

Sygn. akt KIO 2392/12

Sygn. akt KIO 2410/12

WYROK

z dnia 16 listopada 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 listopada 2012 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 października 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie, Vinci Construction Grands Projects S.A.S w Ruel – Malmaison (Francja) oraz w dniu 2 listopada 2012r. przez wykonawcę Aldesa Construcciones S.A. w Madrycie (Hiszpania)

w postępowaniu prowadzonym przez Krakowski Park Technologiczny Sp. z o.o. w Krakowie

przy udziale:

- Przedsiębiorstwa Budownictwa Ogólnego „SKOBUD” Sp. z o.o. w Żywcu zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawach o sygn. akt: KIO 2392/12 oraz KIO 2410/12;
- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Warbud S.A. w Warszawie oraz Vinci Construction Grands Projects S.A.S w Ruel – Malmaison (Francja) o zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego, w sprawie o sygn. akt. KIO 2410/12

orzeka:

1. oddala odwołania;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie, Vinci Construction Grands Projects S.A.S w Ruel – Malmaison (Francja) oraz Aldesa Construcciones S.A. w Madrycie (Hiszpania) i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 40 000 zł 00 gr (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie, Vinci Construction Grands Projects S.A.S w Ruel – Malmaison (Francja) oraz Aldesa Construcciones S.A. w Madrycie (Hiszpania), tytułem wpisów od odwołań;
- 2.2. zasądza wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie, Vinci Construction Grands Projects S.A.S w Ruel – Malmaison (Francja) oraz Aldesa Construcciones S.A. w Madrycie (Hiszpania) na rzecz Krakowskiego Parku Technologicznego Sp. z o.o. w Krakowie kwotę 7 439 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy czterysta trzydzieści dziewięć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego oraz koszty dojazdu pełnomocnika zamawiającego na posiedzenie, w tym kwotę 3.719, 50 (słownie: trzy tysiące siedemset dziewiętnaście złotych pięćdziesiąt groszy) od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie, Vinci Construction Grands Projects S.A.S w Ruel – Malmaison (Francja) oraz kwotę 3.719, 50 (słownie: trzy tysiące siedemset dziewiętnaście złotych pięćdziesiąt groszy) od Aldesa Construcciones S.A. w Madrycie (Hiszpania).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 w Krakowie.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 2392/12

Sygn. akt KIO 2410/12

Uzasadnienie

Zamawiający – Krakowski Park Technologiczny Sp. z o.o. w Krakowie - prowadzi w trybie przetargu ograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest **wykonanie budynku Małopolskiego Parku Technologii Informacyjnych wraz z infrastrukturą towarzyszącą w ramach Projektu pn. „Małopolski Park Technologii Informacyjnych - Ośrodek Innowacyjności Krakowskiego Parku Technologicznego” (PO IG 5.3) - etap II.** Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 13 marca 2012r., pod numerem 2012/S 50-081406.

Wartość zamówienia jest większa, niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

22 października 2012 r. zamawiający przesłał za pośrednictwem faxu informację o wynikach postępowania, w tym m.in. wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego „SKOBUD” Sp. z o.o. w Żywcu, dalej jako „SKOBUD” **oraz odrzuceniu oferty Aldesa Construcciones S.A. w Madrycie (Hiszpania), dalej jako „Aldesa”.**

Wobec wymienionych czynności odwołania, z zachowaniem terminu ustawowego i obowiązku przekazania zamawiającemu kopii, wnieśli odpowiednio:

- **31 października 2012r. wykonawcy** wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Vinci Construction Grands Projects S.A.S (Francja), dalej jako « Konsorcjum Warbud », którzy złożyli ofertę ocenioną jako druga w kolejności po ofercie wybranej;
- - 2 listopada 2012r. **Aldesa - wykonawca, który złożył ofertę z najniższą ceną.**

Zgodnie z postanowieniami rozdziału XI specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej jako „specyfikacja”, cena stanowi jedyne kryterium oceny ofert.

Odwołanie wniesione przez Konsorcjum Warbud (KIO 2392/12):

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty SKOBUD, pomimo, iż treść tej oferty jest niezgodna ze specyfikacją oraz naruszenie innych przepisów wskazanych, bądź wynikających z treści odwołania.

Wniósł o **nakazanie zamawiającemu** unieważnienia czynności badania i oceny ofert, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, odrzucenie oferty złożonej przez SKOBUD, dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że oferta **SKOBUD nie spełnia wymagań określonych w specyfikacji. Podniósł, że wykonawca nie złożył wraz z ofertą wymaganych oświadczeń: 1) producenta potwierdzającego, że oferowany sprzęt jest obecnie produkowany, fabrycznie nowy i nie był używany w żadnym innym projekcie na terenie Unii Europejskiej, oraz 2) producenta potwierdzającego, że serwis będzie realizowany przez Autoryzowanego Partnera Serwisowego producenta lub bezpośrednio przez Producenta. Wywiódł, że oświadczenia stanowią dokumenty istotne dla** prawidłowego przeprowadzenia postępowania, których niezłożenie powoduje obowiązek odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp.

SKOBUD 2 listopada 2012r. przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Odwołanie wniesione przez Aldesa Construcciones S.A. (KIO 2410/12):

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp przez nieuprawnione odrzucenie oferty odwołującego oraz art. 91 ust. 1 Pzp przez wybranie oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji. Wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności odrzucenia oferty odwołującego, powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego, dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp odwołujący wskazał, że stosując tę podstawę prawną, zamawiający może odrzucić ofertę wykonawcy tylko wówczas, gdy merytoryczna, czyli mająca znaczenie prawne, treść oferty wykonawcy nie odpowiada treści specyfikacji, tj. gdy oferuje on wykonanie przedmiotu zamówienia w innym zakresie bądź na innych warunkach niż określone w specyfikacji. Pojęcie „treści oferty” nie może być w żadnym razie utożsamiane z ofertą jako zestawem dokumentów formalnych składanych przez wykonawcę w postępowaniu o zamówienie publiczne.

Odwołujący wywiódł, że ustalenie przez zamawiającego, iż podstawą obliczenia ceny oferty jest opis przedmiotu zamówienia (w tym projekt budowlany, projekt wykonawczy, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót, przedmiary robót oraz program

funkcjonalno-użytkowy) oraz, że wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy, powoduje, iż kosztorys ofertowy nie stanowi treści oferty. Argumentował, że zgodnie z postanowieniami specyfikacji kosztorys ofertowy nie jest, ani dokumentem określającym zakres zobowiązania wykonawcy, ani dokumentem, z którego wynikać ma cena ofertowa, ani nawet dokumentem służącym rozliczeniom stron w trakcie realizacji zamówienia. Wywodził, że skoro kosztorysowi ofertowemu nie można przypisać żadnego znaczenia prawnego, stanowi on dokument ten jest zbędny dla przeprowadzenia postępowania, o znaczeniu wyłącznie formalnym.

Odwołujący podniósł, że z żadnych postanowień specyfikacji nie wynika, by kosztorys służyć miał zamawiającemu do oceny oferty pod jakimkolwiek względem, a zamawiający nie ustalił także w specyfikacji żadnych sankcji za nie przedłożenie wraz z ofertą kosztorysu ofertowego lub skutków prawnych wad tego kosztorysu, zatem nie ma uprawnienia do wyciągnięcia wobec odwołującego negatywnych konsekwencji.

Odwołujący oświadczył, że ryczałtowy charakter wynagrodzenia przesądza o zobowiązaniu się wykonawcy do wykonania za oferowaną cenę całości przedmiotu zamówienia, łącznie z wszystkimi niezbędnymi robotami nawet jeżeli nie zostały ujęte w dokumentacji postępowania lub ofercie. Argumentował, że brak rozbicia każdej pozycji z kosztorysu na robociznę/sprzęt/materiał w nie decyduje o braku możliwości oceny rzeczywistego zakresu prac objętych ofertą. Zakres prac objętych ofertą jest bowiem zdefiniowany przez sumę pozycji kosztorysowych, dla których określono ceny jednostkowe, a nie przez elementy kosztowe (robocizna/sprzęt/materiał) cen jednostkowych tych pozycji. Oświadczył, że wątpliwości zamawiającego w tym zakresie wyjaśnił w odpowiedziach na pytania udzielonych pismem z dnia 12. 10.2012r.

Odwołujący wskazał także, iż wobec wartości kontraktu rzędu 41 mln zł, różnica cen pomiędzy trzema pierwszymi ofertami wskazuje, że odwołujący nie pominął przy kalkulacji żadnych elementów przedmiotu zamówienia.

Wywiódł nadto, że nie jest jasne pojęcie „kosztorysu szczegółowego”, skoro zamawiający nie wskazał, jakie informacje winien on zawierać, a nie posiada ono definicji normatywnej. Odwołujący podkreślił zatem, że rozumienie pojęcia „kosztorysu szczegółowego” nie zostało wyartykułowane przez zamawiającego w specyfikacji, a przedstawione zostało dopiero w uzasadnieniu odrzucenia oferty.

Odnosząc się do zarzutu wyceny w pozycjach 140d.II - 142d.II kosztorysu (windy) zakresu prac wykraczającego w znacznej części poza treść specyfikacji, a odwołujący oświadczył, iż w pozycjach tych wycenił prace zgodne z opisem przedmiotu zamówienia (zgodnie z pełną dokumentacją), co wyjaśnił także w piśmie (odp. Nr 9) z dnia 12.10.2012r. Wskazał na swobodę wykonawców w kalkulacji ceny ofertowej i za nieuprawnione uznał wnioskowanie wyłącznie na podstawie wysokości cen danych pozycji kosztorysowych, iż koszty prac w

tych pozycjach zostały policzone nieprawidłowo.

Odwołujący uznał, że zamawiający mylnie zinterpretował sformułowanie „roboty związane z instalacjami wind” zawarte w odpowiedzi Odwołującego nr 9 z dnia 12.10.2012 r. Odwołujący użył słowa „instalacjami” nie jako nazwy czynności („instalować”) ale jako nazwy działu prac (analogicznie jak np. „prace związane z instalacjami elektrycznymi”), **co powoduje, że nie ma więc żadnej podstawy ani potrzeby by dokonywać w tym zakresie poprawienia oferty odwołującego, gdyż do żadnej omyłki nie doszło.**

Za niezrozumiały uznał odwołujący zarzut dotyczący nie ujęcia w wycenie oferty robót wskazanych w aneksie nr 1 i aneksie nr 2 do przedmiaru robót budowlano - wykończeniowych, które zostały przez zamawiającego wprowadzone wraz z wyjaśnieniami treści specyfikacji. W szczególności za zupełnie nieuprawniony uznał wniosek zamawiającego, jakoby niewskazanie w wyjaśnieniach, w jakiej pozycji kosztorysowej zawarta jest wycena prac określonych w aneksie nr 1 i aneksie nr 2 do przedmiaru robót budowlano - wykończeniowych oznaczało, iż tych prac nie wyceniono. Przywołał ponownie odpowiedzi z dnia 12.10.2012r. wyjaśnił, iż roboty z aneksu nr 1 i aneksu nr 2 do przedmiaru robót budowlano - wykończeniowych zostały uwzględnione w cenach jednostkowych, powołał wybrane punkty kosztorysu. Zauważył też, że w wezwaniu z 9 października 2012 r. zamawiający nie określił sposobu w jaki ma zostać udzielona odpowiedź, ani wymagań dotyczących jej szczegółowości.

Odwołujący wywiódł, że przepisy ustawy nie zabraniają zamawiającemu zwracania do wykonawców z żądaniem udzielenia wyjaśnień dotyczących treści oferty więcej, niż jednokrotnie, zatem nie było przeszkód prawnych, by odwołującego wezwać do udzielenia bardziej szczegółowych wyjaśnień.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp odwołujący wskazał, że dołączenie do oferty kosztorysu, który nie spełnia oczekiwań zamawiającego, nie stanowi czynu zakazanego przepisem prawa, a sposób przygotowania oferty przez odwołującego nie pozostaje w sprzeczności z dobrymi obyczajami. Odwołujący podkreślił, że wykonawcy konkurują w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie czasem przygotowania przez nich ofert, ale tym, na jakich warunkach oferują zamawiającemu wykonanie zamówienia publicznego, w okolicznościach sporu ceną ryczałtową. Odnosząc się do definicji czynu nieuczciwej konkurencji wskazał, że nie każde zachowanie przedsiębiorcy sprzeczne z prawem lub z dobrymi obyczajami może być uznane za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, gdyż dyspozycją tego przepisu objęte są tylko te czyny, które zagrażają interesowi innego przedsiębiorcy lub go naruszają. sporządzenie przez Aldesa kosztorysu w sposób różniący się od innych wykonawców nie zagraża interesom tych wykonawców, ponieważ niezależnie od metody opracowania kosztorysu wszyscy wykonawcy musieli skalkulować w nim wszystkie roboty

składające się na przedmiot zamówienia i wszyscy wykonawcy zobowiązali się do realizacji zamówienia za ceny ryczałtowe.

Przed otwarciem rozprawy zamawiający wniósł odpowiedzi na odwołanie, w której wniósł o oddalenie obu odwołań.

SKOBUD 2 listopada 2012r. przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Ustalenia faktyczne na których Izba się oparła wydając rozstrzygnięcie dokonane zostały na podstawie dowodów z dokumentów wymienionych w treści uzasadnienia.

Odwołanie wniesione przez Konsorcjum Warbud (KIO 2392/12):

Odwołujący spełnia przesłanki wskazane w art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i dąży do uzyskania zamówienia. Wbrew twierdzeniom zamawiającego celem odwołania nie jest unieważnienie postępowania. Odwołujący nie podnosi zarzutu, ani żądania w tym zakresie. Przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp podlegają badaniu w odniesieniu do zarzutów odwołania, a nie hipotetycznych skutków, które miałyby nastąpić w postępowaniu w razie potwierdzenia zarzutów.

Izba zważyła, że odwołujący oczywiście błędnie sformułował żądanie odwołania, co jednak w żaden sposób nie uniemożliwia rozpoznania podniesionych w nim zarzutów.

Jasnym jest, że w razie stwierdzenia, iż nie zostały złożone dokumenty potwierdzające zgodność oferowanych robót budowlanych z wymaganiami zamawiającego, czynność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp może nastąpić dopiero po przeprowadzeniu procedury opisanej w art. 26 ust. 3 Pzp.

W konsekwencji żądanie odwołania winno wskazywać również zaniechaną przez zamawiającego czynność wezwania do uzupełnienia oświadczeń. Jednak art. 192 ust. 7 Pzp wiąże Izbę jedynie zarzutami, nie zaś żądaniami odwołania (*arg.a contrario*). Zatem niepełne wyrażenie przez odwołującego się wykonawcę swoich żądań nie jest przeszkodą do rozpoznania odwołania, skoro - w razie potwierdzenia zarzutów odwołania –pominięta czynność

i tak została by nakazana przez Izbę.

Z uwagi na cel postępowania o udzielenie zamówienia – wybór oferty najkorzystniejszej zgodnie z przepisami ustawy (art. 2 pkt 7a oraz art. 7 ust. 3 Pzp) oraz zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, Izba opowiada się za szerokim rozumieniem przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp i uznaje za zasadne rozpoznanie odwołania wniesionego przez wykonawcę, który może uzyskać zamówienie w badanym postępowaniu. Przeciwno temu nie przemawia to, że sam odwołujący nie złożył oświadczeń, których brak zarzuca przystępującemu. Trudno bowiem zakładać *a priori*, że w razie dokonania przez zamawiającego wezwania do uzupełnienia oświadczeń reakcja obu wykonawców będzie taka sama. Nie można wykluczyć, że SKOBUD nie złożyłby wymaganych oświadczeń, wówczas złożenie ich przez odwołującego prowadziłoby do uzyskania przez niego zamówienia.

Izba rozpoznała zatem odwołanie co do istoty, jednak uznała je za bezzasadne.

W pkt VIII specyfikacji zamawiający ustalił opis sposobu przygotowania oferty. Zawarty w nim katalog oświadczeń i dokumentów nie zobowiązuje wykonawców do złożenia wraz z ofertą: **1) oświadczenia producenta potwierdzającego, że oferowany sprzęt jest obecnie produkowany, fabrycznie nowy i nie był używany w żadnym innym projekcie na terenie Unii Europejskiej, oraz 2) oświadczenia producenta potwierdzającego, że serwis będzie realizowany przez Autoryzowanego Partnera Serwisowego producenta lub bezpośrednio przez Producenta.**

11 września 2012 r. zamawiający dołączył do 2 zestawu wyjaśnień treści specyfikacji aktualizację **opisu technicznego instalacji słaboprądowej** (załącznik nr 16 do wyjaśnień 2 - KPT _WZ_R_SP+DSO_opis_korekta). Natomiast wcześniej, w zestawie 1 odpowiedzi zamawiający załączył korektę załącznika nr 3 do specyfikacji. W jego treści wymieniono załącznik nr 17 który wprowadzał nową treść załącznika nr 3 do specyfikacji „Zestawienie dokumentów stanowiących Opis przedmiotu zamówienia”.

Pkt 5 tego załącznika. „Projekt Wykonawczy zamienny (PWZ), 5.1.9 PWZ - Branża : Instalacje Słaboprądowe” zawiera opis techniczny instalacji słaboprądowej) i na str. 5/45 w pkt 2- Specyfikacja techniczna urządzeń aktywnych - głosi, że: *„Zamawiający wymaga dostarczenia na etapie składania ofert oświadczenia producenta w języku polskim, potwierdzającego, że oferowany sprzęt jest obecnie produkowany, fabrycznie nowy i nie był używany w żadnym innym projekcie na terenie Unii Europejskiej.*

Natomiast w pkt 7 Opisu Technicznego zamawiający wymagał, że: „Serwis urządzeń musi być realizowany w języku polskim przez Producenta lub Autoryzowanego Partnera Serwisowego Producenta usytuowanego na terenie Polski - wymagane dołączenie do oferty **oświadczenia Producenta potwierzonego, że serwis będzie realizowany przez**

Autoryzowanego Partnera Serwisowego producenta lub bezpośrednio przez Producenta".

Jak wskazano wyżej, potwierdzenie zarzutów odwołania nie niesie bezpośredniego skutku w postaci odrzucenia oferty SKOBUD, lecz powodowałoby konieczność dokonania przez zamawiającego wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. Przywołany przepis nakazuje zamawiającemu żądanie uzupełnienia niezłożonych wraz z oferta oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp. Ten z kolei przepis stanowi, że zamawiający może żądać dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań zamawiającego wskazanych w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji lub zaproszeniu do składania ofert.

Oświadczenia, których brak podnosi odwołujący odnoszą się do przedmiotu zamówienia i mogłyby być uznane za dokumenty potwierdzające spełnianie wymagań zamawiającego przez oferowane roboty budowlane. Zostały wskazane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia – załącznik nr 3 zawierający opis przedmiotu zamówienia stanowi wszak integralną część specyfikacji.

Dla rozważenia pozostaje zatem, czy dokumenty te są niezbędne do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty są niezbędne wtedy, gdy z uwagi na opis przedmiotu zamówienia, jego zakres i specyfikę ich treść ma zasadnicze znaczenie dla powodzenia przedsięwzięcia.

Odwołujący nie wykazał przesłanki niezbędności, ograniczył się do wskazywania istotności oświadczeń producenta. Izba nie podzieliła tego poglądu i uznała, że oświadczenia, których brak złożenia przez SKOBUD zarzuca odwołujący, nie stanowią oświadczeń niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, ani nawet nie mają charakteru istotnego.

Dostrzeżenia wymaga w pierwszym rzędzie, że w przypadku oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane roboty budowlane wymagań zamawiającego, sam zamawiający ustala jakie dokumenty uzna za niezbędne i wystarczające. Wynika to z brzmienia § 5 ust. 1 *in initio* rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, który inaczej, niż w przypadku katalogu dokumentów potwierdzających spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, wskazanych w § 1 i 2 rozporządzenia, statuuje otwarty i przykładowy katalog oświadczeń i dokumentów.

Ocena znaczenia danego oświadczenia lub dokumentu, któremu można by przypisać znaczenie przedmiotowe – odnoszące się do przedmiotu zamówienia, jego niezbędności, nie wynika wprost z przepisu, a pozostawiona została całkowitemu uznaniu zamawiającego. Podlega zatem badaniu *ad casum* z uwzględnieniem okoliczności konkretnego przypadku.

Analiza okoliczności sporu doprowadziła Izbę do przekonania, że omawiane oświadczenia, pozbawione są przymiotu nie tylko niezbędności, ale i istotności, zatem

zamawiający nie jest zobowiązany do żądania ich uzupełnienia przez SKOBUD.

Zasadniczo, miejsce wskazania oświadczenia lub dokumentu w postanowieniach specyfikacji nie determinuje jego charakteru prawnego. Izba dostrzegła jednak, że zgodnie z trwałą praktyką ukształtowaną na rynku zamówień publicznych w oparciu o katalog niezbędnych postanowień specyfikacji zawartych w art. 36 ust. 1 Pzp, oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane świadczenie wymagań zamawiającego wskazane są w odrębnym postanowieniu specyfikacji.

Takie zachowanie zamawiających nie tylko wskazuje na doniosłość danych oświadczeń i dokumentów w danym postępowaniu. Pozostaje również w zgodzie z zasadami wyrażonymi w art. 7 ust. 1 Pzp. W przypadku skomplikowanych zamówień o znacznym rozmiarze, w szczególności z zakresu robót budowlanych często zdarza się, że zamawiający dokonuje zmian specyfikacji, w szczególności w zakresie opisu przedmiotu zamówienia.

Nie do pogodzenia z niezbędnym formalizmem postępowania o udzielenie zamówienia oraz zasadami uczciwej konkurencji byłaby sytuacja, w której zamawiający dokonując zmian w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, niejako chyłkiem rozszerza katalog wymaganych oświadczeń lub dokumentów i w dalszym toku postępowania wyciąga z faktu ich niezłożenia, względnie z ich treści konsekwencje dla wykonawców.

Oczywistym jest z punktu zasad logiki i doświadczenia życiowego, że jeśli dane oświadczenie lub dokument miałyby dla zamawiającego doniosłe znaczenie, wówczas wprowadziłby obowiązek ich złożenia wraz z ofertą przez zmianę katalogu wymaganych oświadczeń i dokumentów zawartego w pkt VII specyfikacji lub inne uwypuklenie swego oczekiwania, tak aby wymaganie to było oczywiste i nie budzące wątpliwości. Zamawiający tymczasem tego nie uczynił.

Kolejno, o braku istotności oświadczeń świadczy zachowanie stron postępowania.

Oświadczeń producenta nie złożył żaden wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia, mimo że wydaje się niepodobieństwem, aby ich złożenie wiązałoby się z jakąkolwiek trudnością dla profesjonalnego uczestnika rynku. Nie złożył ich również odwołujący, a zamawiający w toku badania i oceny ofert okoliczności tej nie badał.

Izba wyraża pogląd, że konsekwentne pominięcie wymagania złożenia oświadczeń przez zamawiającego i wszystkich wykonawców, tak jakby nie zostało zapisane w treści załącznika Nr 3, oczywiście wskazuje na pozbawienie oświadczeń waloru istotności.

Z braku przekonującej argumentacji na twierdzenie przeciwne, Izba uwzględniła również podzielając w tej mierze pogląd zamawiającego i SKOBUD, że w istocie oświadczenia te dotyczą etapu wykonania zamówienia.

Uznając zarzut odwołania za niepotwierdzony Izba uwzględniła również, że odwołujący na którym spoczywa ciężar dowodu w zakresie zarzucanej ofercie SKOBUD niezgodności z treścią specyfikacji, nie wykazał niezbędności oświadczeń, których brak

podnosi. Z samego faktu, że złożenie oświadczeń producenta już wraz z ofertą, jest dla zamawiającego korzystne, nie wynika automatycznie, że oświadczenia stanowią dokument ich złożenie jest istotny, ani tym bardziej -czego wymaga przepis – niezbędny dla przeprowadzenia postępowania.

Odwołanie wniesione przez Aldesa (KIO 2410/12):

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę z najniższą ceną. Ma zatem interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą, utraty spodziewanych korzyści związanych z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołanie okazało się bezzasadne.

W pkt VIII.4 lit. B specyfikacji zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą kosztorysu szczegółowego, w oparciu o przedmiary robót, sporządzonego i wypełnionego wg pkt X.4 specyfikacji, w którym z kolei nakazał sporządzić kosztorys szczegółowy zgodnie z układem i opisami pozycji podanymi w przedmiarach. Wskazał również, że kosztorys stanowić będzie materiał pomocniczy do przygotowania oferty, w szczególności do kalkulacji ceny. Nie będzie stanowił podstawy rozliczenia kontraktu, ani podstawy do formułowania roszczeń, dotyczących zwiększenia zatwierdzonej kwoty kontraktowej.

Zgodnie z pkt X.2 i 3 specyfikacji, ceną oferty jest cena ryczałtowa za wykonanie całości przedmiotu zamówienia, a podstawą obliczenia ceny oferty jest opis przedmiotu zamówienia, w tym projekt budowlany, projekt wykonawczy, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót, przedmiary robót oraz program funkcjonalno-użytkowy. Wykonawcy zostali zobowiązani, by kalkulując cenę oferty, uwzględnili wszelkie koszty konieczne do należytego wykonania robót budowlanych koniecznych do realizacji przedmiotowego zamówienia, w szczególności robót wynikających z ww. dokumentów oraz robót koniecznych do wykonania z uwzględnieniem zasad wiedzy technicznej.

Odwołujący wraz z ofertą złożył dokument zatytułowany kosztorys szczegółowy, o treści odpowiadającej kosztorysowi sporządzonemu metodą kalkulacji uproszczonej, dwaj pozostali wykonawcy złożyli kosztorysy uwzględniające przy ustalaniu cen jednostkowych kalkulacji szczegółowej ceny jednostkowej

Nie jest sporne między stronami, że zamawiający ustalił cenę ryczałtową za

wykonanie przedmiotu zamówienia i żądał złożenia kosztorysu określonego w specyfikacji jako szczegółowy. Sporne jest natomiast, czy z pojęcia kosztorys szczegółowy wynika obowiązek złożenia kosztorysu zawierającego dane w postaci kosztów materiałów, sprzętu i robocizny przypisanych danej pozycji kosztorysu oraz konsekwencje złożenia kosztorysu, zawierającego mniejszy, niż przywołany, zakres danych.

Izba nie podzieliła poglądu odwołującego, że pojęcie kosztorys szczegółowy jest niejednoznaczne.

Przeciwnie, jakkolwiek normatywne definicje zawarte w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określania 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), stanowią o sporządzeniu kosztorysu inwestorskiego metodą kalkulacji uproszczonej oraz o uwzględnianiu przy ustalaniu cen jednostkowych kalkulacji szczegółowej ceny jednostkowej, to w nawiązaniu do tych definicji w obrocie używa się jednak pojęć „kosztorys szczegółowy” na określenie kosztorysu uwzględniającego przy ustalaniu cen jednostkowych zasady kalkulacji szczegółowej ceny jednostkowej oraz „kosztorysu uproszczonego” odniesieniu do kosztorysu sporządzonego metodą kalkulacji uproszczonej.

Dostrzeżenia wymaga przy tym, że ustawa nie nakłada na zamawiającego dokonania opisu swoich wymagań przy użyciu definicji ustawowych, wymaga natomiast użycia określeń jasnych i dostatecznie zrozumiałych. Dyrektywa ta zawarta została w art. 29 ust. 1 Pzp w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia. Zgodnie z poglądami doktryny i orzecznictwa znajduje jednak zastosowanie do wykładni całości postanowień specyfikacji w ten sposób, że brak wystarczającej precyzji i jednoznaczności w opisie dokonywanym przez zamawiającego nie może przemawiać przeciwko wykonawcom.

Pogląd ten nawiązuje do stanowiska wyrażanego w orzecznictwie Sądu Najwyższego, zgodnie z którym dla oceny treści oświadczenia woli decydujące znaczenie ma perspektywa odbiorcy oświadczenia.

W orzecznictwie i doktrynie wskazuje się, że specyfikacja stanowi oświadczenie zamawiającego o charakterze oświadczenia woli (lub zawierające elementy stanowiące oświadczenie woli) zatem do wykładni jej postanowień zastosowanie znajdują cywilnoprawne zasady wykładni oświadczeń woli. Uwzględnia się również w tym kontekście zawodowy charakter działalności wykonawcy i zwiększone w związku z tym oczekiwania, co do jego profesjonalizmu, obejmującego znajomość przepisów

prawa i warunków prowadzenia działalności, w tym realiów danego segmentu rynku.

Przeniesienie powyższych rozważań na grunt okoliczności sporu prowadzi do konstatacji, że wymaganie zamawiającego złożenia kosztorysu szczegółowego powinno być zrozumiałe bez trudności przez profesjonalnego wykonawcę. Jak zostało to wskazane wcześniej, co Izbie wiadomo *nota bene* z urzędu, używane jest w obrocie, a dwaj pozostali wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia (przystępujący) nie mieli kłopotów z jego zrozumieniem.

Odwołujący nie wykazał, aby pojęcie „kosztorysu szczegółowego” zwyczajowo miało inne znaczenie, niż wyżej opisane lub by miało kilka desygnatów w rzeczywistości, zatem fakt skierowania przez odwołującego pytania do treści specyfikacji w tej mierze nie potwierdza niejednoznaczności wymagania zamawiającego.

Dostrzeżenia też wymaga, że obowiązek złożenia kosztorysu szczegółowego nie był kwestionowany przez wykonawców, a zrozumienie wymagania zamawiającego nie nastręczyło trudności konkurentom odwołującego.

Izba nie podzieliła też poglądu odwołującego, że nie jest on dokumentem istotnym w badanym postępowaniu.

Po pierwsze: Izba uznała, że kosztorys szczegółowy, stanowi o treści oferty wykonawców. Mimo że zamawiający wymagał jego złożenia wraz z ofertą, to kosztorys nie może być uznany za dokument o charakterze przedmiotowym. Dokumenty przedmiotowe podlegają bowiem uzupełnieniu, a dopuszczenie możliwości uzupełnienia kosztorysu prowadziłyby do zmiany treści oferowanego świadczenia, co na gruncie przepisów ustawy jest niedopuszczalne po upływie terminu składania ofert.

Po drugie: Zamawiający opisał przedmiot zamówienia za pomocą przedmiarów, których treść była przedmiotem szczegółowych pytań ze strony wykonawców oraz starannych odpowiedzi zamawiającego. Zamawiający nadto wskazał w specyfikacji zakres dopuszczalnych zmian w kosztorysach, co uzasadnia nie tylko istotność kosztorysu, ale też jednoznacznie deklaruje zamiar badania treści kosztorysu przez zamawiającego, co zamawiający uczynił.

Pomocniczy charakter kosztorysu, o którym mowa w postanowieniu X.4 specyfikacji nie oznacza dopuszczalności jego pominięcia w procesie oceny ofert. Niezależnie od sposobu obliczenia ceny oferty przewidzianego w specyfikacji oraz sposobu rozliczenia wykonanych prac kosztorys jest pomocą dla wykonawców w tym sensie, że umożliwia im objęcie swoim świadczeniem całego przedmiotu zamówienia i prawidłowe obliczenie ceny oferty. Służy też rozproszeniu ewentualnych wątpliwości zamawiającego, które zrodziłyby się w toku badania i oceny ofert oraz umożliwia

poprawienia oferty zgodnie z obowiązkiem wynikającym z art. 87 ust. 2 Pzp. Gdyby kosztorys miał znaczenie wyłącznie dla wykonawcy, to niezasadne byłoby wymaganie jego złożenia, które zamieszczone w specyfikacji, nie zostało zakwestionowane i wywiera skutki prawne.

Oczywistym jest dla Izby, że zamawiający, który żąda kosztorysu, w toku badania i oceny ofert, odnosi się do jego treści bez konieczności zawierania odrębnej deklaracji w postanowieniach specyfikacji. Dostrzeżenia przy tym wymaga, że o ile w przypadku badania zdolności wykonawców do wykonania zamówienia, zamawiający mocą art. 36 ust. 1 pkt 5 Pzp jest zobowiązany do wskazania sposobu dokonywania tej oceny, o tyle w przypadku badania i oceny oferty art. 36 ust. 1 pkt 13 Pzp zawiera odniesienie wyłącznie do kryteriów oceny ofert. Przepisy nie nakazują dokonania stosownego zastrzeżenia specyfikacji w odniesieniu do dokumentów potwierdzających zgodność oferowanego świadczenia z wymaganiami zamawiającego. Tym bardziej zastrzeżenie takie nie jest konieczne w postowiecku do dokumentu, który stanowi o treści oferty.

O możliwości odstąpienia od badania kosztorysu nie może stanowić ryczałtowy charakter ceny oferty.

Przede wszystkim należy zastrzec, że ryczałtowy charakter ceny jest pojęciem nie mającym umocowania normatywnego. Na gruncie praktyki w obszarze zamówień publicznych używane jest w znaczeniu „wynagrodzenia ryczałtowego”, o którym stanowi art. 632 k.c.

Zgodnie z przywołanym przepisem umówienie się przez strony o wynagrodzenie ryczałtowe, ma taki skutek, że co do zasady wykonawca nie może domagać się od zamawiającego jego podwyższenia. W świetle należy zatem rozpatrywać postanowienia pkt X.4 specyfikacji jako odwołujące się do istoty wynagrodzenia ryczałtowego, nie zaś jak chciałby odwołujący jako wskazujące na zbędność kosztorysu *szczegółowego*.

Zastrzeżenie wynagrodzenia ryczałtowego w żaden sposób nie zwalnia więc zamawiającego z badania poprawności oferowanego świadczenia oraz ustalenia niewadliwej kalkulacji ceny oferty. Są to obowiązki ustawowe, od których wykonania zamawiający nie może się uchylić w żaden sposób.

Wskazać też należy, że przepis zawarty w dawnym art. 88 Pzp, zgodnie z którym przyjmowało się, że cena o charakterze ryczałtowym jest prawidłowa bez względu na sposób jej obliczenia, został uchylony. Zamawiający zobligowany jest do badania na równych zasadach ceny oferty niezależnie od sposobu jej obliczenia, jako że ustawa nie wyprowadza, w tym zakresie żadnych domniemań.

Reasumując, postanowienia specyfikacji dają zamawiającemu wystarczającą podstawę do badania złożonych kosztorysów, w tym również w zakresie stopnia szczegółowości zawartych w nim danych.

Zamawiający będąc związany postanowieniami specyfikacji dokonał tego badania i wyciągnął z jego rezultatów prawidłowe konsekwencje w postaci odrzucenia oferty odwołującego.

Oferta odwołującego, który złożył kosztorys uproszczony (sporządzony metodą kalkulacji uproszczonej) w miejsce żadanego przez zamawiającego kosztorysu szczegółowego (uwzględniającego przy ustalaniu cen jednostkowych zasady kalkulacji szczegółowej ceny jednostkowej) jest niezgodna z treścią specyfikacji i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Przede wszystkim nie można działaniu odwołującego nadać waloru wyłącznie uchybienia formalnego, skoro kosztorys żądany przez zamawiającego i złożony przez dwóch konkurujących wykonawców różnił się swoją treścią, zakresem szczegółowości danych od kosztorysu odwołującego. Różnice w treści i zakresie danych mają znaczenie merytoryczne, a nie wyłącznie formalne.

Po wtóre: złożenie kosztorysu uproszczonego w miejsce kosztorysu szczegółowego nie tylko rzutuje na merytoryczną treść oferty, ale również stanowi o przygotowaniu oferty niezgodnie z wymaganiami zamawiającego. Oferta taka podlega odrzuceniu (*vide*: J. Pieróg – Prawo zamówień publicznych. Komentarz. - C.H. Beck, Wyd. 11, Warszawa 2012).

Finalnie należy też dostrzec, że uznanie za prawidłową oferty odwołującego stanowiłoby o nierównym traktowaniu wykonawców, faworyzowaniu odwołującego kosztem obu przystępujących, którzy przygotowali swoje oferty zgodnie z wymaganiem zamawiającego. Stanowiłoby też zachętę do działań godzących w uczciwą konkurencję

Izba uznała również, że w odniesieniu do instalacji wind odwołujący w wyjaśnieniach nie wykazał, że ustalając cenę oferty w zakresie pozycji 140d.11-142d.11 - „Roboty budowlano- wykończeniowe”, rozdział „Wyposażenie i elementy wykończeniowe” ujął zakres prac zgodnie z wymaganiami zamawiającego.

W trakcie postępowania w tym zakresie zamawiający pismem z 11 września 2012r. ograniczył zakres czynności wykonawcy w stosunku do dokumentacji projektowej, wskazał, że obowiązki wykonawcy nie dotyczą robót budowlanych a wyłącznie czynności związanych z odbiorem wind przez Urząd Dozoru Technicznego. Zamawiający na prośbę do wyjaśnień tej pozycji spowodowanej jej niewspółmiernie wysokim kosztem, uzyskał oświadczenie odwołującego zawarte w wyjaśnieniach z 12

października 2012r. , że w pozycjach tych ujął roboty związane z instalacją wind i zawarł kompletny zakres prac zgodny z pełną dokumentacją udostępnioną przez zamawiającego.

Oświadczenie to pozostaje w sprzeczności z rzeczywistym zakresem przedmiotu zamówienia. Izba podzieliła pogląd odwołującego, że art. 87 ust. 1 Pzp może być wielokrotnie stosowany przez zamawiającego w stosunku do jednej oferty, więc – hipotetycznie – zamawiający mógłby jeszcze tę kwestię badać. O ujęciu prac nie przewidzianych do wykonania zamawiający pośrednio wywnioskował z odpowiedzi odwołującego. Ujęcie w ofercie prac w rozmiarze przekraczających wymagania zamawiającego nie jest samo w sobie przyczyną odrzucenia oferty, lecz podlega poprawieniu zgodnie z dyrektywami zawartymi w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Samo wskazanie w danej pozycji wysokich cen nie uzasadnia też twierdzenia o błędnej kalkulacji ceny tej pozycji.

Izba ewentualne dalsze badanie oferty odwołującego uznaje jednak za niezasadne w okolicznościach sporu, już choćby z uwagi na fakt, że z racji złożenia przez odwołującego wadliwego kosztorysu, oferta odwołującego podlega odrzuceniu, zaś sposób prezentacji danych w kosztorysie uniemożliwia dokonanie poprawy oferty odwołującego.

Żądając wyjaśnień w zakresie aneksu nr 1 i 2 do przedmiaru robót budowlano-wykończeniowych zamawiający, w piśmie z 9 października 2012r. (pyt. 23), nie żądał wprost wskazania, w jakich pozycjach kosztorysu odwołujący uwzględnił cenę tych robót. W takiej sytuacji nie może domniemywać, że cena ta została pominięta przez odwołującego z samego faktu, że odwołujący nie wskazał wówczas pozycji kosztorysu, w jakiej cena ta została uwzględniona. Odwołujący zastosował się do literalnej treści wezwania, a sam fakt, że co do innych pozycji kosztorysu udzielił dobrowolnie szerszych wyjaśnień, nie może przemawiać przeciwko niemu.

Podstawa odrzucenia oferty musi być stwierdzona, nie zaś domniemana przez zamawiającego. Zamawiający tę kwestię mógłby zatem jeszcze badać stosując tryb wskazany w art. 87 ust. 1 Pzp, co jednak - z przyczyn opisanych wyżej - jest niezasadne.

Potwierdzenie znalazł zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Zamawiający wskazał w uzasadnieniu odrzucenia oferty, że złożenie przez odwołującego kosztorysu przygotowanego z zastosowaniem kalkulacji uproszczonej, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, wyczerpujący przesłanki klauzuli generalnej zawartej w art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003 roku,

Nr 153, poz. 1503).

Zgodnie z tym przepisem zachowanie przedsiębiorcy stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, gdy: pozostaje w sprzeczności z prawem lub dobrymi obyczajami oraz zagraża interesom innego przedsiębiorcy lub klienta lub je narusza.

Niespełnienie przez odwołującego wymagań zamawiającego co do treści oferty zawartych w specyfikacji powoduje obowiązek odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zachowanie odwołującego nie stanowi działania sprzecznego z przepisem prawa, ani też z dobrymi obyczajami. Natomiast naruszającym zasady uczciwej konkurencji byłoby przyjęcie oferty odwołującego przez zamawiającego.

Potwierdzenie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp oraz częściowe potwierdzenie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, nie ma i nie może mieć wpływu na wynik postępowania. Złożenie przez odwołującego wbrew wymaganiom zamawiającego kosztorysu sporządzonego metodą kalkulacji uproszczonej stanowi nieusuwalną wadę oferty odwołującego i uzasadnia jej odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyników postępowania odwoławczego i uwzględniając koszty zamawiającego – koszty wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu pełnomocnika na posiedzenie odpowiednio w kwocie 7.200 zł na podstawie złożonych rachunków oraz 239 zł na podstawie kopii biletów PKP, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. a i b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

