Sygn. akt: KIO 1095/12

WYROK
z dnia 11 czerwca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **11 czerwca 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 maja 2012 r. przez **DB Schenker Rail Polska S.A. z siedzibą w Zabrzu,** w postępowaniu prowadzonym przez **Katowicki Holding Węglowy S.A.**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum: **PKP CARGO SERVICE Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, PKP CARGO S.A. z siedzibą w Warszawie, Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, Jastrzębska Spółka Kolejowa Sp. z o.o. z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, poprawienie omyłki w ofercie Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty;

2. Kosztami postępowania obciąża **Katowicki Holding Węglowy S.A.** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **DB Schenker Rail Polska S.A. z siedzibą w Zabrzu** tytułem wpisu od odwołania,

---

2.2. zasądza od **Katowickiego Holdingu Węglowego S.A.** na rzecz **DB Schenker Rail Polska S.A. z siedzibą w Zabrzu** kwotę **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 1095/12

Uzasadnienie

Zamawiający – Katowicki Holding Węglowy S.A. – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Świadczenie usług w zakresie przewozu masy towarowej, obsługi załadunku, rozładunku wagonów oraz pełnej obsługi infrastruktury bocznic kolejowych KHWS.A. KWK „Murcki -Staszic" ruch „Staszic" i ruch „Boże Dary" z wykorzystaniem składników majątkowych Zamawiającego.*

W dniu 28 maja 2012 r. wykonawca DB Schenker Rail Polska S.A. wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia oferty tego wykonawcy oraz czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 87 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 7, art. 91 ust 1 i 2, art. 26 ust. 3, art. 93 ust. 1 pkt 4, art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 8 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że złożona przez niego oferta została odrzucona na podstawie

art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ze względu na nieuwzględnienie w niej zmienionego terminu realizacji zamówienia i oraz sposobu obliczania ceny. Kwestionując istnienie podstaw do odrzucenia oferty, Odwołujący podniósł, że w ofercie zaszła omyłka polegająca na nieprawidłowym określeniu części terminów realizacji zamówienia (pkt 2 formularza ofertowego). Niemniej jednak w punkcie 6 formularza ofertowego Odwołujący złożył oświadczenie woli, z którego wynika, że zapoznał się z postanowieniami umowy i akceptuje postanowienia je, a ponadto w przypadku wybrania jego oferty, Odwołujący zobowiązuje się do zawarcia umowy na zasadach określonych w istotnych postanowieniach umowy, zgodnie z ofertą i SIWZ oraz w miejscu i w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego. Odwołujący podkreślił, że terminy realizacji zamówienia zostały wyznaczone przez Zamawiającego i szczegółowo określone w SIWZ oraz w postanowieniach przyszłej umowy. Natomiast poprzez wskazane powyżej oświadczenie woli, terminy te zostały również w całości zaakceptowane przez Odwołującego, którego zamiarem nie było realizowanie zamówienia w terminach innych niż wyznaczone przez Zamawiającego. Oświadczenie woli Odwołującego w zakresie akceptacji terminów wyznaczonych przez Zamawiającego zostało złożone w sposób jasny i nie budzący wątpliwości. W związku z tym, podanie trzech nieprawidłowych terminów i wskazanie jednego prawidłowego należy uznać za inną omyłkę w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, która to omyłka winna zostać sprostowana przez Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp winien był również skorygować omyłkę, która pojawiła się w ofercie Odwołującego na skutek

zmiany terminów realizacji zamówienia. W związku z wydłużeniem okresu wykonywania zamówienia w ruchu „Boże Dary" powstała konieczność przewozu zwiększonego wolumenu, niż to pierwotnie zakładał Zamawiający. W ofercie Odwołującego została podana prawidłowa cena za przewóz 1 tony masy towarowej, a jedynie w wyniku omyłki polegającej na nieuwzględnieniu wydłużonego przez Zamawiającego okresu realizacji zamówienia zastosowano ilości należy przewieźć nieprawidłowy przelicznik wolumenu, jaki

cenę. oferty podano Niemniej jednak i w konsekwencji nieprawidłową

odrzucenie

Odwołującego z tej przyczyny jest przedwczesne, ponieważ Zamawiający winien był skorygować przedmiotową omyłkę zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i mógłby odrzucić ofertę Odwołującego dopiero w sytuacji, gdyby Odwołujący nie wyraził zgody na wprowadzoną poprawkę zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7.

Powołując się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, Odwołujący podniósł, że bez znaczenie dla dopuszczalności poprawienia omyłki jest zmiana ceny ofertowej w sytuacji, gdy ta cena będzie nadal najniższą spośród cen zaoferowanych w postępowaniu. W wyniku przeliczenia oferty Odwołującego z uwzględnieniem prawidłowo podanej ceny za przewóz 1 tony masy, ostateczna cena oferty wzrosłaby z kwoty 50.010.262,50 zł do kwoty 51.616.950,00 zł, a zatem zaledwie o kwotę 1.606.687.50 zł. Niemniej jednak oferta Odwołującego w dalszym ciągu byłaby najniższa i to nie tylko od ceny oferty wybranego wykonawcy (57.998.682,00 zł), ale również od kwoty pierwotnie przeznaczonej przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia tj. od kwoty 54.872.883,00 zł. Biorąc zatem pod uwagę, iż omyłka Odwołującego nie dotyczyła ceny jednostkowej, która stanowi podstawę do ustalenia ostatecznej ceny oferty, a jedynie zwiększonej ilości wolumenu przewozu, to należy uznać, iż możliwe i wskazane było poprawienie przez Zamawiającego oferty Odwołującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł ponadto, że Zamawiający naruszył art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, bowiem oferta wybranego wykonawcy przekroczyła podaną przed otwarciem ofert kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia. Odwołujący podkreślił, że wybrana przez Zamawiającego oferta zawiera cenę wyższą od kwoty pierwotnie przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia (tj. od kwoty 54.872.883,00 zł) o 3.125.799,00 zł a zatem o 6 %. Cena ta jest wyższa od oferty Odwołującego wynoszącej po korekcie 51.616.950,00 zł, aż o 6.381.732,00 zł. A zatem Zamawiający zamierza zapłacić wybranemu wykonawcy aż o 11,70 % więcej niż gdyby zamówienie było realizowane przez Odwołującego. Rozstrzygnięcie przedmiotowego przetargu jest zatem nieuzasadnione i niezrozumiałe ekonomicznie, tym bardziej iż Zamawiający jest spółką z udziałem Skarbu Państwa, a zatem powinien stosować racjonalne i oszczędne zasady gospodarowania finansami.

Zdaniem Odwołującego w niniejszym postępowaniu doszło również do naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, jak również zasady jawności postępowania, ze względu na nieudzielenie wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu rzetelnej i przejrzystej informacji, z której wynikałoby, iż nie ma przesłanek do unieważnienia postępowania, mimo konieczności znacznego zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia. W ocenie Odwołującego Zamawiający winien wykonawcom wskazać powody takiej decyzji, przede wszystkim ze względu na dopuszczenie do znacznego wzrostu kwoty ostatecznie przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia w stosunku do cent oferty Odwołującego. Oczywiste przy tym jest, iż Izba nie ma kompetencji do badania sytuacji finansowej Zamawiającego, a decyzja o zwiększeniu kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia lub ewentualnie unieważnienie postępowania pozostaje wyłącznie w gestii Zamawiającego. Biorąc jednak pod uwagę wszystkie wskazane powyżej okoliczności, należy uznać, że Zamawiający winien co najmniej poinformować wszystkich wykonawców o fakcie i przesłankach przemawiających za zwiększeniem kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, a nie unieważnieniem postępowania. W niniejszym przypadku Zamawiający nie podał jakiejkolwiek informacji w tym zakresie, co zdaniem Odwołującego potwierdza naruszenie zasad wynikających z art. 7 i 8 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł także, iż czynność wyboru oferty najkorzystniejszej powinna zostać unieważniona również ze względu na niezachowanie przez Zamawiającego trybu przewidzianego w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Wskazał, że w pełnomocnictwie dla lidera konsorcjum złożonym przez wybranego wykonawcę (załącznik nr 9 do SIWZ, str. 7-8 oferty) nie podano daty udzielenia pełnomocnictwa. Zdaniem Odwołującego, data w jakiej pełnomocnictwo zostało udzielone liderowi konsorcjum jest istotna z punktu widzenia ważności wszystkich czynności dokonanych przez reprezentanta, w tym również czynności wniesienia wadium oraz czynności złożenia oferty. Nie wiadomo bowiem, czy w dacie dokonywania poszczególnych czynności w toku niniejszego postępowania, lider konsorcjum był umocowany do reprezentowania Konsorcjum, a zatem czy czynności te są ważne. W celu usunięcia wątpliwości związanych z ważnością czynności dokonanych przez pełnomocnika Konsorcjum, Zamawiający winien zastosować tryb przewidziany w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i wezwać w wyznaczonym przez siebie terminie do złożenia pełnomocnictwa pozbawionego wady.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

− unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, −

unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,

− dokonania czynności poprawienia omyłek w ofercie Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp,

− dokonania czynności wezwania Konsorcjum: PKP CARGO Service Sp. z o.o., PKP CARGO S.A., Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej w Krakowie Sp. z o.o. i Jastrzębskiej Spółki Kolejowej Sp. z o.o. do usunięcia wady w pełnomocnictwie dla Lidera Konsorcjum,

− powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, ewentualnie unieważnienie postępowania.

W dniu 31 maja 2012 konsorcjum w składzie: PKP CARGO SERVICE Sp. z o.o., PKP CARGO S.A., Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej Sp. z o.o., Jastrzębska Spółka Kolejowa Sp. z o.o. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje:

W Rozdziale I pkt 4 SIWZ termin wykonania zamówienia określony został następująco: dla ruchu „Staszic” – od 28 kwietnia 2012 r. do 27 kwietnia 2015 r., dla ruchu „Boże Dary” – od 17 listopada 2012 r. do 27 kwietnia 2015 r. W dniu 18 kwietnia 2012 r. Zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ, określając następujące terminy realizacji

zamówienia: dla ruchu „Staszic” – od 1 lipca 2012 r. do 30 czerwca 2015 r., dla ruchu „Boże Dary” – od 17 listopada 2012 r. do 30 czerwca 2015 r.

Zgodnie z rozdziałem I pkt 12 SIWZ *Opis sposobu obliczenia ceny,* w formularzu ofertowym należało podać cenę jednostkową netto za przewóz jednej tony masy towarowej oraz wartość oferty (cena za przedmiot zamówienia), obliczoną z uwzględnieniem przewidywanej ilości masy towarowej i okresu wykonywania zamówienia. (wg pierwotnej wersji SIWZ okres ten dla ruchu „Staszic” wynosił 36 miesięcy, dla ruchu „Boże Dary” 30 miesięcy, natomiast po modyfikacji SIWZ odpowiednio: 36 i 32 miesiące).

Odwołujący w punkcie 2 formularza oferty wskazał następujące terminy realizacji zamówienia: dla ruchu „Staszic” – od 28 kwietnia 2012 r. do 27 kwietnia 2015 r., dla ruchu „Boże Dary” – od 17 listopada 2012 r. do 27 kwietnia 2015 r. Zaoferowana cena jednostkowa (za przewóz jednej tony masy towarowej) wyniosła 2,75 zł netto, natomiast cena całkowita za przedmiot zamówienia określona została na kwotę 40.658.750,00 netto, tj. 50.010.262,50 zł brutto.

W dniu 18 maja 2012 r. Zamawiający poinformował wykonawców o odrzuceniu oferty Odwołującego, w uzasadnieniu podając, że oferta ta *podlega odrzuceniu (…) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wykonawca w przedłożonej ofercie nie uwzględnił zmienionego terminu realizacji zamówienia i nie skorygował sposobu obliczenia ceny (…).* Jednocześnie Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego, z ceną 57.998.682,00 zł.

W zakresie pełnomocnictwa przedłożonego w ofercie Przystępującego, Izba ustaliła, że oferta została podpisana przez pana Franciszka Kostrzewę, a do oferty załączono pełnomocnictwa: dla CARGO SERVICE Sp. z o.o. udzielone przez wszystkich członków konsorcjum (str. 7 oferty) oraz pełnomocnictwo udzielone przez CARGO SERVICE Sp. z o.o. osobie składającej ofertę. Pełnomocnictwo udzielone przez członków konsorcjum spółce CARGO SERVICE nie zostało opatrzone datą wystawienia.

Izba ustaliła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący – jako wykonawca, który złożył najkorzystniejszą ofertę – spełnia określone art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

W ocenie Izby odrzucenie oferty Odwołującego było co najmniej przedwczesne. Bezsporne jest, że w ofercie wystąpiła niezgodność z treścią SIWZ w zakresie terminów wykonania zamówienia, a w konsekwencji w obliczeniu całkowitej ceny oferty, która uzależniona była od liczby miesięcy przewidzianych na realizację zadania. Rozstrzygnięcia wymagało, czy niezgodność ta była wynikiem omyłki i czy jest istotna dla treści oferty.

Zdaniem Izby zaistniała niezgodność ma charakter omyłki, wynikającej z faktu modyfikacji treści SIWZ, której wykonawca nie uwzględnił przy sporządzaniu oferty, przyjmując terminy określone w pierwotnym brzmieniu specyfikacji. Założenie przeciwne – że wykonawca celowo złożył ofertę z innym terminem wykonania zamówienia, niż określony przez Zamawiającego, nie chcąc go zrealizować w terminie wskazanym w SIWZ – byłoby nieracjonalne. Zamawiający miał wszelkie podstawy twierdzić, że intencją wykonawcy było złożenie oferty zgodnej z SIWZ, a zaoferowanie wykonania zamówienia w terminach przewidzianych w pierwotnym brzmieniu specyfikacji było wynikiem przeoczenia.

W konsekwencji przyjęcia innego terminu wykonania zamówienia cena za całe zamówienie nie obejmowała pełnego okresu jego realizacji. Zamawiający podniósł, że cena

ta była nieprawidłowa nawet przy uwzględnieniu terminów sprzed zmiany SIWZ, należy jednak stwierdzić, że nie podał tego jako przyczyny odrzucenia oferty i nie wskazał, w czym tej nieprawidłowości upatruje, powołując to twierdzenie dopiero na etapie postępowania odwoławczego, jako argument przemawiający za niemożliwością poprawienia omyłki

w ofercie. Odnosząc się do tego argumentu podkreślić należy, że Zamawiający na podstawie oferty Odwołującego miał wiedzę, jaką cenę jednostkową wykonawca zaoferował, a ta właśnie cena jednostkowa – jako podstawa ustalenia ceny całkowitej – była wystarczająca do ustalenia ceny za cały, zgodny z aktualnym brzmieniem SIWZ, okres realizacji zadania.

W odniesieniu do kwestii istotności ewentualnej zmiany treści oferty, podkreślić należy, że celem przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest niedopuszczenie do wyeliminowania z postępowania ofert zawierających niewielkie błędy. Aby powyższy cel został osiągnięty, przepis ten nie może być interpretowany zawężająco. Poprawienie omyłki w ofercie Odwołującego nie doprowadziłoby, zdaniem Izby, do istotnej zmiany treści oferty. Terminy wykonania zamówienia są jednym z licznych elementów zobowiązania wykonawcy, a ich zmiana byłaby nieznaczna w stosunku do przedstawionych w ofercie. Natomiast zmiana ceny całkowitej byłaby jedynie rachunkową konsekwencją uwzględnienia prawidłowej liczby miesięcy przeznaczonych na realizację zamówienia, a cena po zmianie byłaby nadal najniższa spośród zaoferowanych w postępowaniu.

Należy więc stwierdzić, że Zamawiający, mając podstawy zakładać, że błędy w ofercie były wynikiem nieuwzględnienia zmiany SIWZ, powinien potraktować je jako omyłkę i dokonać jej poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Brak pewności Zamawiającego co do tego, czy stwierdzona niezgodność była wynikiem omyłki, nie jest wystarczającą podstawą do odrzucenia oferty. Zamawiający miał bowiem możliwość zweryfikowania przyczyn rozbieżności między ofertą a wymaganiami SIWZ, poprzez zawiadomienie wykonawcy o dokonaniu poprawek. Reakcja wykonawcy na tę czynność byłaby ostatecznym potwierdzeniem charakteru niezgodności. Gdyby wykonawca nie chciał lub nie mógł wykonać zamówienia w terminie określonym przez Zamawiającego, nie zgodziłby się na poprawienie oferty. Wówczas dopiero zaistniałaby okoliczność uzasadniająca odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Nie było również żadnych przeszkód, aby ewentualne poprawienie oferty, w związku z wątpliwościami co do przyczyn jej niezgodności z oczekiwaniami Zamawiającego, poprzedzić zwróceniem się do wykonawcy o wyjaśnienie treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Pozostałe zarzuty podniesione w odwołaniu należy uznać za bezzasadne.

W odniesieniu do załączonego do oferty Przystępującego pełnomocnictwa dla CARGO SERVICE Sp. z o.o., należy stwierdzić, że niewskazanie w jego treści daty jego

udzielenia nie wpływa na ocenę skuteczności czynności dokonanych na podstawie tego pełnomocnictwa. Pełnomocnictwo zostało załączone do oferty, co potwierdza, że zostało udzielone przed jej złożeniem, zatem w dacie złożenia oferty spółka CARGO SERVICE umocowana była do reprezentowania konsorcjum i udzielenia pełnomocnictwa osobie, która ofertę podpisała. Brak było zatem podstaw do wezwania wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia pełnomocnictwa pozbawionego wad, bowiem pełnomocnictwo załączone do oferty nie było wadliwe.

Zarzut dotyczący niepoinformowania wykonawców o przyczynach zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia należy również uznać za bezzasadny. Sam Odwołujący stwierdził podczas rozprawy, że zwiększenie tej kwoty jest uprawnieniem i suwerenną decyzją Zamawiającego. Odwołujący nie wskazał naruszenia przepisów ustawy Pzp, powołując się jedynie na naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasady jawności, co w ocenie Izby nie może być samodzielną podstawą zarzutu odwołania. Ponadto Odwołujący nie wykazał wpływu ewentualnego naruszenia tych zasad na wynik postępowania.

W związku ze stwierdzeniem naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które to naruszenie może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, odwołanie – stosownie do dyspozycji art. 192 ust. 2 ustawy Pzp – zostało uwzględnione.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 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: ……