

Sygn. akt: KIO 1732/16

WYROK
z dnia 5 października 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 października 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 września 2016 r. przez Odwołującego – **M.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „IN-TEL”**, ul. Kościuszki 13, 55-140 Żmigród

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Rejonowy Zarząd Infrastruktury Bydgoszcz** ul. Podchorążych 33, 85-915 Bydgoszcz

przy udziale

wykonawcy **CONTROL NET Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą we Wrocławiu przy ul. Wilkszyńskiej 60, 54-079 Wrocław zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1 Oddala odwołanie.

2.1 Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – M.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą IN-TEL i

2.2 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr.** (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – M.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „IN-TEL”, tytułem wpisu od odwołania;

2.3 Zasądza od Odwołującego – M.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „IN-TEL” na rzecz Zamawiającego Rejonowego Zarządu Infrastruktury Bydgoszcz kwotę

3.600 zł. 00 gr. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika

2.4 Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego - M.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „IN-TEL” kwoty **7.500 zł 00 gr.** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), jako nadpłaconej ponad wysokość wpisu należnego od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 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 Bydgoszczy.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Rejonowy Zarząd Infrastruktury Bydgoszcz w trybie przetargu nieograniczonego na *budowę ogrodzenia, oświetlenia zewnętrznego, systemu alarmowego oraz telewizyjnego systemu nadzoru w kompleksie wojskowym Bydgoszcz JACHCICE wraz z wykonaniem inwentaryzacji schematycznej obiektu* (nr sprawy WB/PN/10/R/7 zadanie 11686), ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych, poz. 152971 w dniu 25 lipca 2016 r., wobec czynności oceny ofert zakończonej wyborem oferty najkorzystniejszej wynikającej z zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentów wykonawca M.J. IN-TEL wniósł w dniu 16 września 2016 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 1732/16).

O czynnościach Zamawiającego Odwołujący dowiedział się w dniu 13 września 2016 r. z informacji przesłanej mailem, faksem oraz pocztą.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu dokonanie czynności z naruszeniem art. 25a ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 i 4, w zw. z art. 89 ust. 1, w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy i wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, unieważnienie lub uchylenie czynności Zamawiającego polegającej na rozstrzygnięciu postępowania.

Zamawiający odrzucił oferty w tym ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy z uwagi na błędy w kosztorysach polegające na niezgodności z siwz, które powodują istotne zmiany w treści oferty, tj. braku wyceny inwentaryzacji schematycznej. W ocenie Odwołującego, Zamawiający powinien na podstawie art. 26 ust. 3 wezwać do uzupełnienia stwierdzonych błędów lub braków w przedstawionej dokumentacji.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), tj. po zmianie dokonanej ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1232), zwanej dalej „Ustawą”.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego. Zakres zarzutów i żądań z nich wynikających wskazywały na potrzebę ochrony interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia, przez wzruszenie wyniku oceny: oferty Odwołującego (odrzuconej) oraz

wybranej jako najkorzystniejsza, mogące w konsekwencji prowadzić do przywrócenia oferty Odwołującego do oceny i jej wyboru. W związku z powyższym Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialno prawe dla merytorycznego rozpoznania zarzutów.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym treści siwz, oferty Odwołującego oraz stanowisk stron prezentowanych na rozprawie Izba dokonała ustaleń faktycznych stanowiących podstawę do wydania rozstrzygnięcia w przedmiocie podniesionych zarzutów.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego oraz oferty innych czterech wykonawców na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy z powodu niezgodności ich treści z siwz wskazując, iż *załączone do oferty kosztorysy zawierają błędy polegające na niezgodności oferty z SIWZ, które powodują istotne zmiany w treści oferty tj. w/w Wykonawcy nie wycenili inwentaryzacji schematycznej, co jest niezgodne z zapisami Części V ust. 2 pkt 4 SIWZ.*

Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert, w których nie stwierdzono braków w wycenie kosztorysowej prac wskazując jako najkorzystniejszą ofertę CONTROL NET Sp. z o.o. (zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania).

Odwołujący przyznał, iż jego kosztorysy ofertowe nie zawierają odrębnej pozycji *inwentaryzacja schematyczna*, objętej przedmiarem, jednak koszt jej wykonania uwzględnił w każdym z kosztorysów branżowych w kosztach pośrednich (odpowiednio zwiększonych). Jego zdaniem nie było możliwe uwzględnienie jako odrębnej pozycji kosztorysowej pozycji przedmiarowej, dla której Zamawiający nie podał niezbędnej informacji umożliwiającej jej wycenę (brak pozycji cenowej oraz podstawy wyceny - KNR).

W toku badania ofert Zamawiający nie wyjaśniał z Odwołującym oraz pozostałymi wykonawcami przyczyn braku wyceny pozycji obmiarowej i dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert.

Zamawiający w siwz zawarł zapisy dotyczące sposobu obliczenia ceny wskazując:

Rozdział V pkt 2 – opis sposobu obliczenia ceny oferty.

- 1) *Wykonawca zobowiązany jest do obliczenia ceny oferty z należytą starannością.*
- 2) *Wykonawca określa cenę realizacji zamówienia poprzez wskazanie w formularzu oferty ceny netto, kwoty podatku VAT oraz łącznej ceny brutto oferty.*
- 3) *Podana cena oferta będzie wynagrodzeniem kosztorysowym.*
- 4) *Wykonawca **zobowiązany jest sporządzić kosztorys ofertowy metodą kalkulacji uproszczonej** na podstawie przedmiaru robót załączonego do SIWZ, uwzględniając w nim :*

- 1) *wszystkie wyszczególnione pozycje robót, ilości robót,*

- 2) technologię wykonania robót określoną przez nr tablicy i kolumny odpowiedniego katalogu, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót, obowiązujące normy i przepisy Prawa Budowlanego, warunki w jakich będzie realizowany przedmiot zamówienia,
- 3) wszystkie koszty niezbędne do wykonania zadania, w szczególności wszelkie roboty przygotowawcze, prace porządkowe, koszty eksploatacji i technicznego utrzymania zaplecza budowy, dozоровania budowy, likwidacji terenu budowy i doprowadzenia terenu do należytego stanu i porządku, sporządzenia planu bezpieczeństwa i ochrony zdrowia oraz inne obowiązki wynikające z postanowień umownych,
- 4) w kalkulacji ceny pozycji robót należy uwzględnić również wszelkie roboty towarzyszące wykonaniu zasadniczej pozycji robót, między innymi: ustawienie, pracę i demontaż niezbędnych rusztowań, jeżeli są one niezbędne do wykonania zasadniczej pozycji robót. Również wyniesienie, sortowanie, przekazanie zamawiającemu uzgodnionych materiałów, urządzeń, maszyn z demontażu,
- 5) każda pozycja kosztorysu ofertowego winna zawierać:
 - numer pozycji odpowiadający numerowi pozycji przedmiaru,
 - podstawę (nr katalogowy lub nazwę przyjętą w przedmiarze, np. kalkulacja własna, analiza własna, analogia, itp.),
 - wartość pozycji (bez podatku VAT).

6) Do kosztorysu należy załączyć zestawienie materiałów, urządzeń i sprzętu

7) **Cena oferty netto** jest wynikiem sum cen wszystkich pozycji robót netto.

Cena oferty brutto jest ceną netto wraz z **podatkiem VAT 23%**.

UWAGA ! Nie uwzględnienie w wycenie chociażby jednej pozycji robót będzie przyczyną odrzucenia oferty. Zamawiający nie wyraża zgody na scalanie kilku pozycji z wykazu robót w jedną pozycję kosztorysu ofertowego.

- 8) W przypadku gdy podana w formularzu cena oferty będzie różnić się od ceny wynikającej z podsumowania wszystkich pozycji załączonego kosztorysu ofertowego za prawidłową Zamawiający przyjmie cenę wynikającą z kosztorysu.
- 9) Rozliczenia między Wykonawcą, a Zamawiającym będą dokonywane w PLN.
- 10) Zamawiający nie przewiduje zwrotu kosztów udziału w postępowaniu.

Mając na uwadze przywołane zapisy rozdziału V pkt 4 siwz, treść oferty Odwołującego oraz prezentowane na rozprawie stanowiska stron Izba oddaliła odwołanie jako niezasadne.

Na wstępie koniecznym było wyznaczenie zakresu zaskarżenia objętego treścią zarzutu naruszenia art. art. 25a ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 i 4, w zw. z art. 89 ust. 1, w zw. z art. 87

ust. 2 pkt 3 Ustawy. Odwołujący w sposób wadliwy dokonał kwalifikacji prawnej zaniechań w obszarze czynności związanych z badaniem i oceną jego oferty wskazując w podstawie prawnej art. 26 ust. 3 i 4 Ustawy, które to przepisy nie odnoszą się do oceny treści oferty obejmującej kalkulację ceny ofertowej. Wynikający z przywołanej podstawy prawnej tryb uzupełnienia dokumentów i ich wyjaśniania dotyczy wyłącznie tych oświadczeń lub dokumentów, które wykonawca składa na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a także na potwierdzenie zgodności dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami zamawiającego, o których mowa w art. 25 ust. 1 Ustawy. Ocena kosztorysów pod względem ich kompletności dotyczy ceny i zakresu świadczenia objętego wyceną, a nie dokumentów i oświadczeń składanych w celu potwierdzenia, że przedmiot świadczenia spełnia wymagania zamawiającego. Stąd Izba uznała, iż odwołanie dotyczyło kwestii związanej z zakresem świadczenia wycenianego na podstawie kosztorysów sporządzonych w oparciu o przedmiary przygotowane przez Zamawiającego, w tym oceny dopuszczalności poprawienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy.

Odnosząc się do tak ustalonego zakresu zaskarżenia Izba uznała, iż Zamawiający w sposób prawidłowy, tj. zgodny z treścią siwz ocenił ofertę Odwołującego uznając, iż nie uwzględnia ona wyceny całości przedmiotu zamówienia związanego z wykonaniem inwentaryzacji schematycznej. Izba nie przyjęła oświadczenia Odwołującego o wycenie tych prac w kosztach pośrednich, które nie znajdują oparcia w treści oferty. Należy stanowczo wskazać, iż Zamawiający nie mógł domniemywać treści, która nie została w żaden sposób wyartykułowana, chociażby w formie komentarza lub stosownej uwagi zawartej w samej ofercie. Nie może budzić wątpliwości, iż wykonawca miał wycenić koszt wykonania inwentaryzacji schematycznej, która stanowiła przedmiot zamówienia, a zatem musiała być objęta kalkulacją własną wykonawcy.. Wynika to przede wszystkim z opisu przedmiaru, w którym wskazane zostały konieczne informacje dotyczące podstawy wyceny (kalkulacja własna), jednostki obmiarowej (kpl.) oraz ilości (1). Jak wynika z przedłożonych fragmentów innych ofert wykonawca wyceniali na tej podstawie koszt wykonania prac i uwzględniali je w cenie ofert. Powyższe okoliczności potwierdzały zatem, iż oferta Odwołującego nie mogła być uznana za zgodną z siwz. Pozostaje zatem ustalić, czy stwierdzona przez Zamawiającego niezgodność była możliwa do usunięcia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy.

Zgodnie z przywołaną podstawą prawną Zamawiający poprawia inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. W ocenie Izby w niniejszym stanie faktycznym stwierdzona niezgodność z siwz nie była możliwa do poprawienia przez Zamawiającego. Zasadniczo bowiem zmiana wymagała ustalenia przez Zamawiającego podstawy wyceny, której nie

zawierała treść oferty. Wycena miała być dokonana na podstawie kalkulacji własnej wykonawcy, co powodowało ten skutek, że Zamawiający nie mógł samodzielnie ustalić kwoty o jaką ewentualnie miałyby zostać zwiększona cena oferty. Ponadto należy zauważyć, iż występujące znaczące różnice w wycenie tej pozycji w innych ofertach faktycznie mogły przesądzić o tym, czy oferta okaże się być najkorzystniejszą. Przyjęcie oświadczenia Odwołującego co do wartości pozycji (10.000 zł) stało w sprzeczności z treścią oferty, a ponadto rodziło wątpliwości z uwagi na dopuszczalność ich ustalenia dopiero na etapie związanym z oceną złożonych ofert, tj. po zapoznaniu się z cenami innych wykonawców. W świetle powyższego Izba uznała, iż Zamawiający nie miał podstaw do tego aby uznać, że brak pozycji kosztorysowej mógł być uzupełniony na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy, co miałyby uzasadniać jej ocenę w kryteriach oceny ofert.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, iż zarzut Odwołującego nie zasługiwał na uwzględnienie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 i 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). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis oraz uzasadnione koszty Zamawiającego stwierdzone rachunkiem złożonym przed zamknięciem rozprawy. Jednocześnie nakazano wyrokiem dokonanie zwrotu Odwołującemu nadpłaconej tytułem wpisu od odwołania kwoty 7.500 zł.

Przewodniczący: