

WYROK
z dnia 11 grudnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 grudnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 listopada 2014 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Konsorcjum firm w składzie: GMV Innovating Solutions Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) i Grupo Mecanica del Vuelo Sistemas S.A.U. (Partner Konsorcjum) z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Hrubieszowska 2, 01-209 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Infrastruktury Miejskiej w Słupsku, ul. Przemysłowa 73, 76-200 Słupsk**

przy udziale **wykonawcy R&G PLUS Sp. z o.o. ul. Traugutta 7, 39-300 Mielec**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Konsorcjum firm w składzie: GMV Innovating Solutions Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) i Grupo Mecanica del Vuelo Sistemas S.A.U. (Partner Konsorcjum) z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Hrubieszowska 2, 01-209 Warszawa** i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Konsorcjum firm w składzie: GMV Innovating Solutions Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) i Grupo Mecanica del Vuelo Sistemas S.A.U. (Partner Konsorcjum)**

z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Hrubieszowska 2, 01-209 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2 zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Konsorcjum firm w składzie: GMV Innovating Solutions Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) i Grupo Mecanica del Vuelo Sistemas S.A.U. (Partner Konsorcjum) z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Hrubieszowska 2, 01-209 Warszawa** na rzecz **Zarządu Infrastruktury Miejskiej w Słupsku, ul. Przemysłowa 73, 76-200 Słupsk** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zarząd Infrastruktury Miejskiej w Słupsku (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego

na: „Zaprojektowanie i wykonanie sytemu dynamicznej informacji pasażerskiej w czasie rzeczywistym wraz z systemem radiołączności bezprzewodowej na potrzeby transportu zbiorowego na obszarze Miasta Słupska w ramach Projektu pn.: „Wzrost atrakcyjności systemu transportu zbiorowego na obszarze Miasta Słupska poprzez budowę węzła integracyjnego wraz z infrastrukturą towarzyszącą dostosowaną do potrzeb osób niepełnosprawnych – Etap I””. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 21 sierpnia 2014 r. pod nr 2014/S 159-286090.

W postępowaniu tym wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Konsorcjum firm w składzie: GMV Innovating Solutions Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) i Grupo Mecanica del Vuelo Sistemas S.A.U. (Partner Konsorcjum) z siedzibą dla Lidera Konsorcjum w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) w dniu 27 listopada 2014 r. złożyli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w tej samej dacie. Informacja o czynnościach Zamawiającego stanowiących podstawę wniesionego odwołania została przekazana przez Zamawiającego Odwołującemu faksem w dniu 17 listopada 2014 r.

Zamawiający kopię odwołania wraz z wezwaniem do przyłączenia się do niniejszego postępowania przekazał wykonawcom w dniu 28 listopada 2014 r. W dniu 1 grudnia 2014 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, złożone przez wykonawcę R&G PLUS Sp. z o.o. z siedzibą w Mielcu (dalej: „Przystępujący”).

Izba po przeprowadzeniu czynności formalnoprawnych związanych z wniesionym odwołaniem skierowała je do rozpoznania na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania, a następnie na rozprawie. Posiedzenie oraz rozprawa w przedmiotowej sprawie odbyły się w dniu 9 grudnia 2014 r.

Uwzględniając pisma złożone w sprawie oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła co następuje.

Odwołujący w swoim odwołaniu zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez uwzględnienie wyjaśnień Przystępującego, których udzielenie doprowadziło do zmiany oferty tego wykonawcy,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez brak odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego jako nieodpowiadającej treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”),
- 3) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez uznanie oferty Przystępującego za najkorzystniejszą i dokonanie wyboru tej oferty,
- 4) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 3 oraz art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. t.j. z 2003 Nr 153, poz. 1503), poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w wyniku czego nie doszło do wyboru Odwołującego jako wykonawcy, którego oferta spełniała warunki określone w SIWZ.

Zarzucając powyższe Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty Przystępującego,
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert,
- 3) nakazanie Zamawiającemu wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej i udzielenia Odwołującemu przedmiotowego zamówienia,
- 4) nakazanie Zamawiającemu równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia w sposób umożliwiający zachowanie zasad uczciwej konkurencji.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał na konkretne wymogi postanowień SIWZ, które w jego ocenie czyniły wymóg Zamawiającego w zakresie złożenia w ofercie dokumentu Pełnego Zestawienia Kosztów Sprzętu, Licencji i Oprogramowania (Załącznik nr 1a do SIWZ) niezwykle istotnym, bowiem określającym zakres świadczenia, do którego

realizacji wykonawca zobowiązuje się w ofercie za określoną cenę za te świadczenia.

Odwolujący przywołał tutaj:

treść wskazanego Zestawienia, z której wynika, że miało ono zawierać wymienienie – i wycenę następujących elementów: sprzęt - urządzenia, dostawa, instalacja, konfiguracja, uruchomienie sprzętu - urządzeń, oprogramowanie, licencje, instalacja,

4

konfiguracja, uruchomienie oprogramowania, pozostałe prace adaptacyjne, instalacyjne, pozostałe urządzenia, dostawa, instalacja, konfiguracje, uruchomienie pozostałych urządzeń, koszty pozostałe m. in. koszty praw majątkowych, autorskich, prace instalacyjno-przyłączeniowe tablic, pozostałe elementy konieczne do wykonania zamówienia. Co istotne, w uwagach do Zestawienia przewidziano, iż: „Każdy z elementów składowych projektu musi być rozpisany według wyżej wskazanej przykładowej tabeli. Jeżeli Wykonawca dla zrealizowania projektu wdrażał będzie jakiegokolwiek dodatkowy system, sprzęt; oprogramowanie, również musi go opisać według wskazanego wzoru tabeli.”

pkt XIV pkt 1-3 SIWZ (Opis sposobu obliczenia ceny), wskazujący, – że: „Wykonawca przedstawi w ofercie cenę ryczałtową. Wykonawca określi cenę uwzględniając zakres zamówienia na podstawie dokumentacji przetargowej (SIWZ łącznie z załącznikiem do rozdz. III pkt 5 SIWZ, PFU), ewentualne ryzyko wynikające ze zmian przepisów oraz wszystkie koszty towarzyszące wykonaniu zamówienia, uruchomieniu i przekazaniu do eksploatacji. Pełne zestawienie kosztów: zaprojektowania, sprzętu, licencji i oprogramowania, praw majątkowych i autorskich, prac instalacyjno-przyłączeniowych należy dołączyć do oferty (załącznik nr 1A do SIWZ).”

Załącznik Nr 1 do SIWZ (formularz oferty), z którego wynika, że cena oferty ma być – zgodna „[...] z zestawieniem kosztów, z podziałem na wszystkie systemy (załącznik nr 1 A do SIWZ), stanowiącym załącznik do oferty.”,

rozdział XVI SIWZ, w którym między innymi stwierdzono, – że przed planowanym zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego wykonawca ma obowiązek opracować harmonogram rzeczowo-finansowy realizacji prac, z podziałem na poszczególne elementy i uwzględniający rozliczenie miesięczne w celu kontroli terminowego wykonania prac i rozliczenia prac częściami, postanowienia wzoru umowy dotyczące kar umownych - § 13 ust. 2 pkt 2 wzoru – umowy (Załącznik Nr 7 do SIWZ), zgodnie z którym: „Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną: [...] 2) za opóźnienie w wykonaniu elementów prac określonych w harmonogramie rzeczowo-finansowym w wysokości 0,5% wynagrodzenia brutto określonego w harmonogramie dla systemu będącego przedmiotem odbioru, za każdy dzień opóźnienia, liczony od terminu określonego w harmonogramie.”

W ocenie Odwołującego w ofercie Przystępującego, w złożonym wraz z nią Załączniku nr 1a nie ujęto świadczeń takich, jak:

- 1) przeprowadzenie szkolenia personelu Zamawiającego określonego w § 2 ust. 2 pkt 4 i pkt 6 wzoru umowy,

5

-
- 2) dostarczenie 50 sztuk pilotów opisanych w punkcie 15 podpunkt 3 Szczegółowych wytycznych do przedmiotu zamówienia, stanowiących załącznik do rozdziału III punkt 5 SIWZ i Załącznik Nr 1 do wzoru umowy,
 - 3) dostarczenie licencji na oprogramowanie będące przedmiotem zamówienia, o których mowa w § 2 ust. 6 wzoru umowy, opisanych w Szczegółowych wytycznych do przedmiotu zamówienia, stanowiących załącznik do rozdziału III punkt 5 SIWZ i Załącznik Nr 1 do wzoru umowy.

Jego zdaniem z oferty Przystępującego, pomijając kwestie pilotów i szkoleń, wynika, że wykonawca ten - choć zobowiązał się dostarczyć oprogramowanie systemowe, bazodanowe i biurowe - zapewnia tylko licencje na mapy i ich dostosowanie oraz aktualizację. Powyższe, w ocenie Odwołującego, jednoznacznie świadczy o tym, że Przystępujący nie zaoferował Zamawiającemu wykonania świadczeń przez Zamawiającego wymaganych. Podkreślił, że trudno zakładać, że podmiot prowadzący profesjonalną działalność gospodarczą w formie spółki kapitałowej omyłkowo nie uwzględniłby pewnych elementów, w sytuacji gdy ujmuje

w Zestawieniu i wycenia oprogramowanie każdorazowo wymagające licencji i wyodrębnienia licencji, których udzieli, zwłaszcza że w Zestawieniu wymieniał nawet świadczenia, których realizacja nic go nie kosztuje (yide: oprogramowanie bazodanowe).

Odwołujący w tym kontekście także postawił Zamawiającemu zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wskazując, że Zamawiający dwukrotnie wzywał Przystępującego do udzielenia wyjaśnień treści oferty. W wyniku wezwania z dnia 28 października 2014 r. w piśmie z dnia 30 października 2014 r. Zamawiający uzyskał odpowiedź Przystępującego, która potwierdziła tylko, że w wynagrodzeniu ryczałtowym uwzględniono wymienione przez Zamawiającego i budzące jego wątpliwości elementy. W związku z powyższym Zamawiający w dniu 10 listopada 2014 r. ponownie wezwał Przystępującego do wyjaśnień, w której dokładnie pozycji przedłożonego przez Przystępującego Zestawienia ujęto i na jaką wysokość wyceniono przeprowadzenie szkolenia personelu Zamawiającego, dostarczenie 50 sztuk pilotów oraz licencji na oprogramowanie. W odpowiedzi na powyższe pismem z dnia 13 listopada 2014 r. Przystępujący złożył wyjaśnienia, przedkładając tabelę przedstawiającą rzekomą wartość licencji i szkoleń w ramach poszczególnych świadczeń oraz podał jednostkową cenę pilota. Dnia 17 listopada 2014 r. Przystępujący złożył oświadczenie, w myśl którego w postępowaniu ujęto i wyceniono wszystkie elementy wchodzące w zakres przedmiotu zamówienia. W ocenie Odwołującego, opisane powyżej działania Zamawiającego *de facto* doprowadziły do niedopuszczalnej - w świetle art. 87 ust. 1 ustawy Pzp - zmiany oferty Przystępującego. Zdaniem Odwołującego przedłożone przez Przystępującego Zestawienie (Załącznik nr 1a) w praktyce stanowiło wymienienie świadczeń wchodzących w zakres zobowiązania potencjalnego wykonawcy zamówienia.

6

Skoro zatem Przystępujący pewnych elementów w Zestawieniu nie wymienił, to - zdaniem Odwołującego - jest to równoznaczne z tym, że ich po prostu nie zaoferował. Na poparcie swoich twierdzeń Odwołujący powołał się na stanowisko prezentowane w orzecznictwie: KIO 1022/14, KIO/UZP 1620 i KIO/UZP 1625/09, KIO 1863/10, KIO 2226/11, SO we Wrocławiu X Ga 7/2010. Odwołujący wykazując, że oferta Przystępującego nie odpowiada treści SIWZ, a także wskazując, że ustalone przez Zamawiającego w postępowaniu wynagrodzenie ryczałtowe nie zwalnia wykonawcy z obowiązku zaoferowania przedmiotu zamówienia zgodne z postanowieniami SIWZ, powołał się również na stanowisko wyrażane w orzecznictwie (KIO 1138/14, KIO/KD 15/11, KIO 104/14, KIO/UZP 179/09). W efekcie Odwołujący podniósł, że oferta Przystępującego powinna zostać przez Zamawiającego odrzucona jako niezgodna z SIWZ, a jej braki nie powinny być sanowane w drodze procedury przewidzianej w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający nie wykonując tej czynności w postępowaniu i wybierając jako najkorzystniejszą ofertę Przystępującego, naruszył także art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, jak również art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 3 oraz art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W toku rozprawy Odwołujący podtrzymał swoje stanowisko, wskazując dodatkowo, że opis przedmiotu niniejszego zamówienia obejmuje w ramach jednego systemu stworzenie dwóch podsystemów: informacji pasażerskiej i zarządzania flotą i koszty ujęte w Zestawieniu kosztów powinny to uwzględniać. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3 600 zł na podstawie przedkładanej do akt sprawy faktury VAT.

Zamawiający w toku rozprawy wskazał na niezasadność zarzutów odwołania. Podkreślił też, że zgodnie z orzecznictwem KIO, ustalenie przez Zamawiającego w postępowaniu wynagrodzenia ryczałtowego, nie zwalnia go z konieczności badania poszczególnych, wyspecyfikowanych w ramach wymaganego kosztorysu rodzajów usług i dostaw, wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia. Realizując powyższe, Zamawiający wystąpił w tym zakresie, tak do Przystępującego, jak i Odwołującego o udzielenie w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp stosownych wyjaśnień, które zostały mu złożone przez obojgu wykonawców. W związku z powyższym Zamawiający uznał, że nie ma podstaw do uznania którejkolwiek z ofert za sprzeczną z SIWZ. Zamawiający podkreślił też, że w ramach niniejszego zamówienia, poprzez wskazanie w SIWZ, że wykonawcy mają zaprojektować i skonstruować cały system informacji pasażerskiej, dał on wykonawcom w tym zakresie pewną dowolność w wyborze sposobu realizacji tego zamówienia. Z postanowień SIWZ wynika obowiązek zrealizowania przez wykonawcę zintegrowanego

systemu informacji, który będzie służył realizacji obydwu elementów tego systemu, tak informacji pasażerskiej, jak i zarządzania flotą. Podkreślił, że wykonawcy mieli w tym zakresie dowolność, jak skonstruują ten jeden system dla Zamawiającego. Zamawiający wniósł zatem o oddalenie odwołania oraz o zasądzenie na jego rzecz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł na podstawie faktury VAT przedkładanej do akt sprawy.

Przystępujący w swoim zgłoszeniu przystąpienia, jak i na rozprawie, poparł stanowisko Zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania. Podkreślił też, że Załącznik 1a do SIWZ, zgodnie z jej postanowieniami, miał jedynie służyć wykonawcom w prawidłowym oszacowaniu zamówienia i wyspecyfikowaniu pewnego rodzaju dostaw, czy usług w ramach tego załącznika; wycena dokonywana przez wykonawców w ramach tego załącznika, miała mieć charakter wyceny ogólnej. W jego ocenie powyższego nie można utożsamiać z zakresem przedmiotu świadczenia. Wskazał, że Zamawiający w zestawieniu tym wskazał rodzaje prac bez konkretyzowania ich ilości, bez konieczności wskazania konkretnych urządzeń, a każdy z wykonawców mógł w tym zakresie podejść w różny sposób do tej ogólnej wyceny, w zależności od sposobu realizacji zamówienia, przyjętej przez wykonawcę w związku z charakterem przedmiotu zamówienia, tj. zaprojektowanie i wykonanie systemu. Sporządzenie tego zestawienia, według Przystępującego, mogło być różne w zależności od tego, np. czy właścicielem praw autorskich do oprogramowania jest sam wykonawca, czy też nie. Było to więc, jego zdaniem, indywidualne podejście wykonawców do wypełnienia tego załącznika. Podkreślił też, że nie była wymagana przez Zamawiającego wycena pojedynczych licencji, w odniesieniu do pojedynczego stanowiska miała być wycena ogólna. Podkreślił, że dokonał w swojej ofercie wyceny oprogramowania, a na powyższe może - jego zdaniem - wskazywać choćby zsumowanie wartości licencji i szkoleń w ramach zestawienia w wyjaśnieniach z 13 listopada 2014 r. Podniósł, że udzielone przez niego wyjaśnienia sprowadzały się *de facto* do rozwiania wątpliwości Zamawiającego; nie doszło tutaj jednak do zmiany treści oferty. Przystępujący wskazał też na postanowienia rozdziału 16 SIWZ, gdzie Zamawiający wymagał przed zawarciem umowy od wykonawcy wybranego do realizacji zamówienia sporządzenia harmonogramu prac, do którego, zgodnie z postanowieniami umowy, będą odnosiły się wszelkie kwestie dotyczące rozliczenia z Zamawiającym i kar umownych. Wskazał, że harmonogram ten oczywiście powinien odnosić się do Załącznika 1a z oferty wykonawcy, jednakże - jego zdaniem - będzie to nowy dokument, w którym mogą być przedstawione bardziej szczegółowe rozliczenia albo zagregowane poszczególne pozycje z zestawienia zawartego w ofercie. Dopiero w tym dokumencie, jego zdaniem, będą określone konkretne daty, w których będą realizowane

poszczególne elementy systemu wg projektu wykonawcy. Przywołał też postanowienia § 7 ust. 1 i 6 wzoru umowy, gdzie wskazuje się na charakter ryczałtowy wynagrodzenia w niniejszym postępowaniu, co – w jego ocenie - wskazuje, że przywołane w odwołaniu orzecznictwo KIO nie jest adekwatne do niniejszego przedmiotu zamówienia, ponieważ odwołuje się do takich sytuacji, kiedy w ramach kosztorysu w ofercie wskazywano jednoznacznie przedmiot świadczenia. W niniejszym postępowaniu zaś – zdaniem Przystępującego - mamy do czynienia z etapem projektu tego systemu przez wykonawcę, który to projekt będzie miał dopiero przełożenie na realizację konkretnego systemu. Przystępujący na poparcie swojej argumentacji powołał się na wyrok KIO 1515/14, wskazując, że Załącznik nr 1a stanowił jedynie podstawę wyceny przedmiotu zamówienia i nie może być utożsamiany z zakresem świadczenia, a tym samym brak uszczegółowień w tym zakresie nie może stanowić podstawy do uznania, że mamy do czynienia z niezgodnością treści oferty z SIWZ.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a skutkujących odrzuceniem odwołania.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że wymogi formalne związane ze skutecznym wniesieniem przystąpienia do postępowania odwoławczego, wynikające z art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, zostały wypełnione. Z tych też względów, w ocenie Izby, Przystępujący uzyskał status uczestnika niniejszego postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła również, że przesłanka materialnoprawna do wniesienia odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, została wypełniona. Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania, ponieważ złożył ofertę w niniejszym postępowaniu, sklasyfikowaną na drugiej pozycji rankingowej i kwestionuje czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu oraz zaniechanie odrzucenia oferty wybranej. Odwołujący zatem w wystarczający sposób wykazał się możliwością uzyskania niniejszego zamówienia

9

publicznego w przypadku uwzględnienia zarzutów odwołania i w konsekwencji możliwością poniesienia przez niego szkody związanej z udzieleniem niniejszego zamówienia innemu wykonawcy.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała, że podlega ono oddaleniu.

Izba ustaliła co następuje.

Zamawiający wszczął przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego poprzez publikację ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym UE oraz jego zamieszczenie na tablicy ogłoszeń i stronie internetowej w dniu 18 sierpnia 2014 r. (pkt 5 protokołu z postępowania Druk ZP-PN).

Zamawiający w pkt XIV SIWZ dotyczącym opisu sposobu obliczenia ceny określił, że cena ofertowa ma być ceną ryczałtową, w której wykonawca ma obowiązek określenia ceny, uwzględniającej zakres zamówienia ustalony na podstawie dokumentacji przetargowej łącznie z ewentualnym ryzykiem wynikającym ze zmian przepisów oraz wszystkie koszty towarzyszące wykonaniu zamówienia, uruchomieniu i przekazaniu do eksploatacji. Zamawiający wskazał także, że do oferty należy załączyć Załącznik nr 1a do SIWZ stanowiący pełne zestawienie kosztów: zaprojektowania, sprzętu, licencji i oprogramowania, praw majątkowych i autorskich, prac instalacyjno – przyłączeniowych. Wskazał tam też m.in., że ceny netto określone przez wykonawcę we wskazanym zestawieniu kosztów obowiązują w okresie trwania umowy i nie podlegają zmianom.

W pkt XVI.4 SIWZ Zamawiający wskazał, że przed planowanym terminem zawarcia umowy wykonawca, którego oferta zostanie wybrana w postępowaniu jako najkorzystniejsza, zobowiązany jest do przedłożenia harmonogramu rzeczowo-finansowego realizacji robót, który będzie stanowił załącznik do umowy.

W formularzu ofertowym (Załącznik nr 1 do SIWZ) Zamawiający wskazał na konieczność wyceny ryczałtowej całej oferty, wskazując, że wykonawca oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia za określoną cenę zgodnie z zestawieniem kosztów (Załącznik nr 1a do SIWZ) z podziałem na wszystkie systemy.

Przygotowując wzór Załącznika nr 1a do SIWZ Zamawiający w poz. „Rodzaj prac”, wyszczególnił takie elementy, jak: „sprzęt – urządzenia”, „Dostawa, instalacja, konfiguracja,

10

uruchomienie sprzętu – urządzeń”, „Oprogramowanie”, „Licencja”, „Instalacja, konfiguracja, uruchomienie oprogramowania”, „Pozostałe prace adaptacyjne, instalacyjne”, „Pozostałe urządzenia”, „Dostawa, instalacja, konfiguracja, uruchomienie pozostałych urządzeń”, „Koszty pozostałe m.in. koszty praw majątkowych, autorskich”, „prace instalacyjno-przyłączeniowe”, „pozostałe elementy konieczne do wykonania zamówienia”. W tym zakresie Zamawiający określił kolumny tabelarycznego zestawienia kosztów ze wskazania: ilości poszczególnych pozycji, wartości netto za 1 szt., wartości brutto za 1 szt., łącznej wartości

netto za całą pozycję (ilość x wartość) i łącznej wartości brutto za całą pozycję (ilość x wartość). W uwagach zawartych w tym formularzu Zamawiający wskazał, że każdy z elementów składowych projektu musi być rozpisany według wskazanej, przykładowej tabeli, a jeżeli wykonawca dla zrealizowania projektu będzie wdrażał jakikolwiek dodatkowy system, sprzęt, oprogramowania, będzie musiał również go opisać według wzoru tabeli.

W § 8 ust. 1 i 2 wzoru umowy Zamawiający przewidział sposób płatności, wskazując, że za zrealizowane elementy prac będzie wypłacane wynagrodzenie zgodnie z elementami wyszczególnionymi w harmonogramie rzeczowo-finansowym, a rozliczenie robót będzie dokonywane fakturami częściowymi za wykonane elementy prac odebrane przez Zamawiającego. W § 7 wzoru umowy Zamawiający potwierdził, że wynagrodzenie za wykonanie niniejszego przedmiotu zamówienia jest wynagrodzeniem ryczałtowym. W § 13 wzoru umowy Zamawiający określił zasady związane z zapłatą kar umownych z tytułu realizacji niniejszego przedmiotu zamówienia, w tym w ust. 2 pkt 2 tego paragrafu wskazał na karę umowną z tytułu opóźnienia w wykonywaniu elementów prac określonych w harmonogramie rzeczowo-finansowym w wysokości 0,5% wynagrodzenia brutto określonego w harmonogramie dla systemu będącego przedmiotem odbioru, za każdy dzień opóźnienia liczony od terminu określonego w harmonogramie oraz w ust. 2 pkt 11 karę za każdorazowe nieusunięcie usterek gwarancyjnych w terminach ustalonych w warunkach gwarancji w wysokości 0,6% wartości brutto reklamowanego urządzenia/oprogramowania za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia (stawki cenowe wartości urządzeń i oprogramowania według wykazu wykonawcy stanowiącego Załącznik nr 1A do SIWZ).

Do upływu terminu składania ofert w przedmiotowym postępowaniu, tj. do dnia 2 października 2014 r., do Zamawiającego oferty złożył Odwołujący oraz Przystępujący (pkt 9 protokołu z postępowania Druk ZP-PN).

W ofercie Przystępującego został złożony Załącznik nr 1a do SIWZ wypełniony przez wykonawcę, w którym w ramach pozycji przewidzianych we wzorze tego załącznika do SIWZ wyszczególnione zostały pewne elementy z ich wyceną i wymaganą ilością sztuk.

Zamawiający pismem z dnia 28 października 2014 r., w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty, wskazując, że w trakcie oceny ofert przy badaniu Zestawienia kosztów w ofercie Przystępującego Zamawiających stwierdził brak wymaganych następujących elementów (prac) i ich wyceny, które wchodzą w zakres usługi:

- 1) przeprowadzenie szkolenia personelu Zamawiającego określonego w § 2 ust. pkt 4 i 6 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 7 do SIWZ;
- 2) dostarczenie 50 sztuk pilotów opisanych w pkt 15 ppkt 3 Szczegółowych wytycznych do przedmiotu zamówienia stanowiących załącznik do rozdz. III pkt 5 SIWZ i załącznik nr 1 do wzoru umowy;
- 3) licencje na oprogramowanie będące przedmiotem zamówienia, o których mowa w § 2 ust. 6 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 7 do SIWZ i opisane w Szczegółowych wytycznych do przedmiotu zamówienia stanowiących załącznik do rozdz. III pkt 5 SIWZ i załącznik nr 1 do wzoru umowy.

Zamawiający przypominając o ryczałtowym charakterze wynagrodzenia w niniejszym postępowaniu, poprosił o wyjaśnienie czy w wynagrodzeniu ryczałtowym określonym w ofercie Przystępującego ujęto i wyceniono wymagane przez Zamawiającego szkoleń 50 szt. i licencje przeprowadzenie personelu, dostarczenie pilotów na oprogramowanie wchodzące w zakres przedmiotu zamówienia.

W odpowiedzi na powyższe Przystępujący w piśmie z dnia 30 października 2014 r. wskazał, że przywołane przez Zamawiającego elementy wchodzące w zakres przedmiotu zamówienia zawarte są w wynagrodzeniu ryczałtowym określonym przez niego w ofercie.

Zamawiający pismem z dnia 10 listopada 2014 r., działając ponownie na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, poprosił Przystępującego o złożenie wyjaśnień w zakresie zestawienia wszystkich kosztów załączonego do oferty. Przywołał jeszcze raz te same wątpliwe elementy przywoływane przez niego w poprzednim wezwaniu, dodatkowo wskazując, że w § 13 ust. 2 pkt 11 wzoru umowy wskazał na okoliczność naliczania kary umownej odnosząc to do stawki cenowej wartości urządzenia i oprogramowania według wykazu wykonawcy stanowiącego załącznik nr 1a do SIWZ. W tym zakresie podkreślił, że niezbędna jest wartość netto i brutto za 1 szt. i wartość netto i brutto za dostarczenie 50 szt.

pilotów, licencji na oprogramowanie oraz przeprowadzenie szkoleń personelu Zamawiającego. Wskazał, że w Zestawieniu kosztów złożonym przez Przystępującego brak jest jednostkowych cen tych wszystkich pozycji. W związku z powyższym zwrócił się do wykonawcy o wyjaśnienie, w której dokładnie pozycji złożonego przez Przystępującego Zestawienia kosztów ujęto i w jakiej wysokości wyceniono wskazane elementy. 12

Przystępujący w odpowiedzi na powyższe pismem z dnia 13 listopada 2014 r. wyjaśnił, że wszystkie elementy ujęto i wyceniono w złożonym wraz z ofertą Zestawieniu kosztów, a koszty szkolenia i licencji zawarto odpowiednio w poszczególnych pozycjach i w tym miejscu przedstawił tabelaryczne zestawienie kosztów z wyszczególnieniem wartości licencji, które były zawarte w Załączniku nr 1A do SIWZ oraz wartości szkoleń podobnie ujętych w tym Załączniku. Dodatkowo wskazał, że koszt dostarczenia 50 szt. pilotów to koszt jednostkowy – 60 zł netto/szt. (73,80 zł brutto za szt.), który został zawarty w cenie jednostkowej netto w załączniku nr 1a do SIWZ pn. „autokomputer SRG-6000P”. Jednocześnie wyjaśnił, że do kalkulacji przyjęto ilość pilotów równą ilości autokomputerów.

Przystępujący dodatkowo w piśmie z dnia 17 listopada 2014 r. podkreślił, że w ramach swojej ceny ofertowej określonej ryczałtowo ujął i wycenił wszystkie elementy wchodzące w zakres przedmiotu zamówienia.

Zamawiający w dniu 17 listopada 2014 r. poinformował wykonawców o wynikach postępowania i o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, tj. oferty wykonawcy Przystępującego.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, że rozpoznawane przez Izbę odwołanie dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które zostało wszczęte przed dniem 19 października 2014 r., tj. przed wejściem w życie przepisów ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r. poz. 1232). Uwzględniając dyspozycję art. 3 wskazanej ustawy, Izba rozpoznała niniejsze odwołanie w oparciu o przepisy ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym przed dniem wejścia w życie przepisów wskazanej ustawy.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z powodu jej sprzeczności z treścią SIWZ, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Odwolujący zarzucał Zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ, z powodu braku wyszczególnienia w Zestawieniu kosztów (Załącznik nr 1A do SIWZ) określonych jednostkowo trzech rodzajów kosztów, co - w jego ocenie - wskazywało na ograniczony w stosunku do przedmiotu zamówienia zakres świadczenia wykonawcy.

13

Dokonując oceny niniejszego stanu faktycznego, Izba doszła do przekonania, że zapisy SIWZ dotyczące konieczności przedstawienia przez wykonawców Zestawienia kosztów (Załącznik nr 1A do SIWZ) miały znaczenie dla Zamawiającego jedynie z punktu widzenia wyceny poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia, a nie z punktu widzenia określenia zakresu przedmiotu świadczenia. Zamawiający oczekiwał od wykonawców przedłożenia tego zestawienia, aby móc ewentualnie dokonać oceny sposobu wyceny elementów przedmiotu zamówienia przez wykonawcę, które następnie będą miały przełożenie na sporządzany, wyłącznie przez wykonawcę wybranego do realizacji przedmiotu zamówienia, harmonogramu rzeczowo-finansowy. Załącznik nr 1a do SIWZ miał zatem mieć jedynie charakter informacyjny w zakresie analizy elementów wyceny ceny ofertowej wykonawcy. Sporządzony przez Zamawiającego na etapie SIWZ wzór tego Załącznika nie był zbyt szczegółowy. Zamawiający nie wymagał też, aby w tym Zestawieniu ujmować koszty w sposób bardziej szczegółowy, np. z podziałem na istotne elementy sytemu, który w efekcie realizacji tego zamówienia ma powstać (tak jak choćby wskazywał Odwołujący – z wydzieleniem kosztów związanych z realizacją sytemu informacji pasażerskiej oraz zarządzania flotą). Skoro Zamawiający w SIWZ, w samym Załączniku nr 1a do SIWZ przewidział określony podział informacji o kosztach i Przystępujący wprost zastosował się do tego podziału, nie przewidując w tym zakresie dodatkowego

uszczegółowienia, nie można czynić wobec niego zarzutu, iż postąpił w sposób sprzeczny z wymogami SIWZ. Wycena dokonywana w Załączniku nr 1A do SIWZ mogła być oczywiście bardziej szczegółowa, ale wprost takiego wymogu Zamawiający nie postawił wykonawcom w SIWZ. Szczegółowa wycena całego przedmiotu zamówienia z podziałem na odpowiedni czas realizacji poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia zostanie dopiero sporządzona – zgodnie z wymogami SIWZ – tuż przed podpisaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego, z jednym wybranym w postępowaniu wykonawcą, w ramach sporządzanego przez niego harmonogramu rzeczowo-finansowego. Wycena ta musi oczywiście uwzględniać treść oferty wykonawcy i sporządzony przez niego na etapie składania ofert Załącznik nr 1a. Harmonogram ten może być jednak bardziej szczegółowy, może też agregować określone pozycje z Załącznika nr 1a, ważne, aby uwzględniał jego treść. Rozliczenie wynagrodzenia umownego będzie następowało w oparciu właśnie o wskazany harmonogram. Tak też zasadniczo będą naliczane kary umowne (oprócz kary opisanej w § 8 ust. 2 pkt 11 wzoru umowy, odnoszącej się do stawek cenowych wartości urządzeń i oprogramowania według wykazu wykonawcy stanowiącego Załącznik nr 1A do SIWZ i w tym zakresie na ile szczegółowo dany wykonawca dokonał wyceny urządzeń i oprogramowania na tyle ta ewentualna kara będzie mogła być naliczona). Istotne w postępowaniu jest to, że wynagrodzenie określone przez Zamawiającego w SIWZ

za realizację niniejszego przedmiotu zamówienia, miało charakter wynagrodzenia ryczałtowego. Powyższa okoliczność nie była sporną pomiędzy stronami postępowania odwoławczego oraz jego uczestnikiem. W ramach tego wynagrodzenia wykonawca zobowiązał się do wykonania całości przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, zawartym w SIWZ. Warunki realizacji przedmiotowego zamówienia także są szczególne. Zgodnie z postanowieniami SIWZ dotyczącymi opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający w ramach niniejszego zamówienia wymaga nie tylko wykonania określonego sytemu informacji pasażerskiej z jego wszystkimi elementami, ale także przed jego wykonaniem (zainstalowaniem i wdrożeniem) oczekuje jego zaprojektowania, czyli stworzenia odpowiedniego projektu wymaganego przez Zamawiającego systemu z pomysłem na urządzeń, sprzętu, odpowiednim skonfigurowanie określonych oprogramowania i przeprowadzenia określonych prac instalacyjnych, czy przyłączeniowych i sposobu ich realizacji przy użyciu określonego sprzętu, osób techniki, czy też konieczności ochrony konkretnych praw. Tak więc dopiero na etapie realizacji przedmiotu zamówienia powstanie konkretna koncepcja wykonania przedmiotu zamówienia, która w sposób szczegółowy będzie uwzględniała określone ilości konkretnych urządzeń, sprzętu, oprogramowania licencji itd.

Tak więc charakter przedmiotu zamówienia, sposób rozliczenia kontraktu z wykonawcą oraz brak konkretnych wymogów Zamawiającego co do minimalnego, wymaganego poziomu szczegółowości wyceny wykonawców w Załączniku nr 1a, poza treścią zawartą we wzorze tego dokumentu, pozwalały Izbie na stwierdzenie, że oferta Przystępującego jest zgodna z SIWZ, bowiem obejmuje swoim zakresem także trzy elementy, na które Odwołujący wskazywał w treści odwołania. Brak szczegółowej wyceny tych elementów w Załączniku nr 1a do SIWZ ze wskazanych wyżej względów nie świadczy o braku ich zaoferowania w treści oferty i objęcia sporządzoną wyceną, a tym samym nie świadczy o sprzeczności treści oferty Przystępującego z SIWZ. Wykonawca ten na wezwanie Zamawiającego kilkakrotnie potwierdził objęcie wyceną ryczałtową także tych elementów opisu przedmiotu zamówienia. Bezwzględne oczekiwanie od wykonawcy, że przedstawi ceny jednostkowe wszystkich wymaganych do właściwego wykonania przedmiotu zamówienia np. licencji, na tym etapie prowadziłoby w efekcie do zmiany postanowień SIWZ, w której takich wymogów Zamawiający nie określił. Podkreślenia wymaga że wszelkie niejasne, nieprecyzyjne wymogi SIWZ – zgodnie z orzecznictwem KIO – nie mogą wpływać negatywnie na sytuację wykonawcy w postępowaniu, a więc przede wszystkim nie mogą prowadzić do odrzucenia oferty, czy wykluczenia wykonawcy z postępowania. Tak więc w tym kontekście, z powodu braku uszczegółowienia wymogów dotyczących sporządzania Załącznika nr 1a przez wykonawców nie można aktualnie na etapie oceny ofert stawiać

wykonawcom zarzutu niegodności treści oferty w tym zakresie z treścią SIWZ. Jeszcze raz podkreślić należy, że Przystępujący w swojej wycenie (Załącznik nr 1a) wprost odniósł się do podziału poszczególnych pozycji Zestawienia kosztów przygotowanego jako wzór przez Zamawiającego, dokonując w tym zakresie odpowiedniej wyceny tych pozycji i trudno mu czynić z tego tytułu zarzut.

Tym samym Izba nie stwierdziła, aby Zamawiający dopuścił się naruszenia wskazanych w zakresie tego zarzutu w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu prowadzenia przez Zamawiającego z Przystępującym w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wyjaśnień prowadzących do nieuprawnionych negocjacji z wykonawcą treści oferty, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Izba nie podzieliła argumentacji Odwołującego, uznając, że prowadzone przez Zamawiającego wyjaśnienia treści oferty Przystępującego nie skutkowały prowadzeniem niedopuszczalnych w świetle art. 87 ust. 1 ustawy Pzp negocjacji z wykonawcą. W ocenie Izby prośba Zamawiającego wskazania przez Przystępującego w ramach prowadzonych wyjaśnień treści oferty konkretnych wartości jednostkowych wyceny poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia wykraczała poza wymogi opisane w SIWZ. Jednak właśnie z punktu widzenia wymogów SIWZ, na które Izba wskazała powyżej, wykonawcy nie mieli obowiązku wskazywania w treści swojej oferty określonego poziomu szczegółowości wyceny elementów składających się na całość przedmiotu zamówienia. Tym samym, gdyby powyższe wyjaśnienia prowadziły do naprawy treści oferty – doprowadzenia jej do zgodności z treścią SIWZ, należałoby uznać, że Zamawiający prowadzi niedopuszczane negocjacje co do treści oferty z Przystępującym. W niniejszym przypadku jednak żadna naprawa merytoryczna oferty Przystępującego w wyniku prowadzonych wyjaśnień treści jego oferty nie miała miejsca, bowiem nie było takiej potrzeby w świetle wymagań SIWZ.

W związku z powyższym Izba stwierdziła, iż nie potwierdziło się naruszenie przywołanych w odwołaniu we wskazanym zakresie przepisów ustawy Pzp.

W konsekwencji także Izba uznała, że Zamawiający nie dopuścił się naruszenia przepisów dotyczących wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu (art. 91 ust. 1 ustawy Pzp) oraz zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp).

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze orzeczono jak w sentencji.

16

Orzekając o kosztach postępowania Izba oparła się na art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp. W oparciu o wskazane przepisy obciążyła nimi Odwołującego, stosownie do wyniku postępowania.

Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła:

stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z – dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – koszty wpisu uiszczonego przez Odwołującego w kwocie 15 000,00 zł oraz:

stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 2) lit. b) wskazanego rozporządzenia – koszty – wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3 600,00 zł na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy przed zamknięciem rozprawy.

Przewodniczący:

17