

Sygn. akt KIO 1250/13

WYROK
z dnia 7 maja 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 maja 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 maja 2013 r. przez IDS-BUD Spółkę Akcyjną w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji „Wodociągi Puławskie” Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Puławach

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża IDS-BUD Spółkę Akcyjną w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez IDS-BUD Spółkę Akcyjną w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

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 Lublinie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji „Wodociągi Puławskie sp. z o.o. w Puławach - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej jako „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane: „Przebudowa (modernizacja) oczyszczalni ścieków w zakresie gospodarki ściekowej oraz gazowo - energetycznej Kontrakt nr 7.4.1. - Etap I .

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 9 lutego 2013 r., pod numerem 2013/S 029-045048.

Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

14 maja 2013 r. zamawiający przesłał informację o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo EKOLOBUD S.A. z siedzibą w Suwałkach i INSTAL- REM S.A. z siedzibą w Rzeszowie, dalej jako „Konsorcjum”.

24 maja 2014 r. IDS-BUD S.A. w Warszawie wniósł odwołanie wobec wskazanej czynności zamawiającego. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił naruszenie:

- art. 87 ust. 1 i art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp przez nieuzasadnione przeprowadzenie procedury wyjaśnień i poprawienie „innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty”, które w istocie polegało na przeprowadzeniu niedopuszczalnych negocjacji z Konsorcjum oraz skutkowało nieuprawnionym uzupełnieniem treści oferty o istotne elementy w niej niezawarte;
- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 3 Pzp przez wybór jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum, która to oferta winna zostać odrzucona;
- art. 7 ust. 1 Pzp i innych przepisów ustawy wymienionych w treści odwołania, w wyniku czego zamawiający bezzasadnie wybrał ofertę Konsorcjum jako najkorzystniejszą.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności zamawiającego polegających na dołączeniu do oferty Konsorcjum drugiej strony Załącznika nr 1A - który po wypełnieniu i podpisaniu przez wykonawcę stanowi załącznik do oferty, zwany dalej „załącznik do oferty” oraz wyborze jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum. Ponadto żądał nakazania zamawiającemu przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert, odrzucenia oferty Konsorcjum i wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że w ramach oceny i badania oferty Konsorcjum zamawiający wykonał m.in. następujące czynności:

- wezwał na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp Konsorcjum do wyjaśnień w zakresie niezłożenia przez Konsorcjum drugiej strony Załącznika do oferty (pismo znak: JRP/1801/313/2013 z dnia 25.04.2013r.);
- uzyskawszy wyjaśnienie, że Konsorcjum zaakceptowało warunki kontraktu zapisane w Załączniku do oferty poprawił na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w złożonej ofercie „omylkę polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty”. „Poprawa” polegała „na dołączeniu do oferty pominiętej w złożonej ofercie 2 strony Załącznika 1A do oferty”, o czym zamawiający powiadomił Konsorcjum pismem znak: JRP/1944/354/2013 z 8.05.2013 r.

Wywiódł, że tryb wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp nie powinien być w ogóle zastosowany. Odwołujący podkreślił, że zgodnie bowiem z utrwalonymi poglądami doktryny oraz jednolitym orzecznictwem zastosowanie instytucji wyjaśnienia treści oferty powinno służyć wyłącznie do ustalenia prawidłowej wykładni oświadczenia woli wykonawcy oraz potwierdzenia jego intencji w tym zakresie. Wyjaśnienia powinny ograniczać się jedynie do rozumienia treści zawartych w ofercie i nie mogą w żadnym razie rozszerzać ani ograniczać treści oferty.

Nie zgłoszono przystąpień do postępowania odwoławczego.

Przed otwarciem rozprawy zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

W pkt IV specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający wskazał, że roboty w ramach zamówienia będą prowadzone zgodnie z Warunkami Kontraktowymi dla urzędzeń oraz

projektowania i i budowy dla urządzeń elektrycznych i mechanicznych oraz robót inżynierskich i budowlanych projektowanych przez wykonawcę, przygotowane i opublikowane przez Międzynarodową Federację Inżynierów Konsultantów (FIDIC).

Zgodnie z pkt XVI ust. 3 pppkt 1 i 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia kompletna oferta musi zawierać odpowiednio – Formularz Oferty – sporządzony na podstawie wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do specyfikacji oraz załącznik sporządzony na podstawie wzoru do oferty sporządzony na podstawie wzoru stanowiącego załącznik nr 1A do specyfikacji, który po wypełnieniu i podpisaniu przez wykonawcę stanowi załącznik nr 1 do oferty.

W formularzu oferty zamawiający zobowiązał do złożenia oświadczeń, m.in. że wykonawca gwarantuje wykonanie całości zamówienia zgodnie z treścią SIWZ, wyjaśnień do SIWZ oraz jej modyfikacji oraz, że akceptuje wzór umowy przedstawiony w Części II SIWZ.

Załącznik Nr 1A liczył trzy strony, był sporządzony w formie tabeli, w której zamawiający odsyłał do Klauzul Warunków Ogólnych Kontraktu lub Warunków i wskazywał szczegółowe wymagania, które nie zawsze były wymienione w klauzulach kontraktowych. Strona 2 załącznika wskazywała m.in.:

- termin powiadomienia o każdym błędzie, nieprawidłowości lub innej wadzie znalezionej w wymaganiach zamawiającego – 28 dni (klauzula 1.8);

- kwota zabezpieczenia należytego wykonania kontraktu – 10% zatwierdzonej kwoty kontraktowej określonej w Akcie umowy (łącznie z VAT, klauzula 4.2.);

- kara umowna za zwłokę – 0,01% zatwierdzonej kwoty kontraktowej określonej w Akcie umowy (łącznie z VAT, klauzula 8.7.);

- redukcja ceny kontraktowej za zwiększenie wskaźnika zapotrzebowania energii elektrycznej dla odpływających ścieków w stosunku do wymaganych w kontrakcie – 200.000 PLN za każde 0,01 kWh/m³ dla oczyszczonych ścieków – maksymalnie 20% 10% zatwierdzonej kwoty kontraktowej określonej w Akcie umowy (łącznie z VAT, klauzula 12.6).

Treść załącznika 1A została ukształtowana przez zamawiającego, zadaniem wykonawcy było uzupełnienie tabeli wyłącznie przez wskazanie firmy i danych teleadresowych przez wskazanie firmy oraz podpisanie załącznika.

Konsorcjum wraz z ofertą złożyło niekompletny załącznik do oferty – wyłącznie pierwszą i trzecią podpisaną stroną, bez strony drugiej.

Pominięte strony zawierały również inne odpisy z KRS dla EKOLBUD S.A. w Suwałkach (brakowało 6 stron) oraz aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika Urzędu Skarbowego (brakowało dwóch stron).

Zamawiający wobec dostrzeżonych uchybień zwrócił się do Konsorcjum pismem z 25 kwietnia 2013 r. Z powołaniem się na art. 26 ust. 3 Pzp wezwał do m.in. złożenia odpisu i zaświadczenia, natomiast na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp zwrócił się z prośbą o wyjaśnienie,

czy niezłożenie drugiej strony załącznika do oferty, oznacza brak zgody na warunki przedstawione na tej stronie, czy też wykonawca akceptuje te warunki, opisane również we wzorze umowy, który oświadczeniem złożonym w ofercie wykonawca zaakceptował bez zastrzeżeń.

W odpowiedzi z 30 kwietnia 2013 r. Konsorcjum oświadczyło, że zaakceptował warunki kontraktu zapisane w Załączniku Nr 1A bez zastrzeżeń, złożyło wymagane dokument oraz kompletny i podpisany załącznik do oferty.

Pismem z 8 maja 2013 r. zamawiający z powołaniem się na art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poinformował Konsorcjum, że poprawił omyłkę w treści oferty Konsorcjum polegającą na pominięciu strony i zwrócił się o wyrażenie zgodny na dokonaną poprawę. Pismem z tego samego dnia Konsorcjum wyraziło zgodę na dokonaną poprawę.

Prezentowanych ustaleń Izba dokonała na podstawie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty Konsorcjum oraz wymienionych pism.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę z ceną drugą w kolejności, po wybranej ofercie Konsorcjum. Konsorcjum ma interes w uzyskaniu danego zamówienia, a zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów grożą mu poniesieniem szkody wynikającej z konsekwencji utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie,

Izba podziela pogląd wyrażany już w orzecznictwie, że wymagania stawiane wykonaniu przedmiotu zamówienia co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia opisane przez zamawiającego w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia tworzą treść specyfikacji (porównaj wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z 24 października 2008 r., sygn. akt KIO 1093/08 oraz z 8 lutego 2012 r. sygn. akt KIO 157/12).

W okolicznościach sporu, zamawiający wymagania stawiane wykonaniu przedmiotu zamówienia, warunki realizacji umowy opisał we wzorze umowy oraz w załączniku do oferty. Dla zgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, niezbędne jest wyrażenie przez wykonawcę zgody na wykonanie zamówienia zgodnie z wymaganiami wynikającymi z obu tych dokumentów.

Wobec powyższego, Izba uznała, że zamawiający był uprawniony do wyjaśnienia przyczyn pominięcia przez Konsorcjum drugiej strony Formularza 1A na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp.

Powołany przepis statuuje uprawnienie zamawiającego uzyskania wyjaśnień od wykonawcy. Prawo zamawiającego ograniczają przesłanki wyraźnie wskazane w treści przepisu. Wyjaśnienia muszą dotyczyć treści złożonej oferty (przesłanka pozytywna), nie mogą prowadzić do negocjacji między wykonawcą i zamawiającym (przesłanka negatywna bezwzględna) oraz do zmiany treści oferty z zastrzeżeniem art. 87 ust. 1a i 2 Pzp.

Nie można też pominąć, że wykorzystanie trybu wskazanego w art. 87 ust. 1 Pzp pozwala na wykazanie przez wykonawców poważnego charakteru ich oferty, zapobiega arbitralności ocen zamawiającego i sprzyja zachowaniu zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Uznając prawidłowość zastosowania art. 87 ust. 1 Pzp Izba zważyła, że wątpliwości zamawiającego spełniania wymagań zamawiającego zatem dotyczyły treści oferty. Istotne dla sprawy jest, że materia wyjaśnień nie dotyczyła treści kształtowanych dyspozytywnym oświadczeniem wykonawcy, lecz spełnienia wymagań jednostronnie narzuconych przez zamawiającego.

Izba wyraża pogląd, że o akceptacji wiążących i jednostronnie ukształtowanych wymagań zamawiającego, nie przesądza odrębne oświadczenie wykonawcy, lecz przede wszystkim fakt złożenia oferty. Składając ofertę będącą odpowiedzią na oświadczenie zamawiającego, jakie stanowi specyfikacja istotnych warunków zamówienia, wykonawca zobowiązuje się do wykonania przedmiotu zamówienia na warunkach opisanych w specyfikacji. Wszelkie inne oświadczenia wykonawcy, o ile nie indywidualizują oferowanego przez niego świadczenia tzn., że wykonawca nie ustala samodzielnie warunków co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia, nie są niezbędne.

Pogląd ten jest szczególnie aktualny w okolicznościach sporu, gdzie Konsorcjum złożyło wyraźnie oświadczenie o zamiarze wykonania umowy zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, której załącznik nr 1A był częścią.

Tym samym uprawnione na gruncie okoliczności sporu jest twierdzenie, że zgodność oferty Konsorcjum z wymaganiami zamawiającego potwierdzona została już w wyjaśnieniach udzielonych przez Konsorcjum. Konsorcjum składając ofertę w postępowaniu, w tym z również załącznik do oferty zadeklarowało zamiar wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie ze wszystkimi wymaganiami zamawiającego.

Zamiar ten został wyrażony niejasno pod względem formalnym, gdyż pominięcie drugiej strony załącznika do oferty prowadziło do sprzeczności z oświadczeniem o wykonaniu

zamówienia zgodnie z SIWZ i akceptacji bez zastrzeżeń wzoru umowy. Wyjaśnienia udzielone przez Konsorcjum udzielone wyjaśnienia usunęły wątpliwości.

Prezentowana ocena jest wystarczająca do oddalenia odwołania, jednak wobec podniesienia zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, Izba zobligowana była ocenić, czy uchybienie popełnione przez Konsorcjum jest możliwe do usunięcia na podstawie powołanego przepisu.

Izba wyraża pogląd, że czynność zamawiającego poprawienia oferty Konsorcjum na podstawie powołanego przepisu nie naruszyła prawa. Jak było wskazane wcześniej wątpliwości zamawiającego dotyczyły spełniania merytorycznych wymagań zamawiającego.

Niewątpliwe jest też, że nie złożenie drugiej strony załącznika do oferty zaistniało skutkiem omyłki, co potwierdza pominięcie stron innych dokumentów złożonych wraz z ofertą. Sytuacje takie zdarzają się przy drukowaniu lub sporządzaniu kserokopii dokumentów zwłaszcza o znacznej liczbie stron.

Poprawienie uchybienia nie powoduje istotnych zmian w treści oferty, nie tylko z uwagi formalny charakter braku, ale również z racji tego, że Konsorcjum niespornie zaakceptowało wymagania stawiane wykonaniu przedmiotu zamówienia, stąd ingerencja zamawiającego dotyczyła wyłącznie konkretyzacji klauzul umownych. Ponadto poprawa oferty Konsorcjum mogła nastąpić wyłącznie w jeden sposób, przez wskazanie parametrów wymienionych w Załączniku 1A, do spełnienia których Konsorcjum zobowiązało się składając ofertę i oświadczenia zawarte w formularzu oferty.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp.

Przewodniczący: