

Sygn. akt: KIO 1564/11

WYROK
z dnia 4 sierpnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 sierpnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lipca 2011 r. przez wykonawcę WARBUD S.A., 02-342 Warszawa, ul. Al. Jerozolimskie 162 a, w postępowaniu prowadzonym przez Izbę Celną w Białej Podlaskiej, 21-500 Biała Podlaska, ul. Celników Polskich 21

przy udziale wykonawcy BUDOMEX Sp. z o.o., 21-500 Biała Podlaska, ul. Brzeskiej 156 zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1564/11 po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę WARBUD S.A., 02-342 Warszawa, ul. Al. Jerozolimskie 162 a i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr.** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę WARBUD S.A., 02-342 Warszawa, ul. Al. Jerozolimskie 162 a,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Lublinie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez zamawiającego – Izbę Celną w Białej Podlaskiej na *Budowę Urzędu Celnego i Oddziału Celnego w Zamościu (nr sprawy: 300000-ILGW-212-15/11)*, wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej – Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „BUDOMEX” Sp. z o.o. w Białej Podlaskiej, wykonawca WARBUD S.A. w Warszawie wniósł w dniu 22 lipca 2011 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (sygn. akt KIO 1564/11). Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 22 lipca 2011 r. Informację o okoliczności stanowiącej podstawę do wniesienia odwołania odwołujący powziął z treści zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 14 lipca 2011 r. Postępowanie prowadzone jest według procedury obowiązującej dla postępowań przekraczających kwoty określonych w rozporządzeniu wykonawczym do ustawy.

W odwołaniu wykonawca zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, będące wynikiem zaniechania odrzucenia oferty wybranej, jako najkorzystniejszej – Przedsiębiorstwa Wielobranżowego Budomex” Sp. z o.o., niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Niezgodność dotyczy dokumentu załączonego do oferty – harmonogramu rzeczowo-finansowego, w którym nie uwzględniono zmian wprowadzonych przez zamawiającego i dotyczących pkt 1 ust. 3 i 5 oraz pkt 2 ust. 2 ppkt d. Zamawiający wprowadzając zmiany załączył nowy wzór harmonogramu uwzględniający nowe terminy realizacji oraz zakresy prac do wykonania w poszczególnych latach. Jako niezgodne odwołujący wskazał zapisy harmonogramu dotyczące terminu wykonania prac opisanych w pkt: 1.8 – agregat prądotwórczy wykonanie 2013 (zgodnie z pkt 2 ust. 2 ppkt d. prace należało wykonać w 2012 r.); 1.13 – sieci i przyłącza kanalizacji ściekowej wykonanie do 2014 r. (zgodnie z pkt 2 ust. 2 ppkt d. prace należało zakończyć do 2013 r.); 3.1-3.2, 3.4-3.10 – prace związane z budynkiem kontrolno-magazynowym wykonanie w latach 2014-2015 (zgodnie z pkt 2 ust. 2 ppkt d (tabela) prace należało zakończyć w 2014 r.); 4.1 i 4.8 – prace związane z budynkiem portierni wykonanie w latach 2014-2015 (zgodnie z pkt 2 ust. 2 ppkt d (tabela) prace należało zakończyć w 2014 r.

W oparciu o powyższe niezgodności, zdaniem odwołującego, zamawiający winien odrzucić ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PrZamPubl, podobnie jak uczynił to w stosunku do oferty wykonawcy CONDITE Sp. z o.o., która również była niezgodna z postanowieniami programu funkcjonalno-użytkowego, ograniczającymi wysokość

wynagrodzenia za wykonanie dokumentacji projektowej do 3% wartości całego zamówienia. Odwołujący w równy sposób traktuje niezgodności z zapisami programu funkcjonalno-użytkowego oraz harmonogramem rzeczowo-finansowym, gdyż dotyczą one treści merytorycznej oferty.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert, nakazanie odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „BUDOMEX” Sp. z o.o. i nakazanie dokonania wyboru oferty odwołującego.

W dniu 28 lipca 2011 r. do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie zamawiającego wykonawca – Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „BUDOMEX” Sp. z o.o., wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Stanowisko Izby

W pierwszej kolejności należało wskazać, iż w przedmiotowej sprawie zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, z uwzględnieniem zmian wprowadzonych dwiema ustawami, tj. z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2009 r., Nr 206, poz. 1591) oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778).

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania na posiedzeniu i rozpoznała odwołanie na rozprawie.

W zakresie zarzutów podlegających merytorycznemu rozpoznaniu na rozprawie Izba uznała odwołanie za niezasadne.

Zarzuty w odwołaniu skierowane są wobec czynności zamawiającego oceny oferty wybranej, złożonej przez BUDOMEX Sp. z o.o. i dotyczą zgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia dokumentu sporządzonego przez wykonawcę, tj. harmonogramu rzeczowo-finansowego.

Na wstępie Izba odnosząc się do argumentów podnoszonych przez przystępującego o braku istnienia interesu w uzyskaniu zamówienia po stronie odwołującego, stanowisko to uznała za bezzasadne. Ocena spełnienia przesłanki do wniesienia odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy, dokonywana jest przez Izbę według stanu sprawy, jaki istniał w dniu wniesienia odwołania. Skoro w momencie jego wniesienia, oferta odwołującego była ważna,

to wykonawca ten posiada interes w uzyskaniu zamówienia, a wniesienie odwołania stanowi drogę do realizacji tego celu. Jako zbyt idące, Izba uznała wnioski przystępującego, o możliwości pozbawienia wykonawcy prawa do korzystania z środków ochrony prawnej, poczynione jedynie w oparciu o możliwy wpływ rozstrzygnięcia zarzutów na ocenę oferty odwołującego, której zgodność z siwz nie była przedmiotem podniesionych zarzutów.

Odnosząc się do postawionych zarzutów, ich rozstrzygnięcie wymagało ustalenia, czy załączony do oferty wykonawcy Budomex harmonogram rzeczowo-finansowy był niezgodny z treścią siwz, a jeżeli tak, to czy niezgodność ta powinna skutkować uznaniem oferty za niezgodną z treścią siwz i jej odrzuceniem na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PrZamPubl.

Odwołujący oceniał zgodność harmonogramu rzeczowo-finansowego z opisanym przez zamawiającego w modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zakresem rzeczowym robót budowlanych przewidzianych do wykonania i wyceny w danym roku realizacji inwestycji (pismo z dnia 14.06.2011 r., str. 5 lit. d). W ocenie odwołującego, przy sporządzaniu harmonogramu, wykonawcy byli zobowiązani uwzględnić terminy (lata) realizacji planowanych zakresów robót, wskazane w dodanym ppkt 7 ust. 6 części B programu funkcjonalno-użytkowego. Stwierdzone przez niego niezgodności dotyczą tych pozycji harmonogramu rzeczowo-finansowego, w których uwzględniono okresy realizacji wraz z kosztami w latach nie odpowiadających wskazanym przy planowanych zakresach robót na poszczególne lata realizacji inwestycji.

W oparciu o treść siwz, w tym w szczególności rozdziału 12 siwz – opis sposobu obliczenia ceny, Izba ustaliła, że zamawiający wymagał: „załączenia do oferty harmonogramu rzeczowo-finansowego sporządzonego zgodnie ze wzorem stanowiącym Załącznik nr 9 do siwz oraz wg informacji zawartej w pkt 7 ust. 6 części B Programu F-U. Harmonogram rzeczowo-finansowy ma dla zamawiającego charakter informacyjny o cenach jednostkowych elementów robót składających się na przedmiot zamówienia i będzie pomocny przy etapowym rozliczaniu inwestycji oraz przy planowaniu i zabezpieczeniu środków finansowych na poszczególne terminy realizacji oraz przy kontroli stanu zaawansowania inwestycji. W harmonogramie rzeczowo-finansowym poszczególne elementy inwestycji (poz. Lp. 1, 2, 3, 4 załącznika nr 9 do SIWZ) należy wycenić uwzględniając w cenie danego elementu wartość usługi pełnego nadzoru autorskiego. Brak harmonogramu rzeczowo-finansowego skutkuje odrzuceniem oferty”.

W ocenie Izby, powyższy zapis specyfikacji pozwala przyjąć, iż informacje zawarte w pkt 7 ust. 6 część B Programu F-U (na które powoływał się odwołujący) stanowiły wytyczną do sporządzenia harmonogramu rzeczowo-finansowego, jednak nie dla wykazania terminowości realizacji etapów inwestycji, lecz w celu przedstawienia planowanego

rozłożenia jej kosztów. Ponieważ zamawiający, w zakresie terminu realizacji inwestycji wskazywał konsekwentnie na dwa jej etapy, tj. do 30 września 2013 r. (zakończenie etapu I) oraz do 30 września 2015 r. (zakończenie etapu II), terminy te stanowiły granicę oceny merytorycznej treści oferty. W ocenie Izby, harmonogram rzeczowo-finansowy uwzględniał podział robót na dwa etapy zakończenia poszczególnych prac na poszczególnych obiektach, a zatem nie można mówić o niezgodności z treścią siwz. Skoro w harmonogramie zachowano przy rozbiciu kwoty ryczałtowej za wykonanie całości prac, podział na dwa okresy zakończenia inwestycji, w ocenie Izby ustalenie, w którym z poszczególnych lat mieszczących się w danym etapie wykonawca planował zakończenie etapu, pozostawało bez znaczenia dla oceny merytorycznej treści oferty. W harmonogramie uwzględniono wytyczne zawarte w pkt 7 ust. 6 część B Programu F-U, dotyczące zakończenia prac na poszczególnych obiektach w etapach realizacji inwestycji: I (część 2: budynek administracyjno-biurowy) i II (część 3 i 4: budynek kontrolno-magazynowy i budynek portierni). Ponieważ pozycje opisane w części 1 harmonogramu dotyczyły wszystkich obiektów, właściwe było uwzględnienie kosztów związanych z siecią i przyłączami kanalizacji ściekowej do budynków, których wykonanie przewidziano w II etapie realizacji inwestycji (poz. 1.13).

Niezależnie od pozytywnej oceny harmonogramu rzeczowo-finansowego wybranej oferty, Izba zauważa, iż ustalony przez zamawiającego charakter dokumentu, wykluczałby, w przypadku stwierdzenia jego niezgodności z innymi postanowienia siwz, możliwość zastosowania sankcji przewidzianej w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PrZamPubl. Zamawiający wyraźnie wskazał na informacyjny charakter dokumentu i dopuszczał możliwość jego zmian w trakcie realizacji inwestycji (§ 2 ust. 6 wzoru umowy). Na etapie sporządzenia treści oferty, harmonogram stanowił wstępny projekt realizacji robót i wydatków i dopiero po zakończeniu procedury, wybrany wykonawca miał przygotować szczegółowy harmonogram stanowiący załącznik do umowy (§ 2 ust. 4 wzoru umowy). Dopiero dokument stanowiący załącznik do umowy zobowiązywać będzie wykonawcę do dotrzymania terminów realizacji poszczególnych elementów robót (§ 2 ust. 5 wzoru umowy). Powołane zapisy wzoru umowy, w sposób jednoznaczny pozwalają stwierdzić, iż harmonogram rzeczowo finansowy składany w ofercie pełnił jedynie rolę informacyjną i nie stanowił o zakresie podjętego przez wykonawcę zobowiązania, a zatem nie stanowił merytorycznego potwierdzenia zakresu świadczenia. Zawierał on jedynie informację, co do wielkości kwot, jakie są przewidywane do wydatkowania w całym okresie realizacji inwestycji w ramach wskazanej przez wykonawcę ceny ryczałtowej.

Uwzględniając powyższe Izba oddaliła zarzuty naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 7 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy i orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy PrZamPubl, a także § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), i obciążyła kosztami postępowania odwołującego.

Przewodniczący: