

Sygn. akt: KIO 1475/10

POSTANOWIENIE
z dnia 26 lipca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Klaudia Szczytowska - Maziarz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron w dniu 26 lipca 2010 r. w Warszawie odwołania z dnia 14 lipca 2010 r. wniesionego przez konsorcjum firm w składzie: **Eiffage Budownictwo Mitex S.A. (lider), Przedsiębiorstwo Elementów Budowlanych „Fabet” S.A. z siedzibą dla lidera konsorcjum: 02-676 Warszawa, ul. Postępu 5a** w dniu 14 lipca 2010 r. w postępowaniu prowadzonym przez **Wojewódzki Szpital Zespolony , 25-736 Kielce, ul. Grunwaldzka 45**

postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz konsorcjum firm w składzie: **Eiffage Budownictwo Mitex S.A. (lider), Przedsiębiorstwo Elementów Budowlanych „Fabet” S.A. z siedzibą dla lidera konsorcjum: 02-676 Warszawa, ul. Postępu 5a** kwoty **10 000,00 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy)**, uiszczonej przez odwołującego tytułem wpisu,
3. znieść wzajemnie koszty postępowania odwoławczego między stronami.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Kielcach**.

Przewodniczący:

.....
Uzasadnienie

do sprawy o sygn. akt: KIO 1475/10

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa parkingu wielopoziomowego otwartego dla samochodów osobowych dla potrzeb Wojewódzkiego Szpitala Zespólnego zlokalizowanego przy ul. Grunwaldzkiej w Kielcach” wykonawca - konsorcjum firm w składzie: EIFFAGE BUDOWNICTWO MITEX S.A. (lider) oraz Przedsiębiorstwo Elementów Budowlanych „Fabet” S.A. (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych czynności zamawiającego - Wojewódzkiego Szpitala Zespólnego w Kielcach, polegających na:

1. dokonaniu oceny złożonej oferty przez odwołującego z naruszeniem przepisów ustawy z dnia z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. t.j. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) i sporządzonej przez zamawiającego Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”),
2. unieważnieniu postępowania z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, zarzucając zamawiającemu naruszenie:
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez przyjęcie i uznanie, że treść oferty odwołującego jest niezgodna z SIWZ i podlega odrzuceniu,
4. art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez niezgodne z przepisem ustawy Pzp unieważnienie postępowania.

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,
2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego i przywrócenia go do postępowania,
3. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
4. dokonanie ponownej oceny ofert i wybrania oferty odwołującego jako najkorzystniejszej,
5. rozstrzygnięcie o kosztach postępowania.

Odwołujący podał, że pismem z dnia 09 lipca 2010 r. zamawiający zawiadomił go o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp oraz o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ w ofercie odwołującego brak jest dwóch sztuk suszarek do rąk.

Odwołujący wskazał, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został przedstawiony za pomocą dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót oraz przedmiarów robót, zaś zgodnie z punktem X SIWZ zamawiający

wymagał od wykonawców szczegółowej wyceny przedmiotu zamówienia - kosztorysu ofertowego zgodnego z dokumentacją projektową i w oparciu o przedmiar robót. Nadto zamawiający wymagał dołączenia do oferty zaakceptowanego wzoru umowy, zgodnie z której § 2 ust. 3 cena za przedmiot zamówienia ma charakter ryczałtowy i obejmuje w szczególności wszelkie inne koszty nie wymienione, a ponoszone przez wykonawcę przy realizacji przedmiotu umowy.

Odwołujący wskazał także, że w piśmie z dnia 18 czerwca 2010 r. zamawiający potwierdził, iż „W w/w postępowaniu obowiązuje wynagrodzenie ryczałtowe, zgodnie z SIWZ za całościowe wykonanie przedmiotu zamówienia /płatne w dwóch ratach/. Cena oferty Wykonawcy ma wynikać z kosztorysu ofertowego sporządzonego przez Wykonawcę zgodnie z dokumentacją projektową i w oparciu o załączone przez Zamawiającego przedmiary robót, które mają charakter informacyjny. Przedstawiony przez Wykonawcę kosztorys ofertowy ma służyć do analizy czynników cenotwórczych i sprawdzenia, czy zostały ujęte wszystkie rodzaje robót stanowiących o zakresie przedmiotu zamówienia”.

Odwołujący podniósł, że suszarek nie było w przedmiarach przekazanych przez zamawiającego, w projekcie natomiast nie był określony rodzaj, ani ich typ, a jedynie sposób ich zasilania i na rysunku oznaczone gniazda do suszarek, toteż zamawiający nie może przerzucać na wykonawcę ryzyka wystąpienia braków w dokumentacji przetargowej, w tym w szczególności w przedmiarach i dokumentacji projektowej, które to braki wynikają z winy zamawiającego lub projektanta.

Odwołujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 22 sierpnia 2008 r. o sygn. akt: KIO/UZP821/08, zgodnie z którym to zamawiający ponosi odpowiedzialność za poprawne i precyzyjne określenie przedmiotu zamówienia, które jest podstawą do sporządzenia przez wykonawców ofert.

Powołał się nadto na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 marca 2000 r. o sygn. akt: III CKN 629/08, zgodnie z którym wykonawca nie ma obowiązku szczegółowego sprawdzania projektu w celu wykrycia jego wad (art. 651 kc), dlatego też zapis o charakterze informacyjnym przedmiarów robót (które są częścią projektu) nie może wywierać negatywnych skutków prawnych dla wykonawców.

Zdaniem odwołującego, biorąc pod uwagę, że wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy, zamawiający bezpodstawnie odrzucił złożoną przez niego ofertę, błędnie przyjmując, że oferta nie zawiera w swej treści wyceny dwóch sztuk suszarek, ponieważ w przypadku ceny ryczałtowej oferta odwołującego obejmuje całość zamówienia i jest prawidłowa bez względu na sposób jej obliczenia.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający wskazał, że odrzucenie oferty odwołującego się podyktowane było brakiem dwóch suszarek do rąk w Dziale Instalacje

elektryczne, wymaganych w SIWZ w formie załączonej dokumentacji projektowej (str. 1 SIWZ, część III, pkt 4 - Projekt - załącznik nr 3 Instalacja elektryczna).

Zamawiający wyjaśnił, że suszarki do rąk pokazane zostały na rysunkach nr 3 i 6 - oznaczenie SU-1 i SU-2. Podniósł, że inni wykonawcy m.in. „JAWAL” Sp. z o.o. oraz ERBUD S.A. ul. zgodnie i prawidłowo z SIWZ przedstawili w swoich ofertach suszarki do rąk w Dziale Instalacje elektryczne, a sam odwołujący przyznał, że suszarki do rąk są przedstawione w projekcie przekazanym przez zamawiającego.

Zamawiający podniósł, że w myśl art. 87 ust. 1 ustawy Pzp niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Zdaniem zamawiającego żądanie od odwołującego się wyjaśnienia, czy podczas prac planuje również zainstalowanie 2 suszarek do rąk, zgodnie z załączonym do SIWZ Projektem - Instalacja elektryczna byłoby ewidentnym złamaniem zakazu prowadzenia negocjacji i dotyczyłoby złożonej już oferty, której treści nie można zmienić.

Odnosząc się do odpowiedzi przytoczonej przez odwołującego w treści odwołania zamawiający wskazał, że według tej odpowiedzi oferta odwołującego powinna zawierać w przedmiarze elektrycznym 2 suszarki do rąk, a jednak mimo znajomości tej odpowiedzi odwołujący nie uwzględnił w przedmiarze elektrycznym 2 suszarek do rąk, czyli niezgodnie z dokumentacją projektową, tym samym dając zamawiającemu powód do uznania, że nie zostały ujęte wszystkie elementy stanowiące o zakresie przedmiotu zamówienia.

Dodatkowo zamawiający podniósł, iż w przedmiotowym postępowaniu nie przysługuje odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej, co wynika z treści art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, co zdaniem zamawiającego oznacza, że odwołanie dotyczące pewnego etapu postępowania wobec ostatecznej, niezaskarżalnej decyzji zamawiającego nie znajduje racji bytu prawnego i jako takie powinno być odrzucone.

W dniu 22 lipca 2010 r. zamawiający, pismem z tego samego dnia, udzielił kolejnej odpowiedzi na odwołanie oświadczając, że uznaje zarzuty odwołania i postanawia unieważnić czynność polegającą na odrzuceniu oferty odwołującego się. W uzasadnieniu zamawiający stwierdził, że argumenty płynące z odwołania są przekonujące.

Izba uznała, że skoro zamawiający złożył oświadczenie o uznaniu w całości zarzutów zawartych w odwołaniu i postanowił unieważnić czynność odrzucenia oferty odwołującego, co w konsekwencji doprowadzi do braku podstawy do unieważnienia postępowania z tego powodu, że w postępowaniu nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu (art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp), to stwierdzić należy, że zamawiający uznał w pełni zarzuty odwołującego oraz uczynił zadość jego żądaniom.

Izba ustaliła, że do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w ustawowym, trzydniowym terminie, tj. od dnia 16.07.2010 r., kiedy to zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania (pismo znak: EZ/ZP/55/2010 z dnia 16.07.2010 r.), żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego (art. 185 ust. 2 ustawy Pzp).

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że zachodzą przesłanki umożliwiające umorzenie postępowania, zgodnie z przepisem art. 186 ust. 2 ustawy Pzp i na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp z uwzględnieniem postanowień art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp, iż w przypadku umorzenia postępowania na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron, koszty postępowania odwoławczego znosi się wzajemnie.

Przewodniczący:

.....