

Sygn. akt IX Ca 40/15

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 13 marca 2015 r.

Sąd Okręgowy w Olsztynie IX Wydział Cywilny Odwoławczy

w składzie:

Przewodniczący:	SSO Dorota Ciejek (spr.)
Sędziowie:	SSO Mirosław Wieczorkiewicz SSO Krystyna Skiepmo
Protokolant:	sekr. sądowy Aneta Bodnar

po rozpoznaniu w dniu 5 marca 2015 r. w Olsztynie

na rozprawie

sprawy ze skargi wykonawcy A. S..p.A. z siedzibą w R.

z udziałem:

- przeciwnika skargi - zamawiającego Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad Oddziału w O.,

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w (...) S.A. z siedzibą w M.,

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W., S.-I. S..p.A. z siedzibą w M., T. C. (...)p.A. z siedzibą w R.,

na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 listopada 2014 r., sygn. akt KIO 2184/14,

I. oddala skargę,

II. zasądza od skarżącego A. S..p.A. z siedzibą w R. na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w (...) S.A. z siedzibą w M. kwotę 3.600 zł (trzy tysiące sześćset złotych) tytułem kosztów postępowania.

Sygn. akt IX Ca 40/15

UZASADNIENIE

Zamawiający Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa drogi ekspresowej (...) na odcinku

M.-O., pododcinek O. Północ-O. P. w ciągu drogi (...) wraz z budową obwodnicy O. w ciągu drogi krajowej nr (...) (pododcinek (...))”.

Wykonawca A. S.p.A. z siedzibą w R. złożył w powyższym postępowaniu ofertę. Zaoferowana przez niego cena wynosiła 1.124.524.384,13 PLN (po poprawieniu omyłki 1.124.520.419,53 PLN) przy budżecie zamawiającego wynoszącym 1.452.582.861,68 PLN, co stanowi 77% tego budżetu. Oferta ta była druga w kolejności pod względem ceny.

Zamawiający powziął podejrzenia, że zaoferowana przez wykonawcę cena jest rażąco niska i w związku z tym na podstawie art. 90 ust. 1 i art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wezwał go do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny oraz treści oferty.

A. S.p.A. z siedzibą w R. udzielił szczegółowych odpowiedzi odnośnie ceny i przyjętej metody kalkulacji, których treść zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa. W swoich wyjaśnieniach wskazał, że zamawiający dopuścił w pewnych granicach zoptymalizowanie przekazanej dokumentacji stosownie do wyników badań geotechnicznych, jakie wykonawca winien przeprowadzić w trakcie realizacji umowy. Wobec tego, że w ocenie wykonawcy dokumentacja geotechniczna zamawiającego jest niewystarczająca, zlecił przeprowadzenie dodatkowych badań. Na podstawie wyników tych badań uzyskał pewność co do możliwości zoptymalizowania pewnych rozwiązań projektowych w sposób i w stopniu dozwolonym przez zamawiającego oraz przynoszącym znaczne oszczędności.

Zamawiający dokonał interpretacji wyjaśnień wykonawcy i odrzucił złożoną przez niego ofertę, wskazując, że przewidywała ona inny sposób wykonania zamówienia niż wynikało to z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Wykonawca A. S.p.A. z siedzibą w R. wniósł odwołanie wobec odrzucenia jego oferty i wyboru najkorzystniejszej oferty konsorcjum wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (...) spółki z o.o. z siedzibą w W., S.-I. S.p.A. z siedzibą w M., T. C. (...)p.A. z siedzibą w R..

Wyrokiem z dnia 7 listopada 2014 r. Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie wykonawcy A. S.p.A. z siedzibą w R..

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej decyzja zamawiającego o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych była prawidłowa.

Według ustalonego przez Krajową Izbę Odwoławczą stanu faktycznego przedmiotowe zamówienie realizowane będzie w formule (...)na podstawie dokumentacji projektowej dostarczonej przez zamawiającego. Zamawiający w warunkach kontraktu zastosował zmodyfikowaną subklauzulę 13.1 (...), której nadał treść: Jeżeli zdaniem Wykonawcy dla realizacji Kontraktu zgodnie z zasadami wiedzy technicznej, dla zakresu robót objętych przedmiotem zamówienia będzie konieczne dokonanie zmiany, wówczas wykonawca zgłosi konieczność jej wprowadzenia Inżynierowi. Inżynier oceni wystąpienie Wykonawcy i jeżeli uzna zmianę za konieczną, niezbędną i uzasadnioną technicznie, zainicjuje wówczas, z uwzględnieniem S.3.1. [Obowiązki i upoważnienia Inżyniera] wprowadzenie Zmiany w zakresie niezbędnym dla prawidłowej realizacji Kontraktu (...). Wykonawca nie wprowadzi żadnych zmian jeśli Inżynier nie poleci Zmiany. W przeciwnym przypadku, Wykonawca może być zobowiązany do przywrócenia Robót do stanu sprzed wprowadzonej Zmiany, w tym ewentualnej rozbiórki wykonanych Robót, na koszt i ryzyko Wykonawcy.

Odwołujący złożył ofertę z ceną 1.124.520.419,53 zł. Wśród złożonych ofert, była to druga oferta w kolejności pod względem ceny.

W dniu 1 września 2014 r. zamawiający wezwał odwołującego na podstawie art. 90 ust. 1 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oraz wyjaśnień dotyczących treści oferty. Zamawiający wskazał, że powziął podejrzenia zaoferowania rażąco niskiej

ceny oraz że jego wątpliwości wzbudza zarówno cena oferty ogółem, jak i poszczególne elementy oferty mające wpływ na wysokość ceny. Zamawiający zadał odwołującemu szczegółowe pytania dotyczące cen 99 pozycji kosztorysowych.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie odwołujący udzielił wyjaśnień, których treść zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Wskazał w nich, że dopuścił w pewnych granicach zoptymalizowanie przekazanej dokumentacji stosownie do wyników badań geotechnicznych, jakie wykonawca winien przeprowadzić w trakcie realizacji umowy. Wykonawca doszedł do przekonania, że dokumentacja geotechniczna zamawiającego jest niewystarczająca i zlecił przeprowadzenie dodatkowych badań, a na podstawie wyników tych badań uzyskał pewność co do możliwości zoptymalizowania pewnych rozwiązań projektowych w sposób i w stopniu dozwolonym przez zamawiającego oraz przynoszącym wymierne oszczędności.

W dniu 10 października 2014 r. zamawiający odrzucił ofertę odwołującego A. S..p.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, wskazując że wykonawca zaproponował wykonanie części przedmiotu zamówienia nie w oparciu o przekazaną przez zamawiającego dokumentację projektową i (...), lecz w oparciu o własne rozwiązania techniczne, do zastosowania których nie był uprawniony. Oznacza to, że wykonawca złożył niedopuszczalną w świetle SIWZ ofertę wariantową. Dodatkowo oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny. Wykonawca nie dokonał wyceny poszczególnych elementów na podstawie opisu przedmiotu zamówienia przekazanego przez zamawiającego, lecz na podstawie wprowadzonych przez siebie zmian do dokumentacji projektowej.

W ocenie Izby w złożonych wyjaśnieniach ujawnione zostały podstawy faktyczne do odrzucenia oferty A. S..p.A. z siedzibą w R.. Wykonawca ten podnosił, że nie jest prawdą, iż złożył ofertę zmieniając przedmiot zamówienia, ani że jego oferta jest wariantowa oraz wskazywał, że potwierdził gotowość do wykonania zamówienia zgodnie z dokumentacją przygotowaną przez zamawiającego, z uwzględnieniem dokonania w przyszłości pewnych optymalizacji i wycenieniem ryzyka związanego z taką optymalizacją. Tezie tej przeczy jednak treść udzielonych przez wykonawcę wyjaśnień. W odpowiedzi na pytania nr: 4, 8, 19, 20, 22, 47, 48, 49, 50 i 51 potwierdził on wprost, że dokonał wyceny uwzględniającej optymalizację zaplanowaną na podstawie przeprowadzonych we własnym zakresie badań geotechnicznych lub zastosował rozwiązania równoważne. W odpowiedzi na pytania nr: 65, 66, 67 wskazał natomiast, że oferuje rozwiązania oparte o inne materiały niż przewidziane w dokumentacji projektowej.

Zdaniem Izby treść udzielonych przez odwołującego wyjaśnień prowadzi do wniosku, że wykonawca zaferował wykonanie przedmiotu zamówienia częściowo w inny sposób niż ustalony przez zamawiającego. Szczegółowe odpowiedzi na pytania zamawiającego wskazują, iż wbrew ogólnemu oświadczeniu wykonawcy, że ceny jednostkowe zostały skalkulowane zgodnie z wymaganiami zawartymi w specyfikacjach technicznych i zawierają wszystkie wymagane w nich elementy, odwołujący wycenił przedmiot zamówienia na podstawie przyjętych przez siebie założeń, innych niż wynikające z dokumentacji przekazanej przez zamawiającego. Mimo, że odwołujący nie zmienił opisu poszczególnych pozycji kosztorysowych, to udzielone wyjaśnienia ujawniły, że w rzeczywistości rozwiązania przyjęte do wyceny i objęte oświadczeniem woli wykonawcy różniły się od narzuconych przez zamawiającego.

Odwołujący przyjął, że niektóre elementy przedmiotu zamówienia wykona inaczej niż określono to w dokumentacji projektowej. Tymczasem dokonanie na etapie składania oferty zmian wynikających z przeprowadzonych badań należy uznać w świetle postanowień SIWZ za niedopuszczalne. Na tym etapie wykonawca nie był uprawniony do wprowadzenia zmian do dokumentacji projektowej. Ponadto wycenienie innych rozwiązań niż przewidziane w projekcie stanowi ofertę wariantową, jakiej zgodnie z SIWZ zamawiający nie dopuścił.

Powyższe stanowi o niezgodności oferty z odwołującego z postanowieniami SIWZ i prowadzi do jej nieporównywalności z innymi złożonymi w postępowaniu ofertami, które zostały skalkulowane w oparciu o projekt przekazany przez zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza nie dopatrzyła się natomiast podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy A. ze względu na błąd w obliczeniu ceny. Czynność zamawiającego polegająca na poprawieniu omyłek w ofercie konsorcjum (...) była zgodna z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zdaniem Izby niezasadny był zarzut odwołującego dotyczący zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum (...)z uwagi na zaferowanie rażąco niskiej ceny. Odwołujący nie przedstawił żadnego uzasadnienia faktycznego zarzutu ani argumentacji prawnej na jego poparcie. Ograniczył się bowiem tylko do stwierdzenia, że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę, bowiem cena ta jest niższa od ceny zaoferowanej przez odwołującego.

Wykonawca A. S..p. A. z siedzibą w R. wniósł skargę na powyższy wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, zarzucając mu naruszenie:

1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego zastosowanie i uznanie, że oferta skarżącego podlegała odrzuceniu jako sprzeczna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), podczas gdy oferta ta jest z nią zgodna i gwarantuje realizację zamówienia zgodnie z SIWZ,

2) art. 190 ust. 7 w związku z 191 ust. 2 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego niezastosowanie polegające na nierozważeniu wszechstronnym zebranego materiału dowodowego, w szczególności wyjaśnień z dnia 30 września 2014 r. złożonych zamawiającemu przez skarżącego, co doprowadziło Izbę do błędnej oceny tych wyjaśnień polegającej na uznaniu, że z wyjaśnień wynika, iż oferta skarżącego jest sprzeczna z SIWZ, podczas gdy wniosku takiego nie da się z tych wyjaśnień wyprowadzić,

3) art. 191 ust. 2 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez ich niewłaściwe zastosowanie, tj. błędną ocenę wyjaśnień z dnia 30 września 2014 r. złożonych zamawiającemu przez Skarżącego polegającą na błędnym ustaleniu przez Izbę, że „ujawnione w nich zostały podstawy faktyczne do odrzucenia oferty Odwołującego”, oraz że z ich treści wynika, że skarżący „wprost potwierdził, że dokonał wyceny obejmującej optymalizację zaplanowaną na podstawie przeprowadzonych we własnym zakresie badań geologicznych lub z lub zastosował rozwiązania równoważne”, podczas gdy z treści wymienionych wyjaśnień z dnia 30 września 2014 r. nie wynikają takie wnioski,

4) art. 190 ust. 7 w zw. z art. 191 ust. 2 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędną interpretację SIWZ w zakresie wymagań zamawiającego dotyczących przedmiotu zamówienia, która doprowadziła Izbę do nieprawidłowego wniosku, że wykonawca (w tym skarżący) składając ofertę nie może brać pod uwagę, mimo wskazania takiej możliwości w SIWZ, oprócz wszystkich innych wymogów SIWZ, również możliwości dopuszczonej przez zamawiającego optymalizacji rozwiązań projektowych,

5) art. 196 ust. 4 w zw. z art. 190 ust. 7, art. 191 ust. 2, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niedostateczne wskazanie w uzasadnieniu wyroku motywów rozstrzygnięcia, w szczególności niewyjaśnienie, dlaczego z powoływanych przez Izbę numerów odpowiedzi zawartych w wyjaśnieniach skarżącego z dnia 30 września 2014 r. ma wynikać, że oferta skarżącego jest sprzeczna z SIWZ, co stanowi o podjęciu wyroku bez dostatecznego rozważenia podstawy faktycznej oraz utrudnia skarżącemu - poprzez dogłębne poznanie motywów rozstrzygnięcia - wniesienie skargi do Sądu.

Wskazując na powyższe zarzuty A. S..p.A. domagał się zmiany zaskarżonego wyroku i uwzględnienia wniesionego przez niego odwołania oraz zasądzenia kosztów postępowania.

W uzasadnieniu skargi A. S..p.A. wskazał, że co prawda przeprowadził przed przygotowaniem oferty badania o przyszłych możliwych optymalizacjach, jednak na etapie przetargu sporządził ofertę ściśle według wymagań zamawiającego. Oferta ta nie zawierała żadnych zmian i wyceny innych rozwiązań niż przewidziane w projekcie. Nie była ona zatem ofertą wariantową. Oferta została wyceniona zgodnie z projektem z uwzględnieniem ofert handlowych otrzymanych od podwykonawców, usługodawców i dostawców oraz przy wykorzystaniu posiadanego doświadczenia przy realizacji podobnych inwestycji. Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła się zatem interpretacji oferty na jego niekorzyść.

W odpowiedzi na skargę zamawiający Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad wniósł o oddalenie skargi i zasądzenie od skarżącego na jego rzecz kosztów postępowania skargowego, wskazując w uzasadnieniu na zasadność wyroku Krajowej Izby Odwoławczej.

W odpowiedzi na skargę konsorcjum wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: (...) S.A. z siedzibą w (...) S.A. z siedzibą w R. wniosło o oddalenie skargi i zasądzenie od skarżącego na jego rzecz kosztów postępowania skargowego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga A. S.p.A. nie zasługuje na uwzględnienie. Zaskarżony wyrok Krajowej Izby Odwoławczej pozbawiony jest bowiem wad, które czyniłyby zasadnym zgłoszony przez skarżącego wniosek o jego zmianę i uznanie zasadności odwołania i podniesionych w nim zarzutów.

Sąd Okręgowy podziela w całości ustalenia i poglądy prawne Krajowej Izby Odwoławczej i przyjmuje je jako własne.

Przedmiotem zaskarżonego wyroku była ocena zasadności odrzucenia przez zamawiającego oferty wykonawcy A. S.p.A. z siedzibą w R. jako oferty niezgodnej z SIWZ oraz ocena prawidłowości przyjęcia oferty konsorcjum (...). Zdaniem Sądu Okręgowego wyrok Krajowej Izby Odwoławczej jest zgodny z zakwestionowanymi w skardze przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba wszechstronnie rozważyła zebrany w sprawie materiał dowodowy, a w szczególności wyjaśnienia skarżącego złożone zamawiającemu. Prawidłowo też oceniła te wyjaśnienia i doszła do przekonania, że wystąpiły podstawy do odrzucenia oferty A. S.p.A. z siedzibą w R.. Nie naruszyła tym samym przepisów art. 190 ust. 7 i art. 190 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, nakładających na nią obowiązek wszechstronnego rozważenia zebranego materiału dowodowego i uwzględniania przy wydaniu wyroku stanu rzeczy ustalonego w toku postępowania.

Brak jest też podstaw do uznania za trafny zarzutu naruszenia przez Izbę art. 89 ust.1 pkt 2 prawa zamówień publicznych. Zgodnie z normą tego przepisu zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przepis ten ma charakter obligatoryjny, co oznacza, że w każdym wypadku, gdy ziszczą się przewidziane w nim przesłanki – ofertę należy odrzucić. Oferta wykonawcy powinna zatem potwierdzać, że zaoferowane przez niego rozwiązanie w całości odzwierciedla wszystkie oczekiwania zamawiającego.

W ofercie A. S.p.A. wystąpiły liczne niezgodności treści oferty z wymogami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a zaoferowane przez niego świadczenie nie odpowiada tym wymaganiom. Skarżący zaoferował bowiem wykonanie części przedmiotu zamówienia nie w oparciu o przekazaną przez zamawiającego dokumentację projektową i specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych, ale w oparciu o własne rozwiązania, do zastosowania których nie był uprawniony. Przy wycenie oferty przyjął on bowiem, że pewien zakres robót będzie wykonany nie według wymagań zamawiającego, lecz w oparciu o założoną optymalizację, której dokonał w oparciu o wyniki badań geotechnicznych przeprowadzonych na jego zlecenie.

Krajowa Izba Odwoławcza prawidłowo oceniła, że odpowiedzi na pytania nr: 4, 8,19, 20, 22, 47, 48, 49 i 50 wskazują, że wykonawca przy określeniu ceny zastąpił przedstawione przez zamawiającego rozwiązania projektowe równoważnymi rozwiązaniami, kierując się względami ekonomicznymi. Natomiast odpowiedzi na pytania nr: 6, 66 i 67 wskazują jednoznacznie, że skarżący przyjął rozwiązania oparte o materiały inne, niż wymienione w dokumentacji projektowej. Ponadto Izba słusznie przyjęła, że skarżący w swoich wyjaśnieniach w przypadku kilkudziesięciu pozycji wprost potwierdził, że zostały one wycenione i będą wykonane zgodnie z SIWZ, zaś w przypadku kilku odpowiedzi potwierdzenia takiego nie dokonał, pomimo, że zamawiający tego żądał.

Treść wyjaśnień skarżącego potwierdza zatem w sposób wyraźny, że oferta nie została wyceniona według wymagań zamawiającego, lecz w oparciu o optymalizację dokonaną na podstawie przeprowadzonych badań geotechnicznych lub zastosowania równoważnych rozwiązań. Tymczasem na etapie składania oferty dokonywanie jakichkolwiek

optymalizacji było niedopuszczalne. Możliwość ewentualnej optymalizacji zamawiający przewidział dopiero na etapie realizacji umowy, i jedynie w sytuacjach, gdy wymagać tego będą względy techniczne, a nie ekonomiczne. Zmiany takie muszą być uzgodnione z zamawiającym i przez niego zatwierdzone. Za niedopuszczalną należało uznać zatem optymalizację dokonaną przez skarżącego już na etapie składania ofert, bez zatwierdzenia przez zamawiającego oraz ze względów ekonomicznych, a nie technicznych.

W konsekwencji dokonanie przez skarżącego w dokumentacji projektowej zmian, które wynikały z przeprowadzonych badań oraz wyceniania innych rozwiązań, niż wskazane w SIWZ już na etapie składania ofert było niedopuszczalne i spowodowało, że w rzeczywistości skarżący złożył ofertę wariantową. Tymczasem w niniejszym postępowaniu zamawiający takiej możliwości nie dopuścił. W tej sytuacji Krajowa Izba Odwoławcza prawidłowo oceniła, że zachodzą przesłanki do odrzucenia oferty skarżącego.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji wyroku na podstawie art. 385 k.c. w zw. z art. 198 a ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

O kosztach postępowania skargowego orzeczono na podstawie art. 98 § 1 k.p.c.