

Sygn. akt KIO/UZP 1652/09

WYROK
z dnia 23 grudnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

**Członkowie: Renata Tubisz
Emil Kuriata**

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 grudnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Ekobel Schallschutz Sp. z o.o., Egbud Sp. z o.o., Carbologistic Sp. z o.o., Al. Solidarności 46, 61-696 Poznań** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa** protestu z dnia 16 października 2009 r.

przy udziale **SKANSKA S.A., ul. Gen. Józefa Zajęczka 9, 01-518 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje powtórzenie oceny ofert w postępowaniu wraz z dokonaniem poprawienia oferty odwołującego w zakresie przyjętej minimalnej wartości Przejściowego Świadczenia Płatności.

2. kosztami postępowania obciąża PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa protestu

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 **Konsorcjum: Ekobel Schallschutz Sp. z o.o., Egbud Sp. z o.o., Carbologicistic Sp. z o.o., Al. Solidarności 46, 61-696 Poznań,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa** protestu na rzecz **Konsorcjum: Ekobel Schallschutz Sp. z o.o., Egbud Sp. z o.o., Carbologicistic Sp. z o.o., Al. Solidarności 46, 61-696 Poznań,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
- 3) 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 **Konsorcjum: Ekobel Schallschutz Sp. z o.o., Egbud Sp. z o.o., Carbologicistic Sp. z o.o., Al. Solidarności 46, 61-696 Poznań.**

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

Zamawiający, PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zaprojektowanie i wykonanie zadania inwestycyjnego - Wypełnienie wymogów decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach zgody na realizację przedsięwzięcia modernizacji linii kolejowej E-30 na odcinkach Węgliniec-Zgorzelec, Węgliniec-Bielawa Dolna.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust 8 Pzp.

W dniu 06.10.2009 r. zamawiający zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, za którą uznano ofertę SKANSKA S.A. z Warszawy oraz odrzuceniu oferty konsorcjum w składzie: Ekobel Schallschutz Sp. z o.o., Egbud Sp z o.o., Carbologicistic Sp. z o.o. (zwane dalej „Ekobel”) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, jako sprzecznej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), gdzie wymagano przyjęcia i podania w

ofercie minimalnej kwoty Przejściowego Świadczenia Płatności (PŚP) w wysokości 100 000 euro wobec kwoty 500 000 euro przyjętej w ofercie.

PROTEST

W dniu 16.10.2009 r. Ekobel wniosło protest na ww. czynność zamawiającego domagając się powtórzenia oceny ofert, przywrócenia jego oferty do postępowania oraz dokonania poprawienia jej treści na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy (w zakresie wpisanej kwoty minimalnej PŚP) wskazując, iż jest to zgodnie z przewidzianymi kryteriami oceny oferta najkorzystniejsza.

Protestujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 ust. 1, art. 92 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 i 2 ustawy.

W uzasadnieniu protestu wskazano, iż przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy został wprowadzony nowelizacją z września 2008 r. i zgodnie z uzasadnieniem nowelizacji miał zapobiegać odrzucaniu ofert najkorzystniejszych zawierających błędy nie mające wpływu na ofertę, i które nie powodowały istotnych zmian w treści oferty.

Zgodnie z powołanym przepisem poprawienie omyłek w ofercie jest obligatoryjne jeżeli zachodzą dwie przesłanki: (1) zaistnienie omyłki powodującej niezgodność oferty z siwz oraz (2) omyłka ma nie powodować istotnych zmian w treści oferty.

W pierwszej kolejności protestujący wskazał, iż w jego ofercie doszło do takiej pomyłki, której gdyby był świadomy z pewnością by nie popełnił. Natomiast jej popełnienie wynika z modyfikacji siwz w tym zakresie, które wykonawca „przeoczył” i nie uwzględnił sporządzając ofertę. Omyłka polegała więc na przeniesieniu, zgodnie z pierwotnymi wymaganiami siwz, odpowiedniej kwoty PŚP, do wskazanej rubryki. Wypełnienie formularza oferty w tym zakresie było właściwie czynnością techniczną, polegającą na przeniesieniu kwoty podanej w siwz do oferty.

Następnie protestujący wskazał, iż klauzula 14.6 wprowadzona przez Zamawiającego, dotyczy minimalnej kwoty PŚP, czyli zgodnie z warunkami umowy, wykonawca nie będzie mógł żądać dokonania płatności niższych od tej kwoty, nie jest natomiast związany i zobowiązany do wnioskowania o wystawienie PŚP opiewającego na kwotę minimalną. Tego typu postanowienia umowy zabezpieczają więc zamawiającego przed zbyt niskimi kwotami PŚP, nie stanowią natomiast żadnej gwarancji, iż PŚP nie będą wyższe, tzn. w świetle postanowień dotyczących realizacji kontraktu jest to możliwe i dopuszczalne. Określając wyższą minimalną kwotę PŚP niż wymagana w siwz, wykonawca tym bardziej zaakceptował i zgodził się na kwotę niższą (wnioskowanie *a maiori ad minus*).

Według protestującego popełniona przezeń omyłka nie zmienia w sposób istotny złożonej oferty. Błędnie wpisany element oferty nie należy do tzn. essentialia negotii czynności prawnej, czyli nie jest elementem konstytuującym określoną czynność. W przedmiotowym przypadku elementem takim będzie przede wszystkim cena, która zostanie przeniesiona do

przyszłej umowy oraz przedmiot zamówienia i termin jego wykonania. Np. sposób wykonania zamówienia pozostawiono do decyzji wykonawcy. Elementem podstawowym nie jest również minimalna kwota PSP, tym samym dokonanie jej poprawienia nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty.

ROZSTRZYGNIĘCIE PROTESTU

W dniu 26.10.2009 r. zamawiający ww. protest w całości oddalił.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu wskazano, iż pomimo opublikowania pełnej informacji o dokonanych modyfikacjach siwz protestujący złożył swoją ofertę na nieaktualnym formularzu ofertowym, co zostało wskazane w zawiadomieniu o odrzuceniu jego oferty, a błąd w zakresie minimalnej kwoty Przejściowych Świadczeń Płatności, ma – w ocenie zamawiającego – doniosłe skutki prawne.

Zamawiający podniósł, iż zgodnie z klauzulą 14.6 FIDIC, Inżynier nie ma obowiązku wystawić Przejściowego Świadczenia Płatności na kwotę, która byłaby mniejsza od minimalnej kwoty Przejściowego Świadczenia Płatności, podanej w Załączniku nr 2 do SIWZ - Załącznik do oferty. Tym samym zdaniem zamawiającego bezzasadnym, jest twierdzenie, iż określenie minimalnej wartości częściowych płatności jest nieistotnym elementem konstytuującym przyszłą umowę. Zgodnie z powyższym w przypadku błędu protestującego w zakresie kwoty PŚP nie znajduje zastosowania przepis art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy, pozwalający na poprawienie omyłek, które nie powodują istotnych zmian w treści oferty, zatem jego oferta jest niezgodna z treścią siwz (formularz ofertowy stanowi ofertę wykonawcy, z której sporządzenie/wypełnienie ponosi on pełną odpowiedzialność).

ODWOŁANIE

W dniu 02.11.2009 r. Konsorcjum Ekobel wniosło odwołanie od ww. rozstrzygnięcia jego protestu podtrzymując wszystkie zarzuty i wnioski protestu oraz wskazując na faktyczny brak argumentacji zamawiającego w zakresie odniesienia się do charakteru omyłki oraz związanej z powyższym możliwości/obowiązku zastosowania dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy do poprawienia oferty odwołującego.

Uwzględniając dokumentację postępowania oraz stanowiska i oświadczenia stron przedstawione w trakcie rozprawy Izba ustaliła, co następuje.

W pierwotnej wersji specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) w Załączniku nr 2 do siwz mającym jednocześnie stanowić załącznik do oferty wykonawców, w Warunkach Ogólnych i Szczególnych Kontraktu, znalazła się klauzula 14.6, określająca minimalną kwotę Przejściowego Świadczenia Płatności (PŚP) w wysokości 500 000 euro.

W dniu 28 maja 2009 r. zamawiający zmodyfikował treść siwz obniżając minimalną kwotę PŚP (m.in. modyfikując adekwatny wiersz tabeli w Załączniku nr 2) do kwoty 100 000 euro.

W ofercie odwołującego w wierszu tabeli Załącznika nr 2 do SIWZ – załącznika do oferty dotyczącego minimalnej kwoty Przejściowego Świadczenia Płatności wpisano kwotę 500 000 euro.

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o których stanowi art. 179 ust. 1 Pzp. Następnie Izba wskazuje, iż stanowisko odwołującego w przedmiocie kwalifikacji faktycznej i prawnej omyłki w jego ofercie oraz możliwości zastosowania w tej sytuacji dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy jest w całości zasadne.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp wskazany przez zamawiającego jako podstawa odrzucenia oferty odwołującego stanowi, iż odrzuca się ofertę, której treść nie odpowiada treści siwz z zastrzeżeniem uprzedniego zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

W przedmiotowym przypadku wpisanie wyższej kwoty minimalnej, na którą może być wystawione PŚP niż kwota, którą zastrzegł zamawiający, jest brakiem (błędem) formalnym oferty, który nie przesądza o niezgodności treści oferty ze siwz.

Jak słusznie wywodził odwołujący w pismach procesowych oraz na rozprawie powołując się na ugruntowane orzecznictwo Izby, przesłanka odrzucenia oferty zwarta w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy dotyczy materialnej sprzeczności zakresu zobowiązania wyrażonego w ofercie z zakresem zobowiązania, które spodziewa się uzyskać zamawiający i które opisał w siwz. W przedmiotowym przypadku brak jest sprzeczności tego typu.

Zgodnie z postanowieniami umowy (Warunki kontraktu na urządzenia i budowę z projektowaniem dla robót elektrycznych i mechanicznych oraz dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez wykonawcę, Warunki ogólne, Wydanie 1999 przez FIDIC, plus modyfikujące je Warunki Szczególne podane w tomie II siwz) określenie minimalnej kwoty PŚP w sferze zobowiązań stron i inżyniera kontraktu oznacza, iż nie będą wystawiane i akceptowane PŚP opiewające na kwoty niższe, a zgodnie z klauzulą 14.7 w trakcie realizacji kontraktu zamawiający będzie dokonywał płatności na podstawie przyjętych PŚP, a więc tylko na kwoty tam opiewające.

Tym samym wykonawca nie popadł w sprzeczność z wymaganiami zamawiającego formalnie sprowadzającymi się jedynie do dolnego ograniczenia kwot PŚP, a więc kwot płatności częściowych. Wystawienie PŚP na kwotę 500 000 czy 600 000 ... etc.. euro jest z pewnością wystawieniem PŚP na kwotę nie niższą niż 100 000 euro. Wnioskowania z większego na mniejsze są w tym przypadku jak najbardziej uprawnione i formalnie poprawne – zamawiający nie przewidział żadnej górnej granicy kwotowej dla PŚP, a wykonawca przygotowując harmonogram realizacji kontraktu mógłby dostosować odbiory i płatności do

podwyższonych kwot PŚP, do których wystawiania w określonym wymiarze sam się zobowiązał.

Jednakże wobec wyraźnego sformułowania w siwz wymagania zamawiającego aby minimalna kwota PŚP została wskazana na poziomie 100 000 euro, co jest korzystne zarówno dla wykonawcy (możliwość uzyskiwania wcześniejszych i częstszych płatności), jak i dla zamawiającego (możliwość uzyskania wcześniejszej refundacji ponoszonych wydatków w instytucjach finansujących projekt w ramach którego realizowane jest zamówienie czy możliwość wykazywania większego finansowego zaawansowania projektu) uznać należy konieczność i możliwość dostosowania brzemienia treści oferty do treści siwz na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy w zakresie zgodności ich dosłownego brzemienia i pełnej możliwości realizacji kontraktu (dokonywania płatności, które przewidziano), a nie tylko zgodności zakresowej wyrażonych w nich i ograniczanych jedynie od dołu zobowiązań.

Zgodnie z dyspozycją wyżej wskazanego przepisu zamawiający poprawia omyłki wykonawcy polegające na niezgodności oferty z treścią siwz nie powodujące istotnych zmian w treści oferty. Należy przyjąć możliwie szerokie rozumienie terminu omyłka użytego w ww. przepisie. Omyłką będą więc zarówno błędy w przygotowaniu oferty i odpowiednim, prawidłowym wyrażeniu jej treści popełnione przez wykonawcę, jak też pominięcia czy nieprawidłowe informacje (np. wynikające z zapomnienia, błędnego rozumienia wymagań siwz.... etc.) popełnione przy wypełnianiu czy przedkładaniu wszystkich elementów oferty. Podstawową przesłanką warunkującą zastosowanie powołanego przepisu jest stopień „istotności” zmian w treści oferty, których dokonania wymagałoby doprowadzenia do stanu zgodności oferty z siwz. Tymczasem w związku z opisanym wyżej charakterem rozbieżności treści oferty i siwz oraz prostego, narzucającego się sposobu dokonania poprawienia oferty, a więc wpisania w odpowiedni wiersz załącznika do oferty kwoty 100 000 euro, możliwość dokonania ingerencji w treść oferty uznać należy za przesądzoną.

Natomiast ostatecznym i najbardziej miarodajnym momentem weryfikacji „świadomości” wykonawcy, co do popełnionego błędu czy omyłki będzie moment wyrażenia lub braku wyrażenia zgody na dokonanie ich poprawy. Uprzednie badanie przez zamawiającego stopnia świadomości czy zawinienia wykonawcy przy ich powstaniu dla stwierdzenia możliwości poprawienia treści oferty jest w świetle przepisów ustawy zupełnie zbędne.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowań odwoławczych orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. 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:

.....

.....