

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Unia 29 stycznia 2010 roku

Sąd Okręgowy w Krakowie Wydział XII Gospodarczy - Odwoławczy

w następującym składzie;

Przewodniczący- Sędzia: BO Aniela Pakosiewicz

Sędzia: SO Andrzej <nniewski

Sędzia: SC) Bożena Cincio-Podbierą (sprj

Prmknknt: sL.se kr. sąd owy Ewa Janas

pa rozpoznaniu w dniu 29 stycznia 2010 roku w Krakowie

na rozprawie

sprawy o udzielenie zamówienia publicznego

przy uczestnictwie:

Zamawiającego Akademii Górniczo - Hutniczej im. Stanisława SLaazioa w

|% r a kawie

Oraz

Skanska S. A. w Warszawie,

Konsorcjum WAttBUD Spółki Akcyjnej, Cjumak - Sękom Spółki Akcyjnej w Warszawie,

Konsorcjum MOSTOSTAL Warszawa Spółki Akcyjnej, Wrocławskiego Przedsiębiorstwa Budownictwa Przemysłowego nr 2 Wrobią Spółki Akcyjnej w Warszawie

na skutek skargi Skanska S. A. w Warszawie

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 grudnia 2009 roku, sygn. akt KIO / UZP 1519 / 09 ' KJÓ / UZP 1520 / 09

1. oddala skargę;

U. zasądza od skarżącej Skanska S.A, w Warszawie na rzecz

zamawiającego Akademii Górniczo - Hutniczej im- Stanisława Staszica w Krakowie koszty postępowania skargowego w kwocie 1.200,00 zł (jeden tysiąc dwieście złotych);

III. zasądza od skarżącej Skanska S.A* w Warszawie na rzecz

Konsorcjum MOSTOSTAL Warszawa Spółki Akcyjnej koszty postępowania skargowego w kwocie 1.200,00 zł (jeden tysiąc dwieście złotych).

/■ 'A Na o^{1*}

Zgotb

liafa\

yql-.D?j ■ p ,u.' p>iay
rśi £ l.i.' ići: i ó:'?i nrr.

oprjz
Cłi 3111

Sygn. akt XH Ga 429/0<t

Uzasadnienie

W p ustępowaniu o udzielenie zamówienia, publicznego na budowę Centrum Komputerowego AGH zatuawiający Akademia Górniczo- Hutnicza w Krakowie odrzucił protest Skanska S.A. w Warszawie, w którym zarzucono zamawiającemu naruszenie przepisów arb 7 ust. t i 3 art, 22 ust. 2, a.ri. 24 ust. 1 pkt. 10 i art, 24 ust. 2 pkt. 3 i art. 24 usl. 4, arr. 23 ust. 1 pkt. 2 oraz art. 26 ust. 3 E 4, art. 35 ust. 2 pkt. 4; art. 33 \1SL4., art. 87 ust. 1 i 2 pkt. 3; art. 80 ust. i pkt, 2 ort.z 5 Ustawy prowo zamówień publicznych, a także pkt 3.2, 3.3, b. 2, 2. d, ć.2.2.3, 7.1.4, 13. W i 13. 11 siwz

Zdaniem wykonawcy okoliczność, iż zamawiający w zakresie udzielenia gwarancji na instalację sieci strukturalnych wymagał przedłożenia w ofercie certyfikatu lub umowy instalatora oferowanego systemu okablowania strukturalnego oznaczała, że dopuszczone było złożenia jednego z dwóch dokumentów , z czego wykonawca sic wywiązał składając certyfikaty instalatora/ AMP MITCONNECT/ dla jednej osoby z uprawnieniami dc projektowania i dla dwóch osób z uprawnieniami do instalowania w tym systemie. Dodatkowo wskazywał, że zamawiający w razie wątpliwości mógi wezwać do uzupełnienia umowy KD1.

Nad to wy konawca podkreślał, że w pkt. 3.3 siwz uwzględniono możliwość składania ofert równoważnych, zaś PKT. 13.10 siwz przewidywał zastosowanie równoważnych zamienników materiałów, z zastrzeżeniem, iż równoważność ta musi być „ istotna”. Natomiast w przypadku wątpliwości co du tego czy równoważność ma miejsce uprawniony był do żądania od wykonawcy udokumentowania równoważności, a w razie jej nie wykazania do poprawienia oferty zgodnie z art. 87 lisL. 2 pkt. 3 Pzp.

Stąd, zdaniem wykonawcy, zastosowanie w ofercie płyt elewacyjnych HPL w miejsce przewidzianych przez zamawiającego płyt Fibrę C np. producenta Riedel byłn uprawnione jako, że płyty te mają zbliżone a. nawet lepsze parametry od płyt. Fibrę C.

Zdaniem wykonawcy postępowanie zamawiającego, który dokonał poprawek w ofertach innych wykonawców, doprowadziło do naruszenia

zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania stron w przetargu, zwłaszcza, że pod względem cenowym oferta Skanska S.A. była na pierwszym miejscu.

Powyższe argumenty wykonawca podniósł w odwoławaniu skierowanym do Krajowej Izby Odwoławczej, domagając się nakazania unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazania powtórzenia wyboru ofert i wyboru jego ofert.

W szczególności określił, że płyty HPL należą do tej samej grupy materiałów budowlanych co płyty Fibra C to jest do okładzin elewacyjnych. Są one wysokiej jakości i posiadają certyfikat zgodności określony jako laminat Kronoplan, upatrzony aprobatą Techniczną i klasyfikacja ogniową,

Odwołując się do dokonanych przez zamawiającego poprawek w innych ofertach podkreślił, iż doszło do naruszenia art. 7 ust. 3 Pzp w drodze dążenia zamawiającego do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu wbrew przepisom ustawy.

W odpowiedzi na to zarzuty zamawiający podniósł, że elewacja posiada istotne znaczenie dla wyrazu i jakości architektury, a proponowane płyty powodują tak obniżenie standardu jak i jakości. W istocie stanowią inny materiał, o cenie czterokrotnie niższej przez co jego dopuszczenie spowodowałoby uniemożliwienie innym wykonawcom konkurencji z ofertą Skanska S.A. Ponad to poprawa art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp nie byłaby możliwa jako, że doprowadziłaby do istotnej zmiany treści oferty, wpływającej na wynik przetargu.

Wyrokiem z dnia 3 grudnia 2009 roku krajowa izba Odwoławcza oddaliła odwołanie Skanska S.A.

W uzasadnieniu swojego stanowiska wskazała, że zastrzeżona w pkt. 13-10 siwz zmiana, materiałów pod warunkiem, że proponowane są i stają się równoważne ograniczona była zakazem zmiany projektu,

Z kolei w pkt. 134.11 siwz przewidziane udokumentowanie równoważności mogło mieć miejsce wówczas gdy zachodziły wątpliwości w tym zakresie.

Dopiero w takim przypadku można było wymagać wykazania, że równoważność zachodzi, a w razie nie udowodnienia, że tak jest w istocie, zamawiający mógł dokonać poprawki w ofercie bez zmiany wynagrodzenia w art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp.

W ocenie czy produkt równoważny winien posiadać zbliżone parametry techniczne i jakościowe; do produktu oznaczonego producenta.

W tym przypadku byłby to produkt, który co najmniej stanowiłby ten sam rodzaj materiału co płyty betonowe z włóknem szklanym o klasie A1.

Tymczasem oferowane przez wykonawcę płyty stanowiły wyrób z warstwą teścia celulozowego o klasie B2.

Zdaniem Izby zastrzeżenie, że materiał nie może prowadzić do zmiany projektu miało istotne znaczenie jako parametr graniczny.

Fakt, że element elewacyjny posiadał istotne znaczenie dla jakości i wyrazu architektury, w tym funkcji dekoracyjnej budynku to zastosowanie

plyL HPL nie mieściło się w pojęciu „istotnej równoważności”, co potwierdziły oględziny próbek ebu rodzajów materiału,

Izba zauważyła, że w tej sytuacji nie zachodził przypadek zobowiązujący zamawiającego do zasłony procedury poprawienia oferty⁷ ponieważ AGH nie miała wątpliwości co do braku równoważności oferowanego materiału z plyLami Fibre, który⁷ o brak wątpliwości okazał się uzasadniony.

Poprawienie oferty prowadziło by więc do naruszenia przepisu art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp z powodu istotnego wpływu poprawki na wynik postępowania i a.

V; efekcie Izba nie dopatrzyła się naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przez zamawiającego.

Odnosnie dalszych narzutów odwołania Izba stanęła na stanowisku że certyfikaty dotyczą wariaku udziału w postępowaniu osób, którymi dysponuje wykonawca w celu wykonania zamówienia w zakresie pkt. 6.2.3, SJtZj co nie ma związku z wymogami tyczący nę gwarancji.

Ponieważ umowa KDI jest podstawą do wystawienia certyfikatu 25-letniej gwarancji systemowej to jest ona niezbędna. Z oświadczenia Tvco Electronics /AMP NETCOK NECT/ złożonego w ofercie przez odwołującego nie wynikało aby ADT Polami firma, wskazana przez wykonawcę posiadała zawartą umowę. Zdaniem Izby sformułowanie wynikające z treści powyższego pisma, iż firma „spełniła wszystkie warunki” nie przesądza o tym, że stosowna umowa została zawarta.

Izba wskazała także, iż wobec odrzucenia oferty po stronie zamawiającego nie istniał obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia oferty, określony w art. 25 ust. 1 pkt. 2 Pzp,

Okoliczność, że doszło do naruszenia przepisu art. 24 ust. 1 pkt. 10 i art. 89 ust. 1 pkt. 5 Pzp nie miała natomiast wpływu na wynik postępowania, a tym samym nie mogła stanowić podstawy do uwzględnienia odwołania/ art. 191 ust. 1 a Pzp/,

Nie doszło też do zmiany treści specyfikacji przez przyjętą interpretację istotnych, warunków zamówienia w zakresie wymaganych dokumentów wobec czego nie naruszono przepisu art. 38 ust. 4 Pzp,

W skardze na powyższy wyrok zarzucono Krajowej Izbie Odwoławczej naruszenie przepisów art. 1 ust. 1, art. 8 ust. 1, art. 24 ust. 1 pkt. 10, art. 26 ust. 3, art. 38 ust. 4 b, art. 87 ust. 1 pkt. 3, art. 87 ust. 2 pkt. 3, art. 89 ust. 1 pkt. 2 i 5 Pzp przez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie. w szczególności poprzez przyjęcie informacji AGH o opinii projektanta nie przedstawionej w przetargu co naruszyło zasadę jawności postępowania, poprzez nierówne traktowanie oferentów, a to wobec faktu, iż niektórzy z nich dokonali poprawek niezgodności z siwz co doprowadziło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i jednakowego traktowania stron w przetargu.

Zarzucono też sprzeczność ustaleń KIO z zebrany materiałem dowodowy przez przyjęcie, że skarżąca nie miała prawa do sponowania oferty⁸ choć jest to dopuszczalne treścią ustawy Pzp, naruszenie interesu prawnego skarżącej w drodze wyboru innej oferty niż najtańsza i najkorzystniejsza oferta Skanska S.A.,

Skarżąca domagała się zmiany wyroku i unieważnienia, czynności

wyboru oferty, nakazania powtórzenia czynności oceny ofert i czynności wyboru,

W treści skargi podnosi się, że w pkt- L3. LI siwz dopuszczono możliwość sadowania wadliwej oferty, wskazując, że w przypadku wątpliwości co do równo ważności zamienników można wymagać jej udokumentowania, a w razie nie wykazania równoważności następuje poprawa na podane w dokumentacji bez zmiany wynagrodzenia.

W ocenie skarżącej zamawiający dopuścił się nierównego traktowania. oferentów, sanując inne oferty oraz nie dołożył staranności w celu ustalenia czy oferta jest wadliwą. I czy nie można jej poprawić. Nie podane Leż wyjaśnień wskazujących na co co należy rozumieć pod pojęciem „isLutnic równoważna”¹ i w efekcie sposób sformułowania siwz wprowadził 'wykonawcę w błąd, polegający na przyjęciu, że posiada on swobodę w zakresie s Losowania równo w siników.

Ponadto z uwagi na wynagrodzenie ryczałtowe wykonawcy bezprzedmiotowe było rozważanie jak poprawa oferty wpłynie na wy nagrodzenie i e.

Według skarżącej doszło do jednostronnej oceny jakości materiału proponowanego jako równo ważny co zaowocowało bezzasadnym przyjęciem istnienia niemożności sanowania ia oferty,

Dodalukowo w postępowaniu p]”zed KTO Oparło się na opinii projektanta nie podanej do wiadomości uczestników postępowania, a wskazującej na parametr palności jako is Lotny, co nie było oferentowi wiadome na etapie przygotowywania ofeny.

Analogiczne jak w odwołaniu skarżąca uzasadniała zarzut nierównego traktowania, odnosząc się szczególnie do dokonanych przez zamawiającego licznych poprawek w ofercie Konsorcjum Warlyud.

W przedmiocie gwarancji dot, in słała ej i sieci strukturalnych skarga zarzuca uchybienie wynikającej z siw# możliwości przedłożenia a]Lematywnie dwóch niezależnych dokumentów i błędną ocenę sLanu faktycznego przez KIO w tym zakresie.

Sąd Okręgowy zważył co następuje,

Skarga nie może odnieść skutku,

IsLoLa skargi opiera się na zarzutach nierównego traktowania sLrun w przetargu czyli przykładania innej miary do błędów w ofertach skarżącej Skańska S_rA. i dtdszych oferentów.

Skarżąca uważa, że zamawiający winien był dokonać poprawek w treści jej oferty cyjl w miejsce proponowanych płyt HPL umieścić jako materiał elewaoyjny Płyty Fibrę C, niezależnie od powstającej wówczas różnicy cenowej, prowadzącej do obniżenia zysku skarżącego wykonawcy.

W tym zakresie zarzuty skarżącej zmierzają do wykazania uprzywilejowania tych z wykonawców, kthim zamawiający dokonał poprawek w treści ofert, zwłaszcza tych, w przypadku których poprawki były liczne i w ocenie skarżącej istotne.

Zdaniem skarżącej jest bowiem obojętne w jakim stopniu jej zysk

uległ by obniżeniu skoro wynagrodzenia wykonawcy miało charakter ryczałtowy.

Dalej skarga zasadza się na twierdzeniu, że dopuszczenie alternatywy w treści pkt. 7. 1 siwz/ certyfikat lub umowa instalatora/ jest równoznaczne z możliwością złożenia tylko jednego dokumentu do OferL, y, które ro działanie spełnia warunki dopuszczające do skutecznego udziału w przetargu.

W pierwszej kolejności należy podkreślić, że zamawiający Użył w siwz określenia nieostrego, ocennego co samo w sobie prowadzi do zaistnienia wątpliwości w procesie przetargowym.

Określenie istotnie równoważne' wymaga bowiem wykładni językowej i to w odniesieniu do obu elementów tego zwrotu.

Trudno bowiem przyłożyć określić miarę do pojęcia „istotnie” tak samo jak ci o pojęcia „równoważny”.

Pojęcie „istotnie”¹¹ wyklada się zazwyczaj jako „mający podstawowe znaczenie, lub „równy przesłance niezbędny”,

Natomiast „równoważny” znaczy na ogół „maksymalnie zbliżony”, dający ten sam efekt , Jako przykład równoważności można przytoczyć tzw. generyki czyli leki zawierające tą samą substancję czynną, ale, inne, choć zbliżone substancje dodatkowe, leki mniej czyste, nie oryginalne.

W niniejszej sprawie Izba przyjęła parametr graniczny a to z uwagi na trudności interpretacyjne jakie pojawiają się w przypadku stosowania określeń nieostrych,

W ocenie Sądu Okręgowego stanowisko KIO jest uzasadnione.

Skoro w specyfikacji wskazano, że równoważność nie może prowadzić do zmian projektu to uznanie tego stwierdzenia za linię graniczną dla propozycji oferentów idzie nawet dalej niż wykładnia językowa określeń użytych w siwz. Inaczej mówiąc Izba dopuściła każdą zmianę byleby nie naruszała ona istoty projektu architektonicznego.

Ponieważ z dokumentów przetargowych wynikało, że preferowane są płyty Fibrę C to jasne było, iż równoważność zachodzi wówczas gdy inny materiał ma parametry / np. skład/, których zastosowanie w materiale prowadzi do uzyskania takich samych efektów.

Idąc tą drogą godzi się wskazać, że dla zachowania wyrazu architektonicznego należało zaoferować materiał elewacyjny , w skład którego wchodziłby beton i włókno szklane. Istnienie innych niż Fibrę C materiałów o takiej zawartości jest, faktem i nie został on zaprzeczony w toku postępowania.

Tylko w takim przypadku można by mówić o istotnej równoważności, w sensie jaki przedstawiono wyżej.

Ponieważ płyty HPL wykonane są z tworzywa termoutwardzalnego / celuloza, żywice/ a ponadto- jak wykazały oględziny próbek- różnią się od materiału betonowego fakturą i głębią koloru to tym samym nie można było tego materiału uznać za równoważny.

PoWSŁuje zatem pytanie czy w takiej sytuacji zamawiający winien był poprawić ofertę skarżącej na podstawie art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp.

Przepis ten stanowi, że zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki

polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, nie powodujące istotnych zmian w treści oferty⁷.

Wskazując w Siwz podano, że w razie wątpliwości co do równoważności zamawiający zwróci się do wykonawcy o stosowne wyjaśnienia.

W kontekście tego co wyżej powiedziano nie można przypisać AGH bezprawnego zaniechania i naruszenia, zasad równego traktowania stron przez targ i liczącej w niej konkurencji.

Oczywiste jest, że zaproponowany materiał nie był istotnie równoważny ponieważ jego skład był całkowicie odmienny od składu płyt betonowych. Płyty HPL były więc innym materiałem niż jest tworzywem termoutwardzalnym, nie przewidzianym w Siwz,

Nie jest więc istotne czy ostatecznie okazałyby się materiałem równie dobrym bądź lepszym, nie jest też decydujący stopień ich palności.

Dla „istotnej równoważności”⁷ znaczenie ma skład i efekt estetyczny, który okazał się odmienny od przewidywanego.

W takiej sytuacji zamawiający mógł nie mieć wątpliwości co do braku równoważności co zwalniało go z obowiązku zadania wykazania przez wykonawcę, że równoważność zachodzi. Wykazanie bowiem, że tak jest w istocie nie było możliwe.

Z tych samych powodów nie było podane do poprawek w ofercie ponieważ były one zastrzeżone dla wyjątków sytuacyjnych, w których równoważność mogła być wykazana.

Trzeba też wskazać, że art. 87 ust. 2 pkt. 3 wprowadzony w celu uniknięcia licznych niegdyś przypadków „odizolowania ofert z powodu błędnych pomyłek, dopuszcza poprawienie niedopatrzeń ► błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic itp. lecz wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu „omyłki”.

Z założenia zatem uniwersalne zastosowanie materiału całkowicie odmiennego od projektu nie może być łącznie jako omyłka w tym sensie, który nadaje jej przepis art. 87 Pzp.

W efekcie dalsze zarzuty dotyczące ceny ryczałtowej czy innych poprawek w ofertach innych oferentów nie mają znaczenia.

Zmiana bowiem cen telefonicznych/ na co powołuje się skarżący/ na centralę o innej nieco pojemności, czy innego producenta jest równie ważna ponieważ zaoferowane urządzenia posiadają analogiczne cechy składowe.

Katowickie płyty betonowe z włóknem szklanym nie mają cech wspólnych z płytami laminatowymi HPL oprócz cechy ogólnej, jaką jest zastosowanie - okładziny elewacyjnej,

Odnosząc się do drugiego z zarzutów jakim jest nieistotność braku umowy w oświadczeniu dopuszczalności wyboru co do dokumentów/ w certyfikat, lub umowa¹/ Sąd Okręgowy zauważa, że w pkt. P. 2.2. Siwz zapisano wymóg wykazania przez wykonawcę, iż dysponuje osobą posiadającą uprawnienia do projektowania lub certyfikowania sieci strukturalnej i dwiema osobami z uprawnieniami do certyfikacji sieci, z czego skarżący się wywiązał.

W kolejnym pkt. 7. 1, 4. Siwz wymagał dołączenia certyfikatu lub umowy instalatora z czego wykonawca się nie wywiązał,

W przypadku Tyco Electronics podstawą do udzielenia gwarancji była umowa pomiędzy tym producentem a wykonawcą uprawnionym do instalowania okablowania firmy Tyce.

W piśmie z dnia 7 października 2008 roku Tyco [Wdała, że ADT Poland spełnia wszystkie warunki. Nie znaczy to jednak, że na dzień oceny ofert ADT

była w posiadaniu certyfikatu bądź umowy. Okoliczności takiej skarżąca nie udowodniła dlatego też zarzut ten nie może się ostać,

Natomiast wezwanie do uzupełnienia dokumentów, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp miałoby znaczenie wówczas gdyby oferta skarżącej nie podlegała odrzuceniu z innych przyczyn,

Jak wyżej wskazano przyczyny takie istniały.

W ocenie Sadu Okręgowego zamawiający nie dokonywał zmian w treści specyfikacji po upływie terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu, czego zakazuje treść art. 35 ust. 4 b Pzp,

Zachowania takiego skarżąca upatruje w stanowisku AGH co do interpretacji zapisów nie dotyczących istotnej równoważności, co jak wyżej wykazano nie jest zasadne,

Sad Okręgowy na podstawie art. 194 ust. 2 w zw. z art. 198 ust. 2 zd. 1 Pzp w zw. z art. 286 kpc oddalił skargę jako nieuzasadnioną, orzekając o kosztach postępowania w myśl art. 98 w zw. z art. 108 par. 1 kpc i par. 1 ust. 4 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie opłat za czynności radców prawnych / Dz. U. nr 163 z 2002 r. poz. 1349 z późn. zm./.