

Sygn. akt: KIO/UZP 1523/08

WYROK

z dnia 15 stycznia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Luiza Łamejko
Członkowie:	Emil Kuriata
	Anna Majstrowicz
Protokolant:	Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **15 stycznia 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Volvo Polska Sp. z o.o., Wrocław, ul. Mydlana 2** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zakład Gospodarki Odpadami Komunalnymi Sp. z o.o., Olsztyn, ul. Lubelska 43D** protestu z dnia 3 grudnia 2008 r.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Volvo Polska Sp. z o.o., Wrocław, ul. Mydlana 2 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Volvo Polska Sp. z o.o., Wrocław, ul. Mydlana 2,**
- 2) dokonać zwrotu kwoty 10 426 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Volvo Polska Sp. z o.o., Wrocław, ul. Mydlana 2.**

Uzasadnienie

Zamawiający tj. Zakład Gospodarki Odpadami Komunalnymi Sp. z o.o. w Olsztynie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę dwóch pojazdów specjalistycznych przystosowanych do odbioru i transportu odpadów zbieranych selektywnie. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 października 2008 r. pod numerem 2008/S 198-262095.

W dniu 28 listopada 2008 r. Zamawiający poinformował Wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty DBK Sp. z o.o.

Wobec powyższej czynności Wykonawca Volvo Polska Sp. z o.o. wniósł w dniu 5 grudnia 2008 r. (pismem z dnia 3 grudnia 2008 r.) protest zarzucając Zamawiającemu naruszenie zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez:

- dokonanie wyboru oferty DBK Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej mimo, że oferta Volvo Polska Sp. z o.o. była ofertą korzystniejszą,
- dokonanie oceny spełniania przez Volvo Polska Sp. z o.o. warunków Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie specyfikacji techniczno-eksploatacyjnej w sposób naruszający art. 22 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) zwanej dalej ustawą Pzp oraz w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji,
- naruszenie art. 7 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania (dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej) sprzecznie z przepisami ustawy Pzp,
- naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp przez nie wyjaśnienie treści oferty Protestującego w toku badania i oceny ofert.

Protestujący podniósł, iż oferta Volvo Polska Sp. z o.o. została oceniona niezgodnie z pkt 13.5 i 13.5.2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz przepisami ustawy Pzp. Z decyzji Zamawiającego dotyczącej rozstrzygnięcia postępowania wynika, w ocenie Protestującego, iż Zamawiający błędnie ocenił spełnienie przez Volvo Polska Sp. z o.o. wymagań zawartych w specyfikacji techniczno-eksploatacyjnej stanowiącej Załącznik nr 3 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Wskazał, że pod L.p. 83 *Czas przyjazdu serwisu do naprawy pojazdu od zgłoszenia usterki* Protestujący zamieścił adnotację o treści „natychmiast po zgłoszeniu”, natomiast Zamawiający błędnie potraktował tę informację jako 24 godziny. Podkreślił, iż Zamawiający błędnie zinterpretował zapis oferty Volvo Polska Sp. z o.o., ponieważ adnotacja „natychmiast” oznaczała czas przyjazdu do naprawy pojazdu od zgłoszenia usterki do 1 godziny, co było oczywiste zważywszy na fakt, iż Volvo Polska

Sp. z o.o. dysponuje w Olsztynie autoryzowanym serwisem posiadającym wykwalifikowaną kadrę serwisową i interwencyjną.

Podniósł ponadto, iż w sytuacji, gdy Zamawiający miał jakiegokolwiek wątpliwości w zakresie treści oferty złożonej przez Protestującego, zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp miał obowiązek zwrócenia się do Wykonawcy o złożenie wyjaśnień.

Protestujący wniósł o dokonanie powtórnej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Protest został złożony z zachowaniem terminu ustawowego z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 12 grudnia 2008 r. przez jego oddalenie w całości. Za chybiony uznał Zamawiający zarzut naruszenia art. 22 ust. 2 ustawy Pzp. Wskazał, że przepis ten odnosi się do treści ogłoszenia i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, nie zaś do czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Stwierdził, iż określił warunki udziału w postępowaniu zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, a ich treść nie została podważona przez Protestującego w stosownym terminie.

Zamawiający wyjaśnił, iż zgodnie z Załącznikiem nr 3 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia L.p. 83, Wykonawcy zobowiązani byli do określenia czasu przyjazdu serwisu do naprawy pojazdu od zgłoszenia usterki, przy tym nie dłuższego niż 24 godziny. Wskazany w ofertach czas był punktowany i stanowił jedno z kryteriów oceny ofert. Protestujący w treści oferty nie określił czasu przyjazdu serwisu w jednostkach czasu, posłużył się określeniem „natychmiast po zgłoszeniu”. Zamawiający zwrócił uwagę, iż określenie to jest niejednoznaczne i może być rozumiane w różny sposób, zarówno jako 1 godzina, jak i jako 24 godziny. Zdaniem Zamawiającego, Protestujący posługując się niedookreślonym zwrotem musiał się liczyć z tym, iż może on zostać zinterpretowany przez Zamawiającego w inny sposób niż sugeruje Protestujący. Zamawiający z kolei, przyjmując własne kryteria rozumienia pojęcia „natychmiast”, założył, iż oznacza ono oczekiwany przez niego maksymalny czas reakcji po zgłoszeniu usterki, czyli wskazane w Specyfikacji 24 godziny.

Zamawiający stwierdził, iż nie wezwał Protestującego do złożenia wyjaśnień, bowiem uznał za wystarczające zinterpretowanie zwrotu zawartego w ofercie jako minimalnych wymagań postawionych w specyfikacji techniczno - eksploatacyjnej w poz. 83. Wskazał, iż w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca dał zamawiającym możliwość zwrócenia się do wykonawcy o wyjaśnienia, nie nałożył jednak na zamawiających takiego obowiązku. Podkreślił, iż prawo żądania wyjaśnień nie może skutkować prowadzeniem między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywaniem zmian w jej treści, a taki skutek odniosłyby złożone przez Protestującego wyjaśnienia.

Zamawiający nie zgodził się także z zarzutem naruszenia zasady uczciwej konkurencji i zasady równości wykonawców. Stwierdził, iż naruszenie art. 7 ustawy Pzp nastąpiłoby, gdyby Protestujący po zapoznaniu się z ofertami pozostałych wykonawców w drodze wyjaśnień określił krótszy od innych czas reakcji serwisu.

Z powyższą decyzją nie zgodziła się Volvo Polska Sp. z o.o., która wniosła w dniu 22 grudnia 2008 r. odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie zasad postępowania wyznaczonych ustawą Pzp przez:

- oddalenie protestu Volvo Polska Sp. z o.o.,
- dokonanie błędnej oceny spełniania przez Volvo Polska Sp. z o.o. warunków Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie specyfikacji techniczno-eksploatacyjnej w sposób naruszający art. 22 ust. 2 ustawy Pzp oraz zasady uczciwej konkurencji,
- naruszenie art. 7 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania (dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty) sprzecznie z przepisami ustawy Pzp,
- naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp przez nie wyjaśnienie treści oferty Volvo Polska Sp. z o.o. w toku badania i oceny ofert,
- naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez ocenę oferty Volvo Polska Sp. z o.o. wg kryteriów nie ujawnionych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia lub ogłoszeniu o zamówieniu.

Odwołujący podtrzymał argumentację zawartą w proteście, a ponadto stwierdził, iż w treści rozstrzygnięcia protestu Zamawiający przyznał, że wprowadził nowe, nie określone w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i subiektywne kryterium oceny oferty Volvo Polska Sp. z o.o., w wyniku czego uznał, że użyte przez Odwołującego sformułowanie „natychmiast” oznacza maksymalny czas przyjazdu serwisu. W ocenie Odwołującego, dokonana przez Zamawiającego interpretacja oferty Volvo Polska Sp. z o.o. jest niezgodna z jej treścią i intencjami Odwołującego, a także z potocznym rozumieniem słowa „natychmiast”. Podkreślił, iż dokonana przez Zamawiającego ocena miała wpływ na wynik postępowania. Stwierdził, że Zamawiający dokonując oceny oferty Volvo Polska Sp. z o.o. wg własnych, subiektywnych kryteriów, rażąco naruszył art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. Zwrócił uwagę na fakt, iż kryteria oceny ofert oraz przypisane im znaczenie powinny zostać podane w ogłoszeniu o zamówieniu, a sprecyzowane i dokładnie opisane w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, tymczasem Zamawiający uznając, iż sformułowanie „natychmiast” oznacza „24 godziny”, przypisał temu kryterium znaczenie nie znane wcześniej wykonawcom i nie ujawnione w Specyfikacji.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonania powtórnej oceny ofert oraz ponownego dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołanie zostało złożone z zachowaniem terminu i warunku jednoczesności przekazania Zamawiającemu kopii odwołania, wynikających z art. 184 ust. 2 ustawy Pzp.

W dniu 6 stycznia 2008 r. Zamawiający skierował do Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie kosztów postępowania, w tym wynagrodzenia pełnomocnika. Zamawiający podtrzymał stanowisko przedstawione w rozstrzygnięciu protestu. Ponadto wyjaśnił, iż dokonując interpretacji określenia „natychmiast po zgłoszeniu” przyjął, że Odwołujący nie mógł wskazać konkretnego terminu reakcji na usterkę, ale jednocześnie dał do zrozumienia, że spełni wymagania minimalne w tym zakresie, czyli 24 godziny. Zdaniem Zamawiającego, użyte sformułowanie pozwala przypuszczać, że intencją składającego oświadczenie woli nie było związanie się określonym terminem innym niż maksymalny przewidziany w Specyfikacji. Dodatkowo stwierdził, iż to właśnie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, którego naruszenie zarzuca Zamawiającemu Odwołujący, nie pozwolił Zamawiającemu na zwrócenie się o wyjaśnienie, bowiem takie działanie prowadziłoby do naruszenia przez Zamawiającego zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji, bowiem złożenie przez Odwołującego wyjaśnień polegałoby na wskazaniu konkretnego terminu reakcji na usterkę i wyrażenie go w jednostkach czasu. Ww. określenie kryterium odbyłoby się już po zapoznaniu się Odwołującego z treścią ofert pozostałych Wykonawców, przez co Odwołujący miałby możliwość dostosowania swojej oferty w spornym zakresie do pozostałych ofert w ten sposób, że określając konkretny czas przyjazdu mógłby uczynić swą ofertę korzystniejszą.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Analizując dokumentację postępowania Izba dokonała następujących ustaleń:

W przedmiotowym postępowaniu oferty złożyło trzech Wykonawców. Żaden z Wykonawców nie został wykluczony z udziału w postępowaniu, żadna z ofert nie została odrzucona.

Kryteriami oceny ofert są w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z pkt 13.5.1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, cena (70%) oraz warunki techniczne (30%).

Wykonawcy zaoferowali następujące ceny za realizację przedmiotu zamówienia:

- DBK Sp. z o.o. – 848 436,80 PLN,
- Volvo Polska Sp. z o.o. – 863 872,24 PLN,
- INTEGRA Sławomir Kamiński – 951 600 PLN.

Po dokonaniu przez Zamawiającego oceny ofert w ramach dwóch kryteriów ranking ofert kształtował się następująco:

- DBK Sp. z o.o. – 85,86 punktów (70,00 + 15,86),
- INTEGRA Sławomir Kamiński – 73,65 punktów (62,41 + 11,24),
- Volvo Polska Sp. z o.o. – 72,94 punkty (68,75 + 4,19).

Sposób obliczenia wartości punktowej za poszczególne kryteria określony został w pkt 13.5.2 Specyfikacji. Jednym z warunków technicznych, stanowiących kryterium oceny ofert, był czas przyjazdu serwisu do naprawy pojazdu od zgłoszenia usterki ustanowiony przez Zamawiającego w Załączniku nr 3 do Specyfikacji, L.p. 83. Maksymalny czas, jaki przewidział Zamawiający to 24 godziny. Z kolei w pkt 3 ww. Załącznika (str. 25 Specyfikacji) Zamawiający wymagał, aby w pozycjach, w których Zamawiający podał minimalną lub maksymalną wartość parametru (w tym w pozycji 83), wykonawcy podali „wartości parametru”.

Izba ustaliła również, iż Odwołujący w złożonej ofercie w spornej pozycji 83 Załącznika nr 3 zawarł zapis o treści „natychmiast po zgłoszeniu”.

W tym stanie faktycznym Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest niezasadne i jako takie nie podlega uwzględnieniu.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający go do wniesienia środków ochrony prawnej.

W pierwszej kolejności Izba pod rozważę poddała zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. W przepisie tym ustawodawca dał zamawiającemu możliwość żądania od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Zastrzegł jednak, iż instytucja przewidziana w ww. artykule nie może prowadzić do negocjacji pomiędzy zamawiającym a wykonawcą dotyczących treści oferty, nie może również prowadzić do jakichkolwiek zmian w jej treści. Wyjątki od powyższej reguły określone zostały w ust. 1a i 2 art. 87 ustawy Pzp. W ust. 2 art. 87 ustawy Pzp nałożono na zamawiającego obowiązek poprawienia w ofercie oczywistych omyłek pisarskich, oczywistych omyłek rachunkowych z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty

ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, nie powodujących istotnych zmian w treści oferty.

W ocenie Izby, działania Odwołującego polegającego na podaniu w ofercie czasu przyjazdu serwisu w postaci określenia „natychmiast po zgłoszeniu” zamiast wskazania konkretnej jednostki czasowej, na co wskazuje wymóg Zamawiającego zawarty w pkt 3 Załącznika nr 3 do Specyfikacji („wartości parametru”), nie można zaliczyć do kategorii omyłek. Z całą pewnością nie sposób stwierdzić, iż opisane powyżej działanie Odwołującego stanowi oczywistą omyłkę pisarską bądź oczywistą omyłkę rachunkową. Oczywistość danej omyłki powinna bowiem nasuwać się każdemu bez potrzeby przeprowadzania jakichkolwiek ustaleń w tym zakresie, powinna zatem być bezsporna i nie budząca wątpliwości. Zdaniem Izby, oświadczenie Odwołującego nie stanowi również omyłki polegającej na niezgodności oferty ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia nie powodującej istotnych zmian w treści oferty z uwagi na fakt, iż zmiana ta dotyczy kryterium oceny ofert. Należy zwrócić uwagę, iż użyte przez Odwołującego sformułowanie jest niejednoznaczne. Używając ww. określenia Odwołujący nie dopełnił wymogów Specyfikacji tj. nie podał wartości parametru, czego zdecydowanie wymagał Zamawiający (w pkt 3 Załącznika nr 3 do Specyfikacji) i co stanowi podstawę do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W ocenie Izby, Odwołujący był świadom wymogów Zamawiającego, na co wskazuje fakt, iż w pozostałych pozycjach, w tym w pozycji 75, gdzie również zobowiązany był do podania czasu przyjazdu serwisu, w tym przypadku do naprawy nadbudowy, określił wartość w jednostkach czasu, tj. zaoferował 24 godziny. Dokładne określenie w ofercie czasu przyjazdu serwisu do naprawy pojazdu od zgłoszenia usterki ma znaczenie nie tylko ze względu na możliwość zbadania przez Zamawiającego zgodności treści oferty z treścią Specyfikacji oraz w przypadku zawarcia umowy z Odwołującym, możliwość egzekwowania złożonego w ofercie zobowiązania dotyczącego terminu na wykonanie czynności przyjazdu serwisu Odwołującego, ale również, co najważniejsze na tym etapie postępowania, ze względu na możliwość dokonania oceny złożonej oferty. Należy bowiem z całą mocą podkreślić, iż czas przyjazdu serwisu do naprawy pojazdu od zgłoszenia usterki jest wartością punktowaną przez Zamawiającego w ramach kryteriów oceny ofert.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, iż zmiana w treści oferty, która nastąpiłaby w przedmiotowym stanie faktycznym w sytuacji, gdyby Zamawiający zwrócił się do Odwołującego o udzielenie wyjaśnień w spornym zakresie, a następnie dokonał stosownych poprawek w ofercie Odwołującego, zgodnie ze złożonym w ramach wyjaśnień oświadczeniem, stanowi istotną zmianę treści oferty z uwagi na fakt, iż wpływa na przyznanie ofercie Odwołującego innej niż wynika to z oferty ilości punktów w ramach oceny ofert.

Wskazać również należy, na co zwrócił już uwagę Zamawiający, iż ewentualne wyjaśnienia Odwołującego dokonywane byłyby w trakcie oceny ofert, tj. po ich otwarciu. Sytuacja, w której Odwołujący miałby możliwość podania wartości, która ma wpływ na ocenę ofert po zapoznaniu się (lub mając możliwość zapoznania się, zgodnie z art. 86 ust. 1 ustawy Pzp) z ofertami pozostałych Wykonawców, w sposób oczywisty stanowiłaby naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 22 ust. 2 ustawy Pzp Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż zarzut ten jest chybiony. Oceny spełnienia przez Wykonawcę wymogów Specyfikacji nie sposób rozpatrywać w świetle powołanego przepisu. Regulacja ta odnosi się bowiem do warunków udziału w postępowaniu, które w zdecydowany sposób należy odróżnić od wymogów specyfikacji techniczno – eksploatacyjnej, których nie spełnienie skutkuje odrzuceniem oferty, w przeciwieństwie do skutku nie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jakim jest wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu. Odwołujący zdaje się nie widzieć powyższej różnicy. Tymczasem obie instytucje służą realizacji innych celów. Warunki udziału zamówienia służą do sprawdzenia zdolności wykonawcy do realizacji danego zamówienia i w niniejszym postępowaniu zostały określone w pkt 5 Specyfikacji. Specyfikacja techniczno – eksploatacyjna określa przedmiot zamówienia i w niniejszym przypadku służy dodatkowo ocenie oferty pod kątem kryteriów oceny ofert.

Izba, na podstawie art. 191 ust. 3 ustawy Pzp, pozostawiła bez rozpoznania zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez ocenę oferty Odwołującego wg kryteriów nie ujawnionych w Specyfikacji lub ogłoszeniu o zamówieniu, bowiem zarzut ten nie został podniesiony w proteście.

Mając na uwadze, iż nie potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 7, art. 22 ust. 2 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 wyroku.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy Pzp na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Olsztynie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....