

Sygn. akt: KIO/UZP 1728/09

**WYROK**  
**z dnia 22 stycznia 2010 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

<b>Przewodniczący:</b>	<b>Agata Mikołajczyk</b>
<b>Członkowie:</b>	<b>Jolanta Markowska</b> <b>Klaudia Szczytowska-Maziarz</b>
<b>Protokolant:</b>	<b>Łukasz Listkiewicz</b>

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 stycznia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Zielona Architektura Anna i Marek Wypychowscy Sp. J., 01-227 Warszawa, ul. Szymczaka 1/29** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Muzeum Pałac w Wilanowie, 02-958 Warszawa, ul. Stanisława Kostki Potockiego 10/16** protestu z dnia 5 listopada 2009 r.

przy udziale wykonawcy „**PARK-M**” **Krzysztof Mróz, 33-340 Stary Sącz, ul. Trakt Św. Kingi 9** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Zielona Architektura Anna i Marek Wypychowscy Sp. J., 01-227 Warszawa, ul. Szymczaka 1/29**

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 uiszczanego przez **Zielona Architektura Anna i Marek Wypychowscy Sp. J., 01-227 Warszawa, ul. Szymczaka 1/29**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 3599 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące pięćset dziewięćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) przez **Zielona Architektura Anna i Marek Wypychowscy Sp. J., 01-227 Warszawa, ul. Szymczaka 1/29** na rzecz **Muzeum Pałac w Wilanowie, 02-958 Warszawa, ul. Stanisława Kostki Potockiego 10/16** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa prawnego.
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) 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 **Zielona Architektura Anna i Marek Wypychowscy Sp. J., 01-227 Warszawa, ul. Szymczaka 1/29**.

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

W odwołaniu wniesionym w piśmie z dnia 15 listopada 2009 r. wykonawca Zielona Architektura Anna i Marek Wypychowscy Spółka Jawna z Warszawy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na zadanie pod nazwą „Budowa systemów nawadniających roślinność ogrodów w parku zabytkowym Zespołu Pałacowo - Porodowego w Wilanowie ( numer ogłoszenia 172361-2009; data zamieszczenia 07.10.2009 w Biuletynie Zamówień Publicznych) podniósł (tak jak w proteście wniesionym w piśmie z dnia 5 listopada 2009 r.) zarzut naruszenia przez zamawiającego - Muzeum Pałac w Wilanowie – zdaniem wykonawcy - art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy – Prawo zamówień publicznych poprzez odrzucenie oferty wykonawcy pomimo, iż brak było przesłanek skutkujących odrzuceniem z uwagi na zgodność złożonej oferty z SIWZ oraz art. 25 ust. 1 ustawy poprzez wskazanie, iż konieczne było złożenie dokumentacji w żaden sposób niezwiązanej z toczącym się postępowaniem a także art. 29 ust.1 i 2 ustawy poprzez niejednoznaczne i budzące wątpliwości dokonanie opisu przedmiotu zamówienia.

W rozstrzygnięciu protestu zamawiający wskazał, iż przedmiot zamówienia został opisany w punkcie 3 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w następujący sposób: „ Przedmiotem zamówienia jest budowa systemów nawadniających roślinność ogrodów w

parku zabytkowym Zespołu Pałacowo - Ogrodowego w Wilanowie. (...) Prace budowlane należy wykonać zgodnie z niżej wymienionymi projektami:

#### 1. SEKTOR 1.

1.1. Projekt konserwatorski rekonstrukcji i rewitalizacji Ogrodu Południowego przy Oranżerii. Projekt budowlany Nr 140.1/2008. Projekt systemu nawadniania. Opracowany przez Autorską Pracownię Projektową, 30-812 Kraków, ul. Bieżanowska 46A. Projekt zawiera rozwiązania techniczne dla Sektora 1.

1.2. Przedmiar robót dla Sektora 1.

1.3. Specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych dla Sektora 1 dla przebudowy ogrodu południowego przy Oranżerii przy Muzeum Pałac w Wilanowie.

1.4. Informacja dotycząca bezpieczeństwa i ochrony zdrowia.

#### 2. SEKTORY 6,7,8,11.

2.1 Projekt: Systemy nawadniania z automatyką sterującą. Opracowany przez Pracownię Projektową, Bogdan Bartczak, 01-934 Warszawa, ul. Kalinowej Łąki 71. Projekt zawiera rozwiązania techniczne dla 11 Sektarów.

Uwaga: Przedmiotem zamówienia publicznego są SEKTORY 6,7,8,11 z załączonego projektu. Pozostałe Sektory stanowią odrębne zadanie i nie wchodzi w zakres niniejszego zamówienia

2.2 Przedmiary robót dla sektorów 6,7,8,11.

2.3 Specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych do projektu „Systemy nawadniania z automatyką sterującą” dotycząca sektorów 6,7,8,11.

2.4 Informacja dotycząca bezpieczeństwa i ochrony zdrowia w zakresie dotyczącym sektorów 6,7,8,11. (...)

Aby zapewnić właściwą pracą urządzeń nawadniających, automatycznej regulacji oraz jednorodność estetyczną i serwisową systemy nawadniania z automatyką dla Sektarów 1, 6, 7, 8, 11 wykonać je zgodnie z projektem bez zmian. (...) Dalej Zamawiający wskazał, iż kierując się wytycznymi art. 29 ustawy - w celu uzyskania większej przejrzystości, usystematyzował opis przedmiotu zamówienia dzieląc jego treść na podpunkty. Przyjęta forma oznacza, że wszystkie podpunkty łącznie składają się na opis przedmiotu zamówienia. Natomiast cytowany przez wykonawcę fragment SIWZ, zawarty w uwadze, że przedmiotem zamówienia publicznego są SEKTORY 6,7,8,11 z załączonego projektu. Pozostałe Sektory stanowią odrębne zadanie i nie wchodzi w zakres niniejszego zamówienia, odnosi się do podpunktu 2.1 został - zdaniem Zamawiającego - błędnie odczytany przez wykonawcę, w oderwaniu od pozostałych podpunktów, bez uwzględnienia całego opisu przedmiotu zamówienia.

Zamawiający wskazał również, iż Sektor 1 jest przedmiotem zamówienia, co wynika jego zdaniem z treści podpunktów 1, 1.1, 1.2, 1.3, 1.4 oraz zapisu na stronie 3 SIWZ przywołującym Sektory 1, 6, 7, 8, 11, jako będące przedmiotem zamówienia. Załącznikami do SIWZ są: przedmiar robót dla sektora 1 (załącznik nr 6), specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych dla sektora 1 (załącznik nr 7), informacja dotycząca Bezpieczeństwa i Ochrony Zdrowia dla Sektora 1 (załącznik nr 8). Zatem wykonawca miał podstawę wnioskować, że przedmiot zamówienia obejmuje także sektor 1. Ponadto wskazał, że wykonawca powziął także wiedzę na temat przedmiotu zamówienia podczas wizyty w Muzeum Pałac w Wilanowie, kiedy to został oprowadzony przez kuratora zadania po sektorach będących przedmiotem zamówienia. Zamawiający zauważył także, że wykonawcy biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mogą, zgodnie z art. 38 ustawy zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ. Wyjaśnienia takie dokonywane są wyłącznie w formie pisemnej, gdyż na podstawie art. 27 ustawy w postępowaniach o udzielenie zamówienia oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje zamawiający i wykonawcy przekazują, zgodnie z wyborem zamawiającego, pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną. Informacja o sposobie porozumiewania się Zamawiającego i Wykonawców zamieszczona jest w punkcie 7 SIWZ. Wykonawca przyznał, że powziął wątpliwość odnośnie zapisów SIWZ, ponieważ kontaktował się telefonicznie z pracownikiem Zamawiającego w tej sprawie. Pracownik Zamawiającego (nie będący reprezentantem Zamawiającego) - Anna Oliszewska - nie udzielała wyjaśnień dotyczących treści SIWZ, potwierdziła jedynie, że załączony projekt może zawierać więcej sektorów niż obejmuje zamówienie. Informacja ta nie jest uzgodnieniem, ale wynika wprost z SIWZ. Zamawiający dalej poinformował, że w przetargu nieograniczonym prowadzonym w ramach zamówień publicznych nie jest możliwe, zgodnie z ustawą, dokonywanie uzgodnień dotyczących zapisów SIWZ pomiędzy wykonawcą a zamawiającym w formie telefonicznej. Zamawiający podkreśla, że kontakt telefoniczny wykonawców z pracownikiem Muzeum służy jedynie ustalaniu bieżących kwestii organizacyjnych i proceduralnych postępowania. Wyjaśnienia treści SIWZ udzielane są wyłącznie w formie pisemnej, zapewniającej zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Co do konieczności dołączenia do oferty kosztorysu ofertowego także dla Sektora 1, zamawiający podał, że taki obowiązek wynika (...) z opisu przedmiotu zamówienia i innych postanowień SIWZ. Wskazuje na załącznik nr 1 do specyfikacji, podając że w części I w punkcie 1 niniejszego formularza wykonawca zobowiązany jest podać cenę za wykonanie całości przedmiotu zamówienia zgodnie z załączonymi kosztorysami ofertowymi (dla każdego sektora odrębny kosztorys ofertowy w oparciu o przedmiar robót). Ponadto w punkcie 12 SIWZ zamawiający wskazał sposób obliczania ceny wyłącznie w oparciu o przedmiar robót. Przedmiar dla sektora 1 stanowi również załącznik do SIWZ. W

przekonaniu zamawiającego kosztorys ofertowy jest powszechnie wymaganym przez zamawiających dokumentem, który jako dokument potwierdzający spełnienie przez oferowane roboty budowlane wymagań określonych w SIWZ zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy, umożliwia jednocześnie Zamawiającemu ustalenie na etapie oceny ofert, czy oferta nie podlega odrzuceniu na podstawie: art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy (czy jej treść odpowiada treści SIWZ), art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy (czy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia); art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy (czy zawiera błędy w obliczaniu ceny), a na etapie realizacji umowy - rozliczenie częściowe umowy oraz ceny odrębnego zamówienia, w przypadku wystąpienia robót uzupełniających lub dodatkowych. W sytuacji, gdy zamawiający określa wynagrodzenie za wykonanie zamówienia w postaci ceny ryczałtowej i jednocześnie wymaga od wykonawców dołączenia kosztorysu ofertowego, to nie zwalnia to wykonawców z obowiązku przedstawienia takiego kosztorysu zgodnego ze specyfikacją, wyrok ZA z dnia 4 czerwca 2007 r. sygn. akt UZP/ZO/0- 637/07, wyrok KIO z dnia 23 października 2008r. sygn. akt KIO/UZP 1097/08, wyrok KIO z dnia 15 lipca 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 669/08; wyrok KIO z dnia 19 czerwca 2008r. sygn. akt KIO/UZP 547/08; wyrok KIO z dnia 29 kwietnia 2008r. sygn. akt KIO/UZP 353/08). W rozstrzygnięciu protestu wskazano również, iż zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w celu realizacji określonego przedmiotu zamówienia. Oferta wykonawcy podlega odrzuceniu, ponieważ nie obejmuje pełnego zakresu zamówienia, gdyż nie uwzględnia sektora 1. Niezgodność merytoryczna oferty z treścią SIWZ ma wpływ na osiągnięcie właściwego celu postępowania, dlatego zamawiający był zmuszony odrzucić ofertę wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, jako nie odpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie mógł też poprawić oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy (...) niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy oferowany przedmiot dostawy (usługi, roboty) nie odpowiada opisanemu w SIWZ przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia (...) - sygn. akt KIO/UZP 218/08. W wyroku Sądu Okręgowego w Płocku z dnia 27 grudnia 2006 r. (sygn. akt IV Ca 5 926/06), stwierdzono, że choćby zamawiający określił, że cena za przedmiot zamówienia ma być ceną ryczałtową, lecz w specyfikacji wyraźnie domagał się także dołączenia kosztorysu ofertowego, to złożenie oferty z pominięciem kosztorysu powoduje, iż nie odpowiada ona treści specyfikacji. W konkluzji rozstrzygnięcia protestu zamawiający stwierdził, że opisane okoliczności świadczą o zgodności - wszystkich czynności zamawiającego związanych z prowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na budowę systemów nawadniających roślinność ogrodów w parku zabytkowym Zespołu Pałacowo - Ogrodowego w Wilanowie - z art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 25 ust. 1 oraz 29 ust. 1 i 2 ustawy.

Rozpatrując niniejsze odwołanie skład orzekający Izby na podstawie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ogłoszenia o zamówieniu i stanowisk stron przedstawionych w toku rozprawy oraz w odwołaniu i w odpowiedzi na odwołanie, ustalił i zważył, co następuje:

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby uznał, iż pozostawia bez rozpoznania zarzut naruszenia art. 25 ust.1 oraz art. 29 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. nr 223, poz.1655 ze zm.) [Pzp], albowiem te przepisy dotyczą treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a zatem na tym etapie postępowania zostały wniesione z uchybieniem terminu, o którym stanowi przepis art. 180 ust.3 ustawy. W pozostałym zakresie odwołanie podlega rozpoznaniu.

Skład orzekający Izby uznał, iż odwołanie podlega oddaleniu, albowiem zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy jest niezasadny, gdyż treść oferty wykonawcy nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Skład orzekający Izby ustalił, iż bezspornym jest, że oferta wykonawcy nie obejmuje Sektora 1 oraz nie zawiera kosztorysu ofertowego dla tego Sektora. Izba ustaliła również, iż zgodnie z pkt 3 siwz i stanowiskiem zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu, Sektor 1 jest elementem przedmiotu zamówienia, a uwaga na którą powołuje się wykonawca niewątpliwie dotyczy wyłącznie pkt 2, który obejmuje sektory 6, 7, 8 i 11. Powyższe stanowisko potwierdza również postanowienie zawarte na str 3 siwz stanowiące o wykonaniu systemów również dla Sektora 1 zgodnie z projektem bez zmian. Podkreślenia również wymaga, iż zgodnie z pkt 19 siwz przedmiary robót oraz Specyfikacja Techniczna Wykonania i odbioru robót budowlanych a także Informacja dotycząca Bezpieczeństwa i Ochrony Zdrowia dla sektora 1 stanowiły załącznik do siwz. W specyfikacji zamawiający wskazał również na pracownie projektowe, które wykonywały projekty dla powyższych sektorów i z tych też względów – jak twierdzi zamawiający w odpowiedzi na odwołanie – sporne zdanie zawierające uwagę odnosi się do jednego projektu, a tym samym nie może dotyczyć Sektora 1. Dalej, z treści specyfikacji wynika, iż zamawiający wymagał dla Sektora 1 – podobnie jak i dla innych sektorów – załączenia kosztorysów ofertowych. Tym samym twierdzenie wykonawcy, iż brak było przesłanek do odrzucenia jego oferty jest niezasadne. Na marginesie Izba zauważa, iż wymagania siwz kwestionowane przez wykonawcę, uwzględniając ich aspekt merytoryczny są także niezasadne, albowiem postanowienia w zakresie kosztorysów dla Sektora 1 wiążą się z toczącym postępowaniem, a opis przedmiotu zamówienia, w ocenie Izby, uwzględniając postanowienia pkt 3 specyfikacji i następnego wskazane także w rozstrzygnięciu protestu, jest jednoznaczny i nie powinien budzić wątpliwości.

Uwzględniając powyższe ustalenia orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) z uwzględnieniem przepisu § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.).

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 **Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*