

Sygn. akt: KIO/UZP 226/10

WYROK
z dnia 26 marca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Andrzej Niwicki**

Członkowie: **Aneta Mlącka**

Izabela Niedziałek – Bujak

Protokolant: **Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 marca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum firm: BUDROX Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego i Zagospodarowania Terenów Zielonych Sp. z o.o., HYDROPOL Sp. z o.o., 09-500 Gostynin, ul. Płocka 44a** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miasto Kutno, 99-300 Kutno, pl. marsz. Józefa Piłsudskiego 18** protestu z dnia 21 stycznia 2010 r.

przy udziale **Przedsiębiorstwo Budowlano – Inżynieryjne MAVEX Marek Michalski, 99-300 Kutno, ul. Rzeczna 2** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Konsorcjum firm: BUDROX Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego i Zagospodarowania Terenów Zielonych Sp. z o.o., HYDROPOL Sp. z o.o., 09-500 Gostynin, ul. Płocka 44a

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum firm: BUDROX Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego i Zagospodarowania Terenów Zielonych Sp. z o.o., HYDROPOL Sp. z o.o., 09-500 Gostynin, ul. Płocka 44a,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Konsorcjum firm: BUDROX Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego i Zagospodarowania Terenów Zielonych Sp. z o.o., HYDROPOL Sp. z o.o., 09-500 Gostynin, ul. Płocka 44a** na rzecz **Miasto Kutno, 99-300 Kutno, pl. marsz. Józefa Piłsudskiego 18** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa procesowego przed KIO,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **5 556 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum firm: BUDROX Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego i Zagospodarowania Terenów Zielonych Sp. z o.o., HYDROPOL Sp. z o.o., 09-500 Gostynin, ul. Płocka 44a**

U z a s a d n i e n i e

Odwołujący – konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego i Zagospodarowania Terenów Zielonych „BUDROX” sp. z o.o. w Gostyninie (Lider) oraz Hydrozol sp. z o.o. w Gostyninie, uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na roboty budowlane polegające na „Przebudowie, rozbudowie i nadbudowie budynku Kutnowskiego Domu Kultury wraz z instalacjami i urządzeniami technicznymi wniósł protest na czynności podjęte przez Zamawiającego, którym jest Miasto Kutno, polegające na wykluczeniu i odrzuceniu jego oferty oraz na wybór w postępowaniu jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Budowlano – Inżynieryjne MAVEX – Marek Michalski.

W złożonym odwołaniu od oddalenia protestu podtrzymał prezentowane w proteście stanowisko dotyczące wykluczenia go z postępowania oraz odrzucenia jego oferty wskazując na naruszenie:

art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 ustawy Pzp ze wskazaniem, iż załączony do oferty harmonogram rzeczowo – finansowy jest niezgodny z treścią siwz w zakresie poz. IX Instalacja alarmowa antywłamaniowa oraz poz. X Instalacja alarmowa p.poż,

art. 24 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 26 ust. 3 i 4 oraz art. 87 ustawy poprzez przedwczesne uznanie, iż nie spełnił warunku udziału w postępowaniu, określonego w pkt 8.2. ppkt 1 siwz, art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 26 ust. 3 i 4 i art. 87 ustawy poprzez zaniechanie czynności, które winny zostać podjęte przed czynnościami, których Zamawiający dokonał wobec wykonawcy. Z uwagi na treść art. 184 ust. 1a ustawy Odwołujący odstąpił od powtórzenia zarzutów podniesionych w stosunku do oferty wybranej jako najkorzystniejsza.

Uzasadniając podtrzymane zarzuty Odwołujący wskazał, że w rozstrzygnięciu protestu Zamawiający jedynie rozszerzył argumentację uzasadniającą decyzję o wykluczeniu wykonawcy i odrzuceniu jego oferty przedstawioną w piśmie z 15 stycznia 2010 r. Stwierdził, że Zamawiający nie odniósł się merytorycznie do zarzutów protestu co do zasadności wskazania wykonania robót dot. systemu p-poż. jak i ochrony budynku, a nadto wprowadza dodatkowo informacje będące w sprzeczności z zapisami siwz jak i dokumentacji projektowej.

Odwołujący wskazał w proteście, iż złożył oświadczenie o zgodności jego oferty z treścią siwz. Oświadczył, że w kwestionowanych pkt IX i X harmonogramu celowo wskazał ponowną konieczność wykonania robót w II etapie inwestycji, co nie stoi w sprzeczności z oświadczeniem, iż obydwie instalacje będą sprawne i zapewniające bezpieczeństwo całego budynku dla I etapu. Wskazał, że konieczność ponownego wykonania prac wynika z faktu, iż wobec zakresu rzeczowego przewidzianego dla II etapu nie jest możliwe wykonanie wszystkich prac jedynie w I etapie (przebudowa, rozbudowa, zmiana układu wewnętrznego). Stwierdził, że w II etapie przewidział prace dostosowujące obydwie instalacje do zakresów robót wykonanych w II etapie oraz – co jest oczywiste – do ponownego sprawdzenia i uruchomienia kompletnych instalacji uwzględniających zmiany poczynione w II etapie.

W odwołaniu zakwestionował stanowisko zawarte w rozstrzygnięciu protestu oraz przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu. Wskazał, iż uwzględniając zapisy pkt 9 etapowania z cz. IV Opisu technicznego oświadczył, że wymagane instalacje będą sprawne na zakończenie I etapu realizacji inwestycji. Natomiast wskazał na prace wykonywane przy przedmiotowych instalacjach również w II etapie realizacji z tego względu, iż jak wynika z dokumentacji projektowej – w II etapie będą realizowane prace wykończeniowe szeregu pomieszczeń na parterze i dwóch piętrach budynku. Wykonanie tych prac wymaga uprzedniego wyłączenia pomieszczeń z systemu, a następnie ponownego zamontowania urządzeń należących do instalacji, ich włączenia i sprawdzenia. W ocenie Odwołującego nie ma innej technicznej możliwości wykonania wskazanych prac.

Wskazując te okoliczności stwierdził, że złożony harmonogram jest zgodny z zapisami siwz i dokumentacją projektową.

Zamawiający uznał zarzuty odwołania za nieuzasadnione. Wskazał, że podał podział zamówienia na etapy w pkt 7 siwz: etap I sala widowiskowa – w terminie do 31.08.2010 r. i etap II całość zadania – w terminie 18 miesięcy od daty podpisania umowy. Powołał pkt 9 Opisu Technicznego Projektu inwestycji, gdzie określił szczegółowo zakresy, które należy wykonać w I etapie realizacji inwestycji, m.in.

Pkt 7 System sygnalizacji pożaru musi być kompletny dla I etapu,

Pkt 9 Scenariusz pożarowy musi być wykonany na I etapie,

Pkt 12 Instalacje niskoprądowe muszą być sprawne w zakresie bezpieczeństwa budynku (np. sygnalizacja pożaru..)

Zamawiający wskazał, że w trakcie postępowania udzielał dodatkowych wyjaśnień dotyczących etapowania.

Stwierdził, że postawiony warunek nie został spełniony przez Odwołującego, gdyż wykonanie instalacji alarmowej i antywłamaniowej (poz. IX harmonogramu) oraz instalacji alarmowej ppoż. (poz. X) Odwołujący przewidział zarówno w pierwszym jak i w drugim etapie robót. Zamawiający zakwestionował argumentację wykonawcy, iż ten celowo wskazał ponowną konieczność wykonania robót w II etapie i przewidział prace dostosowujące obydwie instalacje do zakresów robót wykonanych w drugim etapie. Zamawiający podkreślił, że wszystkie instalacje związane z bezpieczeństwem budynku powinny być wykonane jako kompletne i sprawne do końca I etapu i nie mogą wymagać ponownego sprawdzenia i uruchomienia w II etapie. Zamawiający zauważył również, że w kosztorysach szczegółowych wykonawca nie uwzględnił dodatkowych kosztów związanych ze sprawdzeniem lub ponownym uruchomieniem instalacji. Zanegował również jako niezrozumiałą zarzut o braku możliwości wykonania wszystkich kwestionowanych prac w I etapie.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 26 ust 3 i 4 oraz art. 87 ustawy Zamawiający stwierdził, że harmonogram rzeczowo – finansowy jest oświadczeniem woli wykonawcy o sposobie świadczenia i jako takie nie podlega uzupełnieniu oferty w trybie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 87 ustawy. Stwierdził, że nie jest też możliwe złożenie nowego harmonogramu, gdyż nie jest to dokument podlegający uzupełnieniu. Zauważył również, że samo oświadczenie o zgodności oferty z treścią siwz ma charakter deklaracyjny i ogólny, a załączone oświadczenie woli o sposobie wykonywania robót – harmonogram rzeczowo – finansowy dyskwalifikuje ofertę jako sprzeczną z oczekiwaniami wskazanymi w specyfikacji.

Odnosząc się do zarzutu przedwczesnego uznania, że wykonawca nie spełnił warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 8.2.1 siwz Zamawiający stwierdził, że złożony dokument referencji nie potwierdza należytego wykonania jednego obiektu budowlanego o wartości min. 10 000 000 zł brutto. Powołał się na definicję z prawa

budowlanego i wskazał, że wykonawca wykonał wieloobiektowe (5 obiektów) zamierzenie budowlane. Stwierdził, że nie miał podstaw wzywać wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie, gdyż oferta podlega odrzuceniu jako niezgodna z treścią siwz.

Przystępujący do postępowania odwoławczego poparł argumentację Zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu sprawy na rozprawie z udziałem stron i uczestnika ustaliła i zważyła, co następuje.

W poczet materiału dowodowego zaliczono dokumentację prowadzonego przez Zamawiającego postępowania, w tym treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, treść oferty Odwołującego oraz stanowiska stron przedstawione w formie pisemnej i ustnej.

W sprawie niesporne jest, że Odwołujący załączył do oferty harmonogram rzeczowo – finansowy przedstawiający terminy wykonania poszczególnych rodzajów prac w obydwu etapach realizacji inwestycji. Etapy te, zgodnie z pkt 7 siwz obejmują wykonanie sali widowiskowej w terminie do 31 sierpnia 2010 r. oraz wykonanie całości zadania, jako etap drugi, w terminie 18 miesięcy od daty podpisania umowy.

Jak wynika z postanowień siwz w części stanowiącej dokumentację projektową – Architektura opis techniczny – 9. Etapowanie prace instalacyjne dotyczące systemów bezpieczeństwa tj. instalacje przeciwpożarowe i antywłamaniowe, należało wykonać w całości w okresie wyżej wskazanego I etapu realizacji.

W złożonym z ofertą harmonogramie rzeczowo – finansowym Odwołujący przewidział wykonywanie tych instalacji zarówno w I jak i w II etapie robót, co wynika z treści pkt IX.1 harmonogramu dotyczącego instalacji alarmowej antywłamaniowej oraz pkt. X.1 harmonogramu dotyczącego instalacji alarmowej przeciwpożarowej.

W toku postępowania toczącego się w wyniku wniesienia środków ochrony prawnej Odwołujący nie negocjował treści harmonogramu rzeczowo – finansowego, jednakże deklarował, że prace obejmujące przedmiotowe instalacje mają być wykonane w całości w I etapie, natomiast wskazanie ich wykonania również w II etapie wynika z technicznej potrzeby dostosowania tych instalacji do zakresów robót wykonanych w ramach II etapu. W szczególności wskazywał potrzebę dokonywania wyłączeń instalacji i ponownych uruchomień oraz sprawdzeń poprawności działania. Miałyby to być w istocie nieznaczące ingerencje w odniesieniu do tych instalacji.

W ocenie składu orzekającego Izby deklaracje powyższe nie wynikają z treści harmonogramu rzeczowo – finansowego, w tym w szczególności twierdzenie o wykonaniu instalacji w całości w I etapie inwestycji. Należy zauważyć, że harmonogram przewiduje dla instalacji antywłamaniowej wykonanie w jednym miesiącu przypadającym na I etap i w

dwóch miesiącach II etapu, natomiast dla instalacji ppoż. wykonywanie prac przez dwa miesiące I etapu i dwa miesiące w II etapie. Trudno uznać przy takich proporcjach czasowych za wiarygodne twierdzenie, że czynności w tym zakresie planowane w II etapie miałyby być wykonywane w odniesieniu do instalacji w całości już wykonanych w I etapie. Tym samym, wobec precyzyjnej treści harmonogramu, nie może być uznane za wystarczające, złożenie przez wykonawcę oświadczenia o wykonaniu prac zgodnie z siwz. W konsekwencji Izba uznaje, że Zamawiający zasadnie uznał niezgodność złożonej przez Odwołującego oferty, w części stanowiącej harmonogram rzeczowo – finansowy, z postanowieniami siwz, co uzasadnia zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy i odrzucenie oferty jako niezgodnej w swej treści z treścią siwz. Należy przy tym stwierdzić, że Zamawiający, wobec jednoznacznej treści harmonogramu, nie miał przesłanek ani obowiązku żądania od wykonawcy wyjaśnień co do zakresu planowanych prac, w trybie art. 87 ust. 1 ustawy.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Izba stwierdza, że wobec rozstrzygnięcia wskazującego na uzasadnione odrzucenie oferty, w niniejszej sprawie nie można zastosować przepisu art. 26 ust. 3, co wynika wprost z jego treści w zdaniu pierwszym *in fine*.

Brak jest również podstaw do zastosowania procedury wzywania do składania wyjaśnień, przewidzianej w art. 26 ust. 4 ustawy w odniesieniu do treści harmonogramu, gdyż jako część oferty, nie jest to dokument, o którym mowa w art. 25 ust. 1.

Biorąc pod uwagę dokonane ustalenia, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, 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 2007 r. Nr 223, poz. 1655 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 **Łodzi**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....