

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 21 maja 2008 roku

Sąd Okręgowy w Poznaniu Wydział X Gospodarczy Odwoławczy

w składzie:

Przewodniczący: SSO Piotr Majchrzak
Sędziowie: SSO Jolanta Wątrowska

SSO Ewa Kaźmierczak

Protokolant: st. sekr. sąd. Mirosława Klimowicz

po rozpoznaniu w dniu 15 maja 2008 roku, w Poznaniu

na rozprawie

sprawy o zamówienie publiczne

na skutek skargi Przedsiębiorstwa Robót Drogowych spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Gnieźnie
od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 14 marca 2008 roku, w sprawie - sygn. akt KIO/UZP 183/08

przy udziale Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu
i POL-DRÓG Słupca spółki akcyjnej w Słupcy

I. oddała skargę,

II. zasądza od skarżącego na rzecz przeciwnika skargi POL-DRÓG Słupca spółki akcyjnej w Słupcy kwotę 3.660 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego;---..,

/-/J. Wątrowska A / .: v-- V-/ P.Majchrzak

/ •' -■ ' \ Oryginał należy podpisać

/-/ E.Kaźmierczak

i > i , /i Odpis sporządzono

W 02 0 7 2008

/ Poznań, dnia.....

UZASADNIENIE

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, na przebudowę drogi krajowej nr 15 Gniezno - Trzemeszno od km 145+470 do km 151+040, dł. 5,6 km, nr sprawy 3/2008, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu, zwana dalej Zamawiającym, poinformowała w dniu 15 lutego 2008 roku wykonawców o wyborze, jako najkorzystniejszej oferty Przedsiębiorstwa Robót Drogowych Sp. z o.o.

Na ww. czynność Zamawiającego **protest wniosła w dniu 21 lutego 2008 roku firma POL-DROG SŁUPCA S.A.** zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Protestujący wskazał, że:

1. wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi na brak jednego z dokumentów koniecznych do stwierdzenia czy wykonawca ten spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz ze względu na wadliwą gwarancję wadliwą.
2. oferta Przedsiębiorstwa Robót Drogowych Sp. z o.o. podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ jej treści nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

W uzasadnieniu Protestujący podniósł, że złożony przez Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. dokument wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej jest wadliwy z uwagi na fakt, iż na dokumencie tym brak jest pieczęci gwaranta.

Protestujący stwierdził też, że oferta Przedsiębiorstwa Robót Drogowych Sp. z o.o. nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, gdyż wykonawca ten zaoferował i wycenił:

- chodnik - na podsypce piaskowej,
- ławę pod obrzeża betonowe - również na podsypce piaskowej,

podczas gdy Zamawiający w piśmie z dnia 29 stycznia 2008 roku poinformował, że ww. elementy mają być wykonane na podsypce cementowo - piaskowej (odpowiedzi na pytania nr 25 i 26).

Protestujący wniosł o :

- powtórzenie kwalifikacji wykonawców i w jej wyniku uznanie, że Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych,
- uznanie oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. za odrzuconą zgodnie z dyspozycją art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych,
- dokonanie powtórnej oceny ofert i wyboru jako najkorzystniejszej oferty Protestującego, względnie o:
- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- odrzucenie oferty Przedsiębiorstwa Robót Drogowych Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1

pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych,

-dokonanie powtórnej oceny ofert i uznanie za najkorzystniejszą oferty złożonej przez Protestującego.

Protest został złożony z zachowaniem terminu ustawowego z art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W dniu 22 lutego 2008 r. przystąpienie do postępowania protestacyjnego złożyło Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 28 lutego 2008 r. (pismem z dnia 27 lutego 2008 r.) **przez jego oddalenie.**

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego złożenia wadliwego dokumentu wadium przez Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. Zamawiający stwierdził, że złożony w kasie oryginał ww. dokumentu jest prawidłowy, nie budzący żadnych zastrzeżeń i zawiera wszystkie wymagane pieczęci i podpisy. Poinformował również, że pieczęci są koloru błonniebieskiego i jego zdaniem dlatego nie są czytelne i wyraźne na kopii dokumentu załączonej do oferty.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego niezgodności oferty Przedsiębiorstwa Robót Drogowych Sp. z o.o. z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Zamawiający

->

stwierdził, że zwrócił się w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do ww. Wykonawcy z prośbą o wyjaśnienie co zostało wycenione w pozycjach nr 79, 80 i 81. Otrzymał odpowiedź, że ceny jednostkowe zawierają, tak jak wymagała tego specyfikacja oraz rysunki techniczne, wycenę chodnika i obrzeży betonowych na podsypce cementowo - piaskowej. Wykonawca wyjaśnił, że błędny opis ww. pozycji w tabelach jest skutkiem wydrukowania niewłaściwej wersji tabeli i stanowi omyłkę. Zamawiający uznał, że powołanie się w tabeli na właściwe fragmenty specyfikacji stanowiące podstawę wyceny oraz uzyskane wyjaśnienia są wystarczające, jak również, że wycena pozycji nr 79, 80 i 81 zawiera elementy wymagane przez Zamawiającego.

Wobec powyższego, w dniu 4 marca 2008 r. **wykonawca POL-DRÓG SŁUPCA S.A. wniósł odwołanie** zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 87 ust. 1 i 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wniósł o .

- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

-powtórzenie kwalifikacji wykonawców i w jej wyniku uznanie, że Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych,

-uznanie oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. za odrzuconą zgodnie z dyspozycją art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych,

- dokonanie powtórnej czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej i w jej wyniku odrzucenie oferty Przedsiębiorstwa Robót Drogowych Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz uznanie za najkorzystniejszą oferty Odwołującego.

Odwołanie zostało złożone z zachowaniem terminu i warunku jednoczesności przekazania Zamawiającemu kopii odwołania, wynikających z art. 184 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W dniu 12 marca 2008 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosiło Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o.

Na bazie ustalonego stanu faktycznego Krajowa Izba Odwoławcza podjęła rozważania prawne, w których uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała za zasadny zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Twierdzenia Przystępującego, że odpowiedzi na pytania nr 25 i 26 udzielone przez Zamawiającego w dniu 29 stycznia 2008 r. stanowiły wyjaśnienia treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Krajowa Izba Odwoławcza uznała za nieuprawnione. Krajowa Izba Odwoławcza zauważyła, że w dokumentacji przetargowej przygotowanej przez Zamawiającego wystąpiła sprzeczność pomiędzy Tabelą Elementów Rozliczeniowych, a Szczegółową Specyfikacją Techniczną. W pozycji 79 Tabeli Elementów Rozliczeniowych przewidziano „wykonanie chodnika z betonowej kostki brukowej gr. 6 cm na podsypce piaskowej”, w pozycji 80 i 81 przewidziano zaś ułożenie obrzeży betonowych odpowiednio 6x20 cm i 8x30 cm na ławie z piasku. Szczegółowa Specyfikacja Techniczna w części D.08.02.02 „Chodniki z kostki brukowej betonowej” w pkt 1.3 zawiera zapis „Ustalenia zawarte w niniejszej specyfikacji dotyczą prowadzenia robót związanych z wykonaniem chodników (...) na podsypce cementowo -piaskowej gr. 10 cm” natomiast w części D.08.03.01 „Obrzeża betonowe” w pkt 1.3 przewidziano ustawienie obrzeży betonowych 20x6 cm na podsypce piaskowej kolor szary i ustawienie obrzeży betonowych 30x8 cm na podsypce cementowo - piaskowej. W treści odpowiedzi na pytania Zamawiający usunął ww. sprzeczność wyraźnie stwierdzając, że wymaga, aby zarówno chodnik, jak i obrzeża zostały wykonane na podsypce cementowo - piaskowej oraz że „zmiany zostały naniesione do Tabeli Elementów Rozliczeniowych, zamieszczonej na stronie Zamawiającego pod nazwą Zmodyfikowana TER 2”. Powyższe oświadczenie Zamawiającego, w ocenie Izby, należało uznać za modyfikację treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, z tego względu, że o tym czy wyjaśnienia stanowią modyfikację specyfikacji nie decyduje nazwa nadana pismu Zamawiającego, a wyłącznie merytoryczna zawartość pisma. Ponadto, o dokonanej modyfikacji świadczy również fakt zamieszczenia na stronie internetowej Zmodyfikowanej Tabeli Elementów Rozliczeniowych.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że nie można było w ustalonym stanie faktycznym postawić Zamawiającemu zarzutu zbyt późnego dokonania modyfikacji treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia lub nieprzedłużenia terminu składania ofert z uwagi na to, że zgodnie z art. 38 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający może w każdym czasie przed upływem terminu składania ofert zmodyfikować treść specyfikacji, a obowiązek przedłużenia terminu składania ofert ma zastosowanie wyłącznie w przypadku, gdy niezbędny jest dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach (art. 38 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych). Zamawiający nie przedłużył ww. terminu, zatem uznał, że dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach nie jest wykonawcom potrzebny Krajowa Izba Odwoławcza zauważyła, że odpowiedzi na pytania udzielono w dniu 29 stycznia 2008 r., tj. 3 dni przez terminem składania ofert wyznaczonym na dzień 1 lutego 2008 r., a powyższa czynność nie stała się przedmiotem protestu, zatem należało przyjąć, iż wszyscy wykonawcy byli w stanie uwzględnić wprowadzone zmiany w swoich ofertach. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że uchybieniem ze strony Zamawiającego było nieprzekazanie zmodyfikowanej TER 2 Przystępującemu w tej samej formie, w której została mu przesłana Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, tj. w formie pisemnej. Uchybienie to nie powodowało, zdaniem Krajowa Izba Odwoławcza nieważności czynności modyfikacji specyfikacji, bowiem wszyscy wykonawcy, w tym Przystępujący, otrzymali odpowiedzi na pytania, w których znajdowała się informacja o zamieszczeniu zmodyfikowanego fragmentu dokumentacji na stronie internetowej. Oferta Przedsiębiorstwa Robót Drogowych Sp. z o.o. w pozycji 79, 80 i 81 Tabeli Elementów Rozliczeniowych nie uwzględnia zmian wprowadzonych przez Zamawiającego. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że powyższego uchybienia Przystępującego nie można znieść za pomocą wyjaśnień złożonych w dniu 11 lutego 2008 r. z uwagi na to, że wyjaśnienia te stanowią modyfikację treści oferty, zatem stanowią czynność zabronioną art. 87 ust. 1 ustawy

Prawo zamówień publicznych. Z uwagi na powyższe Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że ofertę Przedsiębiorstwa Robót Drogowych Sp. z o.o. należy uznać za niezgodną z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, wobec czego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych podlega ona odrzuceniu.

Krajowa Izba Odwoławcza nie rozpoznawała zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych wobec cofnięcia tego zarzutu przez Odwołującego na rozprawie.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 191 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu dokonanie powtórnej czynności badania i oceny ofert.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2a i b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886).

Skargę od powyższego wyroku wniosło Przedsiębiorstwo Robót Drogowych

Sp. z o. o., zaskarżając orzeczenie w całości.

Skarżący podtrzymał wszystkie zarzuty i żądania podnoszone w przystąpieniu do postępowania protestacyjnego i w przystąpieniu do postępowania odwoławczego.

Nadto Skarżący podniósł zarzut, że orzeczenie zostało wydane z naruszeniem obowiązujących przepisów prawa, a w szczególności:

- 1 naruszono przepis art. 184 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie postanowień Kodeksu postępowania cywilnego w zakresie postępowania przed sądem polubownym, a w tym naruszenie art. 1194 § 1;
- 2 naruszono przepis art. 187 ust. 4 pkt 2 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 191 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia odwołania wniesionego przez POL-DRÓG SŁUPCA S.A.;
- 3 naruszono przepis art. 190 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wydanie wyroku sprzecznego z ustaleniami dokonanymi w toku postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą
- 4 naruszono przepisy art. 7, art. 38 ust. 4 i 6, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędną ich wykładnię i zastosowanie.

Skarżący wniósł o uwzględnienie podniesionych zarzutów:

- 1 uznanie skargi za zasadną;
- 2 zmianę orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej i wydanie orzeczenia co do istoty sprawy tj. odrzucenie odwołania wniesionego przez POL-DRÓG SŁUPCA SA, względnie jego oddalenie.

Nadto wniósł o obciążenie POL-DRÓG SŁUPCA SA kosztami postępowania przed Sądem Okręgowym i zasądzenie od niego na rzecz Skarżącego, w szczególności:

- 1 kwoty 3.000,- (słownie: trzy tysiące złotych) tytułem zwrotu kwoty opłaty od skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej;

2 kosztów postępowania przed Sądem Okręgowym, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Skarżący wniósł również o przeprowadzenie dowodu z dokumentów tj.

1 dokumentów w postaci protokołu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego tj. druku ZP-1 wraz ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia oraz załącznikami w szczególności ofertą Skarżącego - na okoliczność ustalenia stanu faktycznego istniejącego w sprawie,

2 dokumentów w postaci protokołu z posiedzenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 marca 2008r. sygn. akt: KIO/UZP 183/08 - na okoliczność ustalenia czynności dokonanych i zaniechanych przez Krajową Izbę Odwoławczą.

W uzasadnieniu skargi poniesiono, że skarżący skutecznie przystąpił do postępowania protestacyjnego oraz odwoławczego, a w związku z tym może samodzielnie zaskarżyć orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej bez konieczności wnoszenia interwencji ubocznej.

Skarżący wskazał, że ze względu na treść przepisu art. 187 ust. 4 pkt 2 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 191 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych odwołanie wniesione przez uczestnika powinno zostać rozpatrzone jedynie w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Skarżący podniósł, że o okoliczności wezwania go do wyjaśnień, jak i samych wyjaśnieniach, odwołujący mógł się dowiedzieć wcześniej niż w dniu 14 lutego 2008r. Wezwanie do wyjaśnień datowane jest na 8 lutego 2008r., zaś same wyjaśnienia na 11 lutego 2008r. Dla ustalenia terminu na wniesienie protestu równie ważne jest ustalenie, kiedy wykonawca powziął wiadomość stanowiącą podstawę do protestu, jak i ustalenie terminu, kiedy mógł się z taką informacją zapoznać. W związku z powyższym odwołujący powinien oprotestować czynność Zamawiającego polegającą na wezwaniu skarżącego do wyjaśnień. Odwołujący nie skorzystał z przysługującego mu uprawnienia w terminie przewidzianym przez ustawę. Zatem z tego względu odwołanie nie powinno być rozpatrywane w tym zakresie.

Skarżący wskazał, że stosownie do treści art. 191 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej nie może dotyczyć zarzutów, które nie były zawarte w proteście. Protest nie zawierał zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z powyższym w tym zakresie odwołanie nie było poprzedzone protestem, a co za tym idzie Krajowa Izba Odwoławcza nie może rozpatrywać odwołań w tym zakresie.

Skarżący podniósł, że zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, odwołanie powinno zawierać

wniosek (żądanie) co do rozstrzygnięcia odwołania. W odwołaniu znalazło się następujące żądanie: „*unieważnienie czynności -wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie kwalifikacji Wykonawców (...) oraz dokonanie powtórnej oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej (...)*”. Zgodnie z przepisem art. 191 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Krajowa Izba Odwoławcza może nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności Zamawiającego albo nakazać unieważnienie czynności zamawiającego albo unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Poza kognicją Krajowej Izby Odwoławczej jest „*dokonanie ponownej oceny ofert i wybór oferty najkorzystniejszej*”.

Z ostrożności procesowej w odniesieniu do zarzutów merytorycznych odwołującego, skarżący wskazał, że oferta skarżącego od dnia złożenia była zabezpieczona wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej. Skarżący złożył oryginał gwarancji zgodnie z żądaniem

Zamawiającego w kasie, zaś do oferty została załączona jedynie kopia gwarancji. Na oryginale gwarancji znajdują się wszystkie niezbędne pieczętki i podpisy, a co za tym idzie Skarżący nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Skarżący wskazał, że również zarzut niezgodności treści oferty Skarżącego z treścią SIWZ jest bezzasadny. Zgodnie z przepisem art. 38 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, w szczególnie uzasadnionych przypadkach, zamawiający może w każdym czasie przed upływem terminu składania ofert zmodyfikować treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dokonaną w ten sposób modyfikację zamawiający ma obowiązek przekazać niezwłocznie wszystkim wykonawcom, którym przekazano SIWZ, a jeżeli SIWZ jest udostępniana na stronie internetowej, zamieszcza także na tej stronie. Ponieważ skarżący otrzymał SIWZ w wersji papierowej, zatem zamawiający miał obowiązek przekazać mu w wersji papierowej również wszystkie modyfikacje. Zamawiający nie przekazał poprawionej tabeli elementów rozliczeniowych, a co za tym idzie wyjaśnień treści SIWZ z dnia 29 stycznia 2008r., nie można potraktować jako modyfikacji SIWZ.

Ponadto skarżący podniósł, że stosownie do treści art. 38 ust. 6 ustawy prawo zamówień publicznych Zamawiający zobowiązany jest do przedłużenia terminu składania ofert, jeżeli w wyniku modyfikacji treści SIWZ niezbędny jest dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach. Zamawiający w wyjaśnieniach do SIWZ z dnia 29 stycznia 2008r. na pytanie nr 25 „*prosimy o podanie właściwego rodzaju podsypki pod nawierzchnię z kostki... " udzielił odpowiedzi „ chodnik na podsypce cementowopiaskowej".* Jednocześnie nie przedłużył terminu składania ofert, w związku z powyższym uznał, iż nie potrzebna jest zmiana treści ofert a co za tym idzie powinien zaakceptować treść oferty Skarżącego w takim kształcie w jakim została ona złożona. Skarżący nie może podzielić argumentacji, iż „*uchylenie to nie powoduje jednak nieważności modyfikacji specyfikacji*". Przepis art. 38 ust. 4 zdanie drugie, jednoznacznie bowiem stanowi, iż Zamawiający ma obowiązek przekazania modyfikacji wszystkim wykonawcom, którym przekazano SIWZ.

W skardze wskazano, że orzecznictwa Zespołu Arbitrów wynika, że Wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji z wadliwego sformułowania SIWZ, a w szczególności wszystkie wątpliwości należy interpretować na korzyść Wykonawcy. Zdaniem skarżącego należy stwierdzić, że postanowienia SIWZ zostały wyjaśnione w taki sposób, że wyrażenie „podsypka piaskowa” stanowi synonim pojęcia „podsypka cementowo-piaskowa”. Dlatego też nie można okoliczności opisanych w proteście i odwołaniu uznać za podstawę odrzucenia oferty Skarżącego.

W konkluzji skarżący wniósł o uwzględnienie skargi, zmianę orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej i wydanie orzeczenia co do istoty sprawy poprzez odrzucenie odwołania względnie jego oddalenie.

Sąd odwoławczy zważył, co następuje:

Skarga okazała się bezzasadna.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że skarżący zarzucił, iż Krajowa Izba Odwoławcza wydała wyrok z naruszeniem przepisu art. 184 ust. 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. 2007 r, Nr 223, poz. 1655), zwanej w skrócie „P.z.p”, poprzez naruszenie postanowień Kodeksu postępowania cywilnego w zakresie postępowania przed sądem polubownym, a w tym z naruszeniem an. 1194 §1 k.p.c. Skarżący nie wyjaśnił jednak na czym naruszenie art. 1194 §1 k.p.c. miałoby polegać. Poza podaniem tego jednego przepisu, skarżący nie podał również jakie inne przepisy k.p.c. w zakresie postępowania przed sądem polubownym zostały naruszone i w czym upatruje ich naruszenia.

Nie ma racji skarżący podnosząc, że odwołujący powinien oprotestować czynność zamawiającego, polegającą na wezwaniu skarżącego do wyjaśnień. W myśl przepisu art. 180 ust. 1 P.z.p. można wnieść do zamawiającego protest, dotyczący m.in. czynności podjętych przez

zamawiającego w toku postępowania. Natomiast zgodnie z art. 180 ust. 2 zd. 1 P.z.p. protest wnosi się w terminie 7 dni od dnia, w którym powzięto lub można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. W celu dokonania prawidłowej interpretacji powyższych przepisów, wskazać również należy na przepis art. 179 ust. 1 P.z.p., który stanowi, że środki ochrony prawnej określone w dziale VI P.z.p. przysługują wykonawcom i uczestnikom konkursu, a także innym osobom, jeżeli ich interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Tym samym warunkiem koniecznym do skorzystania z przewidzianych w ustawie Prawo zamówień publicznych środków ochrony prawnej jest:

- naruszenie przez zamawiającego przepisów P.z.p. bądź jakiegokolwiek przepisu wykonawczego,

- powstanie uszczerbku w interesie prawnym w uzyskaniu zamówienia podmiotu legitymowanego lub możliwość powstania uszczerbku w tym interesie,
- istnienie związku przyczynowego pomiędzy naruszeniem przepisów ustawy, a uszczerbkiem w interesie prawnym.

Biorąc powyższe pod uwagę, z całą stanowczością stwierdzić należy, że zwrócenie się przez zamawiającego o wyjaśnienia do skarżącego nie spowodowało powstania uszczerbku w interesie prawnym odwołującego ani też nie spowodowało możliwości powstania uszczerbku w tym interesie z tego względu, że w dacie zwrócenia się o wyjaśnienia, nie było jeszcze wiadomo, w jaki sposób zamawiający wykorzysta uzyskane od skarżącego informacje. Przedmiotowe wyjaśnienia zamawiający otrzymał faxem w dniu 11 lutego 2008 roku, jednakże odwołujący nie mógł wnieść protestu na treść wyjaśnień, gdyż zgodnie z art. 180 ust. 1 P.z.p., można wnieść do zamawiającego protest dotyczący czynności podjętych w toku postępowania przez zamawiającego, a nie przez wykonawcę. Udzielenie wyjaśnień było czynnością dokonaną przez wykonawcę. Natomiast w dniu 15 lutego 2008 roku zamawiający dokonał wyboru oferty skarżącego, uznając ją za najkorzystniejszą i dopiero w tej dacie zaktualizowała się możliwość wniesienia przez odwołującego protestu, gdyż powstał w jego interesie prawnym uszczerbek w uzyskaniu zamówienia. Protest na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty został wniesiony w dniu 21 lutego 2008 roku, a więc z zachowaniem terminu określonego w przepisie art. 180 ust. 2 P.z.p. Tym samym nie zachodziły okoliczności do odrzucenia odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą na posiedzeniu niejawnym wskazane w art. 187 ust. 4 pkt 2 i 4 P.z.p.

Wbrew twierdzeniom skarżącego, Krajowa Izba Odwoławcza nie orzekła co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście, a tym samym nie naruszyła zakazu wynikającego z przepisu art. 191 ust. 3 P.z.p. Słuszna jest uwaga skarżącego, że protest nie zawierał zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 P.z.p., a został on podniesiony dopiero przez odwołującego w odwołaniu, jak również podczas rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą. Jednakże skarżący nie zauważył, że Krajowa Izba Odwoławcza uznała za zasadny zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 P.z.p. i z tej przyczyny uwzględniła odwołanie oraz nakazała Zamawiającemu dokonanie powtórnej czynności badania i oceny ofert. Krajowa Izba Odwoławcza przywołała natomiast art. 87 ust. 1 P.z.p. w uzasadnieniu swojego wyroku, w odniesieniu do uchybienia w ofercie skarżącego w postaci nieuwzględnienia zmian wprowadzonych przez Zamawiającego w poz. 79, 80 i 81 Tabeli Elementów Rozliczeniowych. Krajowa Izba Odwoławcza słusznie stwierdziła, że uchybienia tego nie można znieść za pomocą wyjaśnień złożonych przez skarżącego w dniu 11 lutego 2008 roku, gdyż stanowią one modyfikację oferty, a zatem czynność zabronioną przez przepis art. 87 ust.

1 P.z.p. Nie należy tracić z pola widzenia również okoliczności, że to właśnie skarżący w odpowiedzi na protest, przywołał dla obrony swojego stanowiska - art. 87 ust. 1 P.z.p. i fakt udzielenia wyjaśnień. Nie budzi wątpliwości zatem, że art. 87 ust. 1 P.z.p. nie stanowił podstawy rozstrzygnięcia zaskarżonego wyroku.

Przechodząc do kolejnego zarzutu uznać należało, że niezasadne jest twierdzenie skarżącego, iż Krajowa Izba Odwoławcza nie mogła uwzględnić żądania odwołującego co do rozstrzygnięcia odwołania.

Podkreślić należy, że § 1 ust. 1 pkt 8) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia

2 października 2007 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2007 roku, Nr 187, poz. 1327) stanowi, że odwołanie zawiera wniosek co do rozstrzygnięcia odwołania, jednakże brak jest przepisu, który ustanawiałby sankcję w przypadku nie spełnienia niniejszego wymogu formalnego. W szczególności odwołanie takie nie podlega odrzuceniu (art. 187 ust. 4 P.z.p. a contrario).

Oczywistym jest, że zgodnie z art. 191 ust. 2 P.z.p. Krajowa Izba Odwoławcza może jedynie nakazać zamawiającemu wykonanie lub powtórzenie czynności, nakazać unieważnienie czynności lub unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia. Nie budzi wątpliwości Sądu Okręgowego, że wnoszący odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej nie zgadzał się z rozstrzygnięciem protestu, a jego celem było, aby to jego oferta została uznana za najkorzystniejszą, a rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej, w przypadku uwzględnienie odwołania, miało mu to umożliwić. Innymi słowy, z treści odwołania wynika, że odwołujący chciał uzyskać korzystne dla siebie rozstrzygnięcie i to objęte było jego żądaniem. Nie budzi wątpliwości, że uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert, było rozstrzygnięciem korzystnym dla odwołującego.

Ze względów przytoczonych powyżej nie można uznać, że Krajowa Izba Odwoławcza wydała wyrok sprzeczny z ustaleniami dokonanymi w toku postępowania odwoławczego, a zatem nie potwierdził się również podnoszony w skardze zarzut naruszenia przez Krajową Izbę Arbitrów art. 190 ust. 2 P.z.p.

Przechodząc do zarzutów merytorycznych, stwierdzić należało, że również one są niezasadne.

W pierwszej kolejności, nie budzi żadnych wątpliwości, że odwołujący na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą w dniu 14 marca 2008 roku cofnął zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 P.z.p., a w związku z tym nie ma potrzeby merytorycznego ustosunkowania się przez Sąd Okręgowy w niniejszym zakresie.

Nie można uznać, że Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 P.z.p., gdyż zasadnie przyjęła, że treść oferty skarżącego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Nie budzi wątpliwości Sądu Okręgowego, że odpowiedź zamawiającego udzielona wykonawcom w dniu 29 stycznia 2008 roku w istocie stanowiła modyfikację specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż przesądza o tym, jak słusznie zauważyła Krajowa Izba Odwoławcza, merytoryczna zawartość pisma. Pismem tym została usunięta sprzeczność pomiędzy Tabelą Elementów Rozliczeniowych, a Szczegółową Specyfikacją Techniczną. Bezsprzecznie zamawiający przekazał wykonawcom w dniu 29 stycznia 2008 roku faxem pismo, które nie zawierało poprawionej Tabeli Elementów Rozliczeniowych. Tym niemniej fakt modyfikacji wynikał jednoznacznie z treści pisma zamawiającego z dnia 29 stycznia 2008 roku, a zatem skarżący został poinformowany o treści zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przyjąć zatem należy, że nie został uchybiony przepis art. 38 ust. 7 P.z.p. w myśl, którego o przedłużeniu terminu składania ofert zamawiający niezwłocznie zawiadamia wszystkich wykonawców, którym przekazano specyfikację istotnych warunków zamówienia, a jeżeli specyfikacja jest udostępniana na stronie internetowej, zamieszcza tę informację na tej stronie. Nie przekazanie wykonawcom w formie pisemnej poprawionej Tabeli Elementów Rozliczeniowych było rzeczą jasną uchybieniem, które jednakże w odniesieniu do przedmiotowej sprawy, nie mogło rzutować na fakt dokonania przez zamawiającego modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zauważyć również należy, że zamawiający wszystkich wykonawców, którym przekazał specyfikację istotnych warunków zamówienia, zawiadomił o modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia w ten sam sposób. Wszystkim tym wykonawcom zamawiający przesłał faxem pismo zawierające przedmiotową modyfikację w dniu 29 stycznia 2008 roku. Poprawioną Tabelę Elementów Rozliczeniowych zamawiający udostępnił wykonawcom na stronie internetowej w dniu następnym, tj. 30 stycznia 2008 roku. Nie można zatem przyjąć, że zamawiający naruszył zasadę równego traktowania wykonawców określoną w art. 7 ust. 1 P.z.p., gdyż zapewnił równy dostęp do modyfikacji, w jednakowym czasie.

Zgodnie z art. 38 ust 6 P.z.p. zamawiający przedłuża termin składania ofert, jeżeli w wyniku modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia niezbędny jest dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach. Oznacza to, że tylko w przypadku stwierdzenia przez zamawiającego, że czas który pozostał do otwarcia ofert jest niewystarczający na wprowadzenie przez wykonawców zmian w ofertach, zamawiający przedłuża termin składania ofert. Zamawiający obowiązany jest dokonać oceny czy wykonawcy potrzebują dodatkowego czasu na wprowadzenie zmian w ofertach, kierując się wagą dokonywanych zmian oraz czasem, jaki pozostał do złożenia ofert. Zamawiający w przedmiotowej sprawie doszedł do przekonania, że wykonawcom nie jest potrzebny dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach. Zauważyć należy, że modyfikacja specyfikacji istotnych warunków zamówienia została dokonana w dniu 29 stycznia 2008 roku, tj. na trzy dni przed terminem otwarcia ofert, nie można zatem uznać, że czas jaki pozostał wykonawcom na wprowadzenie zmian w ofertach, był niewystarczający. Nie może budzić wątpliwości, że mimo, iż skarżący nie otrzymał od zamawiającego zmodyfikowanej TER 2, miał wystarczająco dużo czasu, aby sprawdzić czy przygotowana przez niego oferta odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, po dokonanych w niej przez zamawiającego zmianach pismem z dnia 29 stycznia 2008 roku. Podkreślić należy, że każdy wykonawca przygotowujący ofertę powinien dokładnie sprawdzić, czy przygotował ofertę zgodnie z m.in. udzielonymi przez zamawiającego wyjaśnieniami i modyfikacjami. Przy zachowaniu minimum staranności, skarżący powinien dostrzec konieczność poprawienia poz. 79, 80, 81 w Tabeli Elementów Rozliczeniowych, która jednoznacznie wynikała z pisma zamawiającego z dnia 29 stycznia 2008 roku, a wtedy nie popełniłby błędu. Na podkreślenie zasługuje fakt, że wszyscy pozostali wykonawcy takiego błędu nie popełnili, a więc treść pisma z dnia 29 stycznia 2008 roku była dla nich jednoznaczna. Na marginesie można jedynie zwrócić uwagę, że gdyby skarżący sprawdził przedmiotową stronę internetową po dniu 29 stycznia 2008 roku, mógłby z łatwością zauważyć, że została na niej umieszczona poprawiona Tabela Elementów Rozliczeniowych, pod charakterystyczną nazwą TER2.

Niezasadne są twierdzenia skarżącego, wg którego należy przyjąć, iż postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia zostały wyjaśnione w taki sposób, że wyrażenie „podsypka piaskowa” stanowi synonim pojęcia „podsypka cementowo- piaskowa”. Zważywszy na charakter zagadnienia (szczegółowy, techniczny opis zakresu robót) wykluczyć należy możliwość przyjęcia, że pierwsze z wymienionych powyżej określeń odpowiada znaczeniowo drugiemu. W omawianej kwestii zamawiający nie sformułował również słownika pojęć, który dawałby podstawę do równoważnego traktowania obu sformułowań. Jednoznaczna w swej treści jest modyfikacja z dnia 29 stycznia 2008 roku - także zamawiający wyraźnie wskazał, że wymaga podsypki cementowo-piaskowej, a nie piaskowej.

Mając na względzie powyższe rozważania i nie znajdując podstaw do uwzględnienia zarzutów skargi, Sąd Okręgowy na podstawie art. 198 ust. 2 zd. 1 P.z.p. oddalił ją jako bezzasadną.

O kosztach orzeczono na podstawie art. 98 kpc w zw. z art. 108§ 1 kpc, mając na uwadze § 10 ust. 1 pkt 4 w zw. z § 2 ust. 2 i § 5 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 28.09.2002r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. Nr 163 poz. 1349 ze zmianami).

Jolanta Waltrowska

Ewa Kaźmierczak