Sygn. akt KIO 2111/15

WYROK
z dnia 15 października 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **15 października 2015 r.** w Warszawie odwołania z dnia **29 września 2015 r.** wniesionego przez wykonawcę **INWEST LIM Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie ul. Grunwaldzka 475, 62-064 Plewiska** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zakład Pielęgnacyjno-Opiekuńczy SP ZOZ, ul. Promenada 7, 63-100** Śrem

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

---

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **INWEST LIM Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie ul. Grunwaldzka 475, 62-064 Plewiska**
i nakazuje
zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **INWEST LIM Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie ul. Grunwaldzka 475, 62-064 Plewiska** tytułem kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473, z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915, 1146 i 1232 oraz z 2015 r. poz. 349, 478 i 605) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Poznaniu.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 2111/15

Uzasadnienie

Zamawiający Zakład Pielęgnacyjno-Opiekuńczy SP ZOZ, ul. Promenada 7, 63-100 Śrem wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Remont pomieszczeń w budynku głównym Zakładu zlokalizowanych na parterze i drugim piętrze budynku«.

Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w BZP **02.09.2015 r.** pod nrem **227034.**

Postępowanie jest prowadzone na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473, z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915, 1146 i 1232 oraz z 2015 r. poz. 349, 478 i 605) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający zawiadomił **24.09.2015 r.** o:
1) odrzuceniu oferty wykonawcy **INWEST LIM Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie ul. Grunwaldzka 475, 62-064 Plewiska,** gdyż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji – **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp;**
2) unieważnieniu postępowania.

Wykonawca INWEST LIM Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Plewiskach, ul. Grunwaldzka 475, 62-064 Plewiska, zgodnie z **art. 182 ust. 1 pkt 2 Pzp,** wniósł **29.09.2015**

r. do Prezesa KIO odwołanie na:

1) odrzucenie oferty **odwołującego;**
2) unieważnienie postępowania i niezachowania terminów na wniesienie środków ochrony prawnej przez wykonawców, którzy złożyli oferty;
3) zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez **odwołującego.**

Odwołujący zarzucił **zamawiającemu** naruszenie:

1) **art. 82 ust. 3 Pzp** przez stwierdzenie, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej **SIWZ** lub **specyfikacja** bez bliższego określenia);
2) **art. 180 ust. 2 pkt 4 Pzp** przez niezachowanie terminów na wniesienie środków ochrony prawnej.

Odwołujący wniósł o:

1) nakazania **zamawiającemu** unieważnienia decyzji z **24.09.2015 r.** o odrzuceniu oferty złożonej przez **odwołującego;**
2) nakazania **zamawiającemu** unieważnienia decyzji z **24.09.2015 r.** o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia;
3) nakazania **zamawiającemu** wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez **odwołującego.**

Argumentacja **odwołującego**

Zamawiający w **rozdz. VI pkt 5.5 specyfikacji** zawarł wymóg dołączenia do oferty harmonogramu rzeczowo-finansowego (bez narzuconego przez **zamawiającego** wzoru) z jednoczesną informacją w **rozdz. III pkt 6 specyfikacji** „Opis przedmiotu zamówienia", że **„roboty wykonywane będą etapami jednocześnie na dwóch odcinkach, przy uwzględnieniu normalnego funkcjonowania Zakładu przy udzieleniu** świadczeń **zdrowotnych". Zamawiający** określił również w **specyfikacji** termin realizacji zamówienia na 3 miesiące od dnia podpisania umowy, w związku z tym, w stanie faktycznym **odwołujący** wypełnił wymóg **zamawiającego** przez:

1) załączenie harmonogramu rzeczowo-finansowego, zgodnie z **rozdz. VI pkt 5.5 SIWZ;**
2) oznaczenie w harmonogramie terminu realizacji umowy i rozpisanie go w terminie 12 tygodni, co odpowiada terminowi wymaganemu w **rozdz. IV SIWZ** i wyznaczonemu jako 3 miesięczny;
3) przedstawienie dokumentu, jak tego wymagał **zamawiający, rozdz. VI pkt 5.5 SIWZ,** jako harmonogram rzeczowo-finansowy, a więc ujmujący wykonanie robót (branża budowlana i instalacyjna) w rozbiciu na poszczególne elementy (ujęcie pod względem rzeczowym) oraz ich wartości pomocne do rozliczeń finansowych (ujęcie pod względem finansowym) co przy takim ujęciu w żaden sposób nie daje podstaw do tego by sądzić, że roboty nie będą wykonywane jednocześnie na dwóch odcinkach, przy uwzględnieniu normalnego funkcjonowania Zakładu; zaznaczone pozycje posłużyć mają tylko i wyłącznie określeniu wysokości zapłaty za poszczególne elementy robót w okresie realizacji umowy, a nie jednocześnie wyznaczać ich kolejność i czasowy przebieg;
4) ujęcie całego zakresu robót w rozbiciu na miejsce ich realizacji (parter budynku i II piętro budynku), branże: budowlana i instalacyjna oraz poszczególne elementy robót; żaden z nich nie został pominięty, czas trwania wszystkich robót odpowiada wymogom **SIWZ** i przebieg równolegle (w tym samym czasookresie), a naniesione

wartości służą tylko informacji **zamawiającego** o wartości robót, za które **odwołujący** ewentualnie domagałaby się zapłaty na etapie wystawiania faktury;
5) oświadczenie w złożonej ofercie w **pkt 11 Załącznika nr 2 pn. „Oferta",** że przedmiot zamówienia **odwołujący** wykona w wymaganym terminie; **zamawiający** nie sformułował odrębnego wymogu oświadczenia – deklaracji do m.in.

zorganizowanie placu budowy, jego zabezpieczenie, jego uporządkowanie i wykonania etapami jednocześnie na dwóch odcinkach przyjąć (choć takie postanowienia znalazły się w **rozdz. III** „Opis przedmiotu zamówienia" i widnieją przed postanowieniem o ich jednoczesnym wykonaniu) – wynika stąd, że dla **zamawiającego** były to informacje drugorzędne, mniej istotne co do samego przebiegu **zamówienia** (w projekcie umowy również się nie pojawia) niż termin realizacji umowy.

Zamawiający jednak tak wypełnionego dokumentu nie uznał i stwierdził jego niezgodność z treścią **specyfikacji** i odrzucił ofertą **odwołującego** pomimo, że:

1) **zamawiający** w **SIWZ** nie określił znaczenia (ważności), dla przebiegu realizacji umowy oraz samej oferty przy ryczałtowym wynagrodzeniu (pkt **8 Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót, dalej STWiOR],** dokumentu jakim ma być załączony harmonogram w postaci np. passusu: „znaczący dla prawidłowego przebiegu realizacji zamówienia" lub „niezbędny do realizacji wykonania poszczególnych etapów inwestycji" itp., a w oparciu o **§ 3 ust. 3 i 4** można wnioskować, że może on podlegać modyfikacji: „(...] opracowany przez **wykonawcę** i zaakceptowany przez **zamawiającego** (...]" (ust. 3] oraz służyć tylko i wyłącznie finansowym rozliczeniom, bez uwzględnienia w tym wypadku czy roboty są wykonywane etapami jednocześnie na dwóch odcinkach; wnioskować wiec można, że będzie on podlegał weryfikacji przez **zamawiającego** na etapie podpisywania umowy i dostępnych środków finansowych;
2) dołączona do oferty w postaci odrębnego załącznika Specyfikacja Techniczna Wykonania i Odbioru Robót nie rozgranicza robót ze względu na miejsce ich realizacji ani nie odwołuje się na rozpisywanie ich w formie harmonogramu.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania **zamawiającemu 29.09.2015 r.** (art. **180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).**

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy **05.10.2015 r.** (art. **186 ust. 1 Pzp). Zamawiający** wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdza, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w **art. 179 ust. 1 Pzp,** to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie Izby, zarzut naruszenia **art. 82 ust. 3 Pzp** – przez stwierdzenie, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że **zamawiający** w **rozdz. VI pkt 5.5 SIWZ** zawarł wymóg dołączenia do oferty harmonogramu rzeczowo-finansowego. Ponadto **zamawiający** w **rozdz. III pkt 6 SIWZ** wskazał, że **„roboty wykonywane będą etapami jednocześnie na dwóch odcinkach, przy uwzględnieniu normalnego funkcjonowania Zakładu [zamawiającego] przy udzieleniu** świadczeń **zdrowotnych".** Jednocześnie **zamawiający** wyznaczył termin realizacji zamówienia na 3 miesiące od dnia podpisania umowy.

Odwołujący złożył ofertę przewidując właściwy termin **12 tygodni** wykonania

zamówienia oraz dołączając do oferty harmonogram rzeczowo-finansowy. Jednak **zamawiający** zakwestionował ten harmonogram twierdząc, że **odwołujący** nie zamierza wykonać zamówienia w sposób jednoczesny na obu kondygnacjach przewidzianych do przeprowadzenia remontu. **Zamawiający** podkreślił znaczenie tego wymagania ze względu na pacjentki zmuszone stale przebywać na terenie przewidzianych do remontu pomieszczeń. **Zamawiający** nie ma możliwości przeniesienia na czas remontu zamieszkujących tam pacjentek, a ponadto przeniesienie mogłoby wpłynąć negatywnie na stan zdrowia chorych. **Zamawiający** przyznał, że nie zdefiniował nigdzie pojęcia **odcinek,** ale **wykonawca** powinien to rozumieć zgodnie z tytułem zamówienia, jako **kondygnacja.** Dodatkowo

zamawiający stwierdził, że nie otrzymał od **wykonawców** żadnego zapytania odnośnie problematycznego sformułowania w specyfikacji.

Izba stwierdza, że jednym z obowiązków **wykonawcy** jest sporządzenie oferty zgodnie z wymaganiami **zamawiającego** zawartymi w specyfikacji. Jeżeli postanowienia specyfikacji wydają się **wykonawcy** niezrozumiałe czy niejednoznaczne, to **wykonawca** może wnosić do **zamawiającego** o wyjaśnienie treści specyfikacji, zgodnie z **art. 38 ust. 1 zdanie pierwsze Pzp,** który to przepis brzmi »Wykonawca może zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia«. W rozpoznawanym postępowaniu zamówieniowym żaden wykonawca nie wnosił o wyjaśnienie tego passusu mimo, że na rozprawie **odwołujący** podniósł, że »roboty mogą być różnie dzielone (odcinkowane) branżowo lub miejscowo«, a więc wyraz odcinek może być rozumiany jako branża (budowlana lub instalacyjna) bądź miejsce (parter względnie drugie piętro). **Odwołujący** podczas sporządzania oferty nie wziął pod uwagę wymagania jednoczesności wykonywania robót »na **dwóch odcinkach«. Odwołujący** zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia w wymaganym terminie z wykazaniem w harmonogramie, że **odwołujący od 1 do 8 tygodnia** będzie wykonywał parter, a **od 7 do 12 tygodnia** będzie wykonywał drugie piętro.

Izba musi stwierdzić, że **odwołujący** nie wykazał jakiegokolwiek wykonania robót jednocześnie miejscowo czy branżowo, co ze względu na regułę, że wyjaśniania niejednoznaczności specyfikacji nie powinny być dokonywane na niekorzyść **wykonawcy,** mogłoby być brane pod uwagę. Jednak **odwołujący** nie wykazał, że w jego ofercie znalazły się jakiekolwiek podstawy do wzbudzenia u **zamawiającego** wątpliwości do treści oferty, co powodowałoby żądanie wyjaśnień od odwołującego czy nawet poprawę oferty. W ofercie **odwołujący** jednoznacznie pominął wymaganie wykonywania jednocześnie robót na dwóch odcinakach, co zostało wykazane w harmonogramie rzeczowo-finansowym załączonym do oferty.

Dlatego w ocenie **Izby** pierwszy zarzut naruszenia **art. 82 ust. 3 Pzp** , który to przepis brzmi »Treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia« nie może zasługiwać na uwzględnienie.

W ocenie **Izby** drugi zarzut naruszenia **art. 180 ust. 2 pkt 4 Pzp** – przez niezachowanie terminów na wniesienie środków ochrony prawnej – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że **zamawiający** po odrzuceniu oferty **odwołującego** nie dysponował żadną ofertą niepodlegającą odrzuceniu. W związku z tym **zamawiający** unieważnił postępowanie, zgodnie z **art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp,** który to przepis brzmi »Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli [...] nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, z zastrzeżeniem pkt 2 i 3«.

Jednak nie uniemożliwiło to **odwołującemu** wniesienia odwołania. **Odwołujący** nie wykazał naruszenia **art. 180 ust. 2 pkt 4 Pzp,** który to przepis brzmi »Jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności [...] odrzucenia oferty odwołującego«.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez **odwołującego** przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie **art. 192 ust. 9 i 10 Pzp,** czyli stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: ……