

Sygn. akt KIO/UZP 403/08

WYROK
z dnia 13 maja 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Mazurek

**Członkowie: Izabela Niedziałek
Andrzej Niwicki**

Protokolant: Magdalena Sierakowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 maja 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **"AK-BUD" KURANT Spółka Jawna, Poznań, ul. Ścinawska 24** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zarząd Zieleni Miejskiej, Poznań, ul. Strzegomska 3** protestu z dnia 18 kwietnia 2008 r.

przy udziale **xxx** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **xxx** po stronie odwołującego się oraz **xxx** - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **"AK-BUD" KURANT Spółka Jawna, Poznań, ul. Ścinawska 24** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **"AK-BUD" KURANT Spółka Jawna, Poznań, ul. Ścinawska 24**.
- 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 xxx zł xxx 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 **"AK-BUD" KURANT Spółka Jawna, Poznań, ul. Ścinawska 24**.

Uzasadnienie

Zarząd Zieleni Miejskiej w Poznaniu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na rewaloryzację zieleńca położonego na terenie działki nr 35/1, ark. 28, obręb Poznań przy ulicach Zielona – Długa – Strzelecka w Poznaniu w ramach programu rewaloryzacja zieleni w centrum miasta Poznania - IV etap.

W dniu 11 kwietnia 2008r. dokonano wyboru oferty najkorzystniejszej – PARK-M Krzysztof Mróz. W dniu 18.04.2008r. protest na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz zaniechanie odrzucenia oferty PARK-M Krzysztof Mróz – zwanej dalej Park-M złożył AK-BUD KURANT sp. j. – zwany dalej również protestującym lub odwołującym.

Wskazano na naruszenie art. 7 ust. 3, art. 89 ust 1 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo Zamówień Publicznych przez zamawiającego. W argumentacji merytorycznej podniesiono, że wykonawca PARK-M nie dostosował swojej oferty do modyfikacji SIWZ jaka odbyła się w dniu 17 marca 2008r. i cena oferty tym samym nie obejmuje wszystkich kosztów, materiałów i prac niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia. Wskazano ponadto na kosztorysowy charakter rozliczeń w przedmiotowym postępowaniu. Ponadto podniesiono, że złożenie oferty przez PARK-M stanowi czyn nieuczciwej konkurencji z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16.04.1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji gdyż zaoferowane w ofercie urządzenia – odpowiedniki rozdzielaczy OASE typ PWV1E 80-3 A80 i do pompy OASE typ PWV 1 E80-3A65 zostały w cenach niemożliwych do uzyskania.

W dniu 22.04.2008r. PARK-M złożył przystąpienie do postępowania protestacyjnego. Wskazał na to, że w cenie oferty uwzględnił zmiany do zakresu robót i wyjaśnienie tej kwestii zostało złożone zamawiającemu w dniu 10.04.2008r. Odnośnie niskiej ceny w pozycjach nr 51 i 56 wskazał, że pozostaje z firmą OASE w stałych stosunkach handlowych i jest w stanie uzyskiwać ceny niższe niż podmioty nie posiadające praw do rabatów i upustów. W ocenie przystępującego skorzystanie z możliwości zaoferowania niektórych produktów po cenach niższych niż konkurencja jest przyjętym, niekwestionowanym zwyczajem rynkowym.

W dniu 22.04.2008r. Zamawiający dokonał rozstrzygnięcia protestu poprzez jego oddalenie. W argumentacji wskazano, że w odpowiedziach z dnia 17.03.2008r. na pytania zadane przez protestującego nie wprowadzał jakichkolwiek zmian w przedmiarze robót, który stanowił podstawę do sporządzenia dodatkowych pozycji kosztorysu ofertowego i nie dokonywał zmiany zakresu robót określonych w załączonym przedmiarze robót. Opisano dalej sposób wyceny robót w dokumentacji przetargowej oraz określono, że gdyby

zamawiający w piśmie z dnia 17.03.2008r. zmieniał przedmiar to posłużyłby się innymi określeniami – wskazano na pismo z dnia 21.03.2008r. Wskazano na równe traktowanie protestującego i wykonawcy PARK-M - równo potraktowano wyjaśnienia obydwu przedsiębiorców. Powołano się na orzecznictwo z którego w ocenie zamawiającego wynikało, że jego działania są zgodne z prawem i zasadami zamówień publicznych. W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp wskazano na brak jakichkolwiek dowodów na okoliczność popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji przez PARK-M . Opisano w jaki sposób kształtują się ceny wszystkich ofert w zakresie kwestionowanych pozycji i porównano je do cen przyjętych przez zamawiającego – wskazując, że od cen przyjętych przez zamawiającego odbiegają wszystkie. Wskazano również na porównywanie cen w większych zestawieniach gdzie ceny wynikające z ofert protestującego oraz PARK-M są zbliżone. Na koniec wskazano na orzecznictwo wskazując, że czynem nieuczciwej konkurencji nie jest złożenie oferty o niższej cenie niż zaoferowana przez konkurentów.

W dniu 28.04.2008r. AK-BUD KURANT spółka jawna – złożyła odwołanie od ww. rozstrzygnięcia protestu.

Wskazano na naruszenie art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez wybór oferty prowadzący do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy, naruszenie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ, naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej omyłki rachunkowe w obliczeniu ceny których nie można poprawić na podstawie art. 88 lub błędy w obliczeniu ceny.

Zażądano powtórzenia czynności oceny oferty i czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. W argumentacji poza powtórzeniem argumentów protestu wskazano, że Zamawiający nieprawidłowo rozumie udzielone przez siebie odpowiedzi w dniu 17.03.2008r. gdzie określenia „należy uwzględnić” stanowią o konieczności przyjęcia dodatkowych, nieuwzględnionych w przedmiarze robót. Ponadto podkreślono, że interpretację zastosowaną w rozstrzygnięciu protestu zamawiający przyjął w celu ratowania postępowania. W ocenie odwołującego odpowiedzi zamawiającego powinny być oceniane jako modyfikacje SIWZ. Wskazano na brak wskazania w SIWZ jaką metodą powinno się sporządzić kosztorys co w ocenie odwołującego jest poważną wadą postępowania. Tak jak w proteście – wskazano na znaczne odstępstwa w cenach rozdzielaczy pomiędzy ofertą PARK-M a kosztorysem i podniesiono, że zamawiający nie przeprowadził żadnego postępowania wyjaśniającego kwestę dużych różnic w tych pozycjach.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy i dokonaniu analizy dokumentacji postępowania uznała odwołanie za niezasadne.

W zakresie zarzutu związanego z naruszeniem przez zamawiającego art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ oraz naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej omyłki rachunkowe w obliczeniu ceny których nie można poprawić na podstawie art. 88 lub błędy w obliczeniu ceny – należy stwierdzić, że zamawiający zasadnie nie dokonał odrzucenia oferty wybranej. W ocenie zasadności ww. zarzutu kluczowe znaczenie ma ocena czynności zamawiającego dokonanej w dniu 17.03.2008r. polegającej na udzieleniu odpowiedzi na pytania zadane przez odwołującego. W ocenie KIO udzielenie odpowiedzi na pytania nie doprowadziło do zmiany przedmiaru robót. Pytania te dotyczyły kwestii uwzględnienia kilku elementów związanych z przygotowaniem terenu pod roboty które wyszczególnił odwołujący. Zamawiający w odpowiedzi z dnia 17.03.2008r. wskazał jednoznacznie, że elementy wskazane przez odwołującego – takie jak przeróbka ogrodzenia po rozbiórce słupa ogłoszeniowego, rozbiórka fragmentu chodnika, rozbiórka płyty żelbetowej wraz z wywozem gruzu czy przedłużenie prefabrykatu przy rzeźbie należą do prac które trzeba uwzględnić w wycenie całości. Odpowiedź ta w istocie nie spowodowała powstania nowych pozycji przedmiaru robót. Należy w tym miejscu wskazać na brzmienie pkt 10 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia – z którego wynikało, że „brak pozycji kosztorysowej, zmiana opisu i ilości obmiaru spowoduje odrzucenie oferty” z którego wynika, że wykonawca, który samowolnie dokona zmian w zakresie przedmiaru mógłby ponieść konsekwencje w postaci odrzucenia oferty. Należy zważyć, że zamawiający istotnie w opisie sposobu obliczenia ceny w sposób niejasny określił co należy zawierać w elemencie 2, w ocenie KIO nie stanowi to jednak podstawy do unieważnienia przedmiotowego postępowania. Wykonawca składający ofertę w postępowaniu składał oświadczenie, że w cenie oferty zostały wliczone wszelkie koszty związane z realizacją zamówienia a ponadto w Szczegółowej Specyfikacji Technicznego Wykonania i Odbioru Robót wskazano, że cena jednostkowa pozycji kosztorysowej będzie uwzględniać wszystkie czynności, wymagania i badania składające się na jej wykonanie. Powoduje to, że odpowiedź udzielona przez zamawiającego w dniu 17.03.2008r. nie stanowiła podstawy do konieczności ujęcia dodatkowych kosztów w elemencie 2 ceny a wykonawca mógł uwzględnić te koszty w elemencie podstawowym.

W zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – należy wskazać, że odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów wskazujących na dokonanie czynu nieuczciwej konkurencji. Jego wnioski wskazywały na konieczność zażądania przez

zamawiającego wyjaśnień na okoliczność dużej różnicy cen w jednostkach 51 i 56. Należy jednak wskazać, że przepis art. 87 ust. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych tworzy uprawnienie a nie obowiązek zamawiającego do żądania wyjaśnień, natomiast przepis art. 90 ust. 1 – który ma charakter obligatoryjny dotyczy wyjaśnień związanych z rażąco niską ceną całej oferty – co w niniejszym postępowaniu nie nastąpiło. Wobec powyższego – z powodu braku dowodów na potwierdzenie dokonania czynu nieuczciwej konkurencji przez PARK-M oraz braku podstaw do żądania dokonania określonej czynności – w tym przypadku wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp oraz wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp - przedmiotowy zarzut należało oddalić.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak w sentencji.

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

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, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*