

Sygn. akt: KIO 1778/10

WYROK
z dnia 31 sierpnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 sierpnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Turbocare Sp. z o.o., Turbocare Inc., 51-117 Wrocław, ul. Paprotna 12a** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Elektrownię „Kozienice” S.A., 26-900 Kozienice, Świerże Górne**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ALSTOM Power Sp. z o. o. w Warszawie Oddział w Elblągu, Zakłady Remontowe Energetyki Lublin S.A., 82-300 Elbląg, ul. Stoczniowa 2** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz dokonanie ponownej oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża Elektrownię „Kozienice” S.A. Spółka Akcyjna, 26-900 Kozienice, Świerże Górne i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Turbocare Sp. z o.o., Turbocare Inc., 51-117 Wrocław, ul. Paprotna 12a,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) przez **Elektrownię „Kozienice” S.A., 26-900 Kozienice, Świerże Górne** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Turbocare Sp. z o.o., Turbocare Inc., 51-117 Wrocław, ul. Paprotna 12a** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Radomiu**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Elektrownia Kozenice S.A. wszczął w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na modernizację i remont turbozespołu bloku nr 4.

W dniu 9 sierpnia 2010 r. zamawiający poinformował wykonawców o wynikach oceny ofert, w tym o odrzuceniu wszystkich ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu oraz o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) zwanej dalej ustawą Pzp. Jako podstawę odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Turbocare Sp. z o.o. i Turbocare Inc. zwanych dalej odwołującym zamawiający podał art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W ocenie zamawiającego, niezgodność oferty odwołującego z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia polega na nie uwzględnieniu zmian wprowadzonych do projektu umowy w dniu 17 czerwca 2010 r. w brzmieniu:

„Wszelkie zobowiązania Wykonawcy i uprawnienia Zamawiającego w ramach gwarancji, niezależnie od jakichkolwiek wydłużeń/odwołań okresu gwarancji, wygasają najpóźniej z upływem 12 miesięcy od upływu okresu gwarancji określonego w ust. 3 (podstawowego okresu gwarancji).

W zakresie rękojmi strony ograniczają prawa Zamawiającego do żądania wymiany lub naprawy.”

W dniu 19 sierpnia 2010 r. odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego jako niezgodnej z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 65 ust. 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. kodeks cywilny (Dz. U. z 1964 r. Nr 16, poz. 93 ze zm.) w zw. z art. 14 ustawy Pzp, art. 87 ust. 1, art. 87 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że dokonując oceny zgodności treści oferty odwołującego z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zamawiający powinien dokonać powyższego zgodnie z zasadami wykładni wskazanymi w art. 65 § 1 kodeksu cywilnego. Odwołujący zwrócił również uwagę na treść pkt 5 formularza ofertowego, gdzie odwołujący złożył oświadczenie, że zapoznał się z wymaganiami przyszłej umowy z wykonawcą zamieszczoną w Części 2 Specyfikacji i akceptuje jej warunki. Rozbieżność pomiędzy ww. oświadczeniem, a brakiem postanowień umowy wskazanych przez zamawiającego w informacji z dnia 9 sierpnia 2010 r. powinna, w ocenie odwołującego, stać się przedmiotem wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w celu ustalenia rzeczywistej treści oferty.

W opinii odwołującego, nawet gdyby zamawiający uznał, że treść wzoru umowy załączonego do oferty odwołującego stanowi rzeczywistą treść oświadczenia woli odwołującego, to mając na uwadze treść spornych postanowień, nieuprawnione było uznanie przez zamawiającego oferty złożonej przez odwołującego za niezgodną z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Uznać należy, zdaniem odwołującego, że wzór umowy załączony do oferty zawiera warunki kontraktowe korzystniejsze dla zamawiającego od treści postanowień zmodyfikowanych – zmodyfikowane przez zamawiającego postanowienia wzoru umowy ograniczają uprawnienia ustawowe zamawiającego dotyczące gwarancji i rękojmi.

Ponadto, odwołujący stwierdził, że istniały również podstawy do uzupełnienia złożonej przez niego oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o:

- unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- unieważnienie czynności unieważnienia postępowania,
- powtórzenie czynności oceny ofert i w konsekwencji dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Izba dokonała następujących ustaleń:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15 maja 2010 r. pod pozycją 2010/S 94-142657, zatem do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym po dacie wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778).

W Części I pkt 7.4 ppkt IV Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zamawiający wymagał zaakceptowania wzoru umowy stanowiącego Część 2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Pierwotna treść § 6 wzoru umowy określona przez zamawiającego brzmiała następująco:

„1. WYKONAWCA gwarantuje osiągnięcie przez Turbozespół nr 4 parametrów przedstawionych w Ofercie lecz nie mniejszych niż podano w Części 1 SIWZ pkt 4.8.

2. Gwarancja rozpoczyna się od dnia podpisania Protokołu Odbioru Końcowego z tym zastrzeżeniem, iż gwarancja rozpocznie bieg najpóźniej w terminie 60 dni od daty zgłoszenia przez WYKONAWCĘ gotowości Turbozespołu do przeprowadzenia ruchu próbnego. Z tym terminem traktuje się Turbozespół jako przejęty przez ZAMAWIAJĄCEGO do eksploatacji.

3. W okresie gwarancyjnym wynoszącym miesięcy, licząc od daty rozpoczęcia okresu gwarancji WYKONAWCA gwarantuje osiągnięcie Gwarantowanych Parametrów Technicznych oraz usuwanie wad.

4. Jeżeli w trakcie eksploatacji Turbozespołu w okresie gwarancyjnym ZAMAWIAJĄCY stwierdzi i wykaże, że Turbozespół nie spełnia Gwarantowanych Parametrów Technicznych określonych w § 7 ust. 5 z przyczyn leżących po stronie WYKONAWCY, Strony będą postępowały odpowiednio zgodnie z zapisami § 7.

5. Jeżeli w okresie gwarancji wystąpi wada/usterka objęta gwarancją WYKONAWCY, termin jej usunięcia zostanie obustronnie uzgodniony w ciągu 2 dni roboczych. W przypadku nie uzgodnienia terminu zostanie on wyznaczony przez ZAMAWIAJĄCEGO, przy czym będzie to termin technicznie i technologicznie uzasadniony.

6. Jeżeli w okresie gwarancyjnym wady lub uszkodzenia (tzw. limitujące pracę Turbozespołu) powstałe z przyczyn leżących po stronie WYKONAWCY spowodują brak gotowości Turbozespołu i nie będzie on mógł być użytkowany w pełnym zakresie wymagań technicznych, okres gwarancyjny na Turbozespół zostanie przedłużony o czas, w którym Turbozespół nie będzie mógł być użytkowany.

7. WYKONAWCA zobowiązuje się do zapewnienia po upływie okresu gwarancji odpłatnego serwisu pogwarancyjnego Przedmiotu Umowy na zasadach określonych w odrębnej umowie.

8. Niezależnie od powyższego WYKONAWCA w okresie gwarancji zapewni ZAMAWIAJĄCEMU nieodpłatne dostawy części zamiennych i szybko zużywających się.

9. Jeżeli podczas okresu gwarancyjnego na Turbozespołe ujawni się jakakolwiek wada lub wydarzy się jakiegokolwiek uszkodzenie wówczas Wykonawca zobowiązuje się do podjęcia czynności naprawczych (przystąpienia do pracy) w okresie gwarancji w ciągu maksymalnie

12 godzin od chwili otrzymania pisemnego zgłoszenia (nie dotyczy napraw wymagających odstawienia Turbozespołu). Wykonawca od chwili zgłoszenia, w terminie uzgodnionym lub wyznaczonym zgodnie z ust. 5 niniejszego §, przedstawi Zamawiającemu uzgodniony z Zamawiającym harmonogram naprawy, który będzie określał termin i sposób usunięcia wady.

10. Jeżeli Wykonawca nie usunie wad lub uszkodzenia w okresie gwarancyjnym w uzgodnionym lub wyznaczonym przez Zamawiającego terminie lub uzgodnienie terminu nie będzie możliwe z przyczyn, za które odpowiada Wykonawca, Zamawiający w ciągu dwóch dni roboczych może podjąć własne działanie na koszt i ryzyko Wykonawcy nie tracąc uprawnień gwarancyjnych wynikających z umowy.”.

W dniu 17 czerwca 2010 r. Zamawiający dokonał modyfikacji części § 6 wzoru umowy w następujący sposób:

„1. WYKONAWCA gwarantuje osiągnięcie przez Turbozespół nr 4 parametrów przedstawionych w Ofercie lecz nie mniejszych niż podano w Części 1 SIWZ pkt 4.7.

4. Jeżeli w trakcie eksploatacji Turbozespołu w okresie gwarancyjnym ZAMAWIAJĄCY stwierdzi i wykaże, że Turbozespół nie spełnia Gwarantowanych Parametrów Technicznych określonych w § 7 ust. 4 pkt 4.1. z przyczyn leżących po stronie WYKONAWCY, Strony będą postępowały odpowiednio zgodnie z zapisami § 7.

9. Jeżeli podczas okresu gwarancyjnego na Turbozespole ujawni się jakkolwiek wada lub wydarzy się jakiegokolwiek uszkodzenie wówczas Wykonawca zobowiązuje się do podjęcia czynności naprawczych (przystąpienia do pracy) w okresie gwarancji w ciągu maksymalnie 48 godzin od chwili otrzymania pisemnego zgłoszenia (nie dotyczy napraw wymagających odstawienia Turbozespołu). Wykonawca od chwili zgłoszenia, w terminie uzgodnionym lub wyznaczonym zgodnie z ust. 5 niniejszego §, przedstawi Zamawiającemu uzgodniony z Zamawiającym harmonogram naprawy, który będzie określał termin i sposób usunięcia wady.

11. Wszelkie zobowiązania Wykonawcy i uprawnienia Zamawiającego w ramach gwarancji, niezależnie od jakichkolwiek wydłużeń/odwołań okresu gwarancji, wygasają najpóźniej z upływem 12 miesięcy od upływu okresu gwarancji określonego w ust. 3 (podstawowego okresu gwarancji).

12. W zakresie rękojmi strony ograniczając prawa ZAMAWIAJĄCEGO do żądania wymiany lub naprawy.”.

Odwołujący w pkt 5 formularza ofertowego złożył oświadczenie następującej treści: „Oświadczamy, że zapoznaliśmy się z wymaganiami przyszłej Umowy z Wykonawcą zamieszczoną w Części 2 SIWZ i akceptujemy jej warunki”. Dodatkowo, odwołujący dołączył parafowaną przez niego treść umowy zgodną z pierwotnym brzmieniem wzoru umowy.

Na rozprawie Strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, jej modyfikacji, treść oferty złożonej przez odwołującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, Izba zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem w kwestionowaniu czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego, a w konsekwencji unieważnieniu postępowania, bowiem w sytuacji potwierdzenia się zarzutów podniesionych przez odwołującego, jego oferta zostałaby uznana za najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Przedmiotem sporu w niniejszej sprawie jest zasadność uznania przez zamawiającego oferty złożonej przez odwołującego za sprzeczną z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia z uwagi na złożenie wraz z ofertą wzoru umowy o treści pierwotnej, nie uwzględniającej dokonanych przez zamawiającego w toku postępowania zmian. Izba stwierdziła, że parafowanie i złożenie wzoru umowy w brzmieniu częściowo nieodpowiadającym aktualnej, obowiązującej wersji Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia stanowi złożenie oświadczenia o treści niezgodnej z treścią Specyfikacji. Tym samym, wobec oświadczenia złożonego w pkt 5 formularza ofertowego o akceptacji warunków przyszłej umowy z wykonawcą zamieszczoną w Części 2 Specyfikacji, w treści oferty odwołującego powstała wewnętrzna sprzeczność pomiędzy ww. oświadczeniem, a parafowanym wzorem umowy. Sprzeczność ta wymaga usunięcia w trybie i zakresie dopuszczonym przez ustawę Pzp tj. na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Przywołany przepis nakłada na zamawiającego obowiązek poprawiania w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego omyłek w treści oferty. Powstanie tego obowiązku uwarunkowane jest zaistnieniem dwóch okoliczności i łącznym ich spełnieniem:

- stwierdzona przez zamawiającego niezgodność treści oferty z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia ma charakter omyłki i

- poprawienie omyłki nie spowoduje istotnych zmian w ofercie.

Interpretując pojęcie „omyłki” użyte w treści ww. przepisu należy przyjąć możliwie szerokie rozumienie tego terminu. Omyłką mogą być zarówno uchybienia w przygotowaniu oferty i prawidłowym wyrażeniu jej treści popełnione przez wykonawcę, jak też pominięcie (wynikające np. z zapomnienia, błędnego rozumienia wymagań Specyfikacji) w wypełnieniu czy przedłożeniu wszystkich elementów oferty. Izba uznała, że dołączenie do oferty wzoru umowy, w którego treści nie dokonano modyfikacji § 6 mieści się w kategorii omyłki, o której mowa w ww. przepisie. Izba wzięła pod uwagę okoliczność, że określenie wzoru umowy jest uprawnieniem i obowiązkiem zamawiającego wynikającym z treści art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający wykonał nałożony na niego obowiązek zamieszczając wzór umowy jako Część 2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Zamawiający nie pozostawił przy tym wykonawcom dowolności w kształtowaniu zobowiązań wynikających z umowy, tym samym czynność parafowania i dołączenia wzoru umowy była czynnością *stricte* techniczną – wykonawcy nie mieli uprawnień do określania zobowiązań według własnego uznania. Izba uwzględniła również fakt, że treść postanowień § 6 wzoru umowy była przez zamawiającego modyfikowana, wobec czego możliwe było popełnienie przez odwołującego omyłki przez dołączenie pierwotnego wzoru umowy, co potwierdził na rozprawie odwołujący.

W rozpoznawanej sprawie spełniona została również druga przesłanka wskazana w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp tj. brak istotnego wpływu na treść oferty. Stwierdzając powyższe Izba wzięła pod uwagę charakter popełnionej omyłki, fakt, że w treści formularza oferty znajduje się oświadczenie wykonawcy o akceptacji warunków umowy zgodnych z treścią Części 2 Specyfikacji oraz oświadczenie odwołującego złożone na rozprawie, że deklaruje w ofercie i nadal deklaruje wolę zawarcia umowy o treści aktualnej na dzień składania ofert. O możliwości dokonania poprawienia omyłki decyduje również okoliczność, że zamawiający zna treść postanowień, które powinny zostać zawarte w § 6 wzoru umowy – dokonanie poprawy nie prowadzi do wprowadzania do oferty odwołującego nowych treści, co do których zamawiający nie ma wiedzy. Zważywszy na powyższe Izba uznała, że poprawienie omyłki popełnionej w ofercie odwołującego powinno zostać dokonane na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Powyższa czynność jest zgodna z przepisami ustawy Pzp i nie stanowi naruszenia zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Ewentualnie, w razie jakichkolwiek wątpliwości, zamawiający mógł zwrócić się do odwołującego na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp z żądaniem wyjaśnienia sprzeczności powstałej w treści oferty. W sytuacji, gdyby odwołujący w wyniku takich wyjaśnień w sposób wyraźny zaprzeczył woli podpisania umowy zgodnie ze zmodyfikowanym w dniu 17 czerwca 2010 r. brzmieniem lub wyraził sprzeciw wobec

informacji o poprawieniu omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, wówczas dopiero uzasadnione byłoby działanie zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W konsekwencji stwierdzenia naruszenia przez zamawiającego 65 § 1 kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Pzp, art. 87 ust. 1, art. 87 ust. 2 pkt 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, Izba uwzględniła również zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp – wobec poprawienia omyłki w ofercie odwołującego podstawa unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskazana w art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp zostanie zniesiona.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że o braku niezgodności oferty odwołującego z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia nie decyduje okoliczność, że warunki gwarancji i rękojmi zawarte w pierwotnym wzorze umowy parafowanym przez odwołującego są korzystniejsze od warunków wskazanych w wersji zmodyfikowanej umowy. Zamawiający podjął decyzję odnośnie wymogów, które zabezpieczają jego interesy, zaś wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia zobowiązani są do przyjęcia ustalonych na etapie tworzenia Specyfikacji warunków umowy, ewentualnie do ich kwestionowania przez składanie środków ochrony prawnej.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i § 5 ust. 4 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:

.....