

Sygn. akt KIO/UZP 1582/09

WYROK
z dnia 30 grudnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Członkowie: Anna Packo
Małgorzata Rakowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 grudnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Warbud S.A., al. Jerozolimskie 162a, 02-342 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Miasto Wejherowo, pl. Jakuba Wejhera 8, 84-200 Wejherowo** protestu z dnia 8 października 2009 r.,

przy udziale wykonawcy **EIFFAGE Budownictwo Mitex S.A., ul. Postępu 5a, 02-676 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Warbud S.A., al. Jerozolimskie 162a, 02-342 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 uiszczonego przez **Warbud S.A., al. Jerozolimskie 162a, 02-342 Warszawa,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 538 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) przez **Warbud S.A., al. Jerozolimskie 162a, 02-342 Warszawa** na rzecz **Gminy Miasta Wejherowo, pl. Jakuba Wejhera 8, 84-200 Wejherowo** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- ~~3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,~~
- 4) 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 **Warbud S.A., al. Jerozolimskie 162a, 02-342 Warszawa.**

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

I. Gmina Miasta Wejherowo, Plac Jakuba Wejhera 8, 84-200 Wejherowo (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. Budowa obiektu "Filharmonia Kaszubska - Regionalne Centrum Kultur" w Wejherowie wraz z budynkiem technicznym, parkingami i infrastrukturą oraz rozbiórką obiektu istniejącego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich z dnia 19 maja 2009 r. i Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego 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).

W dniu 28.09.2009 r. Zamawiający zawiadomił uczestników postępowania o wyniku postępowania – za ofertę najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez Eiffage Budownictwo Mitex S.A. z siedzibą w Warszawie ul. Postępu SA, 02-676 Warszawa (dalej: Mitex).

Na powyższą czynność Zamawiającego, w dniu 8.10.2009 r. Warbud S.A., Al. Jerozolimskie 162a, 02-342 Warszawa (dalej: Odwołujący) – złożył protest, który Zamawiający rozstrzygnął w dniu 15 października 2009r. przez jego oddalenie. Odwołujący w dniu 26 października 2009 r. (wpływ bezpośredni) wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień

Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, przekazując jednocześnie Zamawiającemu kopię odwołania.

W proteście Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie (co następnie podtrzymał w odwołaniu): art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt. 1, 2, 3, 4 i pkt 8 Prawa zamówień publicznych przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Mitex i uznanie tej oferty za najkorzystniejszą.

Uzasadniając zarzuty, Odwołujący wskazał, że oferta Mitex jest niezgodna z treścią SIWZ m.in. w zakresie ustroju akustycznego pomieszczeń. Mitex nie zaoferował wzmacniaczy mocy – i nie jest to według Odwołującego omyłka, błąd lub inna niedoskonałość, którą można usunąć w oparciu o art. 87 Prawa zamówień publicznych lub pominąć jako nieistotne uchybienie. Mitex nie pominął bowiem pozycji przedmiaru, ale zmienił dobrany przez projektanta system nagłośnienia w sposób świadomy i poinformował o tym w treści swojej oferty, oświadczając, że oferta nie dotyczy wzmacniaczy „ze względu na aktywne głośniki” (por. poz. 79 kosztorysu). Zamawiający nie wyraził zgody na taką zamianę. Mitex nie tylko nie wypełnił pozycji kosztorysowej, ale oświadczył, że wykona zamówienie z zainstalowaniem innych urządzeń, niż tego wymagał Zamawiający w SIWZ. Odwołujący podniósł, iż Oczywistym jest to, że gdyby wykonawcy mieli wybór w zakresie systemu nagłośnieniowego to w SIWZ byłoby to odnotowane (co najmniej poprzez wskazanie w kosztorysie otwartej pozycji opisanej np. jako system nagłośnieniowy - każdy wykonawca musiałby wtedy zaproponować taki system i nie byłoby narzucone stosowanie głośników pasywnych ze wzmacniaczem.)

Ponadto Odwołujący wskazał, że innym uchybieniem skutkującym odrzuceniem oferty Mitex na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zbiegu z art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 Prawa zamówień publicznych są braki kosztorysowe. Odwołujący wskazał jako przykładowe następujące pozycje w kosztorysie Mitex:

- a) w kosztorysie 7.29, w pozycji 11 brak jest zaoferowanej pozycji, podczas, gdy elementy akustyczne na scenie warte są ok. 290 000 zł;
- b) w kosztorysie 7.29, w pozycjach 8.8 i 8.9 brak jest zaoferowanej pozycji, podczas, gdy elementy izolacyjne warte są ok. 40 000 zł;
- c) w kosztorysie 7.98, w pozycji 170 brak jest zaoferowanej pozycji, podczas, gdy pielęgnacja zieleni warta jest ok. 9 000 zł;
- d) w kosztorysie 7.98, brak jest pozycji dot. odmładzania drzew, krzewów i żywopłotów, podczas, gdy są one warte ok. 16000 zł.

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

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- 3) nakazanie Zamawiającemu wykluczenia z postępowania Mitex

- 4) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez Mitex, ewentualnie o
- 5) unieważnienie postępowania.

Zamawiający oddalając protest, wskazał że wobec postanowień SIWZ określających ryczałtowe wynagrodzenie za przedmiot zamówienia oraz informacyjnego charakteru kosztorysu ofertowego, zarzut, iż oferta Mitex, nie spełnia wymagań Zamawiającego w zakresie ustroju akustycznego pomieszczeń i powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, jest bezzasadny. Zamawiający zauważył, że Mitex na formularzu oferty oświadczył, że „w cenie oferty zostały uwzględnione wszystkie koszty niezbędne do wykonania zamówienia i uzyskania ostatecznej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie obiektu”, co również potwierdził w przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu stwierdzając, iż zapisek „nie dotyczy ze względu na aktywne głośniki” nie ma znaczenia, gdyż Wykonawca zachowa ustrój akustyczny Filharmonii wymagany przez Zamawiającego.

Do protestu, a następnie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił Mitex (zwany dalej również Przystępującym).

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

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.

W celu odniesienia się do zarzutów podniesionych przez Odwołującego, Izba ustaliła, co następuje:

1. Zgodnie z SIWZ, cena zaproponowana w ofercie miała być ceną ryczałtową (rozd. XVI pkt 2 SIWZ „Sposób obliczenia ceny” oraz zgodnie z § 7 ust. 1 załącznika nr 6 do SIWZ Projekt umowy). Zamawiający żądał załączenia do oferty kosztorysów, jak wskazano w rozdz. XVI pkt 10 SIWZ, o charakterze informacyjnym.
2. Zamawiający przewidział sytuację, że w kosztorysie złożonym przez wykonawców nie zostaną ujęte wszystkie pozycje – w takim przypadku brak ten nie będzie przyczyna

odrzućenia oferty (rozdz. XIV pkt 11 zd. drugie), ze względu na pomocniczy charakter kosztorysów.

3. Równocześnie Zamawiający dopuścił zastosowanie innych materiałów i urządzeń, niż podane w dokumentacji projektowej, pod warunkiem zapewnienia wszystkich parametrów nie gorszych niż określone w tej dokumentacji. W takiej sytuacji Zamawiający wymaga złożenia odpowiednich dokumentów, potwierdzających parametry materiałów i urządzeń. Złożone w/w dokumenty będą podlegały ocenie przez autora dokumentacji projektowej, który sporządzi stosowną opinię. Opinia ta będzie podstawą do podjęcia przez Zamawiającego decyzji o odrzuceniu oferty z powodu nierównoważności zaproponowanych zamienników. W przypadku, gdy Wykonawca nie złoży w ofercie informacji o zastosowaniu innych materiałów i urządzeń, to rozumie się przez to, że do kalkulacji ceny oferty ujęto materiały i urządzenia zaproponowane w szczegółowym opisie przedmiotu, na podstawie wszystkich wyjaśnień i modyfikacji SIWZ (rozdz. XIV pkt 13 i 14 SIWZ)
4. Mitex w swojej ofercie, na stronie 176, na marginesie pozycji 79, dotyczącej wzmacniaczy (która nie została wyceniona), zamieścił dopisek o treści „nie dotyczy ze względu na aktywne głośniki”. Jednocześnie brak w ofercie informacji o zastosowaniu innych materiałów i urządzeń, niż wskazano w SIWZ.
5. W kosztorysie ofertowym systemu nagłośnienia część wspólna (dla Sali koncertowej) w obu ofertach – Odwołującego i Przystępującego – opisano pięć identycznych pozycji: poz. 79 wzmacniacz mocy, poz. 80 – sterowanie do wzmacniacza, poz. 81 monitor sceniczny (w obu ofertach – wyposażony w głośnik pasywny), poz. 82 skrzynia transportowa na wzmacniacze i poz. 83 skrzynia transportowa na monitory sceniczne (strona 346 oferty Przystępującego, strona 176 oferty Odwołującego).
6. Cena oferty Przystępującego wynosiła 48 120 582,13 zł, a cena oferty Odwołującego - 48 399 999,83 zł.

W świetle powyższych ustaleń, skład orzekający stwierdził, że dla oceny zgodności oferty z treścią SIWZ nie ma znaczenia, czy w określonych pozycjach wymienionych przez Odwołującego przykładowo w odwołaniu, występują braki – bowiem co do zasady brak wyceny określonych pozycji przy ustaleniu ceny ryczałtowej za wykonanie przedmiotu zamówienia nie ma znaczenia, co zresztą Zamawiający *expressis verbis* przewidział w SIWZ.

Natomiast nawet mimo zastrzeżenia przez Zamawiającego wyłącznie informacyjnego charakteru kosztorysu dla oceny zgodności treści oferty z treścią SIWZ mogłoby mieć znaczenie, czy w ofercie zaproponowano wykonanie innego przedmiotu zamówienia, niż Zamawiający oczekiwał w SIWZ. Nie ulega wątpliwości, że system nagłośnienia miał dla

Zamawiającego istotne znaczenie, dlatego Izba musiała ustalić, czy Przystępujący w ofercie zaproponował wykonanie innego systemu nagłośnienia, niż opisany w SIWZ.

Strony były zgodne (jak wynika z oświadczeń złożonych na rozprawie), że Zamawiający w SIWZ wymagał systemu nagłośnienia z wykorzystaniem głośników pasywnych i wzmacniaczy. Taki system znacznie się różni pod względem złożoności, komponentów i przydatności dla Zamawiającego od systemu nagłośnienia z wykorzystaniem głośników aktywnych (co wynika zarówno z opinii złożonej przez Odwołującego do akt, jak i ze schematycznego porównania złożonego przez Przystępującego). Nie było również wątpliwości, że aby dokonać takiej zmiany – z systemu z wykorzystaniem głośników pasywnych na system z wykorzystaniem głośników aktywnych – konieczna byłaby zgoda projektanta. Wobec zgodnego stanowiska stron Izba oddaliła wniosek dowodowy Odwołującego powołany w celu wykazania powyższych okoliczności (Odwołujący wnosił o powołanie na świadka jednego z autorów projektu przedmiotu zamówienia).

Odwołujący wnioskował o powołanie biegłego z zakresu elektroakustyki na okoliczność, czy zaoferowane przez Mitex rozwiązanie spełnia wymagania Zamawiającego czy też ustalenia zgodności treści oferty Przystępującego z treścią SIWZ w zakresie zaoferowanego systemu nagłośnienia. Izba jednak oddaliła ten wniosek, nie znalazłszy podstaw do przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego – za względu na uznanie, że ocena zgodności treści ofert z treścią SIWZ jest możliwa bez posiadania wiedzy specjalistycznej, w niniejszym stanie faktycznym – przez porównanie złożonych kosztorysów ofertowych i ich zgodności z przedmiarami.

O zaproponowaniu innego systemu nagłośnienia w ofercie Przystępującego miałyby świadczyć według Odwołującego następujące okoliczności:

- brak wyceny wzmacniaczy w poz. 79 z dopiskiem na marginesie tej pozycji,
- zawyżona wycena pozycji 78 okablowanie części stałej i wspólnej (w ofercie Przystępującego wyceniono tą pozycję na kwotę 50 412,50 zł, w ofercie Odwołującego – na kwotę 2 490,00 zł).

Jednak skład orzekający uznał, że podnoszone przez Odwołującego okoliczności nie potwierdzają w sposób nie budzący wątpliwości, że Przystępujący zaproponował system z wykorzystaniem głośników aktywnych, bowiem przeczy temu pozostała treść oferty Przystępującego.

Izba porównała pozycje kosztorysowe odnoszące się do systemu nagłośnienia w ofercie Przystępującego i Odwołującego – ilość pozycji i ich opis jest w obu ofertach identyczna (obie są zgodne z przedmiarami Zamawiającego); jedyne co różni obie te oferty – to brak wyceny wzmacniaczy w ofercie Przystępującego, a taki brak – przy cenie ustalonej jako

ryczałtowa – jak stwierdzono już wyżej, nie ma znaczenia dla oceny zgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Zatem kosztorys ofertowy Przystępującego obejmuje system złożony z głośników pasywnych – jak wynika *expressis verbis* z opisu pozycji 81 (monitor wyposażony w głośnik pasywny) – i pośrednio z opisów pozycji dotyczących głośników (powinny mieć one parametry nie gorsze niż głośniki *d&b audiotechnik*, a w ofercie tego producenta brak głośników aktywnych; spostrzeżenie to zawarte jest w opinii złożonej przez Odwołującego do akt, str. 3 pkt 2, i zgodne z oświadczeniem Przystępującego złożonym na rozprawie).

Ponadto trudno byłoby uznać, że zamiast głośników pasywnych Przystępujący zaoferował jako równoważne głośniki aktywne – skoro jest oczywiste, że nie mogą być one uznane za równoważne i aby zaoferować takie głośniki, należałoby zaoferować zamienny system nagłośnienia: przeprojektować system i uzyskać zgodę projektanta. Brak śladów działań podjętych w tym kierunku w ofercie Przystępującego, a o zaproponowaniu zupełnie innego systemu nagłośnienia nie może świadczyć wyłącznie brak wyceny wzmacniaczy i dopisek na marginesie poz. 79. O zaoferowaniu innego systemu nie mogą również świadczyć różnice cenowe w wycenie poszczególnych pozycji w ofercie Odwołującego i w ofercie Przystępującego (w odniesieniu do ceny globalnej za przedmiot zamówienia, „zawyżona” cena w pozycji nr 78 okablowanie równoważy brak wyceny wzmacniaczy), skoro – jak wynika z opisu pozycji - w obu ofertach zastosowano te same urządzenia względnie urządzenia o tych samych parametrach. Ponadto niewątpliwie Przystępujący zaoferował sterowanie do wzmacniaczy (wycenione w poz. 80) i i skrzynię transportową na wzmacniacze (wycenione w poz. 82), co potwierdza twierdzenie Przystępującego o zastosowaniu w jego ofercie systemu nagłośnienia z głośnikami pasywnymi.

Wobec powyższych ustaleń, należy przyjąć za wiarygodne wyjaśnienia Przystępującego, że dopisek na marginesie pozycji 79 jest wynikiem omyłki i winien brzmieć „ujęto w innych pozycjach”.

Reasumując, Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, nie stwierdzono również naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a więc naruszenia art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

Cena oferty Odwołującego różni się od ceny oferty Przystępującego o kwotę 279 417,70 zł, co przy cenie za przedmiot zamówienia rzędu 50 000 000 zł nie jest różnicą znaczną, dlatego nie ma podstaw do uznania, że cena oferty Odwołującego jest rażąco niska bądź że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (przy badaniu zaistnienia przesłanek odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 Prawa zamówień publicznych co do zasady bierze się pod uwagę wyłącznie cenę globalną za przedmiot zamówienia, a nie ceny jednostkowe). Skład

orzekający nie dopatrył się również podstaw do uznania, że oferta Odwołującego jest niezgodna z ustawą i że jest ona nieważna na podstawie odrębnych przepisów (brak przesłanki odrzucenia oferty, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 i 8 Prawa zamówień publicznych).

Wobec powyższego, Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt. 1, 2, 3, 4 i pkt 8 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.

Uwzględniono koszty zastępstwa Zamawiającego zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007r., 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 **Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....