

Sygn. akt KIO/KD 9/16

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 2 lutego 2016 r.

Po rozpatrzeniu zastrzeżeń zgłoszonych w piśmie z dnia 4 stycznia 2016 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez:

Zamawiającego – Łódzki Ośrodek Doradztwa Rolniczego z siedzibą w Bratoszewicach

do Informacji z dnia 28 grudnia 2015 r. (znak: UZP/DKUE/W2/421/25(3)/15/JL – KD/23/15/DKUE) o wyniku kontroli doraźnej następczej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, na Wykonanie sieci teleinformatycznej w ramach projektu „e-doradca ziemi łódzkiej”

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Członkowie: Lubomira Matczuk-Mazuś
Grzegorz Matejczuk

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

W Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej [Informacja] postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem były roboty budowlane na „Wykonanie sieci teleinformatycznej w ramach projektu „e-doradca ziemi łódzkiej” współfinansowanego przez Unię Europejską z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Regionalnego Programu

Operacyjnego Województwa Łódzkiego na lata 2007-2013 o wartości 186.873,00 zł (44.231,34 euro), Prezes Urzędu Zamówień Publicznych [prezes Urzędu] stwierdził, co następuje:

1. W toku prowadzonego postępowania, zamawiający pismami z dnia 25 lipca 2014 r. odrzucił na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oferty wykonawców: Blue Spring Sp. z o.o., Fortuna Ł. I., JOKOTRONIK K. S., z powodu niedołączenia przez wykonawców do oferty kosztorysów ofertowych. Pismem z dnia 8.07.2014 r. zamawiający poinformował o poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie wykonawcy PHU EDDOM w zakresie zmiany ceny brutto oferty z 240.096,00 zł na 170.096,70 zł brutto. Powyższe nastąpiło na skutek odjęcia wartości wszystkich pozycji kosztorysowych zawartych na stronie 3 załączonego do oferty kosztorysu, która to strona została dwukrotnie dołączona i dwukrotnie wyceniona przez wykonawcę. Jednocześnie zwrócił uwagę, że za wykonanie przedmiotu zamówienia, zamawiający przewidział wynagrodzenie ryczałtowe, a w pkt VIII ppkt 2a siwz podał, że „na cenę składać się będą wszystkie koszty ponoszone przez wykonawcę, do tego należy doliczyć podatek od towarów i usług konsumpcyjnych (VAT) oraz stanowi ona wynagrodzenie ryczałtowe.” Powyższe zostało potwierdzone w treści formularza oferty. Również w § 10 projektu umowy ustalono ryczałtowy charakter wynagrodzenia wykonawcy. W odpowiedzi na wezwanie Prezesa Urzędu, zamawiający w piśmie z dnia 5 października 2015 r. wskazał, że „w przedmiotowym postępowaniu nie wymagał od wykonawców dołączenia do oferty kosztorysu ofertowego, gdyż w postępowaniu tym wynagrodzenie było ryczałtowe.” Jednakże w wyjaśnieniach z dnia 16.10.2015 r. zamawiający wskazał, że odrzucił oferty wykonawców Blue Spring Sp. z o.o., Fortuna Ł. I., JOKOTRONIK K. S. z uwagi na brak kosztorysów potwierdzających, co najmniej poprawne obliczenie ceny oferty. Zamawiający wskazał, że „w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający określił cenę oferty, jako ryczałtową, co nie zmienia faktu, iż aby w sposób rzetelny obliczyć cenę oferty wykonawcy powinni skorzystać ze „ślepego” kosztorysu inwestorskiego stanowiącego załącznik do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Zamawiający nie wymagał, aby wraz z ofertą wykonawcy składali kosztorys, niemniej jednak w formularzu oferty odrzuceni wykonawcy oświadczyli, iż wraz z ofertą składają kosztorys (pkt 1 oferty: Roboty budowlane (wynagrodzenie ryczałtowe zgodne z kosztorysem stanowiącym załącznik do oferty). W związku z faktem, iż zamawiający nie wymagał złożenia wraz z ofertą kosztorysów, a jedynie oświadczenia, a o ich dołączeniu do oferty zdecydowali sami wykonawcy, zamawiający nie miał podstaw do wezwania wykonawców do uzupełnienia oferty w trybie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2013 poz. 907 ze zm.). W tym przypadku wykorzystanie procedury uzupełnienia braków oferty jak i dopuszczenie do oceny ofert pozbawionych kosztorysów stoi

w sprzeczności z zasadą prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. W Informacji podano, że przepisy ustawy Pzp nie regulują zagadnienia sposobu określania wynagrodzenia należnego wykonawcy, w tym nie określają obowiązkowych zasad dotyczących dokonywania przez zamawiającego opisu sposobu obliczania ceny przez wykonawcę. Jednakże, w odniesieniu do robót budowlanych w kontekście art. 139 ust. 1 ustawy Pzp i przepisów ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 2014 r., poz. 121, ze zm.), dalej „Kc”, są przyjmowane dwie formy rozliczania z wykonawcą realizacji robót budowlanych: wynagrodzenie ryczałtowe, bądź wynagrodzenie kosztorysowe. Wynagrodzenie ryczałtowe oznacza wynagrodzenie za całość dzieła lub usługi w jednej sumie pieniężnej lub wartości globalnej. Jego istotę stanowi określenie przysługującego wykonawcy wynagrodzenia z góry, bez przeprowadzenia szczegółowej analizy kosztów wytwarzania zamawianego dzieła czy usługi. Stosownie bowiem do art. 649 Kc, w przypadku wątpliwości poczytuje się, iż wykonawca podjął się wszystkich robót objętych projektem stanowiącym część składową umowy. Ryczałt polega więc na umówieniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej, za realizację całego zakresu przedmiotu zamówienia określonego przez zamawiającego w dokumentacji projektowej, specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót, czy programie funkcjonalno-użytkowym, przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron na to, że wykonawca nie będzie się domagać zapłaty wynagrodzenia wyższego w związku ze zwiększeniem szacowanego przez niego zakresu kosztów lub poszczególnych prac do wykonania, zaś zamawiający nie będzie legitymowany do żądania obniżenia ustalonego wcześniej przez strony ryczałtu, jeżeli zakres ten okaże się mniejszy od pierwotnie założonego (arg. z art. 632 § 1 Kc). W tej sytuacji bez znaczenia dla treści oferty wykonawcy pozostaje sposób obliczenia ceny ofertowej, a co za tym idzie - nie znajduje, co do zasady uzasadnienia przedstawianie przez wykonawców sposobów obliczenia ceny z rozbiem na poszczególne rodzaje/elementy robót ujęte np. w kosztorysach szczegółowych składających się na realizację całego przedmiotu zamówienia. Zgodnie z treścią art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający poprawia w ofercie oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Dalej podano, że z omyłką rachunkową mamy do czynienia w okolicznościach, gdy wykonawca popełni widoczny, niezamierzony błąd rachunkowy, polegający na uzyskaniu nieprawidłowego wyniku działania arytmetycznego. Typowym przykładem omyłki rachunkowej może być w szczególności błędne zsumowanie poszczególnych pozycji oferty. W przypadku określenia przez zamawiającego ryczałtowej formy wynagrodzenia wszelkie zestawienia pozycji scalonych, kosztorysy (szczególnie, jeśli nie były wymagane przez zamawiającego) mają jednak, co do zasady charakter pomocniczy. Tym samym, wysokość wynagrodzenia należnego

wykonawcy tytułem realizacji zamówienia publicznego określa podana przez niego kwota wynagrodzenia ryczałtowego, nie zaś suma poszczególnych pozycji wskazanych w formularzach, czy kosztorysach. Tym bardziej, jeśli z treści specyfikacji wynika, że cena ryczałtowa ma zawierać wszystkie koszty niezbędne do wykonania zamówienia. W związku z powyższym, po pierwsze, za niedopuszczalne należy uznać odrzucenie ofert trzech ww. wykonawców na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, z uwagi na niezłączenie kosztorysów. Przepis art. 89 ust. 1 ustawy Pzp, przedstawia katalog przesłanek, których zaistnienie skutkuje odrzuceniem oferty. Wśród wymienionych w powyższym artykule sytuacji, obligujących zamawiającego do odrzucenia oferty, w pkt 2 wskazana została okoliczność, kiedy treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie definiują pojęcia „treść oferty”, dlatego stosownie do treści art. 14 ustawy Pzp, należy posłużyć się definicją zawartą w art. 66 § 1 Kc. Z brzmienia tego przepisu wynika, iż ofertę stanowi oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa ono istotne postanowienia tej umowy. Z tego wynika, iż oferta nieodpowiadająca treści siwz to taka oferta, która w sposób odmienny, niż zostało to ujęte w siwz, redaguje istotne postanowienia umowy, wprowadzając zmiany. Niewątpliwie nie jest możliwe zastosowanie tej przesłanki odrzucenia oferty, jeżeli nie załączono fakultatywnego elementu, jakim był w przedmiotowym postępowaniu kosztorys. Przedmiar robót, stanowiący podstawę sporządzenia kosztorysu jest opracowaniem wtórnym do opisu przedmiotu zamówienia i sam w sobie nie determinuje zakresu prac będących przedmiotem zamówienia w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego. Podstawą do obliczenia wynagrodzenia był w przedmiotowym stanie faktycznym całościowy załączony dokumentów, w tym w szczególności program funkcjonalno-użytkowy. Zamawiający nie wymagał załączenia do oferty kosztorysów, (co sam przyznał w odpowiedzi na zapytanie Urzędu), zatem za bezzasadne należy uznać odrzucenie ofert tych wykonawców, którzy ich nie złożyli. Wyjaśnienie, że ww. wykonawcy wskazali w ślad za formularzem oferty, że wynagrodzenie będzie oparte o załączony kosztorys pozostaje bez znaczenia w świetle fakultatywności załączenia tego kosztorysu. Powyższe oznacza, że zamawiający odrzucił oferty wykonawców: Blue Spring Sp. z o.o., Fortuna Ł. I. i JOKOTRONIK K. S. z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Po drugie, wynagrodzenie ryczałtowe i fakultatywny charakter załączonego do oferty kosztorysu wskazują, że wynagrodzenie zawarte w formularzu oferty jest ostateczne. Pominięcie pozycji kosztorysu, brak wyceny pozycji kosztorysu, błędna wycena tych pozycji, nadmierna ich wycena, przy wynagrodzeniu ryczałtowym nie podlega poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Zwrócił uwagę, że wykonawca w cenie ryczałtowej oferty winien uwzględnić wszystkie koszty realizacji zamówienia, które uważa za niezbędne na podstawie wszystkich dostępnych mu dokumentów - nie zaś tylko na podstawie fakultatywnego kosztorysu. Wobec powyższego

zamawiający dokonując samodzielnie zmiany wynagrodzenia ryczałtowego poprzez poprawienie omyłki w kosztorysie dołączonym do oferty wykonawcy PHU Eddom dopuścił się ingerencji w element, którego podstawa wyceny nie znajdowała się jedynie w kosztorysie, a zatem naruszył dyspozycję art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Ww. naruszenia miały wpływ na wynik postępowania, doprowadziły bowiem do odrzucenia ofert korzystniejszych cenowo i wyborze oferty PHU EDDOM na skutek podjęcia czynności polegającej na nieprawidłowym zmniejszeniu ceny.

2. Pismem z dnia 1.07.2014 r. zamawiający zwrócił się w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp o wyjaśnienie treści oferty Bascom P. S., A. S. polegające na przedstawieniu kart katalogowych proponowanego okablowania strukturalnego (takiego wymogu nie było w siwz), a w szczególności: zaproponowanego okablowania; zaaprobowanego systemu z wkładką wymienną; oraz zaproponowanego panelu 24 portowego FTP do nw. wykonawców: Wykonawca przedstawił ww. karty katalogowe w wyznaczonym terminie. Pismem z dnia 08.07.2014 r. zamawiający działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zwrócił się do wykonawcy o wyjaśnienia dotyczące elementów mających wpływ na wysokość ceny oferty Bascom P. S., A. S., tj.: Przewód kabelkowy S/FTP kat. 7 - KIS7LSOH500 - 1,85zł/m netto; Gniazda z wkładką wymienną - KDD500 2xRJ45 kat. 6A - puszka natynkowa do 2xRJ45 - 11,54zł/szt. netto + gniazda RJ45 21,23zł/szt. netto; Panel 24-portowy z modułami FTP - KDV500m modularny, 24 złącza 2GHZ+wkładki do panela KDV500m 1xRJ45 STP kat. 6A - 230, 14zł netto, informując, że wg jego wiedzy powyższe elementy nie są dostępne u producentów za podane ceny. Wykonawca Bascom P. S., A. S. pismem z dnia 9.07.2014 r. wyjaśnił, że posiada u producenta status dystrybutora, co pozwala na uzyskanie znacznie lepszych warunków handlowych. Dlatego zaproponowane w ofercie produkty zostały zaproponowane w specjalnych cenach pod ten projekt. Pismem z dnia 25.07.2014 r. zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy Bascom P. S., A. S. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, argumentując, że u podstawy decyzji uznającej cenę zaproponowaną przez wykonawcę za rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia legło niedołączenie przez wykonawcę pisma producenta, w którym uzasadniono by relatywnie niską wycenę elementów oferty. Dodatkowo zamawiający w odpowiedzi na wezwanie Prezesa Urzędu, pismem z dnia 16.10.2015 r. doprecyzował, że „z uzyskanej [od wykonawcy] odpowiedzi wynika, iż oferowane ceny są realne, przy czym są one udzielane wyłącznie dla wiodących dystrybutorów. Z wiedzy, jaką posiadał zamawiający wynikało, że ww. wykonawca nie należał do grupy tak uprzywilejowanych kontrahentów producenta.” Mając na uwadze powyższe Prezes Urzędu wskazał, że ustawa Pzp nakłada na zamawiających obowiązek przestrzegania przy udzielaniu zamówień publicznych zasady zachowania uczciwej konkurencji. W przypadku podejrzenia złożenia przez wykonawców ofert zawierających rażąco niskie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, ustawa Pzp

przewiduje rozwiązania umożliwiające zamawiającym ustalenie, czy badana oferta taką cenę zawiera, a w przypadku stwierdzenia takiego faktu - umożliwiające odrzucenie oferty na podstawie art. 90 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zgodnie z dyspozycją art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, na zamawiającym ciąży obowiązek odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Przepisy ustawy Pzp, ani też dyrektyw UE dotyczących zamówień publicznych nie zawierają definicji „rażąco niskiej ceny”, niemniej jednak należałoby przyjąć, że użyty zwrot oznacza ofertę z ceną niewiarygodnie niską, znacząco odbiegającą od cen rynkowych. Taka cena może wskazywać na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów ponoszonych przez wykonawcę. Ponadto w odniesieniu do art. 90 ustawy Pzp, Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z 21 czerwca 2010 r., XIX Ga 175/10 stwierdził, iż „(...) za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do szacunkowej wartości zamówienia lub cen rynkowych. (...) Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej – „cena rażąco niska” to taka, która została zaoferowana poniżej kosztów wytworzenia usługi, czy też dzieła przez tego wykonawcę, który ją zaoferował.” Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym na dzień wszczęcia postępowania, Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W myśl przepisów ustawy Pzp, w przypadku powzięcia przez zamawiającego podejrzenia, co do przedstawienia przez wykonawcę oferty zawierającej rażąco niską cenę, na zamawiającym ciąży zatem obowiązek wszczęcia i przeprowadzenia procedury, której celem jest wyjaśnienie wszelkich wątpliwości związanych z poziomem cenowym tej oferty. W toku oceny wyjaśnień zamawiający zobowiązany jest wziąć pod uwagę wszystkie czynniki wymienione w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp (np. oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy, wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów), ale również wszelkie inne czynniki wpływające na wysokość ceny oferty, które wskaże wykonawca, jeśli są zgodne z prawem oraz nie zakłócają uczciwej konkurencji. Zdaniem Prezesa Urzędu w przedmiotowym stanie faktycznym zamawiający nie dopełnił w sposób należyty obowiązków, jakie ciążyą na nim z tytułu wyjaśnienia wszystkich wątpliwości dotyczących oferty, co do której te wątpliwości wyraża, i co za tym idzie pośpiesznie odrzucił ofertę. Po pierwsze, nieprzedstawienie przez wykonawcę dokumentu od producenta nie może stanowić samodzielnej podstawy odrzucenia oferty, tym bardziej, jeśli zamawiający nie wskazał, przedłożenia, jakich typów dokumentów oczekuje. Po drugie, podstawą odrzucenia oferty nie może być niczym niepotwierdzone przekonanie

zamawiającego, że wykonawca nie jest autoryzowanym przedstawicielem producenta oferowanego sprzętu. W związku z powyższym Prezes Urzędu pismem z dnia 8.10.2015 r. zwrócił się do wykonawcy o przekazanie dokumentów potwierdzających, że w dniu składania ofert (tj. 28 czerwca 2014 r.) wykonawca BASCOM s.c. P. S., A. S. miał u producenta okablowania status dystrybutora pozwalający mu uzyskać niższe ceny. W odpowiedzi z dnia 19 października 2015 r. wykonawca wyjaśnił, że „wspólnicy spółki są stałym kontrahentem producenta okablowania (mają status dystrybutora). Dlatego też od wielu lat korzystają z preferencyjnych cen, niższych niż te w sieciach sklepowych oferujących produkty (okablowanie). Dobra współpraca z producentem (w tym przede wszystkim ilość zamawianych przez BASCOM produktów oraz terminowość w rozliczaniu się) powoduje, iż wspólnicy spółki cywilnej BASCOM mieli i wciąż mają możliwość negocjowania cen z producentem, nawet tych zaproponowanych im przez producenta i zastrzeżonych dla jego najlepszych kontrahentów. Ta współpraca trwa nieprzerwanie od kilku lat i w dniu 28 czerwca 2014 r. wspólnicy spółki BASCOM również mieli możliwość nabywania produktów oferowanych przez producenta okablowania po niezwykle preferencyjnych cenach (mieli status dystrybutora), o czym informowali bezpośrednio inwestora w piśmie z dnia 9 lipca 2014 r. Jednocześnie po odrzuceniu oferty spółki BASCOM, w piśmie z dnia 25 lipca 2014 r. wspólnicy zwrócili się do inwestora o przedłożenie dowodów, z których wynikałoby, iż zaoferowane przez BASCOM ceny nie zgadzają się z tymi pochodzącymi od producenta. Na to już jednak żadnej odpowiedzi nie uzyskali. W ich ocenie inwestor powyższego w ogóle nie sprawdził. Również w dniu 8.10.2015 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zwrócił się do producenta okablowania - firmy A-LAN Technologie s.c. o udzielenie informacji czy na dzień 28 czerwca 2014 r. firma Bascom s.c. P. S., A. S. posiadała w Państwie firmie status dystrybutora pozwalający uzyskać za nw. produkty następujące ceny: Przewód kabelkowy S/FTP kat. 7 - KIS7LSOH500 -1,85zł/m netto; Gniazda z wkładką wymienną - KDD500 2xRJ45 kat. 6A - puszka natynkowa do 2xRJ45 - 11,54zł/szt netto + gniazda RJ45 21,23zł/szt netto; oraz Panel 24-portowy z modułami FTP - KDV500m modularny, 24 złącza 2GHZ+wkładki do panela KDV500m 1xRJ45 STP kat. 6A - 230,14zł netto. W piśmie z dnia 9.10.2014 r. producent wyjaśnił, że „firma BASCOM S.C. P. S., A. S. na dzień 28 czerwca 2014 r., jak i obecnie, posiadała i posiada status autoryzowanego dystrybutora rozwiązań naszej firmy, co wiąże się z możliwością kupowania produktów w preferencyjnych cenach. Jeżeli jednak chodzi o szczegółowe informacje cenowe to tylko uwzględniona cena kabla KIS7LSOHSOO była w tym okresie możliwa do uzyskania natomiast ceny komponentów KDDSOO i KDVS00m były wyższe.” Jednocześnie producent zasugerował, że „być może pozycja kosztorysowa nie uwzględnia całości materiałowej a koszt został uwzględniony w robociznie ze względu na złożoność produktu o numerze AKL-0.1602-41BG.” Wyjaśnił, że „„Komplet natynkowy KDDSOO, 2xRJ45 kat.6A 8/8 (8), RAL 9010” składa się z

następujących komponentów: podstawy puszkii natynkowej; ramki 80x80 mm; gniazda uniwersalnego; pierścienia instalacyjnego 2GHz; wkładki transmisyjnej 2xRJ45 kat.GA 8/8; oraz centralnej płytki maskującej z zaślepkami antykurzowymi. Podobnie sytuacja wygląda, jeżeli chodzi o panel KDVS00m." Pismem z dnia 15.10.2015 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zwrócił się do wykonawcy Bascom P. S., A. S. o informację, czy zaoferowane przez niego ceny za ww. produkty obejmują robociznę, czy też robocizna została inaczej uwzględniona w ofercie ww. wykonawcy. W odpowiedzi z dnia 19.10.2015 r. wykonawca wskazał, że „ceny na ww. produkty są cenami nie uwzględniającymi robocizny.” Z otrzymanych od producenta okablowania oraz wykonawcy informacji dotyczących wyceny kwestionowanych przez zamawiającego pozycji kosztorysu wynika, iż wykonawca istotnie jest autoryzowanym dystrybutorem producenta, a cena zaoferowana przez wykonawcę Bascom była realna i nie zawierała znamion rażąco niskiej. Wobec powyższego Prezes Urzędu uznał, że zamawiający odrzucając ofertę ww. wykonawcy w oparciu o brak załączenia oświadczenia producenta oraz bez dokonania wnikliwej analizy możliwości zaoferowania ceny przez wykonawcę naruszył art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Powyższe naruszenie ma wpływ na wynik postępowania, gdyż oferta wykonawcy BASCOM s.c. P. S., A. S. winna zostać uznana za najkorzystniejszą.

3. Zamawiający działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zwrócił się do ww. wykonawców o wyjaśnienia dotyczące elementów mających wpływ na wysokość ceny: pismem z dnia 08.07.2014 r. do Bascom P. S., A. S., wyznaczając termin na udzielenie wyjaśnień do dnia 10.07.2014 r., oraz pismem z dnia 10.07.2014 r. do PHU EDDOM, wyznaczając termin na udzielenie wyjaśnień do dnia 15.07.2014 r. Zamawiający uzasadniając podstawy zaproponowania krótkiego terminu na złożenie wyjaśnień i określenia różnych terminów dla obu wykonawców stwierdził, że „komisja przetargowa rekomendowała wysłanie do PHU „Eddom” wezwania, w którym wykonawca miał wyjaśnić treść oferty w terminie trzech dni. Pismo zostało przekazane wykonawcy w czwartek 10.07.2014 r. Licząc dwa dni od tego terminu (z pominięciem dni wolnych u zamawiającego od pracy, a więc 12.07 - sobota, 13.07 - niedziela) drugi dzień przypada na poniedziałek 14.07.2014 r., a trzeci - wtorek 15.07.2014 r. Zważywszy na fakt, iż wiadomość do wykonawcy została wysłana po południu, miał on trzy dni na udzielenie wyjaśnień w przedmiotowym postępowaniu. W odniesieniu do Wykonawcy „Bascom” P.S., A.S. wezwanie zostało wysłane rano 08.07.2014 r., a więc i ten wykonawca miał trzy dni na złożenie wyjaśnień.” Prezes Urzędu poniósł, że zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia przedmiotowego postępowania zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień, dotyczących

elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny. Ustawa Pzp nie wskazuje minimalnego terminu, jaki zamawiający powinien wyznaczyć na wyjaśnienia. Kompetencje do określenia terminu ma zamawiający, jako prowadzący postępowanie. Nie można jednak uznać, że posiada on w tej kwestii pełną swobodę. Przede wszystkim termin ten powinien być rozsądny i realny, czyli taki, aby w toku normalnych czynności dany wykonawca mógł podjąć stosowne działania tj. przygotować wyjaśnienia, a następnie przekazać je we właściwej formie, treści i terminie do zamawiającego. Zamawiający powinien zatem wyznaczyć termin, który obiektywnie umożliwia wykonawcy wykonanie obowiązku zgodnie z żądaniem (wyrok KIO z dnia 30 stycznia 2013 r., sygn. KIO 101/13). Podkreślił, że wyjaśnienia udzielane zgodnie z przepisem art. 90 Pzp mają w zdecydowanej większości przypadków charakter znacznie bardziej skomplikowany niż np. wyjaśnienia treści oferty, o których mowa w art. 87 ust. 1. Odnoszą się bowiem nie do konkretnego oświadczenia woli, lecz do warunków prowadzenia działalności gospodarczej wykonawcy w aspekcie prawnym, ekonomicznym, społecznym itp. Dlatego też termin na ich złożenie powinien być odpowiednio długi. Ponadto zauważył, że w dniu 10.07.2014 r. zamawiający zwrócił się o wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 do wykonawcy PHU EDDOM wyznaczając mu termin na złożenie ww. wyjaśnień na dzień 15.07.2014 r., a zatem o 3 dni dłuższy niż w przypadku wykonawcy BASCOM. Niezasadny jest przy tym argument zamawiającego, że termin wyznaczony dla wykonawcy PHU EDDOM był tożsamy z terminem wyznaczonym dla wykonawcy BASCOM. Zamawiający, jak wynika z treści wyjaśnień wyliczył ten termin biorąc za podstawę „dni pracujące” (robocze) u zamawiającego. Po pierwsze, nawet przyjmując metodę liczenia terminu przez zamawiającego, należy zauważyć, że wykonawca BASCOM P.S., A.S. miał do dyspozycji wtorek, środę i pół czwartku do godz. 13.00 na przekazanie wyjaśnień, tj. 2,5 dnia, natomiast wykonawca PHU Eddom miał czwartek (popołudnie), piątek, poniedziałek i wtorek na przekazanie wyjaśnień, tj. 3,5 dni roboczych. Po drugie, pomijając sposób liczenia terminu przyjęty przez zamawiającego, należy zauważyć, że w praktyce wykonawca PHU Eddom miał dodatkowe 2 dni (sobotę i niedzielę), na przygotowanie wyjaśnień. Przy czym fakt, że są to dni niepracujące dla zamawiającego, nie wyklucza możliwości ich wykorzystania przez wykonawcę do przygotowywania odpowiedzi. Zatem w liczbach bezwzględnych wykonawca PHU EDDOM miał trzy dni więcej na złożenie wyjaśnień i ewentualnie skompletowanie dokumentów. Wobec powyższego należy uznać, że powyższym działaniem zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

4. W wyniku analizy dokumentacji dotyczącej przedmiotowego postępowania stwierdzono, iż zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu w Sekcji III pkt 4.2), w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, zamieścił

żądanie złożenia przez wykonawców dokumentów określonych w § 3 ust. 1 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231), zwanego dalej „rozporządzenie”. Natomiast w siwz, zamawiający obok dokumentów wskazanych w § 3 ust. 1 pkt 1 i 2 rozporządzenia, wskazał także dokumenty, jakie zobowiązani byli przedłożyć wykonawcy zagraniczni, tj. wyszczególnione w §4 ust. 1 pkt 1a tiret pierwszy rozporządzenia. Zgodnie z treścią art. 11 ust. 6 ustawy Pzp, wzory ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych określone zostały w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie wzorów ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 12, poz. 69 ze zm.), dalej: „rozporządzenie w sprawie wzorów ogłoszeń”. Zgodnie z wzorem ogłoszenia o zamówieniu (załącznik nr 1 do ww. rozporządzenia), w Sekcji HI ogłoszenia o zamówieniu - „informacje o charakterze prawnym, ekonomicznym, finansowym i technicznym” w punkcie 4.2) ogłoszenia o zamówieniu zamawiający zamieszcza informację o oświadczeniach lub dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia niepodlegania wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp. Tym samym, brak zamieszczenia informacji, jakie dokumenty na potwierdzenie niepodlegania wykluczeniu mieli złożyć wykonawcy zagraniczni, przy jednoczesnym wskazaniu tych dokumentów w siwz, stanowi naruszenie art. 11 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z treścią rozporządzenia w sprawie wzorów ogłoszeń.

Zamawiający na podstawie art. 167 ust.1 ustawy Pzp zgłosił zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej. Nie zgodził się ze stwierdzonymi w Informacji o wyniku kontroli naruszeniami podnosząc, co następuje:

- 1) Departament kontroli [Kontrolujący] wskazując na naruszenie zasady uczciwej konkurencji stwierdził, że odrzucenie oferty wykonawców Blue Spring sp. z o.o., Fortuna Ł. I., JOKOTRONIK K. S.S.
- 2) nastąpiło z powodu nie dołączenia do oferty kosztorysu przez co oferta w swej treści nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sytuacji, gdy wynagrodzenie w przedmiotowym postępowaniu miało charakter ryczałtowy, kosztorys miał charakter dokumentu fakultatywnego i pomocniczego, którego zamawiający nie żądał i brak kosztorysu nie wpływał na ważność oferty. Jego zdaniem, Kontrolujący prawidłowo ustalił stan faktyczny nie mniej w swej ocenie posunął się za daleko. Dalej podał, że bezspornym pozostaje fakt, iż zamawiający kosztorysu nie żądał, a fakt jego załączenia do oferty wynikał z

oświadczenia woli wykonawców złożonej w ofercie. Departament pouczył zamawiającego, że w sprawach nieuregulowanych w ustawie Pzp należy stosować odpowiednio kodeks cywilny przytaczając jednocześnie art. 66 § 1 k.c., zawierający definicję oferty „ofertę stanowi oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa ona istotne postanowienia tej umowy”. Istotnymi postanowieniami umowy jest m.in. cena (w przedmiotowym postępowaniu ryczałtowa), która została obliczona na podstawie kosztorysu, którego, pomimo oświadczenia, wykonawca do oferty nie załączył. Tym samym zamawiający nie mógł zweryfikować, czy cena zaofferowana przez wykonawcę nie jest rażąco niska, lub jak pokazuje przykład oferty PHU EDDOM rażąco wygórowana - przez błąd popełniony przez wykonawcę (zdublowane strony cennika przez co cena oferty była większa o około 30% od prawidłowo obliczonej ceny). Z doświadczenia zamawiającego wynika fakt, iż pomimo, że stosunki zamawiający - wykonawca należą do obrotu profesjonalnego, tym nie mniej bardzo często wykonawcy nie przywiązują należytej uwagi do prawidłowego przygotowania oferty (należytego skalkulowania kosztów, narzutów i marży) uznając iż skoro zamawiający wszczął postępowanie to z całą pewnością zależy mu na realizacji zamówienia „za wszelką cenę” tym bardziej w projektach finansowanych w funduszy europejskich. Przez co wykonawca nienależycie oblicza cenę oferty (umyślnie lub nie umyślnie) tylko po to żeby zostać wybranym, jako wykonawca z ofertą najkorzystniejszą pod względem ekonomicznym. Natomiast w toku realizacji zamówienia, co chwila pojawiają się „obiektywne” trudności, których wykonawca nie przewidział i żąda podniesienia wynagrodzenia lub udzielenia zamówień dodatkowych. Zamawiający jest świadomy, że zgodnie z art. 14 ustawy Pzp, odsyłającym do przepisów kodeksu cywilnego należy domniemywać, iż wykonawcy działają w dobrej wierze, nie mniej jednak należy pamiętać iż zamawiający zobowiązany jest do gospodarowania środkami publicznymi w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów. Tym samym przedmiotowy kosztorys miał na celu „zmuszenie” wykonawców do należytego obliczenia ryczałtowej ceny oferty i jego brak budził, co najmniej wątpliwości, co do rzetelności w sposobie obliczenia ceny. Nadto, z uwagi na fakt, iż jak ustalił Departament kosztorys miał charakter dokumentu fakultatywnego zamawiający nie posiadał na mocy obecnie obowiązującej ustawy narzędzia umożliwiającego mu konwalidację ofert niezawierających kosztorysu. Zamawiający nie mógł wezwać do uzupełnień oferty w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, bo kosztorys miał charakter dokumentu fakultatywnego i wezwanie do jego uzupełnienia naruszałoby zasadę uczciwej konkurencji. Odrzucenie ww. ofert w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp w ocenie zamawiającego jest uzasadnione o tyle, iż nie

wiadomo czy odrzuceni wykonawcy w sposób należyty, a więc zgodny ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia obliczyli cenę oferty. Mając powyższe na uwadze zamawiający skorygował ofertę PHU EDDOM gdyż jak było to wskazane wyżej, przez omyłkę wykonawcy oferta zawierała zdublowaną stronę cennika przez co o ponad 1/3 przewyższała cenę.

2) Departament stwierdził, że zamawiający w sposób nienależyty zastosował procedurę wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oferty firmy BASCOM s.c. P. S., A.S., przez co w sposób pochopny uznał iż oferta zawiera rażąco niską cenę i odrzucił ją na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp w związku z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Należy zaznaczyć, że zarówno w stosunku do wykonawcy BASCOM s.c. P. S., A. S. jak i PHU EDDOM zamawiający wszczął procedurę wyjaśnienia ceny, która w ocenie zamawiającego była zbyt niska w stosunku do szacowanej kwoty zamówienia. Ze zgromadzonych w postępowaniu informacji zamawiający doszedł do przekonania, że cena oferty wykonawcy BASCOM s.c. nie jest ceną wiarygodną i realną w stosunku do cen rynkowych, w szczególności wykonawca w wyjaśnieniach nie odniósł się do oszczędności metody wykonania zamówienia, rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunkach wykonania zamówienia dostępnych dla wykonawcy czy oryginalności projektu, wskazując jedynie, że będzie kupował podzespoły do budowy sieci po szczególnie korzystnych cenach wprost od producenta. Jak pokazują wyjaśnienia uzyskane przez Departament w toku kontroli „wyjątkowo korzystne cena” obejmowała jedynie zakup przewodu. Natomiast również z wyjaśnień otrzymanych przez Departament od Producenta podzespołów oferowanych przez wykonawcę BASCOM s.c., pozostałe komponenty sieci, co do których zamawiający miał wątpliwości już nie były objęte tak promocyjną ceną, a nadto część ich ceny wykonawca włączył prawdopodobnie w cenę robocizny. Tym samym wykonawca swymi wyjaśnieniami nie przekonał zamawiającego, co do wiarygodności oferowanej ceny. Prawdopodobnie zamawiający nie wykorzystał pełnej palety możliwości „drażenia” i wyjaśniania realności ceny oferty, nie mniej uzyskane informacje nie rozwiały wątpliwości zamawiającego a wręcz przeciwnie jeszcze je ugruntowały. I z całą pewnością odrzucając ofertę, jako zawierającą rażąco niską cenę zamawiający nie oparł swojego przekonania na jedynie na braku stosownego oświadczenia od producenta oraz niczym nie potwierdzonym przekonaniu, że wykonawca nie jest autoryzowanym przedstawicielem producenta, zamawiający ocenił ofertę jedynie w kontekście przesłanych przez wykonawcę wyjaśnień, które okazały się niewystarczające w świetle przepisów art. 90 ustawy Pzp.

3) Departament zarzucił zamawiającemu naruszenie uczciwej konkurencji poprzez wyznaczenie różnych terminów jeden dłuższy dla PHU EDDOM drugi krótszy dla BASCOM s.c. do udzielenia wyjaśnień, co do wielkości ceny i czynników mających na nią wpływ. Należy podkreślić, iż dzięki przygotowanym przez wykonawców kosztorysom jak i przez fakt,

iż obie firmy pochodzą z branży IT w zakresie budowy i eksploatacji sieci przygotowanie odpowiedzi zostały dostarczone zamawiającemu w terminie i firma z krótszym terminem nie wносиła zastrzeżeń co do jego długości, ani wniosków o jego przedłużenie. Departament słusznie podkreślił, że ustawa Pzp nie precyzuje długości terminów wykonania przez wykonawców pewnych czynności w postępowaniu i w tym zakresie Zamawiający posiada swobodę ograniczoną tak naprawdę zdrowym rozsądkiem tj. ustalenie takiego terminu aby jego długość pozwalała wykonawcy w toku normalnych czynności dokonać wymaganego działania. W takich sytuacjach wyznaczenie terminów powinno być podyktowane złożonością materii i zasadą uczciwej konkurencji. Na uwagę zasługuje fakt już poruszony wyżej, iż dzięki sporządzeniu kosztorysów etap wyjaśniania ceny oferty nie był nadto trudnym do wykonania, nie mniej jednak zastosowanie różnych terminów dla dwóch różnych wykonawców w bez wątpienia tej samej sprawie jest, co najmniej nagannym lecz w tej sytuacji nie mający wpływu na wynik postępowania - oferta została odrzucona nie za brak wyjaśnień jej rażąco niskiej ceny, a za ich niedostateczność.

4) Zamawiający faktycznie dopuścił się naruszenia art. 11 ust. 6 ustawy Pzp, nie mniej jednak to naruszenie pozostaje bez wpływu na wynik postępowania. Podał także, że kierownik zamawiającego wdrożył środki zaradcze w zakresie stosowania ustawy Pzp przede wszystkim poprzez dokonanie zmian kadrowych i pozyskanie do współpracy osoby posiadającej dużą wiedzę w zakresie stosowania przepisów ustawy prawo zamówień.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych nie uwzględnił zastrzeżeń Zamawiającego podnosząc, co następuje:

Ad 1. Za Zamawiającym podał, że w treści Informacji o wyniku kontroli Prezes Urzędu wskazał na bezzasadne odrzucenie ofert z uwagi na brak załączonych fakultatywnych kosztorysów ofertowych przy wynagrodzeniu ryczałtowym oraz bezzasadną modyfikację ceny ryczałtowej oraz, że ryczałt polega na umówieniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej, za realizację całego zakresu przedmiotu zamówienia określonego przez zamawiającego w dokumentacji projektowej, specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót, czy programie funkcjonalno-użytkowym, przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron na to, że wykonawca nie będzie się domagać zapłaty wynagrodzenia wyższego w związku ze zwiększeniem szacowanego przez niego zakresu kosztów lub poszczególnych prac do wykonania, zaś zamawiający nie będzie legitymowany do żądania obniżenia ustalonego wcześniej przez strony ryczałtu, jeżeli zakres ten okaże się mniejszy od pierwotnie założonego (arg. z art. 632 § 1 Kc). W tej sytuacji bez znaczenia dla treści oferty wykonawcy pozostaje sposób obliczenia ceny ofertowej, a co za tym idzie - nie

znajduje, co do zasady uzasadnienia przedstawianie przez wykonawców sposobów obliczenia ceny z rozbiciem na poszczególne rodzaje/elementy robót ujęte np. w kosztorysach szczegółowych składających się na realizację całego przedmiotu zamówienia. Powyższe potwierdza także Krajowa Izba Odwoławcza, która w licznych orzeczeniach przyjmuje, że określenie przez zamawiającego wynagrodzenia, jako ryczałtowe oznacza m.in., że załączane do oferty dokumenty „doprecyzowujące” cenę ryczałtową mają, co do zasady, charakter pomocniczy i nie oddziałują wprost na ostateczną cenę ryczałtową. Powyższe odnosi się do kosztorysów, tabel elementów scalonych, wymogów rozbicia cen ryczałtowych na składowe ceny etc. Również orzecznictwo sądowe potwierdza powyższą wykładnię, m.in. Sąd Okręgowy w Olsztynie (sygn. akt IC 261/13) wyrokiem z dnia 13.11.2013 r. oddalił powództwo zamawiającego, wniesione przeciwko samorządowi województwa, w związku z rozwiązaniem przez samorząd województwa umowy o dofinansowanie zawartej z zamawiającym. W uzasadnieniu wyroku Sąd m.in. przychylił się do argumentacji Prezesa Urzędu wyrażonej w Informacji o wyniku kontroli doraźnej, że bezpodstawne jest odrzucenie oferty z powodu braku kosztorysu, jeżeli ustalono wynagrodzenie ryczałtowe. Prezes Urzędu stwierdził, że w przedmiotowym stanie faktycznym kosztorysy miały niewątpliwie charakter fakultatywny. Zamawiający przyznał to wprost wskazując, że „bezsprzeczne pozostaje fakt, iż zamawiający kosztorysu nie żądał, a fakt jego załączenia do oferty wynikał z oświadczenia woli wykonawców złożonej w ofercie”. Z treści powyższego wynika, że w ocenie Zamawiającego podstawą do odrzucenia ofert była wewnętrzna niezgodność tych ofert. Informacja zawarta w formularzu ofertowym (dotycząca oparcia ceny ryczałtowej m.in. na kosztorysie) odwoływała się do ostatecznie niezałączonego kosztorysu. Powyższa okoliczność została dostrzeżona w toku kontroli, jednak nie rodzi ona skutków prawnych uzasadniających odrzucenie takiej oferty. Zwrócił uwagę, że ustawa Pzp przewiduje odrzucenie oferty z uwagi na jej niezgodność ze specyfikacją art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawa Pzp), nie zaś na jej niespójność wewnętrzną, przy zachowaniu zgodności z zapisami siwz. Brak jest zatem podstaw do uznania, że niezałączenie (fakultatywnych) kosztorysów do oferty skutkuje jej odrzuceniem. Prezes Urzędu stwierdził, że (...) Zgodzić się należy z Zamawiającym, że „nie mógł wezwać do uzupełnień oferty w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, bo kosztorys miał charakter dokumentu fakultatywnego i wezwanie do jego uzupełnienia naruszałoby zasadę uczciwej konkurencji.” Zwrócił uwagę, że niemożliwość wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jest bezprzedmiotowa, gdyż oferty nie wymagały konwalidacji i powinny zostać przyjęte przez zamawiającego, w takiej formie, w jakiej zostały złożone (abstrahując od faktu, że na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp kosztorys w ogóle nie może być uzupełniony bez względu na okoliczności). Uwaga Zamawiającego, że „odrzucenie ww. ofert w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w ocenie zamawiającego jest uzasadnione o tyle, iż nie wiadomo

czy odrzuceni wykonawcy w sposób należyty, a więc zgodny ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia obliczyli cenę oferty” jest niezasadna zważywszy, że w świetle siwz cena ryczałtowa miała obejmować całość przedmiotu zamówienia opisanego w programie funkcjonalno-użytkowym, a więc nie odnosiła się tylko do kosztorysów, (których złożenie było dodatkowo nieobowiązkowe). Jeśli Zamawiający miał intencję oparcia ceny ostatecznej tylko o kosztorys, powinien po pierwsze, wyraźnie i jednoznacznie wskazać to w siwz, po drugie, uczynić kosztorys dokumentem obligatoryjnym, a nie fakultatywnym i po trzecie - rozważyć wycenę prac w oparciu o wynagrodzenie kosztorysowe. Wszelkie uwagi Zamawiającego np., że „przedmiotowy kosztorys miał na celu zmuszenie wykonawców do należytego obliczenia ryczałtowej ceny oferty i jego brak budził, co najmniej wątpliwości, co do rzetelności w sposobie obliczenia ceny” są o tyle niezrozumiałe, że przygotowane przez niego zapisy siwz i projektu umowy, (które są bezwzględnie wiążące dla wykonawców) nie pozostają w zgodzie z tymi intencjami. Przy czym, odnosząc się w tym miejscu do argumentów Zamawiającego dotyczących trudności na etapie realizacji zamówienia, należy stwierdzić, że metodą ich uniknięcia jest precyzyjny opis przedmiotu zamówienia oraz precyzyjne i przewidujące trudności zapisy umowy, a także ich egzekwowanie na etapie realizacji, nie zaś odrzucanie ofert za brak nieobowiązkowego kosztorysu. Pozostałe uwagi Zamawiającego np., że kosztorysy miały służyć m.in. wyjaśnieniu, czy zaproponowana cena nie jest rażąco niska - odnoszą się do zagadnienia regulowanego w art. 90 ustawy Pzp, który opisuje procedurę wyjaśnienia ceny rażąco niskiej. To instytucja wyjaśnień, a nie fakultatywny, niewiązący kosztorys może potwierdzić (lub nie) zaistnienie ceny rażąco niskiej w ofercie. Dopiero w ramach wyjaśnień wykonawca może ew. złożyć kosztorys, jako dowód na poparcie swoich argumentów, natomiast sam brak fakultatywnego kosztorysu nie może stanowić domniemania rażąco niskiej ceny. Wyciąganie jakichkolwiek negatywnych konsekwencji względem wykonawców, którzy nie załączyli kosztorysu jest w świetle braku obligatoryjnego wymogu jego załączenia - niedopuszczalne. Zamawiający nie odniósł się przy tym do treści naruszenia w zakresie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, w jakim mowa była o możliwości dokonania poprawy ceny ryczałtowej na podstawie kosztorysu, przywołując w jednym zdaniu stan faktyczny. W ocenie Prezesa Urzędu stan faktyczny nie jest przedmiotem sporu, zatem w tym względzie podtrzymana zostaje ocena prawna opisana w Informacji. W konkluzji Prezes Urzędu podtrzymał stwierdzenie naruszeń art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp wskazanych w treści Informacji o wyniku kontroli.

Ad 2. Przytoczył stan faktyczny podnosząc, że pismem z dnia 08.07.2014 r. Zamawiający działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zwrócił się do wykonawcy o wyjaśnienia dotyczące elementów mających wpływ na wysokość ceny oferty Bascom s.c. P. S., A. S., tj.: Przewód kabelkowy S/FTP kat. 7 - KIS7LSOH500 -1,85zł/m netto; Gniazda z wkładką

wymienną - KDD500 2xRJ45 kat. 6A - puszka natynkowa do 2xRJ45 - 11,54zł/szt. netto + gniazda RJ45 21,23zł/szt. netto; oraz Panel 24-portowy z modułami FTP - KDV500m modularny, 24 złącza 2GHZ+wkładki do panela KDV500m 1xRJ45 STP kat. 6A- 230, 14zł netto, informując, że wg jego wiedzy powyższe elementy nie są dostępne u producentów za podane ceny. Wykonawca Bascom s.c. P. S., A. S. pismem z dnia 9.07.2014 r. wyjaśnił, że posiada u producenta status dystrybutora, co pozwala na uzyskanie znacznie lepszych warunków handlowych. Pismem z dnia 25.07.2014 r. zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy Bascom P. S., A. S. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, argumentując, że u podstawy decyzji uznającej, cenę zaproponowaną przez wykonawcę za rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia legło niedołączenie przez wykonawcę pisma producenta, w którym uzasadniono by relatywnie niską wycenę elementów oferty. W celu wnikliwego wyjaśnienia stanu faktycznego, Prezes Urzędu samodzielnie pismem z dnia 8.10.2015 r. zwrócił się do wykonawcy BASCOM s.c. P. S., A. S. o przekazanie dokumentów potwierdzających, że w dniu składania ofert (tj. 28.06.2014 r.) miał on u producenta okablowania status dystrybutora pozwalający mu uzyskać niższe ceny. W odpowiedzi z dnia 19.10.2015 r. wykonawca wyjaśnił, że „wspólnicy spółki są stałym kontrahentem producenta okablowania (mają status dystrybutora). Dlatego też od wielu lat korzystają z preferencyjnych cen, niższych niż te w sieciach sklepowych oferujących produkty (okablowanie). Dobra współpraca z producentem (w tym przede wszystkim ilość zamawianych przez BASCOM produktów oraz terminowość w rozliczaniu się) powoduje, iż wspólnicy spółki cywilnej BASCOM mieli i wciąż mają możliwość negocjowania cen z producentem, nawet tych zaproponowanych im przez producenta i zastrzeżonych dla jego najlepszych kontrahentów. Ta współpraca trwa nieprzerwanie od kilku lat, przy czym informuję, iż w dniu 28 czerwca 2014 r. wspólnicy spółki BASCOM również mieli możliwość nabywania produktów oferowanych przez producenta okablowania po niezwykle preferencyjnych cenach (mieli status dystrybutora), o czym informowali bezpośrednio inwestora w piśmie z dnia 9 lipca 2014 r. (...).” Również w dniu 8.10.2015 r. Prezes Urzędu zwrócił się do producenta okablowania - firmy A-LAN Technologie s.c. o udzielenie informacji, czy na dzień 28.06.2014 r. firma Bascom s.c. P. S., A. S. posiadała w ww. firmie status dystrybutora pozwalający uzyskać za wybrane produkty obniżone. W piśmie z dnia 9.10.2014 r. producent wyjaśnił, że „firma BASCOM S.C. P. S., A. S. na dzień 28 czerwca 2014r, jak i obecnie, posiadała i posiada status autoryzowanego dystrybutora rozwiązań naszej firmy, co wiąże się z możliwością kupowania produktów w preferencyjnych cenach. Jeżeli jednak chodzi o szczegółowe informacje cenowe to tylko uwzględniona cena kabla KIS7LSOHSOO była w tym okresie możliwa do uzyskania natomiast ceny komponentów KDDSOO i KDVSOOm były wyższe.” Jednocześnie producent zasugerował, że „być może pozycja kosztorysowa nie uwzględnia całości materiałowej a

koszt został uwzględniony w robociznie ze względu na złożoność produktu o numerze AKL-0.1602-41BG”, co następnie w piśmie z dnia 19.10.2015 r. wykonawca potwierdził. Powyższe pozwoliło na ustalenie, że Zamawiający nie dopełnił w sposób należyty obowiązków, jakie ciążyą na nim z tytułu wyjaśnienia wszystkich wątpliwości dotyczących oferty, co do której te wątpliwości wyraża, i co za tym idzie niezasadnie odrzucił ww. ofertę. Z otrzymanych na wezwanie Prezesa Urzędu informacji od producenta okablowania oraz wykonawcy dotyczących wyceny kwestionowanych przez Zamawiającego pozycji kosztorysu wynika, iż wykonawca istotnie jest autoryzowanym dystrybutorem producenta, a zaoferowana przez niego cena była ceną realną. Zdaniem Prezesa Urzędu nie znajdują odzwierciedlenia w dokumentacji sprawy stwierdzenia Zamawiającego jakoby ”wyjątkowo korzystna cena [sprzętu oferowanego przez producenta - dop.] obejmowała jedynie zakup przewodu. Natomiast (...) pozostałe komponenty sieci, co do których zamawiający miał wątpliwości już nie były objęte tak promocyjną ceną (...)”. Z treści odpowiedzi producenta nie wynika bowiem, że pozostałe komponenty sieci nie były oferowane wykonawcy na preferencyjnych warunkach, a jedynie, że te warunki nie były tak preferencyjne, jak wykonawca przewidział to w pomocniczym kosztorysie. Prezes Urzędu podkreślił ponownie, że producent sam zwrócił uwagę, że złożony charakter komponentów może oznaczać, że część kosztów wykonawca uwzględnił w robociznie i wykonawca taki sposób obliczenia ceny potwierdził. Zamawiający miał świadomość złożoności tych elementów sieci, ale w sposób niezasadny powstrzymał się od wyjaśniania podstaw takiego oszacowania wynagrodzenia przez wykonawcę i odrzucił ofertę. W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 maja 2014 r. (sygn. KIO 785/14) wskazano, że „jeśli zamawiający miał (...) wątpliwości,[dotyczące wyceny pozycji kosztorysowej], powinien przede wszystkim poprosić wykonawcę o ich wyjaśnienie, a nie przyjmować ich istnienie (wątpliwości) na niekorzyść wykonawcy”. Ponadto w wyroku z dnia 7 maja 2014 r. (sygn. KIO 798/14) zwrócono uwagę, że „celem postępowania zawartego art. 90 ustawy jest z jednej strony wyeliminowanie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ofert, w których zaproponowana jest realizacja przedmiotu zamówienia za cenę nierealną, nierzeczywistą, z drugiej strony umożliwienie wykonawcom rzetelne i szczegółowe wyjaśnienie elementów oferty, które mają wpływ na wysokość zaoferowanej ceny - natomiast dokonanie wyboru oferty z pominięciem lub niewłaściwym przeprowadzeniem procedury z art. 90 ustawy jest sprzeczne z zasadą niedyskryminującego dostępu wykonawców do zamówień publicznych.” Reasumując Prezes Urzędu stwierdził, że (...) Jako, że odrzucenie oferty wykonawcy BASCOM s.c. P. S., A. S. (najkorzystniejszej w świetle przyjętych kryteriów oceny) było nie tylko przedwczesne, ale i niezasadne, podtrzymane zostaje naruszenie wskazane w treści Informacji o wyniku kontroli polegające na naruszeniu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp”.

Ad 3. W treści Informacji o wyniku kontroli Prezes Urzędu zwrócił uwagę Zamawiającemu na

ustalenie terminów o różnej długości dla wykonawców, tj. 2,5 dni dla wykonawcy Bascom i 5,5 dnia dla wykonawcy PHU EDDOM, co naruszało treść art. 7 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający przychylił się do oceny stanu faktycznego dokonanej przez Prezesa Urzędu o zastosowaniu różnych terminów na złożenie wyjaśnień dla poszczególnych wykonawców. Co więcej, zamawiający przyznał, że taka czynność była naganna, choć nie ma ona wpływu na wynik postępowania. Prezes Urzędu podtrzymuje ocenę skutków dokonanego naruszenia i przede wszystkim stwierdza, że ww. naruszenie miało wpływ na zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców w postępowaniu. Powtórzyć należy za Informacją o wyniku kontroli, że w liczbach bezwzględnych wykonawca PHU EDDOM miał trzy dni więcej (a zatem dwa razy więcej czasu od wykonawcy Bascom) na złożenie wyjaśnień i ewentualnie skompletowanie dokumentów, co narusza zasadę wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Bez znaczenia pozostają przy tym uwagi Zamawiającego, że stopień skomplikowania wyjaśnień (w tym wymóg przekazania tych samych informacji od każdego z wykonawców) nie był szczególnie złożony dla wykonawców działających w branży IT. Podkreślił, że od stopnia złożoności wymaganych wyjaśnień nie może zależeć zakres stosowania zasady równego traktowania wykonawców, której naruszenie w przedmiotowym stanie faktycznym nie budzi wątpliwości. Reasumując, podtrzymał naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Ad 4. W odniesieniu do stanowiska Zamawiającego, że charakter naruszenia art. 11 ust. 6 ustawy Pzp nie wskazuje, aby miało ono wpływ na wynik postępowania, stwierdził, że Prezes Urzędu nie wskazał w Informacji o wyniku kontroli, iż naruszenie art. 11 ust. 6 ustawy Pzp wywarło wpływ na wynik kontrolowanego postępowania. Jednocześnie podkreślił, iż obowiązkiem Prezesa Urzędu jest zwrócenie uwagi Zamawiającego na powstałe naruszenie choćby ze względu na to, by w przyszłych postępowaniach Zamawiający tego typu uchybień mógł uniknąć. Tym samym podtrzymał naruszenie art. 11 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z treścią rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie wzorów ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych wskazane w treści Informacji o wyniku kontroli.

W konkluzji Prezes Urzędu stwierdził, że przedstawione przez Zamawiającego zastrzeżenia do naruszeń wskazanych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej nie zasługują na uwzględnienie. Podtrzymał stanowisko zaprezentowane w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 28 grudnia 2015 r. i zgodnie z treścią art. 167 ust. 2 ustawy Pzp, w związku z nieuwzględnieniem zastrzeżeń od wyniku kontroli, przekazał zastrzeżenia do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpatrując zastrzeżenia do wyniku kontroli doraźnej, w zakresie podniesionym przez Zamawiającego, uznała, że zastrzeżenia nie zasługują na uwzględnienie.

W Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 28 grudnia 2015 r. wskazano, na naruszenia przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), które dotyczą art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 87 ust. 2 pkt 2, 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art 90 ust. 1, art. 7 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1 oraz art. 11 ust. 6 tej ustawy [ustawa Pzp] w zw. z przepisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie wzorów ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 12, poz. 69 ze zm.).

Izba stwierdza, że zgłoszone zastrzeżenia nie obejmują naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp i z tego względu Izba nie odnosiła się do naruszenia tego przepisu. W pozostałym zakresie, oceniając zgłoszone przez Zamawiającego zastrzeżenia, Izba podzieliła argumentację przedstawioną przez Prezesa UZP i uznała, że zgłoszone zastrzeżenia do wyniku kontroli doraźnej nie dają podstaw do podważenia prawidłowości ustaleń kontroli.

W stanie faktycznym sprawy nie było możliwe odrzucenie oferty wykonawcy Bascom s.c. P S., A. S. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z powodu braku załączenia kosztorysów ofertowych. Przede wszystkim w tym przetargu kosztorysy miały niewątpliwie charakter fakultatywny. Zamawiający przyznał w zastrzeżeniach, że kosztorysu nie żądał, a fakt jego załączenia do oferty był skutkiem samodzielnej decyzji wykonawcy. Z kolei za podstawę do odrzucenia ofert Zamawiający uznał wewnętrzną niezgodność tych ofert, a Informacja zawarta w formularzu ofertowym (dotycząca oparcia ceny ryczałtowej m.in. na kosztorysie) odwoływała się ostatecznie do niezłączonego kosztorysu. Izba zwraca uwagę, że ustawa Pzp w jej art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp przewiduje odrzucenie oferty z uwagi na jej niezgodność ze specyfikacją nie zaś z uwagi na jej niespójność wewnętrzną, przy zachowaniu zgodności z wymaganiami specyfikacji. Tym samym niezłączenie (fakultatywnych) kosztorysów do oferty nie mogło skutkować jej odrzuceniem na podstawie wskazanego art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp. Niewątpliwie uwagi Zamawiającego, że

kosztorysy miały służyć m.in. wyjaśnieniu, czy zaproponowana cena nie jest rażąco niska - odnoszą się do zagadnienia regulowanego w art. 90 ustawy Pzp, który opisuje procedurę wyjaśnienia ceny rażąco niskiej. Zatem to instytucja wyjaśnień, a nie fakultatywny, niewiążący kosztorys może potwierdzić (lub nie) zaistnienie ceny rażąco niskiej w ofercie. W ramach wyjaśnień wykonawca może ewentualnie złożyć kosztorys, jako dowód na poparcie swoich argumentów, natomiast sam brak fakultatywnego kosztorysu nie może stanowić domniemania rażąco niskiej ceny. Zatem negatywne konsekwencje względem wykonawców, którzy nie załączyli kosztorysu - w świetle braku obligatoryjnego wymogu jego załączenia – należy uznać za niezasadne i stanowiące naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Także zdaniem Izby, co najmniej przedwczesne było odrzucenie oferty wykonawcy Bascom s.c. P. S., A. S. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Ta decyzja bowiem została oparta na stwierdzeniu braku załączenia przez wykonawcę pisma producenta, którym wykonawca mógł uzasadnić relatywnie niską wycenę elementów oferty. Z ustaleń Prezesa Urzędu bezspornie wynika, że w dniu składania ofert (tj. 28.06.2014 r.) wykonawca posiadał u producenta okablowania firmy A-LAN Technologie s.c. status dystrybutora, pozwalający mu uzyskać niższe ceny, o czym wykonawca informował bezpośrednio Zamawiającego w piśmie z dnia 9 lipca 2014 r. Ta okoliczność została potwierdzona przez tego producenta. Jak podał Prezes Urzędu, producent na jego zapytanie wyjaśnił [pismo z dnia 9.10.2014 r.], że „firma BASCOM S.C. P. S., A. S. na dzień 28 czerwca 2014 r., jak i obecnie, posiadała i posiada status autoryzowanego dystrybutora rozwiązań firmy, co wiąże się z możliwością kupowania produktów w preferencyjnych cenach. Z otrzymanych zatem przez Prezesa Urzędu informacji od producenta okablowania oraz wykonawcy, dotyczących wyceny kwestionowanych przez Zamawiającego pozycji kosztorysu wynika, że zaoferowana przez wykonawcę cena była ceną realną. Izba zgodziła się ze stanowiskiem Prezesa Urzędu, że nie znajdują odzwierciedlenia w dokumentacji sprawy stwierdzenia Zamawiającego, jakoby „wyjątkowo korzystna cena [sprzętu oferowanego przez producenta - dop.] obejmowała jedynie zakup przewodu. Natomiast (...) pozostałe komponenty sieci, co do których zamawiający miał wątpliwości już nie były objęte tak promocyjną ceną (...)”. Z treści odpowiedzi producenta nie wynika bowiem, że pozostałe komponenty sieci nie były oferowane wykonawcy na preferencyjnych warunkach, jak wykonawca przewidział to w pomocniczym kosztorysie, albowiem z tych informacji wynika, że kable dotyczyły nie preferencyjne, a szczególnie preferencyjne warunki cenowe. Ponadto ten producent zwrócił uwagę, że złożony charakter komponentów może oznaczać, że część kosztów wykonawca uwzględnił w robociźnie i wykonawca taki sposób obliczenia ceny potwierdził. Tym samym Zamawiający mając świadomość złożoności tych elementów sieci, niezasadnie powstrzymał się od wyjaśniania podstaw takiego oszacowania wynagrodzenia

przez wykonawcę i w konsekwencji niezasadnie odrzucił ofertę wykonawcy BASCOM s.c. P. S., A. S. (najkorzystniejszej w świetle przyjętych kryteriów oceny) z zastosowaniem art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, Izba przede wszystkim stwierdza, że Zamawiający w zastrzeżeniach zgodził się z oceną stanu faktycznego dokonaną przez Prezesa Urzędu o zastosowaniu różnych terminów na złożenie wyjaśnień dla poszczególnych wykonawców tj. 2,5 dni dla wykonawcy Bascom i 5,5 dnia dla wykonawcy PHU EDDOM. Ponadto Zamawiający przyznał, że taka czynność była naganna, choć nie ma wpływu na wynik postępowania. Izba – w stanie faktycznym sprawy – podzieliła pogląd Prezesa Urzędu, że to naruszenie miało wpływ na zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców w tym postępowaniu, albowiem wykonawca PHU EDDOM miał ponad dwa razy więcej czasu [w liczbach bezwzględnych 3 dni] od wykonawcy Bascom na złożenie wyjaśnień i ewentualne skompletowanie dokumentów, w sytuacji, gdy wymóg ten dotyczył przekazania przez każdego z wykonawców tych samych informacji.

W odniesieniu do stanowiska Zamawiającego, że charakter naruszenia art. 11 ust. 6 ustawy Pzp nie wskazuje, aby miało ono wpływ na wynik postępowania, Izba stwierdza, że Prezes Urzędu nie podał w Informacji o wyniku kontroli, że naruszenie art. 11 ust. 6 ustawy Pzp wywarło taki wpływ na wynik kontrolowanego postępowania. Jednakże niewątpliwie – jak zauważył Prezes Urzędu - jego obowiązkiem jest zwrócenie uwagi na wszystkie powstałe naruszenia, nawet te, które nie mają wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, chociażby ze względu na to, aby w przyszłych postępowaniach zamawiający tego typu uchybień mógł uniknąć.

Reasumując, Izba uznała, że zastrzeżenia Zamawiającego do naruszeń wskazanych w Informacji z dnia 28 grudnia 2015 r. (znak: UZP/DKUE/W2/421/25(3)/15/JL – KD/23/15/DKUE) o wyniku kontroli doraźnej następczej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, na „Wykonanie sieci teleinformatycznej w ramach projektu „e-doradca ziemi łódzkiej” są niezasadne i tym samym nie podlegają uwzględnieniu.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 167 ust.3 ustawy – Prawo zamówień publicznych wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

.....

.....

.....