

Sygn. akt: KIO 1402/12

WYROK

z dnia 17 lipca 2012r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 lipca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 lipca 2012r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego KARTEL S.A., ul. Przemysłowa 8, 28-300 Jędrzejów** w postępowaniu prowadzonym przez **Świętokrzyskie Centrum Onkologii Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, ul. Trawińskiego 3, 25-734 Kielce,**

przy udziale wykonawcy **Skanska S.A., ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża **Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego KARTEL S.A., ul. Przemysłowa 8, 28-300 Jędrzejów** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego KARTEL S.A., ul. Przemysłowa 8, 28-300 Jędrzejów** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Przedsiębiorstwa Budownictwa Ogólnego KARTEL S.A., ul. Przemysłowa 8, 28-300 Jędrzejów** na rzecz **Świętokrzyskiego Centrum Onkologii Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, ul. Trawińskiego 3, 25-734 Kielce** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Kielcach**.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e

I. Świętokrzyskie Centrum Onkologii (zwany dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego na „Rozbudowę Oddziału Onkohematologicznego w Świętokrzyskim Centrum Onkologii w Kielcach”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE Publicznych z dnia 2 marca 2012 r., poz. 2011/S 43-069824 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 (t. j. – Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 6 lipca 2012 r. Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego Kartel SA (dalej: Odwołujący) wniosło odwołanie, w którym zakwestionowało prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej i zarzuciło Zamawiającemu naruszenie:

1/ art. 7 ust. 1 w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych - przez niezachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przy badaniu i ocenie ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu;

2/ art. 7 ust. 3 Prawa zamówień publicznych poprzez dokonanie wyboru oferty Wykonawcy SKANSKA SA - która nie spełnia wymogów Zamawiającego określonych w SIWZ i wyjaśnień do niej, w związku z czym winna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych;

3/ art. 89 ust. 1 pkt. 2 i art. 82 ust. 3 Prawa zamówień publicznych - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty SKANSKA SA, której treść nie odpowiada treści SIWZ;

4/ art. 87 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych - przez uznanie, że stwierdzona niezgodność oferty złożonej przez wykonawcę SKANSKA SA z SIWZ - ma charakter omyłki możliwej do poprawienia w trybie przewidzianym z tym przepisem;

5/ art. 93 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych - przez zaniechanie unieważnienia postępowania z powodu niezłożenia żadnej oferty nie podlegającej odrzuceniu, a także

6/ art. 93 ust. 1 pkt 7 Prawa zamówień publicznych - polegające na zaniechaniu unieważnienia postępowania o zamówienie publiczne z tego powodu, że jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie nie podlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W konsekwencji Odwołujący wnosił o:

- 1/ uwzględnienie odwołania;
- 2/ unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na nieuprawnionym jego zdaniem dokonaniu poprawienia omyłek w ofercie SKANSKA SA - na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych;
- 3/ unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 4/ nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
- 5/ nakazanie odrzucenia oferty SKANSKA SA jako niezgodnej z treścią SIWZ i unieważnienia postępowania w trybie art. 91 ust. 1 pkt. 1 Prawa zamówień publicznych względnie
- 6/ nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust 1 pkt.7 Prawa zamówień publicznych - gdyż jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia i mającą kluczowy wpływ na wynik postępowania wadą, uniemożliwiająca zawarcie nie podlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

Według Odwołującego Zamawiający wadliwie zaniechał czynności polegającej na odrzuceniu oferty Wykonawcy SKANSKA SA, jako niezgodnej z treścią SIWZ. Oferta ta zawierała niedopuszczalną zmianę jednostek przedmiarowych i jest niezgodna z treścią odpowiedzi Zamawiającego w następujących przypadkach:

1/ zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 12 - Zamawiający wymagał, by w przedmiarze robót instalacje teletechniczne, pozycja 1.2.2.1. ujęto 237 sztuk, natomiast w ofercie - SKANSKA SA - wpisano 196 sztuk;

2/w poz. Kosztorysu dział Instalacja przyzywowa Flamenco lub równoważna w poz. 1.6.1.6 Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 52 uprzedził wszystkich wykonawców, że zmienia się ilość z przedmiaru robót inst.teletech. w poz. 1.6.1.6 na 100 m, a tymczasem kosztorys Wykonawcy SKANSKA SA zawiera w tej pozycji ilość 50m.

W ocenie Odwołującego powyższe okoliczności uzasadniały odrzucenie oferty Przystępującego, jako niezgodnej z SIWZ, a nie do jej poprawienia. Zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego było wadliwe również zdaniem Odwołującego z tego powodu, że Zamawiający odrzucił ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia UNIMEX CLIMATIC, która zawierała analogiczne uchybienia.

W konsekwencji, po odrzuceniu oferty SKANSKA, Zamawiający zdaniem Odwołującego powinien unieważnić postępowanie na podstawie art. 93 ust.1 pkt 1 – ponieważ w postępowaniu nie złożono żadnej oferty nie podlegającej odrzuceniu. Niezależnie od powyższego, Odwołujący wywodził, że postępowanie obarczone jest wadą, skutkującą jego unieważnieniem w związku z art. 93 ust. 1 pkt. 7 Prawa zamówień publicznych, ponieważ wada ta uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie

zamówienia publicznego. Odwołujący powyższą wadę postępowania upatrywał w tym, że „Zamawiający już na etapie wyjaśniania SIWZ dokonywał zmiany jej zapisów, wprowadzając coraz to nowe postanowienia, które ostatecznie doprowadziły do sytuacji, że żaden z uczestniczących w tym postępowaniu wykonawców nie mógł im sprostać z przyczyn obiektywnych za wyjątkiem oferty złożonej przez SKANSKA SA” (wskazywał na obowiązek dołączenia do oferty certyfikatów zgodności z normą DIN 196/4, która według Odwołującego w Polsce nie obowiązuje).

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpiła SKANSKA SA, której oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (dalej: Przystępujący).

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych w odniesieniu do całości odwołania, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Izba na podstawie dokumentacji niniejszego postępowania i dokumentacji postępowania sygn. akt KIO 1184/12 ustaliła i zważyła co następuje:

Przystępujący wskazywał na przesłankę odrzucenia odwołania z art. 189 ust. 2 pkt.5 Prawa zamówień publicznych, ponieważ odwołanie miałoby dotyczyć czynności, którą Zamawiający dokonał zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej tj. KIO 1184/12.

Jednak Izba stwierdziła, że niniejsze odwołanie kwestionujące wybór oferty Przystępującego nie dotyczy okoliczności, które były przedmiotem rozpoznania przez Izbę w sprawie sygn. akt KIO 1184/12, bowiem w postępowaniu tym SKANSKA wносиła o odrzucenie ofert innych wykonawców z powodu niezgodności z wymogiem SIWZ odnoszącym się do wyłącznie do wymogu załączenia do oferty określonych dokumentów, podniesione tamże zarzuty nie dotyczyły w żaden sposób podstaw odrzucenia oferty SKANSKA, podniesionych w rozpatrywanym obecnie odwołaniu.

Zarzut opierający się na wyjaśnieniach Zamawiającego zawartych w odpowiedziach na pytania zadane przez wykonawców wobec treści SIWZ, którego konsekwencją miałoby być unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Prawa zamówień publicznych, w ocenie składu orzekającego, został zgłoszony po terminie. Termin ten biegł od dnia udzielenia wyjaśnień; skoro wyjaśnienia nie zostały zakwestionowane, stały się obowiązujące. Niezależnie od powyższego, zgodność ofert z SIWZ pod kątem załączenia

certyfikatu potwierdzającego zgodność produktu z normą DIN była przedmiotem rozpoznania w postępowaniu odwoławczym sygn. akt KIO 1184/12, gdzie Odwołującym była SKANSKA SA [wskazywała ona wówczas na konieczność odrzucenia ofert, do których nie załączono certyfikatu potwierdzającego zgodność produktu z normą DIN – jako że Zamawiający wymagał zastosowania central klimatyzacyjnych obsługujących instalacje dla pomieszczeń o wysokich wymaganiach czystości, które muszą posiadać atest higieniczny PZH oraz muszą posiadać certyfikat potwierdzający zgodność produktu z DIN 1946/4 (lub równoważną) wydany przez jednostkę notyfikowaną, a kopię atestu i kopię certyfikatu należało dołączyć do oferty].

Odwołujący składający odwołanie w niniejszym postępowaniu odwoławczym nie był uczestnikiem postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 1184/12 (nie zgłosił skutecznego przystąpienia), dlatego obecnie nie może kwestionować ustaleń poczynionych przez Izbę w poprzedniej sprawie. Oferta Odwołującego została odrzucona w związku z wykonaniem orzeczenia sygn. akt KIO 1184/12. Jest to okoliczność bezsporna; Odwołujący nie złożył odwołania na odrzucenie własnej oferty.

W konsekwencji w ocenie Izby Odwołujący bezsprzecznie utracił status wykonawcy w postępowaniu – obecnie, nie podważając podstaw odrzucenia własnej oferty, nie ma prawa kwestionować dokonanego przez Zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej, bowiem nie ma interesu w uzyskaniu danego zamówienia ani nie może ponieść szkody w wyniku działań Zamawiającego – zatem nie posiada legitymacji do wniesienia odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

Niezależnie od powyższych ustaleń, Izba zauważa, że Odwołujący w odwołaniu kwestionował wybór oferty droższej od złożonej przez niego oraz wnosił o unieważnienie postępowania – już powyższe okoliczności budzą wątpliwości co do możliwości posiadania przez niego legitymacji do wniesienia odwołania.

Wydaje się, że Odwołujący wnosząc odwołanie, w szczególności podnosząc argumentację co do unieważnienia postępowania w związku z art. 93 ust. 1 pkt 7 Prawa zamówień publicznych zmierzał do nadania postępowaniu odwoławczemu charakteru kontroli zgodności całości czynności i zaniechań Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia z przepisami prawa (oprócz opisanych wyżej zarzutów odwołania podnosił również na rozprawie nowe zarzuty). Taka kontrola w postępowaniu odwoławczym nie może mieć miejsca, bowiem Izba orzeka wyłącznie w zakresie objętych odwołaniem zarzutów (art. 192 ust. 7 Prawa zamówień publicznych) zgłoszonych w terminie, co do podnoszenia których ustalono posiadanie przez Odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia i możliwość poniesienia szkody na skutek działań Zamawiającego, naruszających przepisy Prawa zamówień publicznych.

W takiej sytuacji odwołanie podlega oddaleniu.

Odnosząc się merytorycznie do zarzutów, odwołania Izba stwierdziła, co następuje: zarzuty są nieuzasadnione.

Rzeczywiście udzielając odpowiedzi na pytania do SIWZ, Zamawiający wskazał m.in. że odrzuceniu będzie podlegała oferta, w której wykonawca m.in. samowolnie zmieni ilości przedmiarowe. Jednak wobec pozostałych postanowień SIWZ stanowczość powyższego stwierdzenia może budzić poważne wątpliwości – wynagrodzenie przewidziano jako kosztorysowe, rozliczane będzie na podstawie wykonanych obmiarów (okoliczność ta była bezsporna). Zatem w tym kontekście ilości podane w kosztorysie nie były w istocie treścią oferty (bowiem podana w kosztorysie ilość nie będzie miała wpływu na ustalenie ostatecznego wynagrodzenia) – i o ile wystąpiłyby ewentualne różnice Zamawiający mógł je poprawić, ponieważ niekonsekwencje w postanowieniach SIWZ powinno się rozstrzygać na korzyść wykonawcy.

W ofercie Przystępującego, w załączonym do niej kosztorysie, poprawienie omyłek było tym bardziej uzasadnione, że Przystępujący w dwóch pozycjach zakwestionowanych odwołaniem powołał się (w opisie tychże pozycji) na odpowiedzi udzielone przez Zamawiającego, zmieniające pierwotne ilości (na stronie 122 i 126 oferty Przystępującego podano w opisach kwestionowanych pozycji „zgodnie z odp. na pyt. nr 12 z dnia 29 marca 2012r.” i „zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 52 z dnia 3 kwietnia 2012r.”). Ilości jednak pozostawiono bez zmian. W powyższych okolicznościach uprawnione jest przyjęcie, że zamiarem Przystępującego było ujęcie w kosztorysie ofertowym ilości po zmianach, co omyłkowo nie nastąpiło. Na marginesie, omyłkę tego rodzaju trudno nazwać „samowolną” zmianą ilości przedmiarowych (Przystępujący nie wprowadził dowolnych zmian, z własnej inicjatywy).

Izba nie dopatrzyła się również uzasadnienia dla zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, który Odwołujący upatrywał w zaniechaniu odrzucenia oferty SKANSKA, wobec czynności odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Budowlane UNIMAX sp. z o.o., CLIMATIC Sp. z o.o. Sam Odwołujący w odwołaniu przywołał ustalenia Komisji Przetargowej z dnia 28 maja 2012r., podnosząc iż oferta tego ostatniego wykonawcy została uznana za podlegającą odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, ponieważ w kosztorysie ofertowym - instalacje teletechniczne - stwierdzono niezgodność z treścią SIWZ tj. z przedmiarem robót przy uwzględnieniu odpowiedzi na zadane pytania:

1/ - poz.1.2.2.6 - centrale oddymiające - uwzględniono 3 sztuki zamiast 5 / odpowiedź z dnia 29.03.2012r- pytanie nr.28;

2/ - poz.1.2.2.7 - przyciski ROP - uwzględniono 10 sztuk zamiast 16/ odpowiedź z dnia 29.03

2012r. pyt. Nr 29;

3/ - poz. 1.5.1.4 - wciąganie kabla - uwzględniono 900mb a winno być 300 mb 4/ - poz 1.5.1.5 - wciąganie kabla- uwzględniono 2700 mb a winno być 600 mb 5/ dodano dodatkową pozycję - 1.5.1.6 - wciąganie kabla 4500mb;

6/ - poz.1.2.2.6- system telewizji wzgl.1 szt. A winno być 2 szt.;

7/ - nie wyceniono poz. 1.6.2.8 - podgląd obrazu szt. 1;

8/ - nie wyceniono poz. 1.6.2.9 - dekodery video szt. 1;

9/ - nie wyceniono poz. 1.6.2.10 - podgląd MonitorLCD24 - szt. 4;

10- nie wyceniono pozl.6.2.11 - konfiguracja i zarządzanie szt 4;

11/ - wyceniono dodatkowo poz. 1.7.2.7 /odpowiedź z dnia 03.04 2012r. pyt. Nr.38;

12/ - przedmiar dla instalacji przyzywowej zmieniono w stosunku do przedmiaru podanego w SIWZ/ zmiana systemu/ - nie załączono do oferty zestawienia parametrów określonych w SIWZ w zakresie równoważności dla instalacji przyzywowej.

Izba zauważa, że część w powyższej wymienionych nieścisłości rzeczywiście jest analogiczna do omyłek w pozycjach ze stron 122 i 126 oferty Przystępującego, ale część ma całkowicie odmienny charakter - mianowicie w ofercie Konsorcjum ogóle nie wyceniono niektórych pozycji przedmiarowych, a dodatkowo kosztorys dla instalacji przyzywowej zmieniono w stosunku do przedmiaru podanego w SIWZ - nie załączono do oferty zestawienia parametrów określonych w SIWZ w zakresie równoważności dla instalacji przyzywowej. Izba zastrzega, że nie ocenia prawidłowości odrzucenia tejże oferty, ale w zakresie podnoszonych zarzutów odwołania stwierdza, że rodzaj uchybień w obu ofertach był inny, dlatego Zamawiający miał prawo do odmiennego potraktowania obu wykonawców.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że nie doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt.2, art. 7 ust.3, 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy i art. 82 ust. 3, art.87 ust.2 pkt.3, art. 93ust.1 pkt. L oraz art. 93 ust. 1 pkt. 7 Prawa zamówień publicznych, dlatego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....