

Sygn. akt KIO/UZP 197/09

WYROK
z dnia 4 marca 2009r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Mazurek
Członkowie: Jolanta Markowska
Lubomira Matczuk-Mazuś
Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **3 marca 2009r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **ELEKTROBUDOWĘ S.A., ul. Porcelanowa 12, 40 – 246 Katowice 12** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Sąd Okręgowy w Koninie, ul. Energetyka 5, 62 – 510 Konin** protestu z dnia **29.01.2009r.**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie, unieważnia czynność odrzucenia oferty odwołującego i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert

2. kosztami postępowania obciąża **Sąd Okręgowy w Koninie, ul. Energetyka 5, 62 – 510 Konin**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **ELEKTROBUDOWĘ S.A., ul. Porcelanowa 12, 40 – 246 Katowice 12**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **9072 zł 80 gr** (słownie: dziewięć tysięcy siedemdziesiąt dwa złote zero groszy) przez **Sąd Okręgowy w Koninie, ul. Energetyka 5, 62 – 510 Konin** na rzecz **ELEKTROBUDOWY S.A., ul. Porcelanowa 12, 40 – 246 Katowice 12**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika, noclegu,
- 3) dokonać wpłaty kwoty **xxx zł xxx gr** (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 426 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **ELEKTROBUDOWY S.A., ul. Porcelanowa 12, 40 – 246 Katowice 12**

Uzasadnienie

Zamawiający – Sąd Okręgowy w Koninie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Budowę budynku dla Sądu Rejonowego w Koninie przy ul. Chopina”.

W dniu 22 stycznia 2009r. Zamawiający dokonał rozstrzygnięcia ww. postępowania w wyniku którego dokonał wyboru oferty Zakładu Remontowo – Budowlanego „DANBUD” Zakładu Pracy Chronionej Tadeusz Bąkowski w Kleczewie – zwanego dalej wykonawcą wybranym. Jednocześnie zamawiający odrzucił ofertę m.in. wykonawcy Elektrobudowa S.A.

W dniu 29 stycznia 2009r. protest dotyczący ww. czynności złożył wykonawca Elektrobudowa S.A. – zwany dalej również protestującym lub odwołującym. Zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niezastosowanie się do obowiązku przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców. Protestujący wniósł o uwzględnienie protestu w całości, unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy wybranego oraz unieważnienie czynności odrzucenia oferty protestującego oraz ponowne przeprowadzenie czynności oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu z uwzględnieniem oferty protestującego.

W argumentacji protestujący wskazał, że zamawiający nie powinien odrzucać jego oferty z powodu zaoferowania krótszego – czyli korzystniejszego terminu wykonania zamówienia. W ocenie protestującego zastosowanie w tym zakresie powinna znaleźć reguła interpretacyjna ad maiori ad minus, która umożliwiłaby prawidłową ocenę jego oferty. Protestujący wskazał, że jeśli nawet zaoferowany krótszy termin wykonania zamówienia byłby nie do zaakceptowania przez zamawiającego, to miał on obowiązek skorzystania z art. 87 ust. 2 pkt 3 znowelizowanej ustawy Prawo zamówień publicznych i dokonania poprawienia oferty protestującego w tym zakresie. Za oczywiste omyłki pisarskie zamawiający powinien uznać wymienienie w formularzu oferty osoby Macieja Kuryliczka, gdyż na wszystkich dokumentach oferty widnieje podpis Andrzeja Sumionka, który był jednoosobowo uprawniony do reprezentacji protestującego. Również nazwa – „Elektrobudowa S.A. Oddział Spółki, Rynek Przemysłu, Generalne Wykonawstwo Inwestycji” nie powinna być uznawana przez zamawiającego za nazwę wykonawcy, gdyż nie powinien mieć jakichkolwiek wątpliwości, że ofertę złożył podmiot, o którym mowa w załączonym zaświadczeniu z KRS tj. Elektrobudowa S.A. z siedzibą w Katowicach. Oczywiście omyłką pisarską była błędnie podana data 4.12.2005r. na niektórych stronach oferty, co poparte zostało brzmieniem jednego z komentarzy do ustawy Prawo zamówień publicznych. Błędy

wymienione przez zamawiającego w odrzuceniu oferty pod lit. „C” mają charakter błędów formalnych, co powoduje niemożność odrzucenia oferty protestującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż nie odnoszą się one do wymagań merytorycznych. Pozostałe zastrzeżenia zamawiającego – wymienione pod lit. „d”, „e” i „f” odrzucenia oferty nie tworzą podstawy prawnej do wykluczenia protestującego z postępowania. W ocenie protestującego dokumenty potwierdzające jego sytuację ekonomiczną, posiadanie niezbędną wiedzę oraz dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia jednoznacznie potwierdzają spełnianie postawionych warunków. Niezależnie od powyższego zamawiający powtarzając czynność badania i oceny oferty powinien dokonać czynności wynikające z brzmienia art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp.

W dniu 11 lutego 2009r. Zamawiający dokonał rozstrzygnięcia protestu poprzez jego oddalenie. W argumentacji wskazał, że protestujący w swojej ofercie termin realizacji zamówienia określił do 20.12.2001r. natomiast wymaganiem zamawiającego była realizacja przedmiotu zamówienia w terminie 36 miesięcy od dnia podpisania umowy. Termin ten był wymagany w SIWZ gdyż, zamawiający ma obowiązek dochowania założeń Programu Inwestycyjnego zatwierdzonego przez Ministerstwo Sprawiedliwości Decyzją DB-II-311-227/08 z dnia 11.09.2008r. Sąd jako jednostka budżetowa finansowana z budżetu państwa dysponuje swoimi środkami według ściśle określonych reguł i terminów. W wyniku powyższego wcześniejszy termin wykonania zamówienia nie jest w danym przypadku korzystny dla zamawiającego, gdyż brak środków powodowałby uzasadnione roszczenie o zapłatę odsetek. Argumentacja protestującego oparta o konieczność zastosowania wniosku „ad maiori ad minus” nie jest właściwa, gdyż reguła ta służy wypełnianiu luk prawnych, ale nie można jej przenosić na grunt ustalania treści oświadczenia woli. Poprawienie daty wykonania umowy nie jest możliwe również w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, gdyż poprawienie zaproponowanego przez wykonawcę terminu wykonania umowy będzie zmianą istotną w tej sytuacji. Zamawiający wskazał, że pozostałe zarzuty zawarte w proteście nie powinny być brane pod uwagę w sytuacji, gdy kwestia terminu wykonania umowy przesądziła o oddaleniu protestu.

W dniu 18 lutego 2009r. protestujący złożył odwołanie od ww. rozstrzygnięcia protestu. Odwołujący podtrzymał wszystkie zarzuty zawarte w proteście i zarzucił rozstrzygnięciu zamawiającego naruszenie art. 7 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt 4 i 10 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez przygotowanie i przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, wykładnię niejasnych zapisów SIWZ w zakresie „terminu wykonania zamówienia” w korelacji z załączonym do SIWZ formularzem oferty i

wzorem umowy na niekorzyść odwołującego, a w konsekwencji odrzucenie jego oferty. Odwołujący wskazał następnie na naruszenie dyspozycji art. 87 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie czynności wyjaśnienia treści oferty Odwołującego w zakresie pkt 5 – „Termin wykonania zamówienia” w to miejsce dokonanie czynności odrzucenia oferty z naruszeniem normy z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Odwołujący wskazał również na naruszenie dyspozycji art. 26 ust. 3 i 4 Pzp poprzez zaniechanie czynności wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie dokumentów i oświadczeń załączonych do oferty, ewentualnie wezwania go do uzupełnienia dokumentów zawierających błędy. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, unieważnienie czynności wyboru oferty wybranej i ponowne przeprowadzenie czynności oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu z uwzględnieniem oferty odwołującego. Odwołujący powtórzył argumentację wynikającą z protestu i poszerzył ją. W argumentacji dodatkowej wskazano na to, że pozostawienie pola w formularzu oferty do wypełnienia przez wykonawców w zakresie terminu wykonania zamówienia wskazywało na możliwość wpisania tam dowolnej daty mieszczącej się w okresie 36 miesięcy od dnia podpisania umowy. Odwołujący wskazał również na praktykę zamawiającego w innych postępowaniach prowadzonych przez niego, gdzie na formularzach ofertowych to zamawiający wypełniał pola dotyczące terminu wykonania zamówienia. Odwołujący wskazał na orzecznictwo Zespołów Arbitrów i Krajowej Izby Odwoławczej wskazujące, że w przypadku niejasności w SIWZ należy ją tłumaczyć na korzyść wykonawców.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ i treść oferty odwołującego oraz biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej wyznaczony zarządzeniem Prezesa Izby do rozpatrzenia sprawy ustalił i zważył, co następuje.

Dla rozstrzygnięcia przedmiotowego sporu kluczowe znaczenie ma ustalenie, czy z treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia może wynikać, że termin wykonania zamówienia określony został jako okres który mógł zostać zmieniony na krótszy przez wykonawcę, czy termin ten został określony jako niezmienny – wynoszący nie mniej i nie więcej tylko 36 miesięcy od dnia podpisania umowy.

W tym celu skład orzekający dokonał analizy postanowień SIWZ. Terminu wykonania zamówienia dotyczył Rozdział V tego dokumentu. Określenie „Termin realizacji przedmiotu zamówienia : 36 miesięcy od dnia podpisania umowy.” wskazywało co prawda termin początkowy (dzień podpisania umowy) i termin końcowy (36 miesięcy od dnia podpisania umowy) ale Zamawiający nie zastrzegł jednak, że ma być to termin nie krótszy i nie dłuższy

niż 36 miesięcy od podpisania umowy, co w sposób jednoznaczny mogłoby rozwiązać ewentualne możliwości. Przedsiębiorcy budowlani – występujący nie tylko na rynku przetargów publicznych traktują termin wykonania przedmiotu danej umowy jako termin, który z zasady może być krótszy, gdyż z zasady jest to korzystniejsze dla podmiotu, który dokonuje inwestycji.

Kolejnym postanowieniem SIWZ dotyczącym terminu wykonania zamówienia był pkt 5 na druku Formularza Oferty, również stanowiącego treść SIWZ. Określenie „Zobowiązujemy się do wykonania zamówienia w terminie do” w ocenie składu orzekającego nie tylko wprowadzało uzasadnioną wątpliwość co do konieczności wpisania tam jednego możliwego terminu tj. 36 miesięcy, ale wskazywało wręcz na możliwość wpisania tam daty mieszczącej się w jakimś okresie – wynikało do z użycia przez zamawiającego przyimka „do”.

Skład orzekający dokonał również analizy treści Wzoru umowy, należącego do treści SIWZ. Terminu realizacji robót dotyczył § 2 wzoru umowy, zawierający określenie „Wykonawca zobowiązuje się wykonać roboty wymienione w § 1 w terminie od dnia podpisania umowy”. Zamawiający więc nie wskazał żadnego terminu realizacji robót, ale pozostawił puste miejsce co w ocenie składu orzekającego nie stanowiło o konieczności wpisania tam tylko i wyłącznie określenia „36 miesięcy”.

Reasumując – o ile posługując się tylko i wyłącznie postanowieniem z Rozdziału V SIWZ, można byłoby, przy użyciu zasad wykładni literalnej wnioskować o żądaniu zamawiającego, aby inwestycja została wykonana „36 miesięcy od dnia podpisania umowy”. Biorąc jednak pod uwagę treść Wzoru umowy a zwłaszcza Formularza Oferty – skład orzekający stwierdził, że wykonawcy występujący w przedmiotowym postępowaniu mieli prawo do potraktowania terminu 36 miesięcy od dnia podpisania umowy, jako terminu, który może być nie dłuższy niż 36 miesięcy od dnia podpisania umowy. Pozostawianie wolnych miejsc do wpisania we Wzorcu umowy i Formularzu Oferty a zwłaszcza użycie przyimka „do” w tym ostatnim mogło w uzasadniony sposób przekonać potencjalnych wykonawców o możliwości zaoferowania krótszego terminu wykonania zamówienia. W tym przypadku należy również wskazać na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i Zespołów Arbitrów dotyczące postanowień SIWZ, które mogą wprowadzać wątpliwości. Jak wskazano w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej – z dnia 19.12.2008r. sygn. KIO/UZP/1417/08, z dnia 24.10.2008r. sygn. KIO/UZP/1095/08, z dnia 17.10.2008r. (KIO/UZP/1067/08), z dnia 8.10.2008r. (KIO/UZP/1020/08), z dnia 29.10.2008r. (KIO/UZP/1117/08) oraz w wyroku ZA z dnia 29.12.2006r. (UZP/ZO/0-3012/06) – niejednoznaczność zapisów SIWZ i wątpliwości związane z różnymi interpretacjami postanowień nie powinny powodować negatywnych skutków dla wykonawcy. W powyższym przypadku należało zastosować powyższą regułę.

Inne kwestie o których mowa w piśmie o odrzuceniu oferty wykonawcy Elektrobudowa S.A. z dnia 22 stycznia 2009r. – wymienione w lit. a) na str. 2-3 tego pisma – w ocenie KIO nie powinny stanowić automatycznej podstawy do odrzucenia tej oferty, gdyż mogłyby zostać wyjaśnione na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, a ponadto nie zostały w żaden sposób skonkretyzowane przez zamawiającego co do podstawy prawnej i faktycznej powodującej ewentualną niezgodność treści oferty z wymaganiami SIWZ.

Uchybienia o których mowa w lit. b i c ww. pisma na str. 3 (takie jak nieprawidłowe daty na poszczególnych stronach oferty czy brak podpisów na poszczególnych stronach oferty) – w ocenie KIO nie stanowią o merytorycznej niezgodności treści oferty odwołującego z wymaganiami SIWZ, ale dotyczą formy oferty odwołującego.

Kwestie o których mowa w lit d, e i f ww. pisma na str. 3 dotyczące dokumentów podmiotowych w niniejszej sytuacji również powinny podlegać wyjaśnieniom stosownie do treści art. 26 ust. 4 Pzp a w przypadku takiej konieczności – również uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. Należy podkreślić ponadto, że zamawiający wskazał na swoje wątpliwości związane z poszczególnymi dokumentami podmiotowymi, jednak nie stwierdził w żadnym przypadku, że odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, a nawet nie dokonał wykluczenia tego wykonawcy.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty noclegu pełnomocników odwołującego oraz koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika odwołującego w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie faktury złożonej 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 r. (Dz U. z 2007 r. Nr 128, poz. 886 ze zm.).

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 **Koninie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*