

WYROK
z dnia 5 maja 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo
Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 maja 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 kwietnia 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

Gazobudowa Sp. z o.o. 41-800 Zabrze, ul. Wolności 339 i

Omnix Sp. z o.o. 41-811 Zabrze, ul. Jana Styki 24

w postępowaniu prowadzonym przez

Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o.

44-178 Przyszowice, ul. Karola Miarki 1

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Gazobudowa Sp. z o.o. 41-800 Zabrze, ul. Wolności 339 i Omnix Sp. z o.o. 41-811 Zabrze, ul. Jana Styki 24** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: **dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy**) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Gazobudowa Sp. z o.o. 41-800 Zabrze, ul. Wolności 339 i Omnix Sp. z o.o. 41-811 Zabrze, ul. Jana Styki 24** tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Przyszowicach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „budowę kanalizacji sanitarnej w Przyszowicach” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz.Urz.UE w lutym 2011 r. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

18 kwietnia 2011 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyniku postępowania, w tym o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Zakład Robót Specjalnych Budowlanych Sp. z o.o. i Antoniego Motyczkę prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Robót Specjalnych Budowlanych A. Motyczka oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Gazobudowa Sp. z o.o. i Omnix Sp. z o.o.

21 kwietnia 2011 r. Odwołujący wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7, art. 26 ust. 3, art. 87 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 i art. 92 ustawy Prawo zamówień publicznych ze względu na nieprawidłowe odrzucenie oferty Odwołującego, zaniechanie badania i oceny jego oferty, a przez to wskazanie wadliwego wyniku postępowania. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania ofert i w jej następstwie przywrócenie jego oferty do postępowania, powtórzenie czynności oceny (punktacji) ofert i przeprowadzenie jej w odniesieniu do oferty Odwołującego, wskazanie wyniku postępowania – wybór jego oferty oraz równe traktowanie wszystkich wykonawców ubiegających się o to zamówienie publiczne w sposób zachowujący zasady uczciwej konkurencji.

W uzasadnieniu Odwołujący podniósł, że spełnia wszystkie warunki postępowania, a jego oferta nie podlega odrzuceniu z żadnej z przyczyn wskazanych w art. 89 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Oferta zawiera wszystkie wymagane załączniki i została sporządzona zgodnie z rozdziałem specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Sposób obliczenia ceny oferty”. Zawiera również wskazany przez Zamawiającego wstępny harmonogram finansowy, który obejmuje wszystkie wymagane elementy na danym etapie postępowania, a pojawiły się w nim nieistotne omyłki rachunkowe.

Zamawiający nie sprecyzował w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganego układu danego harmonogramu, zatem podnoszenie po złożeniu ofert, że jest on nieodpowiedni, narusza zasady udzielania zamówień publicznych, gdyż przyjętą zasadą jest, że jeśli treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie jest do końca zrozumiała, a więc może mieć więcej niż jedną poprawną interpretację, trudno mówić o niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji. Wobec faktu nieuzasadnienia przez Zamawiającego rzekomej niezgodności oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy domniemywać, iż wymogi określone w specyfikacji w przedmiotowym zakresie były niejasne i mogły mieć więcej niż jedną poprawną interpretację, zwłaszcza, że jest to wstępny harmonogram, a dopiero po zawarciu umowy nastąpi sporządzenie właściwego, obowiązującego w trakcie umowy harmonogramu. Za prawidłowe uzasadnienie odrzucenia oferty nie można poczytywać przytoczenia treści art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ponadto, skoro Zamawiający uznał, że jest to ważny dokument i zawiera błędy rachunkowe, to winien Odwołującego wezwać o harmonogram pozbawiony błędów, zgodnie z art. 26. ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż dokument ten leży w katalogu dokumentów wskazanych w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z zapisami punktu 13.3.1.14 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, i jako zawierający błędy podlega uzupełnieniu lub wyjaśnieniu na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Poza tym, nawet jeśli jest to błąd, to jest on poprawialny zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, czego zaniechał Zamawiający.

Zdaniem Odwołującego zaoferowany oraz poprawnie wyceniony został cały zakres wymaganych usług, zgodnie z wymogami zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia i oferta podlega rozpatrywaniu, więc powinna brać udziału w punktacji ofert zmierzającej do wyłonienia najkorzystniejszej oferty.

Zamawiający w toku postępowania swoimi wadliwymi czynnościami naruszył przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, co narusza zasady uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania stron postępowania, co naraża Odwołującego na utratę korzyści spodziewanych po uzyskaniu zamówienia.

Podczas rozprawy dodał, iż w punkcie 13.3.1.14. IDW (specyfikacji istotnych warunków zamówienia) dotyczącym harmonogramu Zamawiający nie napisał, że harmonogram ma obejmować wszystkie miesiące i że kwota przedstawiona w harmonogramie ma odpowiadać kwocie oferty. Harmonogram ten niczego nie wnosi do treści oferty, gdyż zgodnie z klauzulą 8.3. warunków kontraktowych FIDIC wykonawca musi przedstawić szczegółowy harmonogram w ciągu 28 dni od zawarcia umowy i ten harmonogram ma znaczenie dla płatności za wykonywanie umowy. Przedstawione w ofertach harmonogramy rozpoczynają się w maju 2011 r., co jest obecnie niemożliwe, a co potwierdza marginalne znaczenie owych harmonogramów. Kwota przedstawiona w harmonogramie jest wartością netto, zatem

różnica w cenie to niecałe 2 mln zł. Podał przykładowy sposób poprawienia omyłki poprzez proporcjonalne dodanie brakującej kwoty do poszczególnych miesięcy. Z dotychczasowego orzecznictwa wynika, iż harmonogram można poprawić, a dokonywanie poprawek przez zamawiającego powinno być jak najszersze z uwzględnieniem jedynie przesłanek z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. żeby zmiany nie były istotne, a w niniejszym postępowaniu harmonogram nie jest istotny dla oferty.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie. Podczas rozprawy podtrzymał swoje stanowisko dotyczące odrzucenia oferty Odwołującego wnosząc o oddalenie odwołania oraz obciążenie Odwołującego kosztami postępowania odwoławczego. Stwierdził, iż harmonogram został przewidziany jako część składowa oferty i dlatego nie można twierdzić, że jest to dokument nieistotny. Dla Zamawiającego ma on również takie znaczenie, że przedmiotowe prace finansowane są częściowo przez NFOŚiGW, któremu muszą zostać przedstawione płatności, więc na początku Zamawiający opiera się na harmonogramie ofertowym. Z tego też powodu harmonogram nie może być mniejszy o ok. 2 mln zł od ceny oferty. Nie zgadza się z Odwołującym, że harmonogram dowolnie może przedstawiać płatności, lecz powinien on finansowo odpowiadać ofercie, co jest logiczne i oczywiste. Zamawiający chciałby poprawić harmonogram, jednak zaistniały błąd nie da się usunąć w wyniku prostego wprowadzenia poprawki, poza tym mogą być różne sposoby jego poprawienia, gdyż jego wygląd zależy od natężenia robót na danym etapie, które przewiduje wykonawca, zatem Zamawiający nie mógłby tego dokonać bez uzgodnienia i negocjacji z wykonawcą, co z kolei byłoby niezgodne z art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Poza tym w punkcie 3.3. IDW (specyfikacji istotnych warunków zamówienia) wskazał dodatkowe koszty, które musiały być ujęte w kosztorysie i harmonogramie obejmujące jednorazowe opłaty, które nie nadają się do proporcjonalnego doliczenia do poszczególnych miesięcy. Uznał także, iż uzasadnienie odrzucenia oferty odpowiada zarzutowi, który Zamawiający miał w stosunku do oferty Odwołującego, zatem jest wystarczające.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania, a także na podstawie oświadczeń złożonych w pismach oraz podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Izba stwierdziła

także, że Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z wymogiem punktu 13.3. IDW (specyfikacji istotnych warunków zamówienia) „Zawartość oferty”, jednym z dokumentów składających się na „kompletną ofertę” miał być „wstępny harmonogram rzeczowy sporządzony w MS Project (lub innym równoważnym oprogramowaniu umożliwiającym analizę ścieżki krytycznej) oraz wstępny harmonogram finansowy sporządzony w programie MS Exel (lub innym równoważnym oprogramowaniu oferującym podobne funkcje) przedstawiający wartość i rodzaj wykonywanych prac w poszczególnych miesiącach” (pkt 13.3.1.14.).

Odwołujący dołączył harmonogram rzeczowy i finansowy w postaci dwóch osobnych dokumentów, przy czym spór dotyczy harmonogramu finansowego, w którym suma płatności została wskazana na kwotę 7.851.373 zł (wg wyjaśnień Odwołującego – netto), podczas gdy cena netto oferty to 9.828.000 zł, a brutto 12.088.440 zł.

Izba podziela pogląd Zamawiającego, że nawet w braku takiego wyraźnego zastrzeżenia w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, kwota płatności zawarta w harmonogramie finansowym powinna odpowiadać cenie oferty, co jest oczywiste z tego względu, że Zamawiający zobowiązany będzie do dokonania płatności właśnie w takiej kwocie (z zastrzeżeniem oczywiście ewentualnych różnic wynikających z wynagrodzenia kosztorysowego, wykonywania prac zamiennych, odstąpienia od umowy itp. okoliczności), przy tym dla Zamawiającego istotnym czynnikiem może być zaplanowanie i zabezpieczenie wydatkowania środków finansowych w taki sposób, by był on się w stanie ze swoich zobowiązań płatniczych wywiązać.

Po zapoznaniu się z wymaganiami Zamawiającego w stosunku do spornego harmonogramu oraz wyglądem tego dokumentu zawartego w ofercie Odwołującego Izba stwierdziła, że dokument ten nie podlega uzupełnieniu w oparciu o art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 ani poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Co do zasady nie ma przeszkód, by harmonogram uzupełnić na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeśli zamawiający określi go jako dokument, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli dokument potwierdzający spełnianie przez roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. Wymagania zamawiających dotyczące zawartości harmonogramów finansowo – rzeczowych są różne i zdarzają się sytuacje, w których dokumenty te mogą mieć taki charakter, np. gdy zamawiający wymaga, aby opisywały one przewidywany sposób zarządzania projektem według przyjętej metodyki. Jednak w niniejszym przypadku to nie

miało miejsca, gdyż Zamawiający żadnych szczególnych wymagań w stosunku do robót budowlanych, których spełnienie miałyby wykazywać harmonogram, nie przewidział, a sporny harmonogram też ich nie zawierał. Zatem nie wystąpiła tu przesłanka uzupełnienia dokumentu na powyższej podstawie.

Nie ma również przeszkód prawnych, które generalnie wyłączałyby możliwość poprawienia w harmonogramie omyłek polegających na niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Jednakże w przypadku zaistniałej w ofercie Odwołującego niezgodności pomiędzy kwotą zaplanowaną w harmonogramie jako kwota do zapłaty, różniącą się od kwoty oferty o prawie 2 miliony złotych, czyli ponad 20% ceny oferty netto, Zamawiający nie mógłby zastosować prostego poprawienia zaistniałej „omyłki”.

Zgodnie z wymaganiami Zamawiającego harmonogram finansowy nie mógł zawierać dowolnego podziału płatności, lecz miał odnosić się do wartości i rodzaju wykonywanych prac w poszczególnych miesiącach, tym samym Zamawiający musiałby na podstawie kosztorysu, harmonogramu rzeczowego, poprawianego harmonogramu finansowego (przy czym informacje w obu sporządzonych przez Odwołującego harmonogramach są dość skąpe), projektu, SWTiORB i innych dostępnych mu dokumentów, dokonać analizy kolejności i kosztów planowanych przez Odwołującego prac, a następnie sporządzić nowy harmonogram, co stanowczo wykracza poza dyspozycję art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Tym samym Izba uznała, że Zamawiający prawidłowo dokonał odrzucenia oferty Odwołującego.

Jakkolwiek można się zgodzić z Odwołującym, że Zamawiający mógł przedstawić szersze uzasadnienie faktyczne swojego stanowiska niż tylko odwołać się do punktu 13.3.1.14. IDW (specyfikacji istotnych warunków zamówienia), lecz nie ma to wpływu na poprawność odrzucenia oferty Odwołującego i wynik postępowania.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji odwołanie oddalając.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 2 i § 3 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: