

Sygn. akt KIO/UZP 1213/09

**WYROK**  
**z dnia 7 października 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska**

**Członkowie:           Lubomira Matczuk-Mazuś**  
**Andrzej Niwicki**

**Protokolant:         Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 października 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **ERBUD S.A., ul. Puławska 300A, 02-819 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Katolicki Uniwersytet Lubelski im. Jana Pawła II, al. Raclawickie 14, 20-950 Lublin** protestu z dnia 3 sierpnia 2009 r.,

przy udziale wykonawcy **WARBUD S.A., al. Jerozolimskie 162A, 02-342 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża **ERBUD S.A., ul. Puławska 300A, 02-819 Warszawa** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **ERBUD S.A., ul. Puławska 300A, 02-819 Warszawa,**

- 2) dokonać zwrotu kwoty **15 538 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **ERBUD S.A., ul. Puławska 300A, 02-819 Warszawa.**

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

I. Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II, z siedzibą w Lublinie, ul. Al. Racławickie 14 (zwany dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Budowa gmachu naukowo-dydaktycznego biotechnologii Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego Jana Pawła II - roboty montażowe i instalacyjne”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich nr 2009/S 42-061004 z dnia 03.03.2009 i Zamawiający zamieścił Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r., Nr 223, poz.1655 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

Wartość zamówienia oszacowano na 7 528 604,12 euro.

W dniu 23 lipca 2009r. Zamawiający zawiadomił uczestników postępowania o wyborze oferty najkorzystniejszej – za ofertę najkorzystniejsza została uznana oferta złożona przez WARBUD S.A.

W dniu 03.08.2009r., ERBUD S.A., ul. Puławska 300A, 02-819 Warszawa (adres do korespondencji: Erbud S.A. Oddział Rzeszów, ul. Fredry 4, 35-959 Rzeszów, dalej: Odwołujący), którego oferta była druga w rankingu ofert – złożył protest. Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 10.08.2009r. poprzez jego odrzucenie. Odwołujący w dniu 17.08.2009r. (data nadania odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego) wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, przekazując jednocześnie Zamawiającemu kopię odwołania.

W proteście (i następnie w odwołaniu) Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych poprzez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z zaniechaniem czynności odrzucenia oferty WARBUD S.A., z powodu sprzeczności jej treści z treścią SIWZ.

Odwołujący wskazał, że WARBUD S.A. przedłożył wraz z ofertą na str. 4, harmonogram, który jest niezgodny z treścią SIWZ, a co więcej – powoduje, że nie można tej oferty porównać z jakąkolwiek inną ofertą złożoną w przetargu.

Mianowicie harmonogram złożony przez Warbud S.A. zawiera przerwę w realizacji przedmiotu zamówienia na 4 kwartały. W ocenie Odwołującego, błędu tego nie da się konwalidować w trybie art. 87 Prawa zamówień publicznych, a jakakolwiek próba w tym zakresie musiałaby być traktowana jako negocjacje i niedozwolona modyfikacja oferty.

Odwołujący podkreśla, że obiekt będący przedmiotem zamówienia rzeczywiście można wykonać w 2 lata, a nawet szybciej, lecz Zamawiający w SIWZ przewidział okres trwania realizacji na 3 lata. Narzucony przez Zamawiającego sposób wykonania zamówienia, czyli wydłużenie realizacji do 3 lat, generuje dla wykonawców dodatkowe koszty.

W związku z powyższym, oferta WARBUD S.A. jest nieporównywalna z innymi ofertami, ponieważ WARBUD S.A. wyłączając swoją aktywność na placu budowy przez okres 4 kwartałów, w sposób oczywisty ograniczył swoje koszty, co najmniej we wskazanych przez Odwołującego obszarach, m.in. zorganizowania i utrzymania w należyтым porządku dróg dojazdowych i terenów sąsiednich, zarządzania placem budowy, w tym zabezpieczenie bezpieczeństwa robót, których w tym czasie przecież nie prowadzi, w tym miejscu także należy zauważyć, że nie ponosi odpowiedzialności za osoby i mienie w takim stopniu jak wykonawca prowadzący normalny cykl budowlany, itd.

Odwołujący również wskazał, że gwarancja na zamontowane urządzenia biegnie od dnia podpisania protokołu końcowego. Zatem jeśli cykl budowlany wymusza zainstalowanie urządzeń w drugim roku to termin gwarancji zacznie biec dopiero za rok. WARBUD te same urządzenia nie zamontuje w drugim roku, zatem koszt z tej przyczyny też jest mniejszy.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający przy dokonywaniu oceny ofert dopuścił się nierównego traktowania wykonawców, albowiem potraktował na tych samych zasadach zarówno wykonawcę, którego oferta została skalkulowana z poszanowaniem wszystkich wymagań SIWZ, i który przygotował w tym zakresie ofertę w pełni zgodną z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego, jak i Warbud S.A., którego oferta w zakresie harmonogramu – jest z wyżej opisanych powodów sprzeczna z treścią SIWZ.

Odwołujący podniósł, iż gdyby posiadał wiedzę o możliwości odstąpienia od jednoznacznych zapisów SIWZ wprowadzonych przez Zamawiającego i w konsekwencji zaproponowania innego zakresu przedmiotowego i okresu jego realizacji, inaczej ukształtowałby swoją ofertę pod względem kryterium ceny w celu możliwości konkurowania z ofertą WARBUD S.A., mógłby bowiem zaoferować inne prace w innym okresie w sposób tańszy pod względem zakupu, realizacji i utrzymania, co w oczywisty sposób pozwoliłoby zoptymalizować cenę oferty, a w konsekwencji uzyskać wyższą ocenę swojej oferty w tym kryterium.

Ze względu na opisane przez Odwołującego okoliczności, oferta Warbud S.A. powinna zostać zdaniem Odwołującego odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, jako niezgodna z treścią SIWZ.

Zarówno w proteście, jak i w odwołaniu, wnoszono o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty Wykonawcy WARBUD S.A. jako najkorzystniejszej;
- 2) powtórzenie czynności oceny ofert, i w jej wyniku odrzucenie oferty Wykonawcy WARBUD S.A.;
- 3) nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Zamawiający odrzucił protest, stwierdzając, że został wniesiony z uchybieniem terminu. Według Zamawiającego, termin na wniesienie protestu biegł od dnia 21.07.2009 r., bowiem w tym dniu Odwołujący mógł powziąć wiadomość o podstawie do wniesienia protestu, to jest o treści oprotestowanej oferty konkurencyjnej.

Do protestu, a następnie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił WARBUD S.A. (zwany dalej Przystępującym).

**II.** Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Izba uznała, że protest poprzedzony rozpatrywanym odwołaniem złożony został w terminie, a biegł on od dnia, w którym Odwołujący dowiedział się o wyniku postępowania – zgodnie z art. 180 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, termin na wniesienie protestu biegnie od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Wskazać należy, iż środki ochrony prawnej wnosi się zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, w związku z naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy, zatem Odwołujący – wbrew stanowisku Zamawiającego, które wydaje się wynikać z rozstrzygnięcia protestu, nie mógł oprotestować samego faktu złożenia oferty, którą oceniał jako niezgodną z treścią SIWZ (taki protest byłby uznany za „przedwczesny”), a oprotestowaniu podlega wyłącznie czynność bądź zaniechanie Zamawiającego. Odwołujący o zaniechaniu odrzucenia oprotestowanej oferty konkurencyjnej dowiedział się dopiero z chwilą doręczenia mu wyniku postępowania, a więc protest wniesiony był w terminie.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący ma interes prawny we wnoszeniu środków ochrony prawnej, ponieważ w konsekwencji uwzględnienia odwołania, i powtórnej oceny ofert, jego oferta miałaby szansę zostać uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą.

Izba ustaliła w zakresie podnoszonych zarzutów następujący stan faktyczny:

1. Do oferty składanej w postępowaniu należało załączyć harmonogram rzeczowo finansowy, zgodnie z pkt. 3 załącznika nr 2 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ).
2. Zamawiający określił termin wykonania zamówienia w następujący sposób „termin realizacji zamówienia – do 15-06-2012” (strona 2 SIWZ, punkt IV), a w § 2 ust. 1 wzoru umowy stanowiącego załącznik do SIWZ określił, iż „przedmiot umowy nastąpi nie później, niż do 15 czerwca 2012 r. Decyzja o pozwoleniu na użytkowanie uzyskana przez Wykonawcę na rzecz Zamawiającego powinna stać się prawomocna nie później niż 30 lipca 2012 r.” (str. 9 wzoru umowy).
3. Przystępujący załączył do oferty harmonogram rzeczowo finansowy (str. 4 oferty Warbud), w którym przewidziano przerwę w realizacji inwestycji na 4 kwartały. Zgodnie z tym harmonogramem prace budowlane zostaną wykonane w terminie określonym w kolumnie 9 harmonogramu w następujący sposób: „VII kwartał nie później niż 15.06.2012r.”. Kolumny 10-13 opisujące następne kwartały pozostawiono puste – jak wynika z wiersu harmonogramu oznaczonego numerem V, zatytułowanym „Uzyskanie pozwolenia na budowę”, w kwartałach VIII-X będą wykonywane „Prace będące poza zakresem Wykonawcy a niezbędne do uzyskania pozwolenia na użytkowanie”. W ostatnim kwartale (zgodnie z kolumną 13 „XI kwartał nie później niż do 30.07.2012 r.”) wykonane zostaną prace „ujęte w kosztach pośrednich inwestycji”, związane z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie (opis zawarto w wiersie oznaczonym numerem V).

Na podstawie tak ustalonego stanu faktycznego skład orzekający uznał, że oferta Przystępującego jest zgodna z treścią SIWZ (w tym z pkt. 3 załącznika nr 2 do SIWZ – wzoru formularza ofertowego), zatem nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych.

Odwołujący nie wykazał, skąd (z jakiego postanowienia SIWZ) miałoby wynikać kategoryczne żądanie wykonania obiektu w czasie 3 lat. Sam Odwołujący przyznaje, że - z przyczyn technologicznych - obiekt będący przedmiotem zamówienia może być wykonany w znacznie krótszym okresie. Zamawiający określił w sposób stanowczy jedynie termin końcowy, bez określenia terminu początkowego rozpoczęcia prac – co uczynił prawidłowo, ponieważ termin zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zwykle

jest niemożliwy do określenia z góry. W § 2 ust. 1 wzoru umowy wskazano, że rozpoczęcie robót nastąpi po podpisaniu umowy, jednak nie później niż w ciągu miesiąca (od podpisania umowy), zatem wbrew twierdzeniom Odwołującego, okres realizacji inwestycji nie został przez Zamawiającego określony w latach, ale jedynie przez określenie terminu końcowego. Po pierwsze, taki sposób określenia terminu nie oznacza, że prace nie można wykonać wcześniej, niż w tym terminie. Po drugie, trzeba zwrócić uwagę, że ostateczny okres realizacji inwestycji będzie znany dopiero po zakończeniu postępowania i przystąpieniu do zawierania umowy, a okres realizacji inwestycji będzie zapewne krótszy, niż postulowane przez Odwołującego 3 lata (w harmonogramie rzeczowo-finansowym Przystępującego jest to 11 miesięcy, w harmonogramie Odwołującego – 12 miesięcy). Aby realizacja inwestycji trwała 3 lata, jak chce Odwołujący, prace musiałyby się rozpocząć najpóźniej w lipcu 2009 r., a więc 3 miesiące temu, dlatego Zamawiający przewidział „zatwierdzenie harmonogramu” (§ 2 ust. 2 wzoru umowy), i w związku z tym, zapewne nie odrzucił oferty Odwołującego (skoro jego harmonogram rzeczowy obejmuje okres 12 kwartałów, nie wykonałby przedmiotu zamówienia w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego co do dnia).

Zatem w SIWZ nie można odnaleźć wyrażenia oczekiwania, z którego Odwołujący wywodzi doniosłe skutki prawne – iż przedmiot zamówienia należało wykonywać w sposób ciągły w okresie trzech lat. Źródłem wiedzy dla wykonawców, w jakim terminie należy zrealizować zamówienie, jest wyłącznie SIWZ (wraz z modyfikacjami), a nie inne, wewnętrzne dokumenty Zamawiającego, dlatego Izba oddaliła wniosek dowodowy Odwołującego odnoszący się do umowy pomiędzy Zamawiającym a instytucją pośredniczącą na okoliczność, jak długi intencjonalnie miał być okres realizacji umowy. Przedmiotem zamówienia jest wykonanie określonego obiektu (co ma odzwierciedlenie w treści oferty), a nie stała obecność wykonawcy na placu budowy przez okres trzech lat, w konsekwencji nie ma żadnych podstaw, aby twierdzić, że oferta Przystępującego jest nieporównywalna z innymi ofertami złożonymi w postępowaniu.

Powyższe stwierdzenie zasadniczo wyczerpuje uzasadnienie niniejszego orzeczenia, jednak Izba odniosła się również do podnoszonej przez Odwołującego na rozprawie argumentacji o rzekomej sprzeczności w ofercie Przystępującego harmonogramu rzeczowego z harmonogramem płatności. Odwołujący co prawda nie podnosił wcześniej zarzutu o sprzeczności harmonogramu płatności z treścią SIWZ (Izba bada zarzuty tylko w granicach określonych protestem), jednak sprzeczność harmonogramu rzeczowo finansowego z harmonogramem płatności mogłaby ewentualnie, chociażby pośrednio, potwierdzać tezy Odwołującego o sprzeczności harmonogramu rzeczowo-finansowego z treścią SIWZ, dlatego skład orzekający uznał za celowe odniesienie się do tej kwestii.

Należy zauważyć, że Przystępujący określił harmonogram rzeczowo finansowy z dużą ostrożnością i sporym zapasem czasowym – przewidział, że prace budowlane mogą zostać zakończone w VII kwartale, ale może to się przedłużyć do 15.06.2012 r. (wynika to z opisu kolumny 9 harmonogramu), o ile wykonanie ostatecznych prac zależy będzie od Zamawiającego, który zobowiązuje się wykonać pewien zakres robót, od których będzie zależało wydanie pozwolenia na użytkowanie (wniosek z zestawienia opisów kolumn 9-13 i opisów elementów robót w poszczególnych wersach harmonogramu rzeczowo finansowego Przystępującego). Stąd zapewne spory zapas czasowy - jak wynika z harmonogramu, Przystępujący zakłada, że jest w stanie wykonać pewne prace wcześniej, do końca VII kwartału – czyli, skoro XI kwartał realizacji inwestycji może zakończyć się 30.07.2012 r., to prace przewidziane na VII kwartał mogą zakończyć się już do 30.07.2011 r., ale mogą przedłużyć się do 15.06.2012 r. (opis kolumny 9 harmonogramu).

Tak określony harmonogram rzeczowo finansowy nie jest sprzeczny z harmonogramem płatności przedstawionym na stronie 5 oferty Przystępującego, ponieważ zgodnie z nim płatność za prace wykonane w VII kwartale ma nastąpić dopiero w XI kwartale (wartość robót określona dla VII kwartału w harmonogramie rzeczowo-finansowym jest identyczna, jak wartość ostatniej faktury określona w harmonogramie płatności), zatem nie istnieje niebezpieczeństwo, że harmonogram płatności przewiduje wystawienie faktur za roboty jeszcze niewykonane.

Wobec powyższego, skoro skład orzekający uznał, że harmonogram rzeczowo finansowy Przystępującego odpowiada treści SIWZ, nie odnosił się do zagadnienia, czy ewentualnie taki harmonogram można byłoby wyjaśniać bądź uzupełnić – nie ma ogólnych reguł w tym zakresie, a zależy to od okoliczności konkretnej sprawy.

Reasumując, nie stwierdzono naruszenia art. 7 ust. 1 oraz 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych i orzeczono jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa 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 **Lublinie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....