

WYROK
z dnia 10 grudnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 grudnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 listopada 2014 r. przez wykonawcę **L. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Remontowo-Budowlany "RENOMAX" w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Centrum Onkologii Instytut im. Marii Skłodowskiej-Curie w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **A. Z., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ZAB-BUD A. Z. w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie, unieważnia czynność Zamawiającego polegającą na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 Prawa zamówień i nakazuje powtórzenie badania i oceny ofert publicznych, Zamawiającemu z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

im. Marii 2. obciąża Kosztami

postępowania **Centrum Onkologii Instytut Skłodowskiej-Curie w Warszawie** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez wykonawcę **L. S., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Remontowo-Budowlany "RENOMAX" w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. zasądza od **Centrum Onkologii Instytut im. Marii Skłodowskiej-Curie** na **L. S., działalność w Warszawie** rzecz wykonawcy **prowadzącego gospodarczą pod firmą Zakład Remontowo-Budowlany "RENOMAX" w Warszawie** kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

I. Centrum Onkologii - Instytut im. Marii Skłodowskiej - Curie w Warszawie (zwane dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie, w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. - Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych). na wykonanie zamówienia publicznego pn. przebudowa i remont pomieszczeń Budynku Socjalnego z aulą, dla potrzeb utworzenia Centrum Szkoleniowego Lekarzy w Centrum Onkologii Instytut w Warszawie, ul. W. K. Roentgena 5. Wartość zamówienia oszacowano na kwotę poniżej 5 186 000 euro.

W dniu 26 listopada 2014 r. L. S., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Remontowo-Budowlany "RENOMAX" w Warszawie (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt. 2 Prawa zamówień publicznych — poprzez bezpodstawne odrzucenie jego oferty, mimo że treść oferty odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ); zdaniem Odwołującego, wbrew stanowisku Zamawiającego, w załączonym do oferty Odwołującego harmonogramie nie można się dopatrzeć niezgodności z SIWZ, Odwołujący także twierdził, że harmonogram nie jest treścią oferty,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt. 4 Prawa zamówień publicznych — poprzez bezpodstawne odrzucenie jego oferty, mimo że złożone przez niego wyjaśnienia nie potwierdziły, iż oferta zawiera rażąco niską cenę, zatem brak było podstaw do odrzucenia tej oferty z powodu rażąco niskiej ceny; zdaniem Odwołującego, wyjaśnienia były wystarczające, potwierdzały, że nie złożono oferty z rażąco niską ceną, i Odwołujący jasno określił, że wycenę sporządzono na podstawie Programu Funkcjonalno-Użytkowego i średnich stawek i wskaźników cenotwórczych dla województwa mazowieckiego i Warszawy wg zagregowanych asortymentów robót i cen dla obiektów budowlanych użyteczności publicznej, opracowanych w biuletynie SEKOCENBUD III kwartał 2014 r.;
- 3) art. 90 ust. 1 i 2 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 3 ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r. poz. 1232) - poprzez zastosowanie przepisów art. 90 ust 1 i 2 Prawa zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym od dnia 19.10.2014 r. w sytuacji, gdy do przedmiotowego postępowania stosuje się przepisy dotychczasowe;
- 4) art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych w zw. z § 7 ust 2 rozporządzenie 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.

poz. 231) poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy A. Z., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ZAB-BUD A. Z. do uzupełnienia dokumentów podmiotu trzeciego, w sytuacji gdy kopie dokumentów podmiotu trzeciego zostały, z naruszenie wskazanych przepisów rozporządzenia, potwierdzone za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę, a nie przez ten podmiot trzeci;

- 5) art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz zasadę równego traktowania wykonawców;
- 6) art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych — poprzez wybór oferty Wykonawcy ZAB-BUD A. Z., jako oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ pomimo, że oferta ta nie jest ofertą najkorzystniejszą.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie w całości niniejszego odwołania;
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Wykonawcy ZAB-BUD A. Z., ul. Nowosielecka 14 lok. 3 (00-466) Warszawa, jako oferty najkorzystniejszej;
- 3) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności dokonania badania i oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu;
- 4) nakazanie Zamawiającemu wezwanie Wykonawcy ZAB-BUD A. Z., ul. Nowosielecka 14 lok. 3 (00-466) Warszawa do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia;
- 5) nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu spośród ofert ważnych.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu i wniósł o jego oddalenie. Wskazywał, że po wniesieniu odwołania powtórzył czynność badania i oceny ofert, a Odwołujący został wykluczony z postępowania. Zdaniem Zamawiającego, Izba ma obowiązek badać stan rzeczy ustalony na moment zamknięcia sprawy, dlatego wniósł o uwzględnienie przez Izbę dodatkowej podstawy odrzucenia oferty Odwołującego, nieujętej w kwestionowanej odwołaniem decyzji o odrzuceniu oferty (przy czym w odpowiedzi na odwołanie nie wskazywał nowej podstawy faktycznej odrzucenia oferty, ale podstawy wykluczenia Odwołującego z postępowania).

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił A. Z., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ZAB-BUD A. Z., którego oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (dalej: Przystępujący).

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

4

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty odnośnie podstaw odrzucenia jego oferty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałaby dokonana powtórna ocena ofert – wówczas Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia.

Izba nie rozpatrywała zarzutów dotyczących innej oferty, niż oferta Odwołującego (oferty uznanej przez Zamawiającego za najkorzystniejszą), ponieważ wartość postępowania oszacowano na kwotę poniżej 5 186 000 euro, zatem zakres środków ochrony prawnej ograniczony jest przepisem art. 180 ust 2 Prawa zamówień publicznych. Odwołujący nie może stawiać zarzutów przeciwko ofercie konkurencyjnej, a jedynie ma prawo bronić własnego statusu w postępowaniu (art. 180 ust. 2 pkt 3 i 4 Prawa zamówień publicznych). Dlatego Izba rozpatrywała zarzuty wyłącznie odnoszące się do podstaw odrzucenia oferty Odwołującego.

Wbrew stanowisku Zamawiającego, Izba nie mogła badać prawidłowości czynności, które zostały dokonane po wniesieniu odwołania (jak wynika z odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający dopatrył się podstaw do wykluczenia Odwołującego z postępowania). Gdyby wykluczenie Odwołującego stało się prawomocne (tj. gdyby minął termin do ewentualnego zaskarżenia decyzji o wykluczeniu), to można byłoby ewentualnie rozważać wpływ tejże okoliczności na wynik niniejszego rozstrzygnięcia. Jednak strony były zgodne, że termin na zaskarżenie nowej czynności Zamawiającego, dokonanej po wniesieniu odwołania, jeszcze nie minął. Izba rozpatruje odwołanie wyłącznie w granicach podniesionych w nim zarzutów (art. 192 ust. 7 Prawa zamówień publicznych). Zarzuty opierają się na podstawie prawnej - przytoczeniu przepisu prawa, którego naruszenie upatruje składający odwołanie w czynności bądź zaniechaniu Zamawiającego, i na podstawie faktycznej – wskazaniu okoliczności, które pozwalają na ustalenie, że doszło do takiego naruszenia. Ani zarzutów, ani podstaw faktycznych zarzutów nie można rozszerzyć po złożeniu odwołania. Nie można rozszerzać też zakresu badania o nowe czynności, niewskazane w odwołaniu, które miały miejsce po wniesieniu odwołania. Stąd Izba rozpatrywała zarzuty odwołania tylko w jego granicach, dodatkowo zawężonych przez przywołany wyżej przepis art. 180 ust. 2 Prawa zamówień publicznych.

Izba bada podniesione zarzuty wyłącznie w odniesieniu do postanowień SIWZ. Nie bada zgodności oferty czy spełnienia warunków udziału w postępowaniu, badając intencje czy oczekiwania Zamawiającego, które nie zostały wyrażone w SIWZ. Znaczenie ma tylko treść SIWZ, przy czym, jeżeli postanowienia SIWZ są niejasne, wątpliwości trzeba rozstrzygnąć na korzyść wykonawcy. Wymogów, które nie zostały jednoznacznie

5

postawione, nie można domniemywać na etapie badania zgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje:

1. Nie było sporne, że Zamawiający wymagał załączenia do oferty wypełnionego harmonogramu realizacji inwestycji" - Załącznik nr 3 do SIWZ.

W § 2 ust 2 wzoru umowy (załącznik nr 9 do SIWZ), Zamawiający przewidział, że wykonawca „zobowiązuje się do uzgadniania z zamawiającym kolejnych etapów prac projektowych”.

Odwołujący podał w załączonym do oferty harmonogramie łączny czas realizacji w dniach, tj. 194, pozostała część została niewypełniona, oprócz narzuconych przez Zamawiającego czasu realizacji w dniach dotyczących uzyskania akceptacji projektu budowlanego przez Zamawiającego tj. 10 oraz uzyskania prawomocnej decyzji pozwolenie na budowę, tj. 45.

W ocenie Zamawiającego stanowi to podstawę do odrzucenia oferty Odwołującego, jako nieodpowiadającej treści SIWZ, na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych..

2. Zdaniem Zamawiającego, w wycenie prac w ofercie Odwołującego nie uwzględniono wszystkich dyspozycji, które zawiera program funkcjonalno-użytkowy, jak również wartość kilku pozycji wyceny jest wyraźnie zaniżona. Dlatego Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego jako zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia na podstawie art. 89 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, Izba stwierdziła, że doszło do nieprawidłowego odrzucenia oferty Odwołującego.

Jeżeli Zamawiający odrzuca ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, to przyczyna tej niezgodności musi tkwić w treści tej oferty, nie w jej formie. Treść oferty (zakres świadczenia, sposób jego realizacji) wynika z treści SIWZ – to w tym dokumencie Zamawiający określa swoje wymagania co do przedmiotu świadczenia, przy czym wymogów tych nie można domniemywać.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie argumentował, że zakwalifikowanie harmonogramu jako załącznika do umowy (Załącznik nr 9 do SIWZ - Istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego § 6 ust. 2), ma charakter stanowczy, a więc nie może być dowolnie zmieniany przez wykonawcę po zawarciu umowy. Ponadto według Zamawiającego,

6

powiązanie płatności częściowych z wykonaniem etapów robót, określonych i wyszczególnionych w harmonogramie (Załącznik nr 9 do SIWZ - Istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego § 8 ust. 2. Zamawiający nie dopuszczał do sporządzenia (uzupełnienia) harmonogramu po terminie złożenia oferty. Załączony do oferty wypełniony harmonogram wskazujący czasookres realizacji poszczególnych etapów robót, mógł ulec zmianie jedynie z przyczyn podanych w Załączniku nr 9 do SIWZ - Istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego § 6 ust 3, takich jak np. w przypadku wydłużenia się, przewidywanego terminu wydania przez, organ administracji prawomocnej decyzji pozwolenie na budowę”.

W ocenie Izby Zamawiający nie ma racji – sam fakt, że harmonogram będzie załącznikiem do przyszłej umowy, nie może powodować, że brak wpisania w harmonogramie niektórych przedziałów czasowych determinuje niezgodność oferty z treścią SIWZ; w SIWZ brak zakazu określenia terminów poszczególnych etapów prac później niż w ofercie – i nie ma nakazu określenia tychże terminów w ofercie. Niezgodność oferty mogąca być podstawą jej odrzucenia musi dotyczyć elementów istotnych, z góry przesądzonych w treści SIWZ. Jeżeli jednak w SIWZ (załączonym do niej wzorze umowy) sam Zamawiający przewiduje, że terminy realizacji poszczególnych etapów będą z nim uzgadniane – to oznacza, że terminy te nie są sztywne a przynajmniej nie mogą być za takie uważane na etapie składania ofert. Odwołujący w harmonogramie załączonym do oferty określił w dniach termin realizacji zamawiania – termin ten był istotny dla oceny ofert (stanowił jedno z kryteriów oceny ofert). Zatem harmonogram Odwołującego pozwalał na badanie i ocenę jego oferty w świetle postanowień SIWZ, w tym kryteriów oceny ofert.

Powiązanie płatności z poszczególnymi etapami prac również nie przesądza, że Odwołujący terminy te miał wpisać do harmonogramu – jak wynika zarówno z formularza ofertowego (pkt 1 strona 1 załącznika nr 2 do SIWZ), jaki wzoru umowy (§ 8 ust. 2 załącznika nr 9 do SIWZ) znaczenie dla Zamawiającego miały tylko kwoty z tytułu wynagrodzenia za wykonanie każdego z dwóch etapów). Zgodnie z § 8 ust. 4 wzoru umowy, Zamawiający dopuszcza również zapłaty częściowe za roboty etapu II – po wykonaniu 30%, 60%, przy czym 40% zostanie wypłacone po ostatecznym odbiorze. Oznacza to, że Zamawiający wiąże płatności nie z terminami wykonania każdego z etapów, ale z wykonaniem ich rzeczowego zakresu. Wobec powyższego, brak określenia w harmonogramie terminów realizacji etapów prac nie mógł przekładać się na ocenę oferty Odwołującego, i nie można się dopatrzyć niezgodności tejże oferty z treścią SIWZ, dlatego nie było podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych.

Odnosząc się do drugiej podstawy odrzucenia oferty, tj. art. 89 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych, nie można się zgodzić, że ewentualność, że w wycenie prac nie uwzględniono wszystkich dyspozycji, które zawiera program funkcjonalno-użytkowy, a wartość kilku pozycji wyceny jest wyraźnie zaniżona, decyduje o odrzuceniu oferty z powodu rażąco niskiej ceny. Okoliczność, że oferta (być może) zawiera błąd w obliczeniu ceny, bądź jest niezgodna z treścią SIWZ stanowi odrębną przesłankę odrzucenia oferty (art. 89 ust. 2 i 6 Prawa zamówień publicznych), wymagającą podania skorelowanej z nią podstawy faktycznej. Stanowisko Stron na rozprawie było ewidentnie sporne co do elementów, które należało wycenić w ofercie – co potwierdza, że kwestie te odnoszą się do badania treści oferty z treścią SIWZ. Zamawiający nie odrzucił oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z ewentualnością nieuwzględniania w ofercie Odwołującego wszystkich elementów wymaganych przez Zamawiającego, dlatego Odwołujący nie podnosił zarzutów w tym zakresie, a, jak wskazano wyżej, Izba bada odwołanie w granicach podanych w nim zarzutów.

Ewentualność, że wartość kilku pozycji może być zaniżona również nie przesądza o tym, że cena jest rażąco niska, bowiem kwestię rażąco niskiej ceny bada się w odniesieniu do całościowej wyceny przedmiotu świadczenia.

Cena oferty Odwołującego to 6 665 119 zł, a wartość zamówienia oszacowano na kwotę 6 709 085, 24 zł, co również nie potwierdza, że cena oferty Odwołującego jest rażąco niska.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 i 2 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 3 ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r. poz. 1232) - poprzez zastosowanie przepisów art. 90 ust 1 i 2 Prawa zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym od dnia 19.10.2014 r. w sytuacji, gdy do przedmiotowego postępowania stosuje się przepisy dotychczasowe; Izba uznała, że omyłkowe przytoczenie przez Zamawiającego innej wersji brzmienia przepisu, niż obowiązująca, nie miało w tym przypadku wpływu na ocenę oferty, a zatem i nie miało wpływu na wynik postępowania.

Reasumując, Izba stwierdziła, że doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 Prawa zamówień publicznych poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, mimo że podane przez Zamawiającego podstawy faktyczne odrzucenia oferty nie potwierdziły się w odniesieniu do podanych podstaw prawnych, dlatego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....