

Sygn. akt KIO/UZP 1377/08

WYROK
z dnia 11 grudnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Członkowie: Marek Koleśnikow
Izabela Kuciak

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 grudnia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Obsługi Inwestycyjnej Sp. z o.o., Wojewódzkie Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych Sp. z o.o., Rejonowy Zarząd Inwestycji Człuchów, 85-766 Bydgoszcz, ul. Fordońska 353** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Wojewódzki Szpital Dziecięcy im. J. Brudzińskiego, 85-667 Bydgoszcz, ul. Chodkiewicza 44** protestu z dnia 3 listopada 2008 r.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności unieważnienia postępowania.

2. Kosztami postępowania obciąża Wojewódzki Szpital Dziecięcy im. J. Brudzińskiego, 85-667 Bydgoszcz, ul. Chodkiewicza 44

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 uiszczanego przez **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Obsługi Inwestycyjnej Sp. z o.o., Wojewódzkie Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych Sp. z o.o., Rejonowy Zarząd Inwestycji Człuchów, 85-766 Bydgoszcz, ul. Fordońska 353,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **7 664 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Wojewódzki Szpital Dziecięcy im. J. Brudzińskiego, 85-667 Bydgoszcz, ul. Chodkiewicza 44** na rzecz **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Obsługi Inwestycyjnej Sp. z o.o., Wojewódzkie Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych Sp. z o.o., Rejonowy Zarząd Inwestycji Człuchów, 85-766 Bydgoszcz, ul. Fordońska 353,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 936 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Obsługi Inwestycyjnej Sp. z o.o., Wojewódzkie Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych Sp. z o.o., Rejonowy Zarząd Inwestycji Człuchów, 85-766 Bydgoszcz, ul. Fordońska 353.**

U z a s a d n i e

Zamawiający Wojewódzki Szpital Dziecięcy w Bydgoszczy prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie na opracowanie kompleksowej dokumentacji projektowej dla zadania pod nazwą Budowa Szpitala. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27.07.2008 roku pod numerem 2008/S 144-194217.

Pismem z dnia 13.10.2008 roku Zamawiający powiadomił wykonawców o wynikach postępowania. Zamawiający uznał za najkorzystniejszą ofertę złożoną przez wykonawców

wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Obsługi Inwestycyjnej Sp. z o. o. (lider Konsorcjum), Wojewódzkie Przedsiębiorstwo Obsługi Inwestycyjnej Sp. z o. o. oraz Rejonowy Zarząd Inwestycji Człuchów – dalej: Konsorcjum POI Sp. z o. o. Wyznaczony w informacji termin zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego - 21.10.2008 roku został przez Zamawiającego przesunięty na dzień 27.10.2008 roku i 31.10.2008 roku z powodu trwającej kontroli.

Pismem z dnia 28.10.2008 roku (otrzymanym przez wykonawców tej samej dacie) Zamawiający powiadomił o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 roku, Nr 223, poz. 1655 ze zm.) – dalej: Pzp. Powołując się na wyniki kontroli przeprowadzonej przez Wydział Kontroli i Audytu Wewnętrzznego Urzędu Marszałkowskiego w Toruniu, Zamawiający wskazał na nieścisłości w opisie przedmiotu zamówienia naruszające art. 29 ust.1 Pzp oraz powielone w ofertach wykonawców. Dotyczyły one załączników do specyfikacji istotnych warunków zamówienia – dalej: siwz. W Zał. nr 1, zatytułowanym "Przedmiot zamówienia" określono, iż zakres przedmiotu zamówienia obejmuje m.in. sporządzenie projektu stacji redukcyjnej gazu. O obiekcie tym mowa jest również w Zał. nr 3b, natomiast został on pominięty w Zał. nr 3a do specyfikacji, zatytułowanej "Etapy realizacji inwestycji". Wykonawcy nie określili, w którym etapie inwestycji ma być realizowany ów obiekt i za jaką kwotę. Przedmiot zamówienia opisany w zał. nr 1 obejmował również wykonanie projektu budowlanego studni głębinowej. O studni mowa jest również w Zał. nr 3b, podczas gdy w Zał. 3a mowa jest tylko o projekcie wykonawczym studni z pominięciem etapu jej zaprojektowania oraz uzyskania stosownego pozwolenia na budowę. Spowodowało to, że wykonawcy w załączniku nr 3 do ofert harmonogramie rzeczowo - czasowo - finansowym nie ujęli przygotowania projektów obiektów w sposób oczekiwany przez Zamawiającego. Powyższe w ocenie Zamawiającego nie pozwala na prawidłowe skalkulowanie ceny ofert przez wykonawców.

Czynność unieważnienia postępowania stała się przedmiotem odwołania Konsorcjum POI Sp. z o.o. poprzedzonego protestem. Podnosząc zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 w związku z art. 91 ust. 1 Pzp oraz art. 5 i art. 58 § 1 i 2 k.c. w związku z art. 14 Pzp, art. 93 ust. 1 pkt 7 i ust. 3 Pzp, naruszenie art. 17 ust. 3 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r. Nr 14, poz. 114, Nr 249, poz. 2104 oraz z 2006 r. Nr 79, poz. 551) a także innych przepisów wymienionych lub wynikających z treści uzasadnienia protestu i odwołania, Odwołujący się domagał się:

a) doprowadzenia postępowania do zgodności z przepisami ustawy przez unieważnienie czynności unieważnienia postępowania,

b) dokonanie ponownej oceny ofert i wyboru oferty Odwołującego się, gdyż wyczerpuje ona ustawowe przesłanki pojęcia "oferty najkorzystniejszej";

c) udzielenia Odwołującemu się przedmiotowego zamówienia.

Uzasadniając podniesione zarzuty Konsorcjum POI Sp. z o. o. powołując się na stanowisko doktryny i orzecznictwa Zespołów Arbitrów wywiodło, że nie ma przyczyn do unieważnienia postępowania, gdyż ustawowe przesłanki dokonania tej czynności, stanowią katalog enumeratywny, który należy interpretować ściśle. W postępowaniu nie zaistniały okoliczności skutkujące unieważnieniem postępowania, w szczególności wskazane w art.146 ust. 1 pkt 6 Pzp. Odwołujący się podniósł, że nieścisłości w zakresie wskazanym przez Zamawiającego nie miały wpływu na wynik postępowania, w szczególności nie doprowadziły do zawężenia kręgu podmiotów mogących ubiegać się o zamówienie w postępowaniu.

W ocenie Odwołującego się Zamawiający określił przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny oraz wystarczający do skalkulowania ceny oferty i możliwe jest zbadanie i porównanie złożonych ofert, pod kątem ich zgodności z wymaganiami siwz. Powyższe Odwołujący się wywodził również w oparciu o fakt złożenia przez wykonawców oświadczeń wymaganych przez Zamawiającego w siwz. Odwołujący się powołał się również na ryczałtowy charakter ceny ustalony przez Zamawiającego, skutkujący obciążeniem wykonawcy ryzykiem finansowym wykonania zamówienia w całości oraz brak podnoszenia w czasie postępowania zarzutów do postanowień siwz odnoszących się do opisu przedmiotu zamówienia.

Zamawiający nie rozstrzygnął protestu, co nakazuje uznanie go za oddalony na podstawie art. 183 ust. 3 Pzp. Protest i odwołanie zostały wniesione w terminach ustawowych (odpowiednio: protest 3.11.2008 roku, odwołanie w dniu 21.11.2008 roku za pomocą placówki pocztowej operatora publicznego z zachowaniem warunku jednoczesności przekazania kopii Zamawiającemu.)

Po ustaleniu, że nie zachodzą przesłanki odrzucenia odwołania Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska. Zamawiający złożył pismo stanowiące odpowiedź na odwołanie ponawiające motywy decyzji o unieważnieniu postępowania. Odwołujący się wskazał etap postępowania, w ramach którego ma zamiar zrealizować projekty studni głębinowej (oraz uzyskanie pozwolenia na budowę) oraz stacji redukcyjnej gazu, ponadto powoływał się na postanowienia wzoru umowy wskazujące na zaoferowanie realizacji przedmiotu zamówienia w całości oraz umożliwiające Zamawiającemu wpływ na kolejność czynności składających się na przedmiot zamówienia.

Na podstawie dowodów ze znajdujących się w oryginalnej dokumentacji postępowania: protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, specyfikacji istotnych

warunków zamówienia, ofert: Odwołującego się, Proj-Przem-Projekt Sp. z o. o. z siedzibą w Bydgoszczy oraz po wysłuchaniu pełnomocników stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Protest został wniesiony w dniu 3.11.2008 roku, tj. po dniu wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058). Na podstawie art. 4 ust. 2 przywołanej ustawy nowelizującej, do protestów wnoszonych od dnia wejścia w życie ustawy nowelizującej oraz do wnoszonych w ich następstwie odwołań i skarg stosuje się przepisy działu VI ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu nadanym ustawą nowelizującą. Izba wydała rozstrzygnięcie na podstawie przepisów działu VI ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu nadanym nowelizacją.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący się posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Oferta Odwołującego się została uznana za najkorzystniejszą. Odwołujący się został wezwany do podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Unieważnienie czynności unieważnienia postępowania da Odwołującemu się możliwość uzyskania zamówienia.

Art.93 ust. 1 pkt 7 Pzp nakazuje unieważnić postępowanie, gdy jest obarczone jest ono wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. W ocenie Zamawiającego umowa zawarta z Odwołującym się byłaby nieważna na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 6 Pzp. Przywołany przepis przewiduje łączne spełnienie dwóch przesłanek: naruszenia przepisów ustawy i wpływ tego naruszenia na wynik postępowania. Łączący obie przesłanki adekwatny związek przyczynowy pozwala na unieważnienie postępowania jedynie w razie ustalenia, że gdyby naruszenie przepisów nie nastąpiło, wynik postępowania byłby inny. „Jakiegokolwiek błędy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli nie miały wpływu na wynik tego postępowania i nie skutkują tym samym niemożnością zawarcia ważnej umowy z wykonawcą, nie prowadzą do unieważnienia postępowania (...) przesłanki do unieważnienia postępowania stanowią *numerus clausus* i powinny być interpretowane wąsko.”(wyrok KIO z dnia 19 maja 2008 roku, Sygn. akt: KIO/UZP 431/08). Z orzecznictwa wynika również, że przyczyna braku możliwości zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego ma mieć obiektywny charakter, w szczególności jest nią obiektywna niemożność dokonania czynności wyboru ofert najkorzystniejszej (n.p. wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 13.06.2006 roku, sygn. Akt ZO/UZP/0-1666/06).

Podnoszone przez Zamawiającego nieścisłości pomiędzy załącznikami do siwz polegające na braku wskazania *expressis verbis* obowiązku sporządzenia projektu stacji redukcyjnej gazu oraz etapu zaprojektowania oraz uzyskania pozwolenia na budowę studni głębinowej w Zał. nr 3a są bezsporne. Nie powodują one jednak, wbrew twierdzeniu zawartym w

informacji o unieważnieniu postępowania, naruszenia art. 29 ust. 1 Pzp. Przywołany przepis nakazuje opisywanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływa na sporządzenie oferty.

Zgodnie z pkt III siwz przedmiotem zamówienia jest opracowanie kompleksowej dokumentacji projektowej dla zadania p.n. „Budowa szpitala” to jest nowego zagospodarowania terenu Wojewódzkiego Szpitala Dziecięcego w Bydgoszczy wraz zaprojektowaniem nowych obiektów i uwzględnieniem części istniejącej zabudowy i zagospodarowania terenu zgodnie ze szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia zawartym w Załączniku Nr 1 do siwz. Załącznik nr 1 do siwz w pkt 2 przewiduje wykonanie przez wykonawców wszystkich wymaganych przez zamawiającego obiektów kubaturowych i infrastruktury towarzyszącej (okoliczność bezsporna). Pkt 10 załącznika nr 1 do siwz zobowiązuje wykonawców do przedstawienia Zamawiającemu dokumentacji projektowej, wykonawczej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, przedmiarów i kosztorysów w wymienionych formach i ilości. Odpowiednie postanowienia zawiera również § 1 ust. 2 lit. b) wzoru umowy.

Izba stwierdza, że przywołane postanowienia są jasne, nie budzą wątpliwości interpretacyjnych oraz konieczności domniemywania przez wykonawców zakresu ich przyszłego świadczenia. Obaj wykonawcy złożyli w ofertach oświadczenie o wykonaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami siwz (a więc w całości i w sposób odpowiadający oczekiwaniom Zamawiającego) oraz zaakceptowali wszystkie wymagane przez Zamawiającego załączniki do siwz. Brak jest podstaw do przyjęcia, że nie został zaoferowana realizacja całości przedmiotu zamówienia. Skoro nie została zagrożona realizacja całości przedmiotu zamówienia określonego załączniku Nr 1 do siwz i nastąpi ona za cenę wskazaną w ofercie, to nie miało miejsca naruszenie art. 29 ust. 1 Pzp i nie można przyjąć że w postępowaniu tkwi wada uniemożliwiająca zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający zobowiązany jest do zachowania należytej staranności przy przygotowywaniu dokumentacji postępowania i wykonawcy nie powinni być obciążeni konsekwencjami zaniechań Zamawiającego, jeśli zastosowali się do literalnych wymagań siwz przy przygotowywaniu oferty.

Odwołujący się oświadczył ponadto na rozprawie, że zobowiązał się do wykonania całości przedmiotu zamówienia oraz, że cenę za wykonanie stacji redukcyjnej gazu oraz studni głębinowej ujął w etapie III pkt 4 i 5 harmonogramu rzeczowo - czasowo - finansowego. Zważyć należy, że na Zamawiającym ciąży obowiązek udowodnienia przesłanek unieważnienia postępowania, gdyż on wywodzi z nich skutki prawne (art. 188 ust. 3 Pzp, art. 6 k.c. w związku z art. 14 Pzp). Zamawiający nie przedstawił dowodu na twierdzenie przeciwne do oświadczenia Odwołującego się o zaoferowaniu i wycenieniu realizacji

wszystkich wymaganych elementów przedmiotu zamówienia. Nie może uzasadniać stanowiska Zamawiającego oświadczenie o nietrafności ujęcia stacji redukcyjnej gazu w etapie III pkt 5, gdyż Zamawiający jest zainteresowany jej realizacją na etapie I, tak by umożliwić wcześniejsze podjęcie pracy przez laboratorium. Stanowisko to nie odnosi do niniejszego postępowania, a kolejnego, którego przedmiotem będą roboty budowlane wykonywane w oparciu o powstałe na podstawie niniejszego postępowania projekty i pozwolenia na budowę. Ponadto przez ukształtowanie treści § 1 ust. 2 lit a) zdanie 2 wzoru umowy Zamawiający zagwarantował sobie wpływ na kolejność czynności projektowych w postępowaniu. Ryczałtowy charakter wynagrodzenia, w sposób nie budzący jakichkolwiek wątpliwości ustalony przez Zamawiającego w pkt XV ust. 1 - 3 siwz oraz odpowiednio w § 6 ust. 1 - 3 wzoru umowy, nakazuje przyjęć, że obaj wykonawcy biorący udział w postępowaniu wycenili realizację całości przedmiotu zamówienia, gdyż żądanie podwyższenia wynagrodzenia jest w takim przypadku, co do zasady, wyłączone stosownie do dyspozycji art. 632 § 1 k.c. Ocenę tą potwierdza podnoszony w odwołaniu (niezaprzeczony przez Zamawiającego) brak pytań i wątpliwości na etapie przygotowywania ofert przez wykonawców oraz złożenie w postępowaniu ofert nie podlegających odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1pkt 2 Pzp powodu ich niezgodności z opisem przedmiotu zamówienia dokonany w Załączniku Nr 1.

Brak wskazania wprost w załączniku Nr 3a do siwz harmonogramu rzeczowo – czasowo – finansowego sporządzenia projektu stacji redukcyjnej gazu oraz etapu wykonania projektu oraz uzyskania pozwolenia na budowę studni głębinowej nie odnosi się do opisu przedmiotu zamówienia, jedynie do etapu jego realizacji i nie może stanowić naruszenia art. 29 ust. 1 Pzp.

Do analogicznych wniosków prowadzi interpretacja oferty stanowiącej, oświadczenie woli Odwołującego się, uwzględniająca w związku z okolicznościami, w jakich zostało złożone, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje (art. 65 § 1 k.c. w związku z art. 14 Pzp).

W ocenie Izby brak jest podstaw do uznania wpływu braku wskazania wprost w Załączniku Nr 3a do siwz obowiązku sporządzenia projektu stacji redukcyjnej gazu oraz etap zaprojektowania oraz uzyskania pozwolenia na budowę studni głębinowej na wynik postępowania. Obie złożone oferty odpowiadają literalnym wymaganiom Zamawiającego. Brak jest podstaw do przyjęcia, że ocena ofert przyniosłaby inny wynik, gdyby Zamawiający nie dopuścił się braku ścisłej korelacji Załącznika Nr 3a do siwz z pozostałymi postanowieniami siwz i Załączników do siwz. Zamawiający nie przedstawił dowodu na twierdzenie przeciwne, nie został zatem naruszony interes faktyczny lub prawny żadnego z wykonawców zainteresowanych udzieleniem zamówienia. Czynność unieważnienia

postępowania została dokonana przez Zamawiającego z naruszeniem art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 1 pkt 6 Pzp.

Zarzut naruszenia art. 93 ust.1 pkt 7 Pzp uznała Izba za potwierdzony. Wskazane w treści odwołania naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1, art.91 ust.1, 93 ust. 3 Pzp oraz art.5 i art. 58 § 1 i 2 k.c. w związku z art. 14 Pzp nie zostały podtrzymane i udowodnione na rozprawie. Zważyć należy, że samo powołanie przepisu prawa nie tworzy zarzutu. Zarzut stanowi bowiem, wskazanie czynności bądź zaniechania przez Zamawiającego czynności, do których jest zobowiązany na podstawie ustawy (art. 180 ust. 1 Pzp) oraz okoliczności faktyczne wskazujące na naruszenie przepisów prawa. Izba stwierdza, że Zamawiający nie dopuścił się naruszenia przywołanych przepisów. Poza kompetencjami Izby pozostaje ocena działań Zamawiającego w kontekście naruszenia art. 17 ust. 3 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r. Nr 14, poz. 114, Nr 249, poz. 2104 oraz z 2006 r. Nr 79, poz. 551), gdyż jak wskazano wyżej przedmiotem oceny Izby są czynności bądź zaniechania przez Zamawiającego czynności, do których jest zobowiązany na podstawie ustawy (art. 180 ust. 1 Pzp) nie mieści się kompetencjach Izby. Ocena taka winna być przeprowadzona przez powołane do tego organy.

Mając na uwadze powyższe Izba na podstawie art. 191 ust. 1 zd. 1 oraz art. 191 ust. 1a Pzp uwzględniła odwołanie. Na podstawie art. 191 ust. 2 pkt 1 i 2 Izba nakazała unieważnienie czynności unieważnienia postępowania. Izba nie nakazała dokonania ponownej oceny ofert. Izba nie jest związana żądaniami, lecz zarzutami protestu (*arg. a contrario* z art. 191 ust. 3 Pzp). Dla zapobieżeniu uszczerbkowi w interesie prawnym Odwołującego się wystarczające jest nakazanie unieważnienia czynności unieważnienia postępowania. Wykonanie orzeczenia Izby przyniesie skutek w postaci utrzymania w mocy wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wezwania Odwołującego się do podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp oraz § 4 ust. 1 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886) zasądzać koszty zastępstwa prawnego Zamawiającego ograniczając je do kwoty wskazanej w tym przepisie.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, ze zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Bydgoszczy**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*