

WYROK

z dnia 30 lipca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 lipca 2012 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 lipca 2012r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: NDI S.A., Construcciones y Promociones Balzola, Sociedad Anonima, ul. Powstańców Warszawy 19, 81-718 Sopot w postępowaniu prowadzonym przez PKP Szybka Kolej Miejska w Trójmieście Sp. z o.o., ul. Morska 360A, 81-002 Gdynia,

przy udziale wykonawcy Bilfinger Berger Budownictwo S.A., ul. Domaniewska 50A, 02-672 Warszawa zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża Konsorcjum: NDI S.A., Construcciones y Promociones Balzola, Sociedad Anonima, ul. Powstańców Warszawy 19, 81-718 Sopot i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Konsorcjum: NDI S.A., Construcciones y Promociones Balzola, Sociedad Anonima, ul. Powstańców Warszawy 19, 81-718 Sopot tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Konsorcjum: NDI S.A., Construcciones y Promociones Balzola, Sociedad Anonima, ul. Powstańców Warszawy 19, 81-718 Sopot na rzecz PKP Szybka Kolej Miejska w Trójmieście Sp. z o.o., ul. Morska 360A, 81-002 Gdynia kwotę 3 617 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset siedemnaście złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600 zł oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa w kwocie 17 zł.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 Gdańsku.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - **NDI Spółka Akcyjna oraz Construcciones y Promociones Balzola Sociedad Anonima z Hiszpanii [dalej Odwołujący lub wykonawca NDI]** wnieśli odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 ze zm.) [dalej: ustawa Pzp], którego przedmiotem jest „Modernizacja przystanku osobowego SKM Gdańsk- Żabianka - AWFis”. Wykonawca stwierdził, że Zamawiający - **PKP Szybka Kolej Miejska w Trójmieście spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z Gdyni: (1) błędnie zastosował przepis art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp, tj. odrzucił ofertę wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu, pomimo iż wobec Odwołującego nie spełniła się przesłanka określona w w/w przepisie; (2) naruszył przepis art. 91 ustawy Pzp, poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Bilfinger Berger Budownictwo S.A., pomimo że oferta Konsorcjum NDI-Balzola nie podlegała odrzuceniu i jednocześnie była ofertą najkorzystniejszą; (3) naruszył przepis art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia przez osobę, która nie zapewniła bezstronności i obiektywizmu.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu uchylenia decyzji z dnia 13 lipca 2012 r. o odrzuceniu oferty Wykonawcy - Konsorcjum NDI S.A. w Sopocie oraz Construcciones y Promociones Balzola Sociedad Anonima i nakazanie Zamawiającemu dokonanie ponownej oceny oferty złożonej przez Konsorcjum NDI S.A. w Sopocie oraz Construcciones y Promociones Balzola Sociedad Anonima i w wyniku powtórzenia czynności oceny oferty uznanie, iż oferta Odwołującego została złożona jako najkorzystniejsza i niepodlegająca odrzuceniu. W uzasadnieniu podał, że w dniu 13 lipca 2012 r. otrzymał pisemną informację o odrzuceniu oferty złożonej przez Konsorcjum NDI. W uzasadnieniu faktycznym decyzji Zamawiający wskazał, iż „ Wykonawcy składający ofertę nr 4 zaoferowali termin do wykonania realizacji inwestycji jako 14 miesięcy, który to jest niezgodny z terminem określonym w SIWZ. Termin ten, po modyfikacji SIWZ wynosił 12 miesięcy. Treść oferty nie odpowiada zatem treści SIWZ ”, a jako uzasadnienie prawne Zamawiający przywołał art. 89 ust. 1 pkt ustawy Pzp o treści: „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt. 3”. Odnosząc się do treści uzasadnienia decyzji Zamawiającego oraz okoliczności jej wydania, NDI SA stwierdził, że czynność Zamawiającego, tj. odrzucenie oferty Konsorcjum NDI S.A. jest niezgodna z przepisami ustawy Pzp, albowiem Zamawiający w rzeczywistości obciążył

Wykonawcę konsekwencjami własnego błędu, jakiego dopuścił się przy modyfikacji treści SIWZ, których dokonał w dniu 11 czerwca 2012 roku. W modyfikacji tej Zamawiający dokonał następujących zmian: w rozdziale I SIWZ pkt. 5 zmieniono „14 miesięcy od podpisania umów/ na „72 miesięcy od podpisania umowy”, a w paragrafie 2 projektu umowy zmieniono „*wykonanie umowy nastąpi w terminie 14 miesięcy od daty zawarcia niniejszej umowy*” na „*wykonanie przedmiotu umowy nastąpi w terminie 12 miesięcy od daty zawarcia niniejszej umowy. W powyższym terminie Wykonawca zakończy prace budowlane zgłosi przedmiot umowy do odbioru końcowego.*” Zamawiający zatem ograniczył zmiany do konkretnych zapisów SIWZ, jednocześnie nie dokonując zmiany formularza oferty, którego wzór został określony w Rozdziale III SIWZ, którym to zobowiązani byli posługiwać się oferenci w przedmiotowym postępowaniu. W formularzu oferty wciąż bowiem widnieje pkt. 4 o treści następującej: „*Zobowiązujemy się do zrealizowania przedmiotu zamówienia w terminie 14 miesięcy od dnia podpisania Umowy*”, oczywiście sprzeczny z modyfikacją dokonaną w tym zakresie przez Zamawiającego. Wykonawca zwraca uwagę, że zgodnie z pkt. 8.3.1. SIWZ „*oferta oraz pozostałe dokumenty, dla których Zamawiający określił wzory w Rozdziałach II i III niniejszej SIWZ, winny być sporządzone zgodnie z tymi wzorami co do treści oraz opisu kolumn i wierszy*”, wobec czego, Wykonawca nie jest w żaden sposób uprawniony do dokonywania jakichkolwiek poprawek w treści formularza czy każdego innego dokumentu, którego treść została odgórnie określona przez Zamawiającego, chyba że Zamawiający w sposób wyraźny takie prawo mu przyzna. W przedmiotowym postępowaniu jednakże taka sytuacja nie zaistniała, wobec czego Wykonawca zmuszony był przedłożyć ofertę z błędnym oznaczeniem terminu wykonania przedmiotu umowy, licząc iż Zamawiający dostrzeże swój błąd i dokona w tym zakresie odpowiedniej poprawki poprzez udostępnienie wszystkim oferentom nowego, prawidłowo skonstruowanego formularza oferty. Podkreślił, że miejsca w których Wykonawca mógł uzupełnić formularz oferty zostały „wykropkowane” zaś wszelkie inne zapisy, w tym pkt 4 określający termin, zostały określone „na sztywno”. Zdaniem Odwołującego nie można dopuścić do sytuacji, aby za błędy spowodowane niedopatrzeniem, które miało miejsce tylko i wyłącznie po stronie Zamawiającego, wszelkie negatywne konsekwencje ponosił ubiegający się o udzielnie zamówienia - Wykonawca. Jednocześnie Odwołujący zaznaczył, że nie mógł zwrócić się do Zamawiającego o wyjaśnienie dot. w/w zmian terminu realizacji przedmiotu umowy w trybie przewidzianym w art. 38 ustawy Pzp, gdyż termin w jakim wyjaśnienia mogą być składane, a określone wyraźnie tym przepisem, już minął. Co więcej, w tym samym czasie toczyło się inne postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na modernizację peronu SKM na stacji Gdańsk-Wrzeszcz znak: SKMMS- ZP/N/08/12, ogłoszone przez tego samego Zamawiającego, w którym Odwołujący także brał udział. W tym postępowaniu Zamawiający także dokonał zmiany treści SIWZ w drodze udzielenia wyjaśnienia na pytanie zadane przez

jednego z oferentów, które dotyczyło bezpośrednio jednego z zapisów formularza oferty. W konsekwencji dokonanej zmiany Zamawiający nadał nowe brzmienie pkt 10 formularza oferty. Takie postępowanie Zamawiającego pozwalało domniemywać Odwołującemu, iż gdyby Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu chciał/miał zmienić treść formularza oferty, to uczyniłby to tak jak zrobił w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na modernizację peronu SKM na stacji Gdańsk-Wrzeszcz znak: SKMMS-ZP/N/08/12. Odwołujący podkreślił, że cena oferty brutto zaproponowana przez Odwołującego w jego ofercie (którą to Zamawiający bezzasadnie odrzucił) wynosiła 10.932.559,98 zł (słownie: dziesięć milionów dziewięćset trzydzieści dwa tysiące pięćset pięćdziesiąt dziewięć złotych 98/100), która to cena była najniższa z wszystkich czterech ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu. Cena ta została określona już po dokonaniu zmian, o których mowa była w poprzedzających akapitach i została skalkulowana na okres 12 miesięcy prac, w których to należało wykonać przedmiot zamówienia. Taka sytuacja, szczególnie w przypadku, gdy Ustawa Prawo zamówień publicznych jasno precyzuje - w dyspozycji art. 91 ust. 2 - jakie są kryteria do uznania oferty za najkorzystniejszą, prowadzi do naruszenia zasad udzielania zamówień określonych w art. 7 Ustawy Pzp, w szczególności do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i jako taka jest niedopuszczalna i niemożliwa do zaakceptowania. W konkluzji Odwołujący stwierdził, że przedmiotowe odwołanie jest słuszne i decyzja Zamawiającego nie może się ostać, albowiem wykonawca nie może być obciążony odpowiedzialnością za zaniechania i nieprawidłowo wprowadzone zmiany w dokumentacji Zamawiającego. Zaznaczył, że w pkt 9 formularza oferty Wykonawca złożył następujące oświadczenie: „OŚWIADCZAMY, że zapoznaliśmy się z Projektem Umowy, określonym w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, i zobowiązujemy się, w przypadku wyboru naszej oferty, do zawarcia umowy zgodnej z niniejszą ofertą, na warunkach określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, w miejscu i terminie wyznaczonym przez Zamawiającego”. Powyższe oświadczenie najlepiej ilustruje nieścisłość, jaka pojawiła się w niniejszym postępowaniu, która została spowodowana przez Zamawiającego, tj. dokonaniem przez Zamawiającego zmiany treści Umowy oraz zmiany treści pkt 5 w rozdziale I SIWZ bez jednoczesnej zmiany pkt 4 formularza oferty. Albowiem z jednej strony mamy zobowiązanie o zawarciu umowy zgodnej z ofertą, ale z drugiej strony na warunkach określonych w SIWZ, które na wprost przewidywały już w pkt 5 rozdziale I - termin 12 miesięcy na wykonanie zobowiązania. Zwrócił także uwagę, że w sytuacji, w której samowolnie oraz wbrew zapisom pkt. 8.3.1. SIWZ dokonałby zmiany treści pkt 4 formularza oferty - również mógłby być narażony na negatywne decyzje Zamawiającego. W tej hipotetycznej sytuacji doszłoby do złożenia formularza oferty nieodpowiadającego formularzowi oferty stanowiącemu treść SIWZ (jeden z załączników), czyli na wprost spełniłaby się przesłanka do odrzucenia oferty Wykonawcy zgodnie z art. 87 ust. 1 pkt ustawy Pzp. Odwołujący wskazał także na przepis

art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, który przyznaje Zamawiającemu prawo do dokonania poprawek oczywistych omyłek pisarskich w treści oferty. Na przepis ten należy zwrócić uwagę w szczególności, gdy przepisy ustawy Pzp - jak już to zostało wcześniej podkreślone w treści uzasadnienia do niniejszego odwołania - nie pozwalają wykonawcy na jakąkolwiek ingerencję w treść złożonej oferty. Wszelkie wyjaśnienia czy poprawki mogą nastąpić jedynie na skutek działania Zamawiającego, tym bardziej, jeżeli konieczność naniesienia odpowiedniej poprawki spowodowana jest tylko i wyłącznie działaniem Zamawiającego, który to nie zmienił treści formularza oferty zgodnie z przeprowadzonymi modyfikacjami treści SIWZ w rozdziale I pkt. 5 oraz modyfikacją treści umowy (o czym powyżej).

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Tak jak ustaliła Izba decyzją z dnia 11.06.2012 r. [Ogłoszenia dodatkowych informacji, informacja o niekompletnej procedurze lub sprostowanie z dnia 12.06.12 r.] Zamawiający wprowadził zmiany w Ogłoszeniu o zamówieniu w Sekcji II.3 – Czas trwania zamówienia lub termin realizacji”, a mianowicie w miejsce przyjętego uprzednio terminu „14 miesięcy” ustalił nowy termin realizacji – „12 miesięcy”. Pismem z dnia 21 czerwca 2012 r. wprowadził także zmiany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia - w rozdziale I siwz pkt 5 w miejsce terminu realizacji „14 miesięcy” ustalił [tak jak w zmodyfikowanym Ogłoszeniu] - „12 miesięcy”. Takie zmiany zostały także wprowadzone w § 2 projektu umowy, w którym dodano drugie zdanie, stanowiące, że „W powyższym terminie Wykonawca zakończy prace budowlane i zgłosi przedmiot umowy do odbioru końcowego”. Wykonawca w ofercie posłużył się formularzem przed zmianą warunku w pkt 4 wzoru, zobowiązując się (...) do zrealizowania przedmiotu zamówienia w terminie 14 miesięcy od dnia podpisania umowy. Nie wskazał jednocześnie w toku rozprawy na inny dokument w ofercie, który by pozwolił potwierdzić, że wolą wykonawcy była realizacja zamówienia w wymaganym zmienionym terminie 12 miesięcy. Izba zauważyła, że za taki dokument można byłoby uznać np. harmonogram realizacji zadania, pozwalający wywieść, że podany we wzorcu formularza termin dla realizacji zamówienia „14 miesięcy” był skutkiem oczywistej omyłki. Przywołany pkt 9 formularza oferty przez wykonawcę nie może służyć jako dowód potwierdzający wymagany - po zmianie - termin realizacji zamówienia. Punkt ten informuje bowiem tylko, że wykonawca zobowiązuje się do zawarcia umowy zgodnej z niniejszą ofertą, a zatem zgodnie z pkt 4 tego formularza. Tym samym wyjaśnienie spornego oświadczenia przez Zamawiającego, z zastosowaniem art. 87 ust 1 ustawy Pzp, nie było możliwe, albowiem

prowadziłoby w konsekwencji do nieuprawnionych zmian w ofercie – nadanie pkt 4 nowego brzmienia - co jest niedopuszczalne w świetle przepisów ustawy Pzp.

W tym stanie faktycznym, Izba podzieliła pogląd Zamawiającego i Przystępującego po jego stronie wykonawcy, że zmiana oferty w zakresie istotnych jej postanowień, w szczególności co do terminu realizacji zamówienia, wypaczałaby regułą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz regułą interpretacji oświadczenia woli w świetle przepisów kodeksu cywilnego. Izba uznaje jednocześnie, że wskazywany pkt 8.1.3 specyfikacji nie stanowił przeszkody do wprowadzenia odpowiednich zmian do wzoru formularza oferty w zakresie pkt 4 wzoru formularza oferty. Ponadto wątpliwości wykonawcy mogły być wyjaśnione chociażby w drodze zapytania skierowanego do Zamawiającego co do spornego brzmienia tego punktu po modyfikacji SIWZ, a nawet w drodze skorzystania ze środka ochrony prawnej – odwołania, co niewątpliwie prowadziłoby do uwzględnienia odwołania i zmiany tego punktu. Fakt, że wykonawca zrozumiał postanowienia SIWZ w tym zakresie inaczej niż należało, nie może przesądzać o zasadności jego odwołania, wobec braku obiektywnych w tym zakresie przesłanek. Izba podkreśla także, że obowiązkiem Zamawiającego – jak wskazuje się w orzecznictwie – jest dokonanie oceny złożonych ofert w oparciu o wymagania i zasady podane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W przeciwnym wypadku prowadziłoby to do nierównego traktowania wykonawców i w konsekwencji naruszenia art. 7 ust. 1 i ust 3 ustawy Pzp. Zatem odrzucenie oferty wykonawcy – w tych okolicznościach faktycznych - w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp było zasadne, a argument Odwołującego, że przedstawił ofertę z najniższą ceną, gdy treść oferty nie odpowiadała specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie może mieć żadnego znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

Mając na względzie powyższe ustalenia orzeczono w sentencji. O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając przepisy 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), w tym § 3 pkt 2 zgodnie, z którym Izba orzeka o uzasadnionych kosztach strony na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy.

.....

