

WYROK
z dnia 16 kwietnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka
Agata Mikołajczyk
Aneta Młacka

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 kwietnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 marca 2021 r. przez odwołującego: wykonawcę Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe "Prowerk" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie

przy udziale:

- A. wykonawcy Kormost Spółka Akcyjna z siedzibą w Bydgoszczy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego
- B. wykonawcy Tioman Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Ostaszewie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego
- C. wykonawcy P. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą R. P. P P H U "Bionatura" zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019, ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Zaprojektowanie i wykonanie zabezpieczeń chroniących przed upadkiem z wysokości w miejscu prześwitów między krawędziami sąsiadujących pomostów obiektów mostowych w ciągu dróg administrowanych przez GDDKiA Oddział w Olsztynie w podziale na 5 zadań”. Wartość ww. zamówienia nie przekracza kwoty, od której uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej zgodnie z przepisami wydanymi na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 1 grudnia 2020 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 759699-N-2020. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia, zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020 ze zm.), jako wszczętego i niezakończonego przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy dotychczasowe, tj. przepisy ustawy Pzp.

I. W dniu 8 marca 2021 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe "Prowerk" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 1 – 5.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji, a tym samym ją utrudniający, a także brak uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty;
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców, którzy zaoferowali krótsze terminy gwarancji niż 15 lat, tj. terminy niezgodne z pkt. 4.4 Programu Funkcjonalno - Użytkowego („PFU”) w zakresie projektu mającego uwzględniać gwarantowaną trwałość zabezpieczeń min. 15 lat;
3. art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie sprostowania omyłki polegającej na niezgodności oferty złożonej przez odwołującego z pkt. 19.1.3 Specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”) poprzez wskazanie w ofercie maksymalnego okresu gwarancji wskazanego na formularzu oferty (w szczególności w

związku z faktem, iż zamawiający sam wywołał ten błąd wskutek sprzecznych wyjaśnień i przywrócenia niezgodności dokumentacji postępowania);

4. art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez brak unieważnienia postępowania ze względu na to, że zostało obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, której skutkiem jest m.in.: brak możliwości montażu zabezpieczeń do słupków certyfikowanych bez zgody producenta ze względu na fakt utraty certyfikacji i gwarancji na elementy infrastruktury drogowej, do której zostanie zamontowany system zabezpieczeń, a tym samym konieczność demontażu infrastruktury i w konsekwencji systemu zabezpieczeń, któremu dedykowane jest postępowanie;
5. a w konsekwencji art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia wyboru najkorzystniejszych ofert w każdym z 5 zadań i unieważnienie postępowania z uwagi na obarczenie postępowania niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp), ewentualnie w przypadku braku uwzględnienia ww. żądania;
2. unieważnienia wyboru najkorzystniejszych ofert w każdym z 5 zadań,
3. odrzucenia ofert wykonawców, którzy zaoferowali krótsze terminy gwarancji niż 15 lat,
4. dokonania ponownej oceny ofert odwołującego oraz sprostowanie omyłki polegającej na niezgodności ofert złożonych przez odwołującego z pkt 19.1.3 SIWZ, które miały zostać złożone na formularzu oferty zawierającej skrócone okresy gwarancji.

II. Pismem wniesionym w dniu 9 kwietnia 2021 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania wskazując, że zarzuty odwołania, pomimo tego że zostały podniesione wobec czynności wyboru ofert najkorzystniejszych, dotyczą treści SIWZ. SIWZ została udostępniona na stronie internetowej zamawiającego w dniu 1 grudnia 2020 r., a jej ostatnia zmiana w dniu 21 grudnia 2020 r. Termin na wniesienie odwołania wobec treści SIWZ upłynął najpóźniej w dniu 28 grudnia 2020 r. W związku z tym w ocenie zamawiającego odwołanie wniesione w dniu 8 marca 2021 r. należy uznać za wniesione po upływie ustawowego terminu i w konsekwencji podlegające odrzuceniu. W przypadku nieuwzględnienia wniosku o odrzucenie odwołania, zamawiający wniósł o jego oddalenie, stwierdzając, że zarzuty podniesione przez odwołującego są bezzasadne.

III. Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpili następujący wykonawcy:

1. Kormost Spółka Akcyjna z siedzibą w Bydgoszczy;
2. Tioman Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Ostaszewie;
3. P. R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą R. P. P P H U "Bionatura".

Wykonawca Tioman Sp. z o.o. sp.k. stanowisko w sprawie przedstawił w piśmie procesowym z dnia 12 kwietnia 2021 r. Ww. wykonawca wniósł o oddalenie odwołania w części dotyczącej zadania nr 2.

Wykonawca P. R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą R. P. P P H U "Bionatura" stanowisko w sprawie przedstawił na rozprawie. Ww. wykonawca wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Mając na uwadze, że odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 marca 2021 r., do postępowania odwoławczego, zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020 ze zm.), mają zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp z 2019 r.”.

Izba nie dopuściła wykonawcy Freyssinet Polska Sp. z o.o. do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika tego postępowania przystępującego po stronie odwołującego. Jak wynika z informacji przekazanych przez zamawiającego oraz podanych w piśmie ww. wykonawcy stanowiącym zgłoszenie przystąpienia do postępowania kopia odwołania została przekazana wykonawcom w dniu 9 marca 2021 r. Termin na zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, zgodnie z przepisem art. 525 ust. 1 i 2 ustawy Pzp z 2019 r. (3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania), upłynął zatem w dniu 12 marca 2021 r., natomiast zgłoszenie przystąpienia do postępowania wykonawcy Freyssinet Polska Sp. z o.o. wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 marca 2021 r., tj. z uchybieniem ustawowego terminu na dokonanie tej czynności. Niedochowanie ww. wymogu formalnego skutkuje uznaniem braku skuteczności zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Izba nie uwzględniła wniosku zamawiającego o odrzucenie odwołania. Wprawdzie w ramach zarzutów odwołania odwołujący wskazał między innymi na naruszenie przepisu art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, jednakże jak wynika z dalszej treści odwołania zarzuty w nim podniesione zostały skierowane wobec czynności badania i oceny ofert oraz czynności wyboru ofert najkorzystniejszych i zaniechania unieważnienia postępowania. Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej została przekazana wykonawcom w dniu 3 marca 2021 r. (w przypadku zadania nr 1 i 2) oraz w dniu 4 marca 2021 r. (w przypadku zadania nr 3, 4 i 5), a zatem odwołujący wnosząc odwołanie w dniu 8 marca 2021 r. dochował ustawowego terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp (5 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę wniesienia odwołania, w przypadku gdy informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej).

Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Jak wynika z dokumentacji postępowania wymagania zamawiającego w zakresie okresu gwarancji, który zobowiązani byli podać wykonawcy w treści oferty złożonej w postępowaniu, zostały ostatecznie ustalone w dniu 21 grudnia 2020 r. W odpowiedzi na pytanie jednego z wykonawców zamawiający poinformował, że dokonał zmiany w punkcie 19.1.3 SIWZ – Instrukcja dla Wykonawców („IDW”) Opis kryterium „Okres gwarancji” przywracając możliwość zaoferowania okresów gwarancji określonych pierwotnie w IDW. Jednocześnie zamawiający potwierdził, że przewidywanej trwałości nie należy utożsamiać z gwarancją udzielaną na przedmiot zamówienia (pismo zamawiającego z dnia 21 grudnia 2020 r. „Wyjaśnienia treści SIWZ”; odpowiedź na pytanie nr 8). Załącznikiem do ww. pisma była m.in. aktualna SIWZ – IDW (Tom I).

Postanowieniu zawartemu w pkt 19.1.3 SIWZ – IDW nadano następujące brzmienie:

Opis kryterium „Okres gwarancji” (G):

Kryterium „Okres gwarancji” będzie rozpatrywany na podstawie długości okresu gwarancji na roboty budowlane, zadeklarowanego przez Wykonawcę w pkt 5 formularza Oferty. W tym kryterium można uzyskać maksymalnie 25 punktów.

Wykonawca może zaproponować okres gwarancji w przedziale od 5 do 10 lat w pełnych latach, tj. 5 lub 6 lub 7 lub 8 lub 9 lub 10 lat.

Ilość punktów (G) zostanie przyznana w następujący sposób:

- okres gwarancji 5 lat: 0 pkt,

- okres gwarancji 6 lat: 5 pkt,

- okres gwarancji 7 lat: 10 pkt,
- okres gwarancji 8 lat: 15 pkt,
- okres gwarancji 9 lat: 20 pkt,
- okres gwarancji 10 lat: 25 pkt.

UWAGA: W przypadku błędnego wypełnienia oferty w zakresie okresu gwarancji, tj. braku wskazania, bądź wskazania innego, niż opisany w pkt 19.1.3. IDW okres gwarancji, oferta otrzyma 0 pkt, a okres gwarancji zostanie przyjęty jako minimalny (5 lat).

Powyższe zmiany znalazły odzwierciedlenie w treści zmienionego formularza oferty, stanowiącego również załącznik do ww. pisma zamawiającego z 21 grudnia 2020 r.

Ponadto w pkt 13.6 SIWZ – IDW (Tom I) zamawiający zawarł następujące postanowienie: *„W przypadku rozbieżności pomiędzy treścią niniejszej SIWZ a treścią udzielonych wyjaśnień lub zmian SIWZ, jako obowiązującą należy przyjąć treść pisma zawierającego późniejsze oświadczenie Zamawiającego.”*

Z powyższego wynika zatem, że zamawiający w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości określił kryterium oceny ofert „Okres gwarancji”, w tym zasady przyznawania wykonawców punktów w ramach tego kryterium. Poszczególnym okresom gwarancji została przyporządkowana konkretna ilość punktów. Jednocześnie zamawiający wyraźnie wskazał, że w przypadku zaoferowania innego okresu gwarancji niż określony w pkt 19.1.3 IDW oferta nie otrzyma w tym kryterium punktów. Ww. postanowienia były jasne, a wykonawcy biorący udział w postępowaniu obowiązani byli je zastosować przy sporządzaniu oferty. W celu uniknięcia jakichkolwiek wątpliwości zamawiający wskazał, że przewidywanej trwałości nie należy utożsamiać z gwarancją udzielaną na przedmiot zamówienia. Dodatkowo, w treści SIWZ wyraźnie zaznaczone, że wykonawcy obowiązani są uwzględniać treść SIWZ wynikającą z późniejszego pisma zamawiającego. Oferty zawierające okres gwarancji zgodnie z wymaganiami zamawiającego określonymi w pkt 19.1.3 SIWZ - IDW otrzymały odpowiednią ilość punktów wskazaną w tym postanowieniu SIWZ. Odwołujący do ww. wymagania zamawiającego nie zastosował się i w konsekwencji powyższego otrzymał 0 pkt. W tym stanie rzeczy zarzut zaniechania odrzucenia ofert wykonawców, którzy zaoferowali okres gwarancji zgodnie z ww. postanowieniem SIWZ, należy uznać za oczywiście bezzasadny. Skoro treść ofert tych wykonawców jest zgodna z treścią SIWZ to brak jakichkolwiek podstaw do zastosowania przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Jeżeli odwołujący uważał, że zamawiający w sposób niewłaściwy uregulował kryterium oceny ofert „Okres gwarancji”, to powinien był wnieść odwołanie na treść SIWZ. Zachowanie odwołującego polegające na zignorowaniu ostatniej zmiany treści SIWZ w zakresie ww. kryterium oceny ofert trzeba uznać za niewłaściwe. Należy również zauważyć, że zarzuty odwołania są ze sobą sprzeczne.

Podnosząc zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odwołujący domaga się odrzucenia ofert wykonawców, którzy zaoferowali okres gwarancji zgodny z treścią pkt 19.1.3 SIWZ – IDW, natomiast podnosząc zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp odwołujący zarzuca zamawiającemu zaniechanie poprawienia w jego ofercie omyłki polegającej na niewskazaniu okresu gwarancji zgodnie z treścią ww. postanowienia SIWZ - IDW. Powyższe zarzuty pozostają z kolei w sprzeczności z zarzutem naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, w ramach którego odwołujący domaga się unieważnienia postępowania z uwagi na to, że zostało obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Odnosząc się natomiast do zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp należy wskazać, że przesłanki zastosowania tego przepisu nie zostały przez odwołującego wykazane i w związku z tym zarzut ten nie podlegał uwzględnieniu. Niezależnie od tego trzeba wskazać, że jak wynika z pozostałej treści odwołania jak i ustnego stanowiska odwołującego przedstawionego na rozprawie w powyższym zakresie nie doszło do omyłki, gdyż zamiarem odwołującego było zaoferowanie dłuższego okresu gwarancji niż wskazany w pkt 19.1.3 SIWZ-IDW. Odwołujący stwierdził, że przygotowując ofertę nie uwzględnił wyjaśnień zamawiającego z dnia 21 grudnia 2020 r., gdyż w jego ocenie były one nielogiczne. Świadome niezastosowanie się do określonych postanowień SIWZ z pewnością wyklucza możliwość poprawienia omyłki w ofercie wykonawcy na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Odnosząc się do zarzutu zaniechania unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp należy w pierwszej kolejności stwierdzić, że odwołujący nie wykazał wystąpienia niemożliwej do usunięcia wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jak wskazano powyżej wymagany okres gwarancji został przez zamawiającego uregulowany w sposób jednoznaczny. Odwołujący powołał się na odmienne uregulowanie zawarte w pkt 4.4 PFU dotyczące gwarantowanej trwałości zabezpieczenia antykorozyjnego siatek, w przypadku zastosowania przez wykonawcę innego zabezpieczenia antykorozyjnego niż opisany przez zamawiającego (*„Siatki powinny być wykonane ze stali nierdzewnej lub ocynkowane ogniowo o grubości powłoki cynkowej min. 65 µm oraz posiadać powłokę polimerową o grubości min 200 µm. Dopuszcza się inne zabezpieczenie antykorozyjne siatek, wcześniej zaakceptowane przez Zamawiającego, przy założeniu gwarantowanej trwałości zabezpieczenia min. 15 lat dla założonej kategorii korozyjności środowiska C4”*). Jednakże dokonując zmiany SIWZ zamawiający postanowił, że przewidywanej trwałości nie należy utożsamiać z gwarancją udzielaną na przedmiot zamówienia. To stwierdzenie zamawiającego odnosiło się ww. postanowienia PFU, co wynika z treści zadanego pytania, na które zamawiający udzielił odpowiedzi. Odwołujący nie wykazał sprzeczności pomiędzy ww. postanowieniami SIWZ dotyczącymi okresu trwałości oraz okresu gwarancji. W pierwszym przypadku mamy do czynienia z kategorią techniczną, a w drugim

z kategorią prawną – długość okresu gwarancji co od zasady zależy od oświadczenia gwaranta złożonego w tym przedmiocie. Jak można wnioskować na podstawie treści odwołania w ocenie odwołującego w przypadku postanowienia zawartego w pkt 4.4 PFU mamy do czynienia z jakimś szczególnym okresem trwałości. Kwestia ta nie została jednak wyjaśniona przez odwołującego, poza powołaniem się na rozprawie na posłuzenie się przez zamawiającego wyrazem „gwarantowany”, co miałyby sugerować że chodzi o gwarancję na gruncie prawnym. Argument ten jest w ocenie Izby niezasadny. Gdyby zamawiający miał na myśli okres gwarancji, to napisałby to wprost, tym bardziej że mamy w tym przypadku do czynienia z pojęciem prawnym. Należy zauważyć, że istotnie w ramach wyjaśnień z dnia 15 grudnia 2020 r. zamawiający przedstawił stanowisko, które można odczytywać jako potwierdzenie sprzeczności pomiędzy ww. postanowieniami SIWZ, jednakże ostatecznie stanowisko to zamawiający zmienił, czemu dał wyraz w treści wyjaśnień z dnia 21 grudnia 2020 r. oraz dokonanych zmianach dokumentacji postępowania. Z kolei twierdzenia odwołującego co do braku możliwości montażu zabezpieczeń do słupków certyfikowanych bez zgody producenta ze względu na fakt utraty certyfikacji i gwarancji na elementy infrastruktury drogowej, do której zostanie zamontowany system zabezpieczeń spodziewanego – w przypadku ofert, które zostały wybrane jako najkorzystniejsze w poszczególnych zadaniach – nie zostały przez odwołującego w żaden sposób udowodnione i tym samym stanowią jedynie przypuszczenia co do zdarzeń mogących mieć miejsce w przyszłości.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie i w związku z tym orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 553 ustawy Pzp z 2019 r.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp z 2019 r. oraz § 8 ust. 2 zdanie pierwsze rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:

.....

.....