

WYROK

z dnia 16 stycznia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 stycznia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2013 r. przez Odwołującego – STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Gmina Piła, pl. Staszica 10, 64-920 Piła, przy udziale Wykonawcy - Skanska S.A., ul. Gen. Zajączka 9, 01-518 Warszawa, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, nakazuje Zamawiającemu wyjaśnienie treści oferty Odwołującego, a następnie dokonanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert,

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - Gmina Piła, pl. Staszica 10, 64-920 Piła i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od Zamawiającego - Gmina Piła, pl. Staszica 10, 64-920 Piła na rzecz Odwołującego – STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy)

stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Poznaniu.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Piła w imieniu, którego postępowanie prowadzi Biuro Zamówień Publicznych Urzędu Miasta Piły, Pl. Staszica 10, 64-920 Piła wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Modernizacja południowej części obwodnicy śródmiejskiej od ul. Podgórnej do ul. Kwiatowej z przebudową skrzyżowania z ul. Towarową i Pomorską”.

W dniu 25.11.2013r. w Biuletynie Zamówień Publicznych zostało zamieszczone ogłoszenie pod numerem: 482174 – 2013 (w dniu 26.11.2013r. dokonano zmiany przedmiotowego ogłoszenia pod numerem: 484092-2013).

Zamawiający w dniu 20 grudnia 2013r. poinformował Odwołującego Strabag Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 08-500 Pruszków o odrzuceniu jego oferty oraz wyborze, jako najkorzystniejszej oferty spółki Skanska S.A. wskazując, że oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907), zwanej dalej „ustawy Pzp”, ponieważ jej treść nie odpowiada SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty Zamawiający wyjaśnił, że oferowany przez Wykonawcę przedmiot zamówienia nie spełnia wymagań zawartych w SIWZ.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem przetargu Odwołujący w dniu 27 grudnia 2013r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na czynność odrzucenia w dniu 20 grudnia 2013r. oferty Odwołującego, jako niezgodnej z Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, dalej „SIWZ”, pomimo że oferta Odwołującego zawierała inne omyłki, które podlegały poprawieniu przez Zamawiającego, a czego Zamawiający nie dokonał wbrew ciężącym na nim obowiązku.

Odwołujący wnosząc przedmiotowe odwołanie podniósł, że wskazana czynność Zamawiającego narusza następujące przepisy:

1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pzp w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, jako niezgodnej z SIWZ, pomimo że oferta ta zawierała jedynie inne omyłki podlegające poprawieniu przez Zamawiającego i zawiadomieniu o tym Odwołującego,
a czego Zamawiający zaniechał w przedmiotowym postępowaniu;

2) art. 87 ust. 1 Ustawy Pzp poprzez nie wezwanie Wykonawcy do złożenia wyjaśnień treści oferty Odwołującego i w konsekwencji również nie dokonanie poprawienia innej omyłki i odrzucenie oferty Odwołującego;

3) art. 7 ust. 1 oraz ust. 3 Ustawy Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego z naruszeniem zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Mając na uwadze powyższe zarzuty, Odwołujący wnosił o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty spółki Skanska S.A. oraz nakazanie unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;

2. nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert spełnienia z uwzględnieniem oferty Odwołującego;

3. nakazanie Zamawiającemu poprawienia innej omyłki w ofercie Odwołującego, to jest w zakresie poz. nr 350 i 360 w kosztorysie ofertowym robót oświetleniowych oraz zawiadomienia o tym Odwołującego;

4. nakazanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu, w tym Odwołującego.

W swoim odwołaniu zwrócił uwagę, że Zamawiający pismem z dnia 5 grudnia 2013 r. dokonał w Projekcie Oświetlenia Drogowego, stanowiącym załącznik do SIWZ (opis techniczny pkt. 3.7) zmiany oprawy typu SGP 340PC 1xCPOTW 90W na oprawy typu LED o mocy 90 W.

Zaznaczył przy tym, że Zamawiający podał, że Wykonawca zobowiązany był wprowadzić zmiany odpowiednio w poz 350 i 360 kosztorysu ofertowego na oświetlenie.

Nie zgodził się z argumentacją Zamawiającego, że Odwołujący nie dokonał tych zmian, przez co zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia przy użyciu oprawy do lamp metalohalogenkowych 99W, co stanowi niezgodność z treścią SIWZ i podstawę odrzucenia jego oferty.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający odrzucając jego ofertę naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pzp w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy Pzp, a także zaniechał dokonania wezwania do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, a odrzucenie oferty Odwołującego zostało dokonane zostało z naruszeniem zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący podniósł, iż w okolicznościach niniejszej sprawy popełnione przez niego

omyłki, należy zakwalifikować, jako omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy Pzp, tj. „inne omyłki” polegające na niezgodności oferty ze SIWZ, nie powodujące istotnych zmian w treści oferty.

Według Odwołującego taka kwalifikacja omyłek obligowała Zamawiającego do ich poprawiania w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zwrócił uwagę, że obowiązek poprawienia przez Zamawiającego omyłek w treści oferty zachodzi, gdy zostaną łącznie spełnione dwie przesłanki:

1) stwierdzona przez Zamawiającego niezgodność treści oferty ze SIWZ ma charakter omyłki i 2) poprawienie tej omyłki nie spowoduje istotnych zmian treści oferty.

Odwołujący wyjaśnił, że niezgodność jego oferty z SIWZ polegała na tym, że omyłkowo nie dokonał zmiany opisu robót, w rubryce poz. nr 350 i 360 w kosztorysach ofertowych na roboty oświetleniowe.

Wskazał na okoliczność zmiany do tych prac wprowadzonych przez Zamawiającego w dniu 5 grudnia 2013 roku, bowiem zgodnie z powołanym pismem Zamawiającego dokonał on modyfikacji w Projekcie Oświetlenia Drogowego „W związku z koniecznością ujednoczenia zastosowania opraw oświetleniowych na całym przebiegu ul. Zygmunta Starego Zamawiający dokonuje zmiany: oprawy typu SGP 340PC 1xCPO-TW 90W na oprawy typu LED o mocy 90 W o następujących parametrach”.

Odwołujący oświadczył w odwołaniu, że obliczając swoją cenę za roboty w poz. 350 i 360 kosztorysu ofertowego wycenił oświetlenie dla opraw typu LED o mocy 90 W, zgodnie ze zmianami naniesionymi do Projektu Oświetlenia Drogowego w dniu 5 grudnia 2013 roku.

Stwierdził również, że zgodnie z wymogami Zamawiającego uwzględnił w swojej ofercie przedmiot zamówienia odpowiadający dokonanej modyfikacji.

Wskazał przy tym, że w przypadku robót budowlanych opis przedmiotu zamówienia dokonywany jest przede wszystkim za pomocą dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót.

Według Odwołującego przy robotach budowlanych projekt jest pierwszym i najistotniejszym dokumentem określającym zakres robót i wchodzącym jednocześnie w zakres SIWZ.

Odwołujący potwierdził, że przyjął dokonaną zmianę w Projekcie

Oświetlenia Drogowego oraz do niej się zastosował.

Odwołujący pozostawał w przekonaniu, że składając swoją ofertę na formularzach Zamawiającego wyraził wolę wykonania zakresu robót opisanego w dokumentacji projektowej za cenę, którą podał w tym formularzu przez omyłkę jedynie nie dokonując przy tym zmian w opisie rubryk poz. 350 i 360 kosztorysu ofertowego.

Podkreślił przy tym, iż nie działał w sposób celowy, ani nie zmierzał do wprowadzenia innego zakresu robót niż przewidział Zamawiający w dokonanych zmianach.

Zdaniem Odwołującego zobowiązał się do wykonania przedmiotu zamówienia zgodnego z SIWZ, a zatem i z Projektem Oświetlenia Drogowego i obliczył właściwą dla tego zakresu cenę, co wynika z całości treści oferty, w tym z oświadczeń złożonych w formularzu ofertowym.

Argumentował, że składając swoją ofertę zamierzał i chciał złożyć ją zgodnie z treścią SIWZ, jednak przez omyłkę złożył ofertę niezgodną z SIWZ.

Ponadto przekonywał także, że poprawienie omyłek wykrytych przez Zamawiającego nie spowoduje istotnej zmiany treści oferty Odwołującego, co oznacza wypełnienie drugiej przesłanki obligującej Zamawiającego do poprawienia omyłki w ofercie Odwołującego.

Zaznaczył, że Ustawodawca nie wskazał, co należy rozumieć pod pojęciem „istotnej zmiany treści oferty” właśnie po to, aby ocena ta była dokonywana w każdym indywidualnym przypadku.

Zauważył, że przyjmuje się możliwość poprawiania treści oferty odnoszących się bezpośrednio do ich essentialia negotii, a więc ceny ofertowej czy przedmiotu świadczenia, przy czym dokonując oceny istotności zmian w treści oferty należy brać pod uwagę rozmiar tych zmian, przy uwzględnieniu ilości, jakości i wartości przedmiotowych zmian.

W związku z powyższym podniósł, że niniejszym postępowaniu wysokość zaoferowanej ceny za roboty objęte omyłką wynosi 61 560 zł netto, przy ofercie opiewającej na kwotę 2.782.199,35 zł. Netto, a zatem zmiana ta obejmowała roboty o niedużej stosunkowo cenie w porównaniu do wartości całości robót.

Odwołujący wskazał także, że podstawowym zakresem zamówienia są roboty stricte drogowe, związane z modernizacją części południowej obwodnicy śródmiejskiej, a roboty

oświetleniowe, co do których nastąpiła omyłka Odwołującego są jedynie częścią robót branżowych, jednakże nie najistotniejszych w przedmiotowym postępowaniu.

Zarzucił także, że do popełnienia przez Odwołującego omyłki przyczynił się sam Zamawiający, bowiem wprowadzając swoje zmiany do Projektu stwierdził jedynie, że „W związku z powyższym zmienia się odpowiednio zapisy w kosztorysie ofertowym na oświetlenie drogowe w poz. 350 i 360.”, po czym również Zamawiający nie przedstawił zmienionego kosztorysu, ani nie wskazał jak powinna brzmieć zmieniona treść przedmiotowego kosztorysu ofertowego.

Zdaniem Odwołującego gdyby Zamawiający przekazał Wykonawcą zmienione kosztorysy, mogliby oni uniknąć omyłek w tych pozycjach.

Według Odwołującego omyłki, które są w jego ofercie nie przesądzają o jej niezgodności z SIWZ i powinny podlegać poprawieniu przez Zamawiającego.

Odwołujący podniósł również, że Zamawiający zaniechał wezwania do wyjaśnień Odwołującego, czy w rubryce pod nr 350 i 360 uwzględnił roboty zgodnie ze zmianą wprowadzoną w dniu 5 grudnia 2013r. w trybie art 87 ust. 1 Ustawy Pzp, co pozwoliłoby rozwiązać ewentualne wątpliwości, czy Odwołujący oferując swoją cenę w poz. 350 i 360 kosztorysu ofertowego na roboty oświetleniowe uwzględnił zmiany Projektu.

W konsekwencji udzielonej odpowiedzi, Zamawiający dokonałby – w ocenie Odwołującego - poprawy omyłki, a nie odrzucił ofertę.

Pismem z dnia 30 grudnia 2013r. wykonawca Skanska S.A. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej „SIWZ”, oferty Odwołującego, pisma Zamawiającego z dnia 5 grudnia 2013r. o dokonaniu zmiany SIWZ, zgłoszonego przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego oraz pisma Przystępującego z dnia 15 stycznia 2014r., stanowiska Zamawiającego i analizy technicznej, jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony i uczestnika wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczoney, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisu art.7 ust.1 i 3, art. 87 ust. 1, art.89 ust.1 pkt. 2 w związku z art.87 ust.2 pkt. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz.907).

Istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do prowadzenia wyjaśnień treści oferty Odwołującego i ewentualnego poprawienia jego oferty, a także czy treść złożonej przez niego oferty nie pozostawała w sprzeczności z treścią SIWZ.

Według zapatrywania Izby, Zamawiający może przeprowadzić postępowanie wyjaśniające w trybie przepisu art.87 ust.1 ustawy Pzp, jedynie w warunkach uprzedniego upewnienia się, co do braku występowania sprzeczności pomiędzy treścią złożonej oferty a treścią SIWZ.

Z zebranego w sprawie materiału dowodowego nie wynika jednoznacznie czy sytuacja takiej kolizji zachodziła, zatem Zamawiający powinien ustalić treść złożonego przez Odwołującego oświadczenia woli poprzez dodatkowe wyjaśnienia treści oferty.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 5 grudnia 2013r. Zamawiający dokonał zmiany w Projekcie Oświetlenia Drogowego wskazując, że opis techniczny pkt.3.7 brzmi: „W związku z koniecznością ujednoczenia zastosowania opraw oświetleniowych na całym przebiegu ul. Zygmunta Starego Zamawiający dokonuje zmiany: oprawy typu SGP 340PC 1xCPO-TW 90W na oprawy typu LED o mocy 90 W o następujących parametrach.

W ostatnim zdaniu powyższego pisma zaznaczył, że w związku z powyższym zmienia się odpowiednio zapisy w kosztorysie ofertowym na oświetlenie drogowe w poz.350 i poz.360.

Analizując treść tego pisma trudno jest jednoznacznie stwierdzić, jakie brzmienie w poz.350 i poz.360 kosztorysu ofertowego przy „Nazwie pozycji kosztorysowej”, zgodnie z intencją Zamawiającego, mieli wpisać wykonawcy czy Zamawiający wymagał od wykonawców wpisania w tych pozycjach ogólnie „oświetlenie drogowe” czy też mieli oni w tych pozycjach przekopiować całą stronę pierwszą pisma zawierającego modyfikację SIWZ z

parametrami oprawy czy też wpisać tylko wybrane elementy tych parametrów, a może wreszcie ta rubryka powinna zostać wolna – powyższa modyfikacja Zamawiającego w tym zakresie nie udziela wykonawcom żadnych instrukcji.

Jednocześnie Zamawiający w części IX pkt. 4 SIWZ uczynił zastrzeżenie, że wykonawca nie może samodzielnie wprowadzić zmian do kosztorysu ofertowego.

Jeżeli zatem Zamawiający nie określił w SIWZ wyraźnego brzmienia określonych wymagań (treści „Nazwy pozycji kosztorysowej”), to nie może oczekiwać od wykonawców dowolnego formułowania tej nazwy, jeżeli Zamawiający sam jej w SIWZ precyzyjnie nie określił, a także zgodnie z powołanym wyżej postanowieniem pkt. 4 części IX SIWZ wykonawca nie może samodzielnie dowolnie wprowadzać zmian w rubryce tej nazwy.

Wymaga również wskazania, że powyższa modyfikacja SIWZ została dokonana dopiero w dniu 5 grudnia 2013r., podczas gdy otwarcie ofert miało miejsce w dniu 10 grudnia 2013r., zatem czas Odwołującego potrzebny do uzyskania od Zamawiającego informacji, co do treści spornej nazwy pozycji nie był dostatecznie wystarczający, stąd wykonawca poprzestał na pierwotnej treści tej nazwy.

Jednocześnie wymaga zauważenia, że Odwołujący na stronie 2 swojej oferty złożył oświadczenie, że oferuje wykonanie przedmiotu określonego w SIWZ/załączniku do SIWZ zgodnie z warunkami wskazanymi w SIWZ za cenę brutto 3 422 105, 20 zł.

Jeżeli Odwołujący złożył oświadczenie o powyższej treści, to Zamawiający pozostając przekonany o braku zaoferowania wymaganego oświetlenia z powodu wpisania innej nazwy pozycji kosztorysowej powinien zażądać od wykonawcy stosownych wyjaśnień w trybie przepisu art.87 ust.1 ustawy Pzp.

Jednocześnie w zależności od tego czy Odwołujący potwierdziłby, czy też nie zaoferowanie spornej pozycji oświetlenia Zamawiający powinien, albo uznać, że wyjaśnienie w sposób dostateczny potwierdza zaoferowanie wymaganego oświetlenia w sposób odpowiadający SIWZ lub dokonać poprawienia omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją Istotnych Warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty (według intencji Zamawiającego).

Izba stanęła na stanowisku, że w przypadku uznania przez Zamawiającego wystąpienia takiej omyłki, dokonanie poprawienia przez niego w ofercie Odwołującego tej omyłki poprzez wpisanie w tych dwóch spornych pozycjach nazwy odpowiadającej intencji

Zamawiającego nie będzie stanowiło istotnej zmiany w treści oferty, skoro zostały zaoferowane oprawy typu LED za cenę wskazaną w tych pozycjach.

Odnosząc się do przedłożonej przez Zamawiającego analizy technicznej z dnia 15 stycznia 2014r., Izba nie kwestionuje różnic pomiędzy rozwiązaniami technicznymi opraw halogenkowych i ledowych oraz potrzeb Zamawiającego w tym względzie, i mogłaby uznać za przydatny ten dowód, jedynie w sytuacji, gdyby pomiędzy stronami istniał spór, co do tego, że Odwołujący zaoferował oprawy halogenkowe twierdząc, że to one wchodzi w zakres przedmiotu zamówienia i jego zamiarem nie jest zaproponowanie opraw ledowych.

W świetle powyższego należy uznać, że zaoferowanie opraw ledowych przez wykonawców jest istotne dla Zamawiającego, jednak sama ewentualna poprawka w ofercie Odwołującego nie spowodowałaby istotnej zmiany treści oferty, biorąc dodatkowo pod uwagę okoliczność, że sporny element stanowi jedynie około 2% wartości w stosunku do wartości całego przedmiotu zamówienia oraz fakt, że są to roboty dodatkowe (oświetleniowe), a nie roboty podstawowe (drogowe).

Izba nie podzieliła również opinii Przystępującego, że omyłka, o której mowa w art.87 ust.2 pkt. 3 ustawy Pzp musi być oczywista. W przeciwieństwie do omyłek oczywistych wskazanych w pkt. 1 i 2 art.87 ust.2 ustawy Pzp ustawodawca takiego zawężenia nie uczynił w pkt. 3 tegoż przepisu, zatem mogą to być wszelkie inne omyłki.

Nie jest również – w ocenie Izby - prawdziwe twierdzenie Przystępującego, że oferta Odwołującego nie zawiera kompleksowej i wyczerpującej wyceny zakresu usług i robót będących przedmiotem zamówienia. Izba uznała, że wskazane w tych dwóch pozycjach w kosztorysie ofertowym wartości stanowią taką wycenę, a zakres przedmiotowy wynika już z samej modyfikacji Zamawiającego, który niejednoznacznie próbował dokonać zmiany nazwy w tych dwóch pozycji kosztorysowych.

Według Izby sama nazwa w tym przypadku nie przesądza o treści oświadczenia woli złożonego przez Odwołującego.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż stwierdzone powyżej naruszenia przepisów ustawy Pzp miały lub mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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:.....