

Sygn. akt: KIO/UZP 832 /08

WYROK
z dnia 26 sierpnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Członkowie: Barbara Bettman

Renata Tubisz

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **26 sierpnia 2008 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo BEGIER Henryk Begier i Synowie Sp. j. ul. Obornicka 8a, 62-002 Suchy Las** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **111 Szpital Wojskowy z Przychodnią Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej ul. Grunwaldzka, 16/18 60-780 Poznań** protestu z dnia **23 lipca 2008 r.**

przy udziale XXX zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się oraz XXX - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie, unieważnia czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazuje dokonanie ponownego wyboru oferty .

2. kosztami postępowania obciąża **111 Szpital Wojskowy z Przychodnią Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej ul. Grunwaldzka 16/18, 60-780 Poznań** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Przedsiębiorstwo BEGIER Henryk Begier i Synowie Sp. j. ul. Obornicka 8a, 62-002 Suchy Las**;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 249 zł 06 gr** (słownie: osiem tysięcy dwieście czterdzieści dziewięć złotych sześć groszy) przez **111 Szpital Wojskowy z Przychodnią Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej ul. Grunwaldzka 16/18 60-780 Poznań** na rzecz **Przedsiębiorstwa BEGIER Henryk Begier i Synowie Sp. j. ul. Obornicka 8a, 62-002 Suchy Las** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, dojazdu na posiedzenie i wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty **XXX** (słownie: **XXX**) przez **XXX** na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwa BEGIER Henryk Begier i Synowie Sp. j. ul. Obornicka 8a, 62-002 Suchy Las**.

Uzasadnienie

Zamawiający – 111 Szpital Wojskowy z Przychodnią Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest modernizacja Oddziału Intensywnej Opieki Medycznej, znajdującego się na II piętrze w budynku nr 1/2762 111 Szpitala Wojskowego z Przychodnią Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Poznaniu.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) zwanej dalej „ustawą”.

Ogłoszenie o niniejszym postępowaniu ukazało się w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 112679 z dnia 28 maja 2008 roku.

Zamawiający, pismem z dnia 14 lipca 2008 roku, doręczonym Odwołującemu w dniu 19 lipca poinformował Wykonawców, biorących udział w postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez Climatic Sp. z o.o.

Czynność ta została oprotestowana przez Przedsiębiorstwo „Begier” Henryk Begier i synowie sp. jawna, które składając protest w dniu 23 lipca 2008 roku (prezentata Zamawiającego na treści protestu) podniosło zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy przez wybór oferty najkorzystniejszej, pomimo niżej wskazanych uchybień:

1. w poz. 64 i 65 kosztorysu ofertowego w dziale „Tynki, okładziny ścienne i malowanie” wybrany Wykonawca nie opisał nazw sufitów podwieszanych ujętych w ofercie. W poz. 64 zastosowano sufit podwieszony Rockfon Medicare Ultra, zamiast Rockfon Medicare Plus – jak tego wymagał Zamawiający, zgodnie z udzielonymi wyjaśnieniami.
2. w poz. 84 kosztorysu ofertowego wybrany Wykonawca uwzględnił w ofercie różne od przedmiaru ilości robót – kosztorys określa obmiar 367,185 kg, podczas gdy Zamawiający wymagał uwzględnić 480,00 kg.
3. w dziale „Roboty” nie uwzględniono pozycji przekucia w stropie nad piwnicą o powierzchni 1,56 m²,

4. w dziale „Gazy Medyczne” nie uwzględniono systemu zabudowy blaszanych kanałów wentylacyjnych płytą Promat, w systemie Promatduct 500 o odporności E160, w ilości 13 m²,
5. brak załączenia do oferty wykazu wszystkich osób i podmiotów, uczestniczących w realizacji zamówienia, załączony wykaz nie zawiera wszystkich wymaganych przez Zamawiającego informacji. Wykonawca ograniczył się do podania trzech osób pełniących funkcje kierownicze.
6. brak załączenia do oferty wykazu narzędzi i urządzeń, wybrany Wykonawca ograniczył się jedynie do stwierdzenia, że „dysponuje niezbędnymi urządzeniami i narzędziami do wykonania przedmiotu zamówienia”.
7. wadium wniesione w formie gwarancji ubezpieczeniowej nie obejmuje całego okresu związania ofertą – Odwołujący wskazał, że załączona do oferty gwarancja wystawiona przez Towarzystwo Ubezpieczeń InterRisk obejmuje okres od 1.07.2008 do 31.07. 2008, podczas gdy 30- dniowy termin związania ofertą, liczony od dnia wyznaczonego na ich składanie tj. od dnia 8.07.2008 upływa w dniu 6.08.2008.

Zamawiający nie poinformował o rozstrzygnięciu protestu. W aktach sprawy na stronie 56 znajduje się „propozycja rozstrzygnięcia protestu”, w której Komisja Przetargowa zaakceptowała decyzję o odrzuceniu protestu, na podstawie art. 180 ust. 7 ustawy, z uwagi na wniesienie go po ustawowym 7- dniowym terminie.

Odwołujący w dniu 6 sierpnia 2008 roku wniósł odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty zawarte w treści protestu i wniósł o:

1. uznanie za nieważną czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. wykluczenie Wykonawcy Cliamtic Sp. z o.o. z udziału w postępowaniu i odrzucenie jego oferty,
3. powtórzenie czynności oceny i wyboru ofert.

Odwołujący przekazał kopię odwołania w dniu 7 sierpnia 2008 roku Zamawiającemu.

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska pełnomocników stron złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej ustalił i zważył co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie skład orzekający Izby stwierdził, że Odwołujący jako podmiot, którego oferta została sklasyfikowana jako druga w rankingu ofert w jedynym kryterium jakim jest cena tj. bezpośrednio po ofercie uznanej za najkorzystniejszą, posiada interes prawny w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy, uprawniający go do złożenia odwołania.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 187 ust. 4 ustawy pzp, w szczególności skład orzekający Izby nie uwzględnił wniosku Zamawiającego o odrzucenie odwołania z uwagi na wniesienie protestu po ustawowym 7- dniowym terminie.

W trakcie posiedzenia skład orzekający ustalił, że Zamawiający w dniu 14 lipca 2008 roku, zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy zamieścił na stronie internetowej informację o wyborze oferty najkorzystniejszej. Jednocześnie, tego samego dnia przekazał informację o wyborze oferty w formie pisemnej do Wykonawców, biorących udział w postępowaniu. Odwołujący wyjaśnił, że pismo z informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej otrzymał w dniu 16 lipca 2008 (dowód: prezentata Odwołującego z uwidocznioną datą), zaś Zamawiający nie przedstawił dowodu przeciwnego.

Skład orzekający Izby uznał, że zachowane zostały terminy do wniesienia środków ochrony prawnej. Zamieszczenie informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy jest czynnością bez znaczenia dla rozpoczęcia biegu terminu na złożenie protestu. W ocenie składu orzekającego Izby istotne znaczenie dla liczenia terminów na złożenie środków ochrony prawnej ma fakt doręczenia imienne skierowanej informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej. Zamieszczenie informacji o wyborze na stronie internetowej skierowanej do nieokreślonego bliżej kręgu pomiotów ma jedynie charakter dodatkowy i stanowi rozszerzenie zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne.

Skład orzekający Izby zwraca także uwagę na okoliczność, że informacja na stronie internetowej ma ograniczony zakres w stosunku do informacji, którą Zamawiający ma obowiązek przekazać wykonawcom i nie zawiera ona m.in. informacji o ofertach odrzuconych czy wykonawcach wykluczonych z udziału w postępowaniu. Zatem należy

uznać, że dopiero doręczenie pełnej informacji o wyborze oferty, zgodnej z treścią art. 92 ust.1 ustawy może rodzić skutki prawne dla stron postępowania.

Ponadto należy wskazać, że zgodnie z dyspozycją art. 27 ust. 1 ustawy, Zamawiający ustalił sposób porozumiewania się z wykonawcami oraz formę przekazywanych oświadczeń. W dziale VIII.1 Zamawiający postanowił, że wszelkiego rodzaju oświadczenia, wnioski i zawiadomienia i informacje Zamawiający przekazują w formie pisemnej.

Biorąc po uwagę przepisy ustawy oraz ustaloną w siwz pisemną formę porozumiewania się z wykonawcami należy stwierdzić, że samo zamieszczenie na stronie internetowej nie może świadczyć o fakcie powzięcia wiadomości o jego treści, dopiero faktyczne doręczenie imiennie skierowanego do Wykonawcy pisma, zawiadamiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej stanowi początek biegu terminu na wniesienie protestu.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń:

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego oferty złożyło czterech Wykonawców:

1. Climatic Sp. z o.o., z ceną 3 032 462,87 zł
2. Przedsiębiorstwo Begier, Henryk Begier i synowie sp. j., z ceną 3 050 489,29 zł,
3. Lepiko Sp. z o.o. , z ceną 3 093 396,43 zł
4. Tehand Sp. z o.o., z ceną 3 556 973,34 zł

W dziale XIV specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) p.n. „Opis sposobu obliczenia ceny”, Zamawiający wymagał, aby wykonawcy wycenili wszystkie pozycje robót opisane w przedmiarze, z uwzględnieniem informacji zawartych w projekcie technicznym i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. W pkt 3 działu XIV siwz ustalono, że pozycje przy których nie zostaną podane ceny za ich wykonanie (nie wypełnione pozycje kosztorysu ofertowego przez Wykonawcę) nie będą dodatkowo opłacane po wykonaniu prac, gdyż Zamawiający przyjmuje że ich koszt został ujęty przez inne ceny podane w kosztorysie ofertowym. W pkt 4 Zamawiający wymagał, aby potwierdzeniem proponowanej ceny były kosztorysy ofertowe.

W § 8 ust. 1 załączonego do siwz wzoru umowy (załącznik nr 4) Zamawiający określił, że „za wykonanie przedmiotu umowy Wykonawcy będzie przysługiwać wynagrodzenie w kwocie netto, uzgodnione na podstawie kosztorysu ofertowego, sporządzonego zgodnie z obowiązującymi przepisami. Do wynagrodzenia naliczony zostanie podatek VAT ...”.

W treści formularza oferty, będącego załącznikiem nr 1 do siwz Zamawiający zamieścił sformułowanie „oferujemy realizację zamówienia zgodnie z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, za cenę ryczałtową”.

W poz. 64 przedmiaru robót - „sufity podwieszane o konstrukcji metalowej z wypełnieniem płytami z włókien mineralnych” podano jako materiał Rocfon Medicare Plus, zgodnie z wyjaśnieniami z dnia 3 lipca 2008, natomiast w kosztorysie ofertowym wybranego Wykonawcy podano materiał Rocfon Medicare Ultra.

W poz. 65 przedmiaru robót – „sufity podwieszane o konstrukcji metalowej z wypełnieniem płytami z włókien mineralnych” podano Rocfon Medicare Plus, natomiast w kosztorysie ofertowym wybranego Wykonawcy podano materiał Rocfon Medicare Ultra.

W poz. 84 przedmiaru robót – „dostawa i montaż podkonstrukcji pod żaluzje z listew systemowych” podano obmiar 480,00 kg, natomiast w kosztorysie ofertowym wybranego Wykonawcy podano dla tej pozycji obmiar 367,185 kg.

Zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego z dnia 3 lipca 2008 roku w dziale „Roboty” należało uwzględnić „przekucie w stropie nad piwnicą o powierzchni 1,56 m²”, natomiast w kosztorysie ofertowym wybranego Wykonawcy nie ujęto tej pozycji.

Zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego z dnia 3 lipca 2008 roku w dziale „Gazy Medyczne” należało uwzględnić „system zabudowy blaszanych kanałów wentylacyjnych płytą Promat, w systemie Promaduct 500 o odporności E160, w ilości 13 m²”, natomiast w kosztorysie ofertowym wybranego Wykonawcy nie ujęto tej pozycji.

Biorąc pod uwagę tak ustalony stan faktyczny sprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Analiza przytoczonych postanowień siwz dotycząca sposobu ustalonego między stronami rozliczenia umowy pozwala na jednoznaczne stwierdzenie, że zastosowano rodzaj wynagrodzenia ryczałtowego, co Zamawiający określił wprost w treści formularza oferty. Dodatkowo należy wskazać na brzmienie rozdziału XIV. 5 oraz wyjaśnienia Zamawiającego w dnia 3 lipca 2008 roku, gdzie jednoznacznie określono, że wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy.

Charakter przewidzianego między stronami wynagrodzenia jest również bezsporny między stronami.

Wobec powyższego należy uznać, że załączone do oferty kosztorysy ofertowe mają jedynie charakter pomocniczy i służą do obliczenia ceny oferty, o czym świadczą postanowienia

siwz, że „wynagrodzenie ma zostać uzgodnione na podstawie kosztorysu ofertowego” (wzór umowy § 8 ust. 1) czy „kosztorysy ofertowe są potwierdzeniem oferowanej ceny” (dział XIV pkt 4 siwz). Dodatkowo o ryczałtowym charakterze wynagrodzenia między stronami świadczy postanowienie pkt 3 działu XIV siwz, gdzie ustalono, że pozycje nie wypełnione, nie wycenione nie będą dodatkowo opłacane po wykonaniu prac, bowiem Zamawiający przyjmuje, że ich koszt został ujęty przez inne ceny podane w kosztorysie ofertowym. Strony umówiły się zatem na z góry określone wynagrodzenie, za całość zamówienia, bez względu na rozmiar poniesionych nakładów, choćby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru i kosztów prac (art. 632 ustawy kodeks cywilny).

Biorąc pod uwagę ryczałtowy charakter zastosowanego wynagrodzenia, jak również definicję zawartą w art. 88 ust. 3 lit a ustawy pzp, że cena ryczałtowa to cena określona za cały przedmiot zamówienia bez względu na sposób jej obliczenia, należy uznać że wykazane rozbieżności pomiędzy kosztorysem ofertowym wybranego Wykonawcy a przedmiarem robót, przygotowanym przez Zamawiającego nie mają znaczenia dla oceny prawidłowości sporządzenia i przygotowania oferty.

Wykonawca bowiem przy tak ustalonym rodzaju wynagrodzenia, będzie miał obowiązek wykonać w trakcie realizacji zamówienia również pozycje, które faktycznie nie zostały ujęte w jego kosztorysie ofertowym, ale są ujęte w przedmiarze robót, projekcie technicznym, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, co Wykonawca potwierdza w § 3 ust. 1 wzoru umowy, który stanowi „Wykonawca zobowiązuje się do wykonania robót zgodnie z przepisami Prawa Budowlanego, projektem technicznym, specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót, przedmiarem robót, stosownymi normami i wymogami technicznymi oraz z zachowaniem przepisów ochrony środowiska”.

W zakresie zarzutu dotyczącego niewłaściwego wypełnienia załącznika wykaz narzędzi i urządzeń.

W dziale V.1.2 b siwz Zamawiający wymagał, że o udzielnie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy udokumentują posiadanie niezbędnych do wykonania zamówienia narzędzi i urządzeń. W dziale VI pkt 4 siwz, Zamawiający wymagał w celu potwierdzenia opisanego warunku przedstawienia wykazu narzędzi i urządzeń niezbędnych do wykonania zamówienia a formę wymaganych wykazów Zamawiający określił odpowiednio na załączniku 5.4 do siwz.

Wykonawca celem potwierdzenia warunku złożył na stronie 30 oferty wykaz na załączniku, wymaganym przez Zamawiającego, gdzie oświadczył, że „dysponuje niezbędnymi urządzeniami do wykonania przedmiotu zamówienia”.

W ocenie składu orzekającego Izby, zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy Zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania i tylko takich, które potwierdzają spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Wobec braku sprecyzowania przez Zamawiającego rodzaju, liczby narzędzi i urządzeń, jakimi ma dysponować wykonawca, realizujący przedmiot zamówienia należy uznać, że również wykaz takich narzędzi i urządzeń jest dokumentem zbędnym w postępowaniu. Zatem sposób jego wypełniania nie może pociągać negatywnych skutków prawnych ze strony wykonawców i nie może stanowić przesłanki do odrzucenia oferty. Zatem zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 nie zasługuje na uwzględnienie.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego wadium.

Skład orzekający Izby ustalił, że pierwotny termin składania ofert został na skutek modyfikacji siwz w trakcie trwania procedury, przesunięty i ostatecznie wyznaczony na dzień 8 lipca 2008 roku. Ze względu na wartość zamówienia, zgodnie z art. 85 ust.1 ustawy okres związania ofertą został wyznaczony na 30 dni.

W ofercie Wykonawcy- Cimatic Sp. z o.o. zamieszczono gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium nr 1502/09/428/03/2008 wystawioną przez Inter Risk, obowiązującą w okresie od 1 lipca 2008 do 31 lipca 2008 roku.

Jak ustalono w trakcie rozprawy Wykonawca Climatic Sp. z o.o. gwarancja ta nie została przedłużona.

Odwołujący natomiast przedstawił kolejne aneksy przedłużające okres zabezpieczenia oferty wadium aż do dnia 6.09.2008 roku.

Przepisy ustawy nakładają obowiązek, aby oferta w trakcie postępowania była zabezpieczona wadium w okresie jej związania, upływ terminu wadium ma ścisły związek z terminem związania ofertą. Art. 85 ust. 4 wymaga wprost aby zgoda wykonawcy na przedłużenie okresu związania ofertą wiązała się z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres.

Nie do przyjęcia jest w świetle przepisów prawa sytuacja, w której wadium zostało udzielone na okres krótszy niż okres związania ofertą. Celem bowiem wadium jest zabezpieczenie oferty na wypadek zaistnienia okoliczności przewidzianych w art. 46 ust. 5 ustawy, zatem wadium musi obowiązywać w całym okresie związania ofertą. Nie wniesienie wadium na okres związania ofertą powoduje spełnienie przesłanki przewidzianej w art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy i skutkuje wykluczeniem Wykonawcy z postępowania o zamówienie publiczne.

Zatem zarzut naruszenia art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy znalazł potwierdzenie.

Jak ustalono w trakcie rozprawy Zamawiający zawarł w dniu 22 lipca 2008 roku umowę z wybranym wykonawcą - Climatic Sp. z o.o.. przez co naruszył przepis art. 182 ust. 1, który zakazuje zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu.

Mając na uwadze treść art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy oraz art. 146 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy należy stwierdzić, że zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego jest umową nieważną.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty zastępstwa prawnego i koszty przejazdu na posiedzenie pełnomocnika Odwołującego w wysokości 4 185,06 zł na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, 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 2007 r., Nr 128, poz. 886).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007r. Nr 223, poz.1655) na niniejszy wyrok/~~postanowienie~~ - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*