

WYROK

z dnia 17 października 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 października 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 września 2014 r. przez Skanska S. A. w Warszawie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Skarb Państwa - Wojskowy Zarząd Infrastruktury w Poznaniu,

przy udziale wykonawcy ALSTAL GRUPA BUDOWLANA Sp. z o.o., Sp. k. w Inowrocławiu zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu powtórzenie oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia na budowę myjni pojazdów gąsienicowych oraz kołowych – wykonanie robót budowlanych – CSWL Biedrusko, w tym podanie pełnego uzasadnienia faktycznego tych czynności,
2. kosztami postępowania obciąża Skarb Państwa - Wojskowy Zarząd Infrastruktury w Poznaniu i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Skanska S. A. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Skarbu Państwa - Wojskowego Zarządu Infrastruktury w Poznaniu na rzecz Skanska S. A. w Warszawie kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 Poznaniu.

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający, Skarb Państwa - Wojskowy Zarząd Infrastruktury w Poznaniu, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę myjni pojazdów gąsienicowych oraz kołowych – wykonanie robót budowlanych – CSWL Biedrusko.

Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w BZP nr 159809-2013 z dnia 23.07.2014 r.

W dniu 25.09.2014 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o jego wynikach, w tym o odrzuceniu oferty Skanska S. A. w Warszawie.

W dniu 30.09.2014 r. Skanska S. A. w Warszawie wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem odrzucenia jej oferty, w tym zaniechania podania uzasadnienia faktycznego odrzucenia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 ustawy poprzez przygotowanie i przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji;
2. art. 87 ust. 1 ustawy poprzez zaniechanie zażądania od Odwołującego wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, w sytuacji gdy dokonanie tej czynności miałooby wpływ na poprawną ocenę oferty Odwołującego;
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w zw. z art 7 ustawy poprzez odrzucenie oferty Skanska SA wobec niezasadnego przyjęcia, że jest ona niezgodna z SIWZ;

4. art. 91 ustawy poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty ALSTAL Sp. z.o.o. Sp.k., chociaż jej oferta nie miała najniższej ceny.
5. art 92 ust 1 pkt 2 Pzp poprzez nie podanie uzasadnienia faktycznego dla odrzucenia oferty Odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i:

- unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty ALSTAL Sp. z.o.o. Sp.k., jako oferty najkorzystniejszej;
 - unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego;
 - powtórzenie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty złożonej przez Odwołującego, w tym wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści jego oferty oraz dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej;
- ewentualnie:
- nakazanie Zamawiającemu w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp unieważnienia postępowania, w sytuacji gdyby Krajowa Izba Odwoławcza doszła do wniosku, iż należy uznać że zasady równoważności nie zostały w prawidłowy sposób ustalone, co skutkuje niemożnością rzetelnej oceny oferty w zakresie równoważności.

W uzasadnieniu odwołania m.in. wskazano, iż w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego, Zamawiający nie wskazał podstaw faktycznych tej czynności. Ponadto odwołujący podkreślał i wywodził, że jego oferta została przygotowana i złożona według wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) oraz rozpatrywana jako całość jest generalnie zgodna z jej treścią oraz podlega ewentualnemu wyjaśnieniu w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. Konkretnie wywodził, że zaoferowany przezeń system mycia pojazdów jest zgodny z wymaganiami Zamawiającego opisanymi w SIWZ.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

W zawiadomieniu z dnia 25 września 2014 r. o odrzuceniu oferty Odwołującego, Zamawiający wskazał, iż odrzuca ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako nieodpowiadającą treści SIWZ.

Natomiast w ramach uzasadnienia faktycznego czynności wskazano:

Wykonawca zastosował niezgodną z treścią SIWZ technologię mycia pojazdów gąsienicowych i kołowych, przedstawiona w ofercie SKANSKA S.A. technologia jest niezgodna z załączonym do SIWZ projektem wykonawczym pn. „Technologia myjni pojazdów gąsienicowych i kołowych” (technologia - opis.pdf). oraz z udzieloną w dniu 26 sierpnia 2014 r. Wykonawcom odpowiedzią na pytanie nr 44, w której Zamawiający nie wyraził zgodny na zmianę technologii myjni.

Powołane w treści ww. pisma, pytanie nr 44 oraz odpowiedź Zamawiającego brzmiały:

PTYTANIE NR 44

Czy dopuszcza się zmiany w dokumentacji projektowej spowodowane wprowadzeniem innej niż przewidziana w dokumentacji technicznej technologii mycia (np. zmiana gabarytów budynku)?

ODPOWIEDŹ NA PYTANIE NR 44

Zamawiający nie dopuszcza wprowadzenia zmian w dokumentacji projektowej oraz przyjętej technologii mycia pojazdów gąsienicowych i kołowych, gdyż wprowadzenie takich zmian jak np. zmiana gabarytów budynku wiąże się również ze zmianą projektu zagospodarowania terenu, a przez to spowodowałyby konieczność opracowania projektu zamiennego, ponownego uzyskania opinii i uzgodnień oraz uzyskania decyzji o zmianie pozwolenia na budowę. Efektem takiego działania byłoby odsunięcie w czasie realizacji obiektu niezbędnego do właściwej obsługi sprzętu będącego na wyposażeniu CSWLąd obiekt nr 3 – Biedrusko.

Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie 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.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, a których naruszenie przez Zamawiającego zarzucał Odwołujący, wskazać należy, iż art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem poprawienia niezgodności oferty i SIWZ wskazanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie; tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami siwz (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również tradycyjnie są pomieszczone w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ, ewentualnie uzupełniającymi treść SIWZ modyfikacjami, wyjaśnieniami i odpowiedziami zamawiającego.

Reasumując powyższe, można generalnie przyjąć, iż niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ; ewentualnie na

niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie (nawet przy jego rzeczywistej materialnej zgodności z wymaganiami zamawiającego). Natomiast zastosowanie ww. przepisu jest możliwe jedynie w sytuacji niemożliwości wyjaśnienia treści oferty i potwierdzenia w ten sposób jej zgodności z treścią SIWZ (na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, z zastrzeżeniem generalnego zakazu zmian w jej treści wynikającym ze zdania drugiego tego przepisu) lub przeprowadzenia dopuszczalnych zmian w treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Ponadto należy wskazać, iż zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy, zamawiający niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty, jednocześnie zawiadamia o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Rozpatrując i oceniając podstawy faktyczne odrzucenia oferty Odwołującego wskazane przez zamawiającego w zawiadomieniu z dnia 25 września br., Izba stwierdziła, iż Zamawiający żadnych podstaw faktycznych dokonanej przez siebie czynności właściwie nie podał. Wskazał jedynie ogólnie na niezgodność oferty z dwoma obszarami norm wynikającymi z SIWZ czy odpowiedzi dotyczących jej treści. Mianowicie stwierdził, że oferta jest niezgodna: po pierwsze z częścią dokumentacji projektowej – projektem wykonawczym opisującym technologię myjni; po drugie z odpowiedzią na pytanie dotyczące możliwości wprowadzenia zmian w dokumentacji projektowej sporządzonej przez Zamawiającego.

Jak wynika z powyższego, Zamawiający nie podał i nie opisał, z którymi konkretnie materialnymi bądź formalnymi wymaganiami specyfikacji oferta Wykonawcy jest niezgodna oraz na czym ta niezgodność polega – nie wskazał, których informacji w treści oferty zabrakło lub z jakich powodów informacje podane uznaje za niewystarczające lub niezgodne z SIWZ. Nie wskazał więc w związku z jakimi okolicznościami faktycznymi uznaje technologię zaoferowaną przez Odwołującego za niezgodną z wymaganiami SIWZ.

Przy czym zaznaczyć należy, że samo generalne wskazanie niezgodności oferty z projektem wykonawczym albo wskazaną odpowiedzią, nie jest zrozumiałe samo przez się. Rzeczono dokumenty nie ustanawiały bynajmniej prostych i jednorodnych wymagań, z którymi oferta Wykonawcy mogła popaść w sprzeczność tylko na jeden sposób. Przeciwnie – projekt wykonawczy przewidywał szereg skomplikowanych rozwiązań, norm i parametrów, których rozwiązania oferowane mogły nie spełnić na wiele różnych sposobów i z wielu powodów. Na podstawie treści zawiadomienia o odrzuceniu oferty nie sposób również ustalić na czym mogła polegać druga wskazana niezgodność oferty (z odpowiedzią na pytanie nr 44), którą

Zamawiający w swoim piśmie wspomniał i wskazał, ale nie uzasadnił i nie opisał. Skoro w samej ofercie Wykonawca twierdził, że oferowana technologia jest zgodna z wymaganiami SIWZ i nie będzie wymagała żadnych zmian projektowych w dokumentacji przygotowanej przez Zamawiającego, należałoby podać w związku z jakimi okolicznościami Zamawiający stwierdza, że jest inaczej.

Pośrednio wadliwość samej czynności ze względu na zaniechanie jej należytego uzasadnienia potwierdzał sam Zamawiający, przekazując Izbie opinie techniczne Projektanta, gdzie wymieniano szereg konkretnych okoliczności faktycznych, na których niezgodność oferowanej przez Skanska S.A. technologii miała polegać i się do nich sprowadzać. W świetle powyższego, podanie tego typu informacji od razu, w uzasadnieniu czynności odrzuceniu oferty, było możliwe i nie nastroczało żadnych trudności.

W związku z powyższym należało potwierdzić zarzut odwołania i orzec naruszenie przez Zamawiającego dyspozycji art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy przez brak podania podstawy faktycznej odrzucenia oferty Odwołującego, co spowodowało wadliwość samej czynności odrzucenia oferty.

Przy czym zaznaczyć należy, iż naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy przez brak podania faktycznego uzasadnienia odrzucenia oferty nie jest naruszeniem li tylko formalnym, ale może mieć wpływ na przebieg, a tym samym wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Mianowicie podanie podstaw faktycznych odrzucenia oferty i akuratne ich opisanie warunkuje zakres wnoszenia i rozpoznania środków ochrony prawnej względem takiej czynności. Natomiast sposób i możliwość korzystania ze środków ochrony prawnej ma bezpośredni wpływ na wynik postępowań o udzielenie zamówienia, o którym mowa w art. 192 ust. 2 Pzp.

Zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Tym samym zakres orzekania Izby wyznacza zakres zarzutów zawartych w odwołaniu. Natomiast zakres zarzutów zawartych w odwołaniu wyznacza zakres zarzutów podniesionych względem oferty w uzasadnieniu czynności jej odrzucenia przez zamawiającego. Wykonawcy mogą w odwołaniu sensownie podnieść zarzuty jedynie względem takich podstaw faktycznych czynności, które zostały im zakomunikowane przez zamawiającego w uzasadnieniu tej czynności. Nie mogą sensownie podnosić zarzutów względem powodów odrzucenia ich oferty, których mogą się jedynie domyślać lub które zamawiający

podał im na przykład dopiero w odpowiedzi na odwołanie albo na rozprawie, a uprzednio nie raczył wyrazić. Jakiegokolwiek podstawy odrzucenia oferty, które nie zostały wyrażone bezpośrednio, zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy, w ramach uzasadnienia danej czynności, ale są podnoszone przez zamawiającego dopiero w trakcie postępowania odwoławczego, nie mogą zostać wzięte pod uwagę przy wyrokowaniu przez Izbę. Powołany przepis art. 92 ust. 1 pkt 2, w zestawieniu z regulacjami dotyczącymi środków ochrony prawnej przewidzianymi w ustawie, służy m.in. zapobieganiu takim sytuacjom, w których wykonawcy dowiadują się o stwierdzonych przez zamawiającego wadach w ich ofertach, dopiero w ramach postępowania odwoławczego, ryzykując poniesienie jego kosztów.

W związku z powyższym jakiegokolwiek uzupełnienia powodów odrzucenia oferty dokonywane w trakcie postępowania odwoławczego nie mogą wywrzeć wpływu na jego przebieg. Natomiast inaczej należałoby odnieść się do sytuacji, w której zamawiający unieważnia pierwotną czynność odrzucenia oferty, a następnie ją powtarza (jako czynność nową) – tym razem już z podaniem pełnego uzasadnienia faktycznego tej czynności. W takim przypadku odwołanie (o ile nie zostałyby cofnięte) podlegałoby oddaleniu na podstawie art. 192 ust. 2 Pzp, w związku z brakiem „w obrocie” czynności, której odwołanie dotyczyło. Natomiast wykonawca miałby możliwość oceny zasadności wniesienia odwołania względem nowej, akuratnie już uzasadnionej, czynności zamawiającego, w terminie liczonym od dnia podjęcia tej czynności.

Ze względu na powyższe, w ramach przedmiotowego postępowania odwoławczego Izba nie orzekła o żadnych powodach odrzucenia oferty Odwołującego (czyli o jej ewentualnej niezgodności z SIWZ), które nie zostały podane w uzasadnieniu czynności odrzucenia, ale były podnoszone przez uczestników postępowania w składanych pismach procesowych. Natomiast w związku z popełnionym naruszeniem art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp, Izba uwzględniła odwołanie względem tak przeprowadzonej czynności i nakazała Zamawiającemu jej powtórzenie wraz z podaniem pełnego uzasadnienia faktycznego czynności, w celu umożliwienia Wykonawcy postawienia zarzutów co do ewentualnie stwierdzonych i akuratnie wyrażonych przez zamawiającego faktycznych podstaw odrzucenia oferty. Przy czym zaznaczyć należy, iż sentencja zapadłego wyroku nie zobowiązuje bynajmniej Zamawiającego do uzyskania dokładnie takiego samego wyniku oceny ofert, jak w przypadku czynności będącej przedmiotem niniejszego odwołania.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 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).

.....