

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 30 czerwca 2010 r.

Sąd Okręgowy w Lublinie IX Wydział Gospodarczy

w składzie:

Przewodniczący - Sędzia SO Wojciech Turzański (spr.)

Sędziowie: SO Liliana Stępkowska

SO Beata Błotnik

Protokolant Sabina Tutałak

po rozpoznaniu w dniu 25 czerwca 2010 r. w Lublinie

na rozprawie

sprawy ze skargi członków konsorcjum: Budimex Spółki Akcyjnej w Warszawie, Ferrovial Agroman Spółki Akcyjnej w Madrycie i Mostostal Kraków Spółki Akcyjnej w Krakowie z udziałem zamawiającego Lubelski Węgiel Spółki Akcyjnej w Bogdanie i członków konsorcjum: Mostostal Warszawa Spółki Akcyjnej w Warszawie i Acciona Infraestructuras Spółki Akcyjnej w Madrycie

na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie

z dnia 12 kwietnia 2010 r.

sygn. akt KIO/UZP 469/10

I. zmienia wyrok w zaskarżonym zakresie w ten sposób, że unieważnia wybór oferty uczestnika postępowania - konsorcjum Mostostal Warszawa Spółki Akcyjnej w Warszawie i Acciona Infraestructuras Spółki Akcyjnej w Madrycie i nakazuje powtórzenie czynności badania, oceny i wyboru ofert,

II. kosztami postępowania obciąża zamawiającego - Lubelski Węgiel Spółkę Akcyjną w Bogdanie i zasądza od niego na rzecz odwołującego się

konsorcjum Budimex Spółki Akcyjnej w Warszawie, Ferrovial Agroman Spółki Akcyjnej w Madrycie i Mostostal Kraków Spółki Akcyjnej w Krakowie kwotę 5.839 zł (pięć tysięcy osiemset trzydzieści dziewięć złotych) tytułem kosztów postępowania odwoławczego skargowego.

Uzasadnienie

Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 12 kwietnia 2010 r. w łącznie rozpoznanych sprawach o sygnaturach akt KIO/UZP 433/10 oraz KIO/UZP 469/10 na skutek odwołania konsorcjum firm Mostostal Warszawa Spółki Akcyjnej w Warszawie i Acciona Infraestructuras Spółki Akcyjnej w Madrycie oraz konsorcjum firm Budimex Spółki Akcyjnej w Warszawie, Ferrovial Agroman Spółki Akcyjnej w Madrycie i Mostostal Kraków Spółki Akcyjnej w Krakowie od rozstrzygnięcia przez zamawiającego Lubelski Węgiel Spółki Akcyjnej w Bogdanie protestów uwzględniła oba odwołania, w pierwszym przypadku w całości, w drugim przypadku w zakresie dwóch pierwszych zarzutów dotyczących konsorcjum Linter i nakazała unieważnienie czynności wyboru oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem okoliczności i wynikających z nich konsekwencji wskazanych w uzasadnieniu. Rozstrzygnęła także o kosztach postępowania.

W odwołaniu, w części nieuwzględnionej przez Izbę, konsorcjum Budimex zarzuciło zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Mostostal na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. Stało się tak pomimo tego, że zamawiający wskazał w § 3 ust. 1 wzoru umowy oraz załącznika nr 6 do SIWZ, iż wymaga, aby harmonogram rzeczowo - finansowy zawierał zestawienie w układzie miesięcznym przepływów finansowych dla całego czasokresu trwania umowy. Ponadto w § 15 ust. 2, 3 i 4 wzoru umowy zamawiający zastrzegł, że rozliczenie wykonawcy z tytułu wykonanych etapów robót, obiektów lub ich części określonych w harmonogramach realizacyjnych, o których mowa w § 2 ust. 6 i 8 wzoru umowy będą następowały nie częściej niż raz w miesiącu kalendarzowym, w odstępach nie krótszych niż 4 tygodnie, a suma wynagrodzenia netto wynikająca z częściowych faktur VAT dotyczących każdego obiektu nie może przekroczyć 85% kwoty wynagrodzenia netto za ten obiekt określonej w harmonogramie rzeczowo - finansowym. Ponadto łączna wartość wynagrodzenia netto, wynikająca z wystawionych częściowych faktur VAT nie mogła przekroczyć 95% kwoty maksymalnego wynagrodzenia netto, przy czym zgodnie z wymaganiami zamawiającego wynagrodzenie za wykonanie świadczeń i obowiązków określonych w umowie, zakończonych przed podpisaniem protokołów odbioru technicznego bez zastrzeżeń, łączna wartość wynagrodzenia wynikająca z faktur częściowych wystawionych przez wykonawcę nie mogła przekroczyć 85% maksymalnego wynagrodzenia netto. W harmonogramie rzeczowo - finansowym w pozycji Razem I - XXIV wskazano, że po zakończeniu robót budowlanych (czyli po 15 miesiącu realizacji umowy) konsorcjum Mostostal zafakturuje łącznie 95,25% oferowanej ceny, co w sposób oczywisty przekracza wartość 85% wynagrodzenia.

Krajowa Izba Odwoławcza nie podzieliła tego zarzutu, a swoje stanowisko w tym zakresie uмотywowała w sposób następujący:

W części I Instrukcja dla wykonawców Rozdz. VI pkt 1 ppkt 12 zamawiający wymagał załączenia do oferty harmonogramu rzeczowo - finansowego zgodnie ze wzorem określonym w załączniku nr 6 do SIWZ. Wzór określał podstawowy zakres harmonogramu tj. harmonogram robót i zestawienie, w układzie miesięcznym, przepływów finansowych dla całego czasu trwania umowy. Warunki sporządzenia tego dokumentu określono szczegółowo we wzorze umowy stanowiącym załącznik do SIWZ. Zgodnie z § 1 ust. 2 pkt. 8 strony zgodnie ustaliły, że załącznikiem nr 4 do umowy będącym integralną jej częścią będzie harmonogram rzeczowo - finansowy sporządzony przez wykonawcę i dołączony do oferty. W § 2 ust. 4 i 5 wzoru umowy zamawiający zastrzegł, że w terminie 21 dni od daty zawarcia umowy ma prawo wnieść zmiany i uwagi do harmonogramu rzeczowo - finansowego. Takie zmiany możliwe są też na etapie wykonywania umowy. We wzorze umowy przewidziano możliwość częściowego odbioru robót, wystawiania faktur częściowych i zapłatę należności z tych faktur, z tym zastrzeżeniem, że łączna wartość wynagrodzenia netto nie może przekroczyć 85% (w uzasadnieniu omyłkowo wskazano 95%) kwoty maksymalnego wynagrodzenia netto. Fakturę częściową na kolejne 10% wynagrodzenia netto wykonawca może wystawić po podpisaniu bez zastrzeżeń protokołu odbioru technicznego i przekazania do eksploatacji maszyn, urządzeń i instalacji (§ 6 ust 1, § 10-13, § 15 pkt 1-4 wzoru umowy).

W projekcie umowy określone są dwa harmonogramy. Harmonogram rzeczowo - finansowy i harmonogram realizacyjny.

Izba zajmuje - takie samo jak konsorcjum Budimex - stanowisko, że harmonogram rzeczowo - finansowy ma charakter dokumentu merytorycznego, który nie podlega uzupełnieniu, ani poprawie. W ocenie Izby wskazywana przez odwołującego konsorcjum Budimex niezgodność nie ma miejsca i ma charakter wyłącznie hipotetyczny. W ocenie Izby nie bez znaczenia dla okoliczności sprawy pozostaje fakt, że postanowienia SIWZ, odpowiedzi na pytania, a przede wszystkim wzoru umowy mają charakter nad wyraz zawiły i pozostawiający możliwość interpretacji takich, jak przedstawił to odwołujący jak i przystępujący. Niejednokrotnie nie wiadomo do końca, który zapis odnosi się do harmonogramu rzeczowo - finansowego, a który tylko do harmonogramów realizacyjnych. Izba stwierdziła, że dokonała wnikliwej analizy przede wszystkim wzoru umowy. Brak konsekwencji w niektórych jej zapisach, w nazewnictwie, liczne odesłania, brak precyzji wymagał dokonania wykładni nie tylko językowej, ale także systemowej i celowościowej. W konsekwencji Izba uznała, że kwestia fakturowania, a tym samym wielkości procentowych i płatności jest związana z harmonogramem realizacyjnym, a ściśle z harmonogramami. Nie bez znaczenia jest także wstępny charakter harmonogramu rzeczowo - finansowego.

Zdaniem Izby całą argumentację odwołujący się oparł na niezgodności harmonogramu rzeczowo - finansowego, czyli treści oferty z treścią SIWZ, a w szczególności wzoru umowy. Jednak wielkości procentowe podnoszone w odwołaniu, a niezaprzeczalnie wynikające z umowy były wiążące dla wykonawców nie na etapie harmonogramu rzeczowo - finansowego, ale harmonogramów realizacyjnych, nie objętych regulacją SIWZ. W konsekwencji nie chodzi o zmianę harmonogramu rzeczowo - finansowego, czyli de facto oferty po zawarciu umowy, na podstawie zapisów to dopuszczających, a zgodnych z art. 144 ust. 1 p.z.p., ale o postanowienia wzoru umowy, które w tym zakresie milczały albo co najwyżej nie były do końca precyzyjne. Izba uznała za bezsporne ujęcie harmonogramu w układzie miesięcznym z wyeksponowaniem przepływów finansowych za nie mające charakteru sprzeczności merytorycznej treści oferty z treścią SIWZ.

Z tych względów oddaliła odwołanie w tym zakresie na podstawie art. 191 ust. 1 p.z.p.

Skargę na wyrok złożyło konsorcjum firm: Budimex Spółki Akcyjnej w Warszawie, Ferrovial Agroman Spółki Akcyjnej w Madrycie i Mostostal Kraków Spółki Akcyjnej w Krakowie.

Skarżący zarzucił wyrokowi naruszenie:

- przepisów art. 89 ust. 1 pkt. 2 oraz art. 7 ust. 1 p.z.p., poprzez ich niewłaściwe zastosowanie tj. uznanie, że treść harmonogramu rzeczowo - finansowego złożonego przez konsorcjum, którego liderem jest Mostostal Warszawa odpowiada treści SIWZ, wobec czego oferta uczestnik nie podlega odrzuceniu,

- naruszenie przepisów postępowania mające wpływ na jego wynik, a mianowicie:

- art. 188 ust. 5 p.z.p. poprzez nie uznanie za udowodnionej okoliczności faktycznej, którą uczestnik przyznał na rozprawie, że złożony przez niego harmonogram rzeczowo - finansowy zawiera jedynie zestawienie wartości nie zaś, jak wymagano tego zgodnie z SIWZ, zestawienie przepływów finansowych,
- art. 188 ust. 7 p.z.p. poprzez brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego oraz sprzeczność istotnych ustaleń z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego tj. uznanie, że treść harmonogramu

rzeczowo - finansowego złożonego przez uczestnika postępowania odpowiada wymaganiom określonym przez zamawiającego oraz że zawiera zestawienie miesięcznych przepływów finansowych, podczas gdy w rzeczywistości nie spełnia tych wymagań, a także, że zapisy wzoru umowy dotyczące wielkości procentowych wynagrodzenia, które należy ująć w harmonogramie odnoszą się do harmonogramów realizacyjnych nie zaś do harmonogramu rzeczowo - finansowego,

- art. 190 ust. 1 i 2 p.z.p. poprzez zaniechanie dostatecznego wyjaśnienia sprawy

poprzez uznanie, że zapisy SIWZ istotne dla rozpoznania sprawy są niejednoznaczne i zawiłe, wobec czego nie jest możliwe ustalenie, które zapisy SIWZ mają zastosowanie do wymaganego na etapie składania ofert harmonogramu rzeczowo - finansowego i oparcie oceny w tym zakresie na zasadzie, że nieprecyzyjne postanowienia SIWZ nie mogą działać na szkodę wykonawców oraz poprzez dokonanie wykładni celowościowej i systemowej postanowień SIWZ.

Wskazując na powyższe skarżący wniósł o uwzględnienie skargi i zmianę zaskarżonego wyroku w zakresie uwzględnienia zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 p.z.p., a także o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania poniesionych przed Sądem Okręgowym i Krajową Izbą Odwoławczą.

W uzasadnieniu skargi skarżący wykonawca wskazał, że Izba uznała za zgodną z prawem sytuację, w której konsorcjum Mostostal naruszając zasadę płatności wynagrodzenia (85%, /10% / 5%) uzyskało niedozwolone korzyści w postaci wcześniejszych płatności wynagrodzenia, co z całą pewnością pozwoliło temu wykonawcy na obniżenie ceny oferty. Zarzucił nadto, że Izba dokonując oceny materiału dowodowego dokonała rozszerzającej interpretacji postanowień SIWZ prowadząc do zmiany treści SIWZ po upływie terminu składania ofert. W piśmie procesowym z dnia 31 maja 2010 r. skarżący podtrzymał swoje stanowisko.

W odpowiedzi na skargę zamawiający wniósł o oddalenie skargi w całości i utrzymanie zaskarżonego wyroku w mocy

Na rozprawie w dniu 25 czerwca 2010 r. pełnomocnicy skarżącego poparli złożoną skargę. Pełnomocnicy zamawiającego wniesli o jej oddalenie lub ewentualnie o jej odrzucenie. Pełnomocnicy uczestnika konsorcjum Mostostal przyłączyli się do stanowiska zamawiającego.

Rozpoznając skargę Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

W pierwszej kolejności należało rozpoznać zarzut formalny zgłoszony przez zamawiającego.

Zamawiający stoi na stanowisku, że skarżący winien być wezwany do uiszczenia brakującej opłaty od skargi lub że jego skarga winna zostać odrzucona, skoro nie została wniesiona od niej opłata w należnej wysokości. Zamawiający odwołuje się do treści art. 34 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2010 r., nr 90, poz. 594 tekst jedn. ze zm.) w brzmieniu nadanym mu na mocy art. 2 ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z dnia 7 grudnia 2009 r. nr 206 poz. 1591).

Stanowisko to nie jest prawidłowe. Zmiana art. 34 powołanej ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych weszła w życie z dniem 22 grudnia 2009 r. (art. 5 ustawy z dnia 5 listopada 2010 r.). Jednakże art. 3 ust. 1 powołanej ustawy z dnia 5 listopada 2009 r.

stanowi, że do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego oraz konkursów wszczętych przed dniem wejścia w życie tej ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe. Oczywistym jest, że postępowanie o udzielenie zamówienia, będącego przedmiotem skargi, wszczęte zostało przed wejściem w życie opisanej zmiany przepisów. Przy tym środki ochrony prawnej wymienione w Dziale VI ustawy Prawo zamówień publicznych są częścią procedury związanej z udzieleniem zamówienia, a zamieszczenie przepisów o tych środkach w odrębnym dziale ma charakter wyłącznie porządkowy i nie uprawnia do wniosku, że postępowanie przed sądem okręgowym wywołane skargą nie jest częścią procedury związanej z udzieleniem zamówienia. W konsekwencji stwierdzić należy, że uiszczona od skargi opłata w kwocie 3.000 zł jest zgodna z art. 34 powołanej ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych w brzmieniu sprzed wejścia w życie opisanej zmiany.

Przechodząc do zarzutów podniesionych w skardze stwierdzić należy, iż są one uzasadnione.

Nie jest prawidłowe stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w uzasadnieniu wyroku, że niezgodność harmonogramu rzeczowo - finansowego ma charakter wyłącznie hipotetyczny. Izba powołuje się na dokonaną wykładnię językową, systemową i celowościową wzoru umowy konieczną - zdaniem Izby - z uwagi na brak konsekwencji w niektórych jej zapisach, w nazewnictwie, liczne odesłania oraz brak precyzji. Jednakże poza wskazaniem paragrafów umowy będących przedmiotem takiej wykładni nie przedstawiła konkretnych wyników wykładni językowej, systemowej i celowościowej poszczególnych zapisów umowy zawartych w powołanych w uzasadnieniu paragrafach. Przede wszystkim zaś podzielić należy stanowisko skarżącego, że taka rozszerzająca interpretacja SIWZ, odpowiedzi na zapytania i wzoru umowy dokonana po otwarciu ofert prowadzi do dowolnej zmiany warunków umowy. Narusza tym samym podstawowe zasady zamówień publicznych wyrażone w art. 7 ust. 1 p.z.p. - zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Co więcej, nie zachodziła potrzeba interpretacji dokonanej przez Izbę, bowiem clara non sunt interpretanda. Krajowa Izba Odwoławcza prawidłowo ustaliła, że w części I Rozdziału VI pkt 1 ppkt 12 SIWZ zamawiający wymagał załączenia do oferty harmonogramu rzeczowo - finansowego zgodnie ze wzorem określonym w załączniku nr 6 do SIWZ. Wzór umowy określał podstawowy zakres harmonogramu rzeczowo - finansowego tj. harmonogram robót i zestawienie, sporządzone w układzie miesięcznym, przepływów finansowych dla całego czasu trwania umowy. Harmonogram rzeczowo - finansowy jest integralną częścią umowy (§ 1 ust. 2 pkt. 8 wzoru umowy) i jako taki jest częścią oferty. Tym samym musi być zgodny z SIWZ i postanowieniami wzoru umowy. Pojęć: harmonogram realizacyjno - finansowy i harmonogram realizacyjny nie można pomylić.

Harmonogram rzeczowo - finansowy winien określać etapy realizacji przedmiotu zamówienia w tym, wydania zamawiającemu poszczególnych części robót na podstawie protokołów odbiorów częściowych robót, wydania zamawiającemu wszystkich robót na podstawie protokołu końcowego, dokonania odbiorów technicznych oraz dopuszczenia do użytkowania maszyn, urządzeń i instalacji z równoczesnym wskazaniem odpowiadającym tym etapom przepływom finansowym. Przepływy finansowe nie mogą być rozumiane inaczej niż przelewy środków finansowych na konto wykonawcy na zaspokojenie roszczeń o zapłatę części wynagrodzenia żądanych w fakturach częściowych. Pojęcia przepływów finansowych nie można zawęzić tylko do powstania roszczeń o zapłatę. Harmonogramy realizacyjne to robocze harmonogramy, zatwierdzane przez zamawiającego wraz z wielobranżowymi projektami wykonawczymi dla poszczególnych obiektów określonych w harmonogramie realizacyjno - finansowym. Nie obejmują one przy tym zagadnień finansowych. W żaden sposób dokumentacja przetargowa przygotowana przez zamawiającego nie nasuwa Sądowni wątpliwości interpretacyjnych, związanych z pojęciami harmonogram rzeczowo - finansowy i harmonogram realizacyjny.

Okoliczność, iż w § 2 ust. 4 i 5 wzoru umowy zamawiający zawarł zastrzeżenie, że w terminie 21 dni od daty zawarcia umowy ma prawo wnieść zmiany i uwagi do

harmonogramu rzeczowo - finansowego nie oznacza, że mogą to być zmiany dowolne. Wynikać one mogą np. z potrzeb i możliwości wykonywania poszczególnych robót w obiekcie, w którym trwa bieżąca działalność gospodarcza, z warunków pogodowych itp. Nie mogą one natomiast dotyczyć postanowień SIWZ i wzoru umowy. Takimi postanowieniami, które nie mogą być zmienione na tej podstawie, są postanowienie określające maksymalną, łączną wysokość wynagrodzenia z faktur częściowych na poziomie nie przekraczającym 85% kwoty maksymalnego wynagrodzenia netto, postanowienie o możliwości wystawienia kolejnej faktury częściowej na kolejne 10% wynagrodzenia netto po podpisaniu bez zastrzeżeń protokołu odbioru technicznego i przekazaniu do eksploatacji maszyn, urządzeń i instalacji oraz postanowienia co do zapłaty wynagrodzenia końcowego.

Uczestnik konsorcjum Mostostal w harmonogramie rzeczowo - finansowym zapisał, że po zakończeniu robót budowlano - montażowych zafakturuje wynagrodzenie w kwocie 217.024,40 zł, a zatem 95,25% oferowanej ceny.

Harmonogram rzeczowo - finansowy nie może być rozumiany jako dokument posiłkowy mówiący o przerobach, jak twierdził to pełnomocnik konsorcjum Mostostal na rozprawie przed Izłą. Wykonanie robót i ich wydanie zamawiającemu rodzi obowiązek podatkowy na podstawie art. 19 ust. 1 i 4 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. nr 54, poz. 535 ze zm.). Wykonawca obowiązany jest wystawić fakturę obejmującą całość wydanych robót i doręczyć ją zamawiającemu. Zamawiający zaś musi zaspokoić roszczenia wykonawcy w terminach zakreślonych umową. Te okoliczności związane z zapłatą, które wykonawca winien przedstawić w harmonogramie rzeczowo - finansowym, nie mogą być modyfikowane przez poniesienie wystawienia faktur lub zaniżenie żadanego w nich wynagrodzenia. Oznacza to, że wynagrodzenie za poszczególne etapy robót podlegające odbiorom częściowym winny być wycenione w ofercie wykonawcy na takim poziomie, by nie przekraczać progów 85%, / 10% / 5%. Prawidłowo skonstruowana oferta uwzględniająca te maksymalne progi wynagrodzenia zawierałaby oczywiście inną cenę. Nadto warunkiem modyfikacji przez zamawiającego harmonogramu rzeczowo - finansowego jest wybór oferty i podpisanie umowy, co oznacza, że oferta musi spełniać określone przez zamawiającego wymogi. Niedopuszczalne jest zaakceptowanie oferty nie spełniającej wymogów z założeniem dokonania korekty zaraz po podpisaniu umowy. Byłoby to oczywiście obejście przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. Korekta taka dopuszczalna byłaby tylko na skutek okoliczności powstałych po wyborze oferty i podpisaniu umowy z przyczyn określonych w SIWZ i wzorze umowy. Skoro Izba stoi na stanowisku, że harmonogram rzeczowo - finansowy ma charakter dokumentu merytorycznego, który nie podlega uzupełnieniu, ani poprawie, to konsekwentnie zatem powinna stwierdzić, że oferta konsorcjum Mostostal wymogów zamawiającego nie spełnia.

Stwierdzić zatem należy, iż zamawiający dokonał wyboru oferty, która winna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p.

W tym stanie rzeczy, mając na względzie powołane przepisy, należało orzec jak na wstępie, stosownie do art. 198f ust. 2 p.z.p.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania wywołanego wniesieniem skargi znajduje uzasadnienie w art. 98 § 1 i § 3 k.p.c. oraz art. 99 k.p.c. w zw. z § 2 ust. 1 i 2, § 11 ust. 1 pkt 4 oraz § 13 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz. U. nr 163, poz. 1348 ze zm.). Na koszty składają się: zaliczony na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis od odwołania (kwota 2.222 zł), opłata od skargi (kwota 3.000 zł), opłata skarbową od pełnomocnictwa (kwota 17 zł) oraz koszty zastępstwa procesowego (kwota 600 zł).

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.