

Sygn. akt: KIO 1063/18

WYROK
z dnia 14 czerwca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 czerwca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 maja 2018 r. przez Odwołującego: TPF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie reprezentowanego przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie z siedzibą w Krakowie, przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Promost Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowa z siedzibą w Rzeszowie oraz Promost Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego: TPF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego: TPF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu

od odwołania;

2.2 zasądza od Odwołującego: TPF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na rzecz Zamawiającego: Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie reprezentowanego przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie z siedzibą w Krakowie kwotę 3 600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych i 00/100 groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie reprezentowany przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie z siedzibą w Krakowie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579), zwanej dalej Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia którego przedmiotem jest zarządzanie Kontraktem i pełnienie nadzoru nad zadaniem: "Projekt i budowa drogi ekspresowej S7 Warszawa - Kraków, odcinek granica województwa świętokrzyskiego - Kraków odc. realizacyjny węzeł Widoma (bez węzła) - Kraków (z włączeniem do węzła Igołomska) długości ok. 18,3 km", (numer postępowania O.KR.D-3.2410.2.2017), zwane dalej: „Postępowaniem”. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 13 września 2017 roku pod nr 2017/S 175-358727.

W dniu 28 maja 2018 r. wykonawca TPF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej Odwołujący), wniósł odwołanie, w którym zaskarżył niezgodne z przepisami czynności Zamawiającego, polegające na:

1. niezgodnej z przepisami Pzp ocenie wyjaśnień złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Promost Consulting Sp. z o.o. Sp. K. i Promost Consulting Sp. z o.o. (dalej Przystępujący lub Promost) w trybie art. 90 Pzp,
2. zaniechaniu odrzucenia oferty Przystępującego, mimo że treść oferty nie odpowiadała treści SIWZ.

Zaskarżonym działaniom i zaniechaniom odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, mimo że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ,
2. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny ofert,
2. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. dokonania ponownej oceny ofert,
4. odrzucenia oferty Przystępującego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

W dniu 16 maja 2018 r. otrzymał odtajnione wyjaśnienia Przystępującego: MF/01/DW/136/17 z 23 listopada 2017 r. oraz MP/01/DW/033/18 z 7 marca 2018 r. Wyjaśnienia te zostały odtajnione i przekazane Odwołującemu w wyniku uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania wniesionego TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, obejmującego między innymi zarzut zaniechania udostępnienia wyjaśnień złożonych przez Przystępującego.

W przedmiotowych wyjaśnieniach z 23 listopada 2017 r., w załączniku nr 13 (Planowane koszty realizacji usługi) oraz analogicznie w wyjaśnieniach z 7 marca 2018 r. w załączniku nr 5 w zakresie poz. 4.3 Personel biurowy oraz 4.4 Personel pomocniczy, Przystępujący złożył następujące oświadczenie: „w związku z narzuconym przez Zamawiającego ograniczeniem wartości do 50% z poz. 1.3 pozostały koszt pracy personelu biurowego został ujęty w pozycji 2 - usługi nadzoru w okresie przeglądu i rozliczenia kontraktu”. Zamawiający w SIWZ wyraźnie wymagał, aby wszystkie koszty związane z Personelem biurowym w okresie przeglądu i rozliczenia kontraktu zostały ujęte w dziale 4. Wynikało to z następujących postanowień SIWZ:

1. Tom I, Instrukcja dla wykonawców (dalej IDW) pkt. 15.3 „Każda cena jednostkowa zawarta w Ofercie powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/ilości rozliczenia w Formularzu Cenowym.”
2. Tom IV Formularz Cenowy: „A. Koszty administracyjne od wystawienia Świadczenia Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadczenia Płatności, Dział musi obejmować całość kosztów związanych z prawidłową realizacją usługi zgodnie z Umową i OPZ. Pozycja „Personel biurowy” musi obejmować całość kosztów związanych z zapewnieniem osób niezbędnych do prawidłowego funkcjonowania biura Konsultanta. Pozycja „Personel pomocniczy” musi obejmować całość kosztów związanych z zapewnieniem wszelkich innych asystentów i innych pracowników, którzy są niezbędni do prawidłowego wykonania Usługi zgodnie z Umową i OPZ.”

Mając na uwadze powyższe, Przystępujący nie był uprawniony do przenoszenia kosztów poszczególnych pozycji pomiędzy działami Formularza cenowego (w tym wypadku pomiędzy Działem 3 oraz Działem 2). Przedmiotowy zabieg został wykonany tylko i wyłącznie w celu

obejścia obostrzeń postawionych przez Zamawiającego wobec treści oferty. Zgodnie bowiem z postanowieniami SIWZ, Tom I IDW, pkt. 15.4 „Dla Działów 1, 2 (poz. 2.1 i 2.3), 3, 4 oraz 5 Formularza cenowego Zamawiający przewiduje limity określone w tych Formularzach. W przypadku, gdy którykolwiek z wymienionych limitów zostanie przekroczony w ofercie Wykonawcy, Zamawiający odrzuci taką ofertę”.

Ponadto Odwołujący podkreślał, że przedmiotowe oświadczenie Przystępującego nie mogło być rozumiane jako „omyłka” w rozumieniu art. 87 ust. 2 Pzp, tym bardziej że zostało przez Promost złożone w sposób świadomy dwukrotnie w każdej z w/w korespondencji.

Odwołujący wskazał ponadto że w piśmie z dnia 26 kwietnia 2018 roku Zamawiający wskazał, że odrzucił ofertę wykonawcy Inko Consulting Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp ze względu na fakt, że wykonawca ten przerzucił koszty środków transportu oraz koszty zastępowalności pracowników biurowych i pomocniczych do Działu 2. A zatem wykonawca Inko zachował się dokładnie tak samo, jak Przystępujący - przerzucił do Działu 2 koszty, które powinny być ujęte w innych działach. Prowadzi to do wniosku, że Zamawiający w różny sposób traktuje wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego było oczywistym naruszeniem art. 7 ust. 1 Pzp.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Przystępującego złożone podczas rozprawy, Izba zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 Pzp, stanowiącego, że „Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy”, przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, mimo że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ oraz art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób

naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców nie potwierdziły się.

Wyjaśnienia Przystępującego, zawierające załącznik nr 13 „Planowane koszty realizacji usługi” złożone zostały w dniu 23 listopada 2017 r. w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny z 1 listopada 2017 r. Izba ustaliła, że stan faktyczny sprawy w zakresie zasad uwzględniania poszczególnego rodzaju kosztów w odpowiednich działach tabeli „Planowane koszty realizacji usługi” wskazywany przez Odwołującego jest zgodny z treścią dokumentacji Postępowania.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazał, że „brak jest w okolicznościach niniejszej sprawy podstaw do przyjęcia, że oferta Konsorcjum Promost jest niezgodna z treścią SIWZ. Faktem jest, że składając wyjaśnienia w kwestii rażąco niskiej ceny Konsorcjum Promost zawarł w załączniku nr 13 do wyjaśnień, w pozycji 4.3. i 4.4. stwierdzenie: „w związku z narzuconym przez Zamawiającego ograniczeniem wartości do 50% z pozycji 1.3 pozostały koszt pracy personelu biurowego został ujęty w pozycji 2 usługi nadzoru w okresie przeglądów i rozliczenia kontraktu”, co mogłoby sugerować zaprezentowanie przez Konsorcjum Promost niektórych kosztów związanych z zatrudnieniem personelu biurowego w sposób niezgodny z zapisami SIWZ. Taka sytuacja w rzeczywistości jednak nie nastąpiła”. W toku rozprawy Przystępujący zawarcie spornego stwierdzenia o przeniesieniu części kosztów do innego niż dopuszczalnego w SIWZ działu uzasadnił pomyłką pracownika, deklarując, że w rzeczywistości wszystkie koszty skalkulowane w ofercie zostały ujęte w sposób zgodny z wymogami Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę okoliczności sprawy Izba uznała, że mimo zawarcia w załączniku nr 13 do wyjaśnień Przystępującego deklaracji wskazujących na niezgodny z SIWZ sposób kalkulacji ceny ofertowej, nie doszło do faktycznego przeniesienia części kosztów w sposób zarzucany w odwołaniu. Odwołujący oparł swoją argumentację o zawarte w poz. 4.3 i 4.4 załącznika nr 13 stwierdzenie o ujęciu kosztów w innym niż dopuszczalny dział, ale nie udowodnił, ani nawet nie uprawdopodobnił, że poza przedmiotową deklaracją Przystępujący rzeczywiście skonstruował swoją ofertę niezgodnie z wymogami Zamawiającego. Odwołujący nie był w stanie wykazać jakie kwoty i z którego do którego działu zostały przeniesione, nie udowodnił zatem zaistnienia skutku przedmiotowej deklaracji Przystępującego. Dokumentacja z postępowania o udzielenie zamówienia również nie pozwala stwierdzić, by zarzucana Przystępującemu nieprawidłowość faktycznie miała miejsce.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp (Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia,

niepowodujące istotnych zmian w treści oferty). Biorąc pod uwagę fakt, że zarzuty odwołania nie potwierdziły się, Izba stwierdziła, że oferta Przystępującego nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Izba wzięła ponadto pod uwagę fakt, że Odwołujący nie sprostął wynikającemu z art. 190 ust. 1 Pzp obowiązkowi wskazania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodził skutki prawne.

Izba nie dopatrzyła się też żadnych działań Zamawiającego, które dawałyby podstawę do stwierdzenia słuszności zarzutu naruszenia przez niego art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Wobec powyższego Izba uznała postępowanie Zamawiającego za prawidłowe i na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzekła jak w punkcie 1 i 2 sentencji.

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 (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:.....