

WYROK
z dnia 8 października 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Mazurek

Członkowie: Jolanta Markowska
Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 października 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Korporację Budowlaną DORACO Sp. z o.o., ul. Opacka 12, 80-338 Gdańsk** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Samorząd Województwa Pomorskiego, ul. Okopowa 21/27, 80-810 Gdańsk** protestu z dnia 1 września 2008 r.

przy udziale wykonawcy **Grupa 3J S.A., ul. Śęgańska 19, 04-713 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Korporację Budowlaną DORACO Sp. z o.o., ul. Opacka 12, 80-338 Gdańsk i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Korporację Budowlaną DORACO Sp. z o.o., ul. Opacka 12, 80-338 Gdańsk**,
- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez **XXX** na rzecz **XXX** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu **XXX**
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Korporacji Budowlanej DORACO Sp. z o.o., ul. Opacka 12, 80-338 Gdańsk**.

Uzasadnienie

Zamawiający – Samorząd Województwa Pomorskiego prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych na terenie i w obiektach Pomorskiego Centrum Traumatologii Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego w Gdańsku”.

W dniu 27.08.2008r. dokonał wyboru oferty wykonawcy – Grupa 3J S.A. Wskazano, że cena oferty – 92 700 000,00 zł jest najkorzystniejsza w postępowaniu.

W dniu 1.09.2008r. protest dotyczący wyboru oferty najkorzystniejszej złożyła Korporacja Budowlana DORACO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością – zwana dalej protestującym, odwołującym lub wykonawcą Doraco.

Zarzucono zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nie odrzucenie oferty nie odpowiadającej treści SIWZ. Ponadto zarzucono zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w wyniku czego nie doszło do odrzucenia oferty wykonawcy nie spełniającego warunków SIWZ, a tym samym wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy.

Wniesiono o równe traktowanie wszystkich podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia, ponowne przeprowadzenie czynności badania oferty wybranej i odrzucenie oferty wykonawcy Grupa 3J S.A. oraz wybór oferty protestującego jako najkorzystniejszej.

2

W argumentacji wskazano na obowiązek złożenia oferty wraz ze wszystkimi załącznikami wynikający z § 2 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 SIWZ. Z § 3 ust. 2 pkt 3 SIWZ wynikało, że każdy z wykonawców zobowiązany był do złożenia harmonogramu, w którym powinno nastąpić zaplanowanie prac budowlanych w taki sposób, aby budowa i rozbudowa budynku nr 8 zakończyła się w terminie 12 miesięcy. W ocenie protestującego – z treści harmonogramu wykonawcy Grupa 3J S.A. wynikało, że budowę i rozbudowę budynku nr 8 zaplanowano w okresie 13, a nie 12 miesięcy.

Drugim zarzutem było wskazanie na pismo zamawiającego z dnia 7.08.2008r. DAZ.332-1/12/2008 z treści którego wynikał obowiązek do zawarcia w harmonogramie dołączanym do oferty odrębnej pozycji dotyczącej uzyskania pozwolenia na budowę. Wskazano, że harmonogram w ofercie Grupy 3J S.A. nie zawierał takiej pozycji.

Wskazano na orzecznictwo Zespołów Arbitrów z którego wynikał obowiązek odrzucenia oferty jeśli treść załączników do niej nie odpowiada treści SIWZ. Zacytowano część wyroku ZA z dnia 23.02.2007r. sygn. UZP/ZO/0-170/07 potwierdzającą tezę o sprzeczności oferty z treścią SIWZ w przypadku, gdy dokumenty załączone do oferty nie zawierają informacji wymaganych w SIWZ. Odmienność ta może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, ale również sposobu jego realizacji – przytoczono fakt wydłużenia okresu realizacji budowy budynku nr 8.

W dniu 5.09.2008r. wykonawca Grupa 3J S.A. zgłosił przystąpienie do postępowania protestacyjnego. Wniesiono o oddalenie odwołania wskazując na swój interes prawny w takim rozstrzygnięciu.

W dniu 12.09.2008r. zamawiający dokonał rozstrzygnięcia protestu przez jego oddalenie. Wskazano na to, że wykonawca Grupa 3J S.A. wyjaśnił, że budowę i rozbudowę budynku nr 8 wykona w terminie 12 miesięcy, zgodnie z SIWZ, a jeden miesiąc przeznaczono na częściową rozbiórkę tego budynku. Wskazano na treść ust. 3 Programu funkcjonalno użytkowego, gdzie budynek nr 8 istnieje jako obiekt przeznaczony do częściowej rozbiórki poprzedzającej jego przebudowę i nadbudowę. Podniesiono, że w trakcie postępowania zamawiający wyjaśniał, w trybie art. 38 ust. 2 ustawy Pzp treść SIWZ i wynikało z tego, że pewne elementy prac niezbędne do wykonania poszczególnych pozycji wyszczególnionych w SIWZ mogą być ujmowane w tych pozycjach (nie muszą być wskazane osobno).

Odnosnie zarzutu dotyczącego braku odrębnej pozycji dotyczącej uzyskania pozwolenia na budowę w harmonogramie dołączonym do oferty Grupy 3J S.A. zamawiający wskazał na treść §3 SIWZ odnośnie treści projektu harmonogramu realizacji zamówienia jaki powinien zostać złożony w ofercie. Wskazano, że dopiero w oparciu o projekt

3

harmonogramu złożonego w ofercie miał być następnie sporządzony ostateczny harmonogram stanowiący załącznik do umowy. SIWZ w § 3 ust. 5 nie wymieniała osobnej pozycji dotyczącej uzyskania pozwolenia na budowę. W ocenie zamawiającego wykonawca Grupa 3J S.A. sporządził harmonogram zgodnie z wymogiem § 3 ust. 2 pkt 1 SIWZ, uwzględniając wszystkie wyszczególnione przez zamawiającego elementy rozliczeniowe. W piśmie z dnia 7.08.2008r. zamawiający poinformował, że pozwolenie na budowę należy ująć w harmonogramie – czyli w dokumencie uzgadnianym wraz z zawarciem umowy. Uzyskanie pozwolenia na budowę powinno się okazać konieczne na etapie podpisywania umowy i uzgadniania ostatecznego harmonogramu, gdyż z uwagi na specyfikę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie można z góry przewidzieć dokładnego terminu podpisania umowy. Wskazano, że zarzut niezgodności z treścią SIWZ można postawić ofercie protestującego – harmonogram złożony w jego ofercie nie przewiduje uzyskania ostatecznej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie, co powinien zawierać zgodnie z § 3 ust. 2 pkt 3 SIWZ.

W dniu 17.09.2008r. złożono odwołanie od ww. rozstrzygnięcia protestu.

Podtrzymano zawarte w proteście zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wniesiono o unieważnienie czynności wyboru oferty Grupy 3J S.A., ponowne przeprowadzanie czynności badania i oceny ofert i odrzucenie oferty Grupy 3J S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz o uznanie oferty odwołującego za najkorzystniejszą.

Podtrzymano argumentację zawartą w treści protestu. Wskazano, że argumentacja zamawiającego wyrażona w rozstrzygnięciu protestu jest odmienna od stanowiska reprezentowanego podczas formułowania zapisów dotyczących SIWZ. Zamawiający w wyjaśnieniach jednoznacznie wskazał, że załączany do oferty harmonogram prac miał wskazywać pozycje zgodnie z zapisami SIWZ, co jednocześnie nie wykluczało, że zakres prac nie powinien być wykonany zgodnie z programem funkcjonalno użytkowym.

Podniesiono, że w wyniku zmian ustawy Pzp wywołanych nowelizacją uchwaloną w dniu 4.09.2008r. ofertę Grupy 3J S.A. zamawiający mógłby poprawić, natomiast obecnie powinna ona podlegać odrzuceniu. Z oświadczenia wykonawcy Grupa 3J S.A. wynika, że zamierza on wykonać prace z pozycji 2.2 harmonogramu realizacji w terminie 13 miesięcy – pozostaje on w opozycji do wymogu zamawiającego z § 3 ust 3 pkt 3 SIWZ.

Odwołujący podniósł ponadto, że zamawiający zobowiązał wykonawców w § 2 pkt 2 ppkt 1 SIWZ do złożenia w ofercie harmonogramów realizacji zamówienia, a nie projektów harmonogramów. Odpowiedź zamawiającego w brzmieniu „Harmonogram realizacji zamówienia powinien zawierać pozycję dotyczącą uzyskania pozwolenia na budowę.” - należało uznać za potwierdzającą ten fakt. Wskazano, że do zamawiającego należy opisanie

4

przedmiotu zamówienia oraz dokumentów składających się na ofertę w sposób czytelny, jasny, precyzyjny i nie pozostawiający żadnych wątpliwości. Dla odwołującego niezrozumiałym było twierdzenie o nieścisłościach w ofercie odwołującego odnośnie wymogów stawianych przez zamawiającego.

Zacytowano odpowiedź zamawiającego na pytanie nr 2 z dnia 4.08.2008r., jako potwierdzającą zaprezentowane stanowisko odwołującego. Ponadto wskazano na potwierdzenie tego w odpowiedzi na pytanie nr 8 i w konsekwencji wskazano na to, że oferta odwołującego została złożona w sposób zgodny z SIWZ i odpowiedziami na pytania do SIWZ.

W dniu 29.09.2008r. przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłosił wykonawca Grupa 3J S.A. Wniesiono o oddalenie odwołania w całości wskazując na prawidłowość swojej oferty.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy i dokonaniu analizy dokumentacji postępowania postanowiła oddalić odwołanie.

Podstawowe znaczenie dla przedmiotowego rozstrzygnięcia miał fakt istnienia obiektywnych wątpliwości co do sposobu zawarcia poszczególnych zapisów w ofertach, które nie powinny skutkować negatywnymi konsekwencjami wobec wykonawców.

Wykonawca Doraco i wykonawca Grupa 3J S.A. różnie zinterpretowali zapisy SIWZ oraz odpowiedzi zamawiającego na pytania wykonawców w wyniku czego ich oferty różniły się w poszczególnych punktach.

Różnice dotyczące sposobu określenia terminu wykonania zamówienia spowodowane zostały niejednoznacznością pojęcia „budowa i rozbudowa budynku nr 8”. W ocenie odwołującego w ramach tego terminu musiała zawierać się również „rozbiórka”, natomiast w ocenie wykonawcy Grupa 3J S.A. „rozbiórka” była odrębną czynnością – zawierającą się w pozycji zatytułowanej „Budynek nr 8” w projekcie harmonogramu, ale nie należącą do czynności z zakresu „budowy i rozbudowy”, o których mowa w § 3 ust. 3 pkt 3 SIWZ.

Wykonawca Grupa 3J S.A. wskazał na treść Programu Funkcjonalno Użytkowego, gdzie na str. 112 wyodrębnia się czynność rozbiórki jako poprzedzającą przebudowę i nadbudowę. Ponadto podniósł treść art. 3 pkt 7 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane, gdzie rozbiórka obiektu budowlanego jest wymieniana obok przebudowy, montażu i remontu jako odrębny rodzaj prac budowlanych.

Odwołujący ze swojej strony wskazał na inne rozumienie zapisu § 3 ust. 3 pkt 3 SIWZ – brak wyodrębnienia czynności „rozbioru” przez zamawiającego powodował, że wszystkie prace dotyczące budynku nr 8 polegały na „budowie i rozbudowie”.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej wątpliwości związane z różną interpretacją zapisu § 3 ust. 3 pkt 3 SIWZ nie powinny skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy Grupa 3J S.A.

Należy wskazać na trafność tezy z orzeczenia ZA z dnia 29.12.2006r. sygn. UZP/ZO/0-3012/06 wskazującej, że wobec niejednoznaczności zapisów SIWZ brak jest podstaw do odrzucenia oferty.

Odnosnie zarzutu dotyczącego braku pozycji - uzyskania pozwolenia na budowę w projekcie harmonogramu dołączonego do oferty wykonawcy Grupa 3J S.A. – należało stwierdzić, że różne rozumienie pojęć „harmonogram” i „projekt harmonogramu” również ma swoje źródło w braku definicji oraz dokładnego opisu tych terminów przez zamawiającego.

Z jednej strony zamawiający używa w poszczególnych zapisach SIWZ pojęcia „harmonogram” – występuje to m.in. w § 2 ust. 1 pkt 1, w tytule § 3 oraz w odpowiedziach na pytania. Z drugiej strony – w § 3 ust. 1, 2 i 3 wskazuje się na projekt harmonogramu, a w § 15 ust. 5 wskazuje się na sporządzenie harmonogramu realizacji zamówienia i płatności na podstawie projektu harmonogramu realizacji zamówienia.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zamawiający poprzez swoje działanie w postaci odpowiedzi na pytanie o zawartość pozycji dotyczącej uzyskania pozwolenia na budowę w projekcie harmonogramu spowodował wątpliwości co do zawartości „harmonogramu” i „projektu harmonogramu”. W ocenie odwołującego taka pozycja musiała znaleźć się w „projekcie harmonogramu”, natomiast w ocenie wykonawcy Grupa 3J S.A. byłoby to nielogiczne z uwagi na posiadanie aktualnego pozwolenia na budowę przez zamawiającego oraz na użycie wyrażenia „harmonogram” a nie „projekt harmonogramu” w odpowiedzi.

Krajowa Izba Odwoławcza – analogicznie jak w przypadku zarzutu rozpatrywanego poprzednio – wskazuje, że wątpliwości, jakie zostały spowodowane przez zamawiającego w niniejszej sprawie nie powinny skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy Grupa 3J S.A. Projekt harmonogramu dołączony do oferty tego wykonawcy zawierał wszystkie elementy wymagane treścią SIWZ, a brak pozycji dotyczącej pozwolenia na budowę w tym projekcie spowodowany został interpretacją niejednoznacznej odpowiedzi zamawiającego z dnia 7.08.2008r. Interpretacja powyższa uzasadniana jest w sposób logiczny i znajduje częściowo potwierdzenie w całości treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz w drugim zdaniu odpowiedzi ad. 3 na str. 3 pisma z dnia 7.08.2008r.

Jednocześnie należy wskazać, że oferty odwołującego i przystępującego są porównywalne – pomimo niewielkich różnic, mających bardziej znaczenie formalne, niż związanych z rzeczywistymi intencjami wykonawców. Wątpliwości wynikające z treści SIWZ

oraz odpowiedzi na pytania wykonawców nie stanowią w ocenie KIO przeszkody do zawarcia ważnej umowy o udzielenie zamówienia publicznego.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

* *niepotrzebne skreślić*