znaleźć się miał opis oferowanego przez wykonawcę świadczenia (w zakresie sprzętu składającego się na przedmiot zamówienia). Odwołujący nie wskazał więc w swojej ofercie, co jest jej przedmiotem. Natomiast przy tym kształcie wymagań SIWZ w ofercie należało opisać oferowane świadczenie w wymaganym w SIWZ zakresie, a nie ograniczyć się jedynie do ogólnego potwierdzenia, że oferuje się wykonanie zamówienia zgodnie z SIWZ.

Zarówno brak danych dotyczących sposobu obliczenia ceny ofertowej, jak też opisu oferowanego świadczenia pozostaje ewidentny i jasny – jakiegokolwiek wyjaśnianie treści oferty w tym zakresie pozostaje więc bezprzedmiotowe, a zastosowanie art. 87 ust. 1 Pzp zbędne. W celu sanowania oferty odwołującego należałoby właściwie wytworzyć większość jej treści na nowo, czyli kosztorys uzupełnić. Z pewnością operacji tego typu nie sposób zakwalifikować jako wyjaśnienie treści oferty, a jej uzupełnienie w tak znacznym zakresie przekreśla wypełnienie przesłanek „nieistotności” zmian w treści oferty powstałych w wyniku jej poprawiania, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Tym samym należało potwierdzić prawidłowość odrzucenia oferty odwołującego jako niezgodnej z treścią SIWZ z powodu wskazanego braku kosztorysu ofertowego, a odwołanie oddalić.

Pozostałe zarzuty odwołania są równie niezasadne, co wtórne w stosunku do zarzutu nieprawidłowego odrzucenia oferty odwołującego.

Przy czym na marginesie Izba wskazuje, iż przy uzasadnieniu swoich czynności lub ich późniejszej apologii, zamawiający powinien pełniej i sensowniej odnosić się do znaczenia postanowień własnej SIWZ i przede wszystkim na takowe się powoływać, zamiast posługiwać się przy tym argumentami z „rozliczeń” i „harmonogramów”, które do rzeczonoego kosztorysu mają się nijak.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 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).