

WYROK
z dnia 6 maja 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 maja 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 kwietnia 2013 r. przez wykonawcę MAKRUM Project Management Sp. z o.o. w Bydgoszczy w postępowaniu prowadzonym przez ENERGA Elektrownie Ostrołęka S.A. w Ostrołęce

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje ENERGA Elektrownie Ostrołęka S.A. w Ostrołęce unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu z zastosowaniem art. 26 ust. 3 ustawy Prawo Zamówień Publicznych wobec FINANCING & MANUFACTURING & KNOW - HOW Sp. z o.o. w Kluczborku;
2. kosztami postępowania obciąża ENERGA Elektrownie Ostrołęka S.A. w Ostrołęce i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez MAKRUM Project Management Sp. z o.o. w Bydgoszczy tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od ENERGA Elektrownie Ostrołęka S.A. w Ostrołęce na rzecz MAKRUM Project Management Sp. z o.o. w Bydgoszczy kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego 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. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Ostrołęce.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – EN ERGA Elektrownie Ostrołęka Spółka Akcyjna w Ostrołęce - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest modernizacja ładowarki węgla ŁWK-103.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 16 grudnia 2012 r., pod numerem 2013/S 038-060365.

Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Zamawiający 10 kwietnia 2013 r. za pośrednictwem faxu przesłał informację o odrzuceniu oferty MAKRUM Project Management Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Bydgoszczy oraz o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez Financing & Manufacturing & Know-How Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Kluczborku, zwanej dalej „FMK”.

Wykonawca MAKRUM Project Management Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością wniósł odwołanie wobec:

1. czynności odrzucenia oferty odwołującego;
2. zaniechania czynności polegającego na niewybraniu oferty odwołującego jako najkorzystniejszej;
3. zaniechania czynności odrzucenia oferty FMK jako oferty sprzecznej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, dalej również jako: „specyfikacja”;
4. zaniechania czynności unieważnienia przetargu w konsekwencji zaniechania wskazanego w punkcie 3 oraz w konsekwencji uznania, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu;
5. zaniechania czynności polegającej na odmowie dokonania korekty oczywistej omyłki pisarskiej popełnionej w ofercie odwołującego, co w konsekwencji doprowadziło do odrzucenia oferty odwołującego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i ust.3, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 87 ust 1 i 2 pkt 1 i 3 oraz art. 93 ust. 1 pkt 1 i 4 Pzp. Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty FMK z powodu jej niezgodności ze specyfikacją;
2. w przypadku uznania, że zarzuty Odwołującego dotyczącego odmowy uznania błędnego terminu wykonania zamówienia za oczywistą omyłkę pisarską nie zasługują na uwzględnienie - unieważnienie przetargu z powodu braku prawidłowych ofert;
3. unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego i tym samym wykluczeniu odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
4. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych;
5. przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do niniejszego odwołania;
6. z ostrożności procesowej, w przypadku nieuznania argumentów odwołującego wskazanych w punkcie 1 i 2 uzasadnienia odwołania za wystarczające wnosząc o powołanie biegłego z dziedziny budowy i konstrukcji maszyn i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność:
 - stwierdzenia, że różnice w budowie i działaniu oraz parametry techniczne urządzeń wskazanych w ofercie FMK jako urządzenia o tych samych parametrach i właściwościach co modernizowana przez zamawiającego ładowarka są na tyle istotne, że nie może być mowy o spełnieniu przez FMK wymogu punktu 7.2 specyfikacji: modernizacji lub remontu urządzeń "o parametrach technicznych jak ŁWK-103",
 - stwierdzeniu braku spełnienia przez tokarkę karuzelową wskazaną w ofercie przez FMK wymogu pktu 7.3 specyfikacji braku możliwości obróbki podzespołów o dużych gabarytach - średnica minimum 5m.

W uzasadnieniu odwołujący podkreślał m.in., że najważniejszą różnicą pomiędzy ładowarko-zwałówką ŁZKS produkcji FMK, a ładowarką ŁWK 103 produkcji odwołującego jest sposób poruszania się tych urządzeń. ŁZKS porusza się wyłącznie po torowisku, ładowarka ŁWK 103 jest zaś urządzeniem poruszającym się na gąsienicach w dowolnym kierunku. Wskazał też, że różnicą konstrukcyjną jest fakt, że ładowarko-zwałówka ŁZKS ma inne parametry techniczne niż ładowarką ŁWK 103. Największą zaś różnicą jest kąt obrotu nadwozia tych urządzeń, ponieważ ładowarko-zwałówki ŁZKS mają ograniczony obrót nadwozia - ŁZKS-100.20 ma obrót nadwozia o kąt 105°, ŁZKS-600/1200.34 ma obrót nadwozia o kąt 110°, ładowarka ŁWK 103 ma natomiast obrót nadwozia o kąt 360° - nadwozie może zatem obracać się dookoła osi obrotu.

Izba ustaliła, co następuje:

Kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosi 2.460.000 zł.

Cena oferty FMK wynosiła 2.580.000 zł, odwołującego 2.439.000 zł.

Zamawiający w pkt 7. 2 specyfikacji wskazał, że wykonawca musi posiadać niezbędną wiedzę doświadczenie, a w celu potwierdzenia spełnienia tego warunku wykonawca winien przedłożyć wykaz zamówień wykonanych w okresie 3 ostatnich lat zawierający minimum dwa zamówienia polegające na modernizacji, remoncie lub produkcji ładowarek węgla o parametrach technicznych jak ŁWK-103; wartość netto każdego z zamówień nie może być mniejsza niż 1,4 mln.zł." Wzór wykazu stanowiący załącznik nr 4 do specyfikacji przewiduje wskazanie zamówień o podobnym zakresie i charakterze.

Pkt 7.3 specyfikacji stanowi, że wykonawca musi dysponować odpowiednim potencjałem technicznym, a w celu potwierdzenia spełnienia tego warunku winien przedłożyć wykaz narzędzi, wyposażenia i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu realizacji zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami, zawierający co najmniej tokarkę karuzelową do obróbki podzespołów o dużych średnicach - min. 5mb.

FMK wykazało spełnianie warunku w zakresie doświadczenia w oparciu o modernizacje ładowarko-zwałowarki ŁZKS nr 3 i nr 4 oraz ładowarko-zwałowarki ŁZKS 100.20 i ŁZKS-600/1200.34. Dla wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu co do potencjału technicznego FMK wskazał na urządzenie MAKRUSZ S.A. w Bydgoszczy - tokarkę karuzelową, która może obrabiać podzespoły o maksymalnej średnicy 1,25 m oraz obrabiarki (wiertarko-frezarki płytowe w tym CNC) do obróbki podzespołów o dużych średnicach (5m) i gabarytach posiadane przez Fabrykę Urządzeń i Maszyn Famak w Kluczborku.

Zgodnie z pkt 4 specyfikacji termin realizacji zamówienia wynosi do 6 miesięcy od daty podpisania umowy.

Odwołujący w oświadczeniu zawartym w ofercie zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia w terminie 7 miesięcy.

Świadek Pan S..... K..... zeznał, że w czasie rozmowy telefonicznej Pan M..... G..... odpowiedzialny za projekt po stronie odwołującego powiedział mu, że termin ten zaproponował mając na względzie perturbację z wykonaniem poprzedniej modernizacji na rzecz zamawiającego oraz uznał, że przy podpisaniu umowy termin ten będzie jeszcze przedmiotem negocjacji. Pan M..... G..... w czasie rozprawy potwierdził przebieg rozmowy.

Izba dokonała ustaleń na podstawie wymienionych dowodów. Pozostałym dokumentom Izba odmówiła mocy dowodowej, okoliczności na które odwołujący jej powołał, okazały się nerelewantne dla oceny zarzutów. Izba odmówiła przeprowadzenia dowodu z

opinii biegłego, gdyż stan rzeczy ustalony przed zamknięciem rozprawy był wystarczający dla wydania orzeczenia. Dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu prowadziłyby do zwłoki w postępowaniu.

Izba zważyła co następuje:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z wymaganiami wynikającymi z art. 179 ust. 1 Pzp. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy powodują, że odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie, mimo że nie wszystkie zarzuty znalazły potwierdzenie.

Dla oceny zarzutów odwołania przypomnienia wymaga znaczenie specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Doniosłość specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest konsekwentnie podkreślana w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Wskazuje się, że stanowi ona dokument podstawowy, o wiążącym charakterze, stanowiący punkt odniesienia dla wszystkich stron postępowania o udzielenie zamówienia. Można powiedzieć, że postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia są prawem w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zamawiający zobowiązany jest do dokonywania czynności w postępowaniu zgodnie z zapisanymi w specyfikacji wymaganiami. Z kolei wykonawcy zobowiązani są do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz przygotowania merytorycznej treści oferty w sposób odpowiadający opisanym wymaganiom zamawiającego.

Zamawiający wyraźnie wymagał wykonania przedmiotu zamówienia w terminie 6 miesięcy. Jeśli odwołujący uważał, na podstawie wykonywanych wcześniej modernizacji ładowarek ŁKW 103, że termin ten jest zbyt krótki i nie pozwala na wykonanie usługi z należytą starannością, miał możliwość zwrócenia zamawiającemu uwagi przez zadanie pytania w trybie art. 38 Pzp lub wniesienia odwołania wobec treści specyfikacji.

Odwołujący nie skorzystał z tej możliwości, a zmiana terminu wykonania zamówienia z 6 na 7 miesięcy stanowi wadę oferty nie podlegającą konwalidacji.

Dokonana przez odwołującego zmiana terminu wykonania zamówienia nie ma cech oczywistej omyłki pisarskiej. Oczywista omyłka pisarska jest widoczna *prima facie*, rzuca się w oczy każdemu, stanowi w szczególności przypadkową niedokładność. Oczywistość takiej omyłki wyraża się również w tym, że jej usunięcie jest możliwe bez konieczności odwoływania się do innych dokumentów, gdyż istnieje jeden możliwy sposób jej poprawienia.

Do ustalenia, że odwołujący podał w ofercie błędny termin wykonania zamówienia niezbędne jest porównanie treści oferty odwołującego ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, stąd zmiana terminu wykonania zamówienia pozbawiona jest przymiotu oczywistości i już z tego względu możliwość zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp upada.

Nadto, co jasno wykazały wyniki postępowania dowodowego, zmiana treści oferty nie stanowi omyłki, lecz efekt świadomego działania odwołującego.

Omyłki w ofercie polegają zasadniczo na tym, że pisemne oświadczenie woli wykonawcy jest niezgodne ze świadczeniem rzeczywiście oferowanym zamawiającemu. Tymczasem odwołujący, co wynika z zeznań świadka uznał, że termin 7 miesięczny będzie terminem bardziej uzasadnionym, a na etapie podpisania umowy będzie miał jeszcze możliwość negocjacji terminu wykonania zamówienia. Nie sposób zatem mówić o omyłce, lecz raczej o braku świadomości prawnej odwołującego.

Art. 87 ust. 1 Pzp zakazuje wszakże negocjacji treści oferty, natomiast art. 140 Pzp stanowi, że zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z zobowiązaniem zawartym w ofercie.

Nieznajomość prawa nie może przemawiać na korzyść odwołującego. *Ignorantia iuris nocet*, profesjonalny uczestnik obrotu gospodarczego winien znać przepisy prawa oraz wynikające z nich następstwa.

Odwołujący nie dopuścił się omyłki w treści oferty, lecz świadomie wskazał inny termin wykonania zamówienia, co uniemożliwia poprawienie jego oferty również na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Zamawiający zasadnie odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i nie naruszył przywołanego przepisu.

Izba dostrzegła, że w odniesieniu do FMK odwołujący błędnie wskazuje podstawę prawną swego zarzutu i konsekwencji błędnie identyfikuje czynność, której zaniechanie zarzuca zamawiającemu.

Zarzuty odwołania dotyczą wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu co do posiadania wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania odpowiednim potencjałem, technicznym. Brak spełnienia wymagań podmiotowych stawianych wykonawcom nie przynosi skutku odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, lecz uzasadnia czynność wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, z wynikająca z art. 24 ust. 4 Pzp konsekwencją uznania oferty wykonawcy wykluczonego za odrzuconą z mocy prawa..

Błędne wskazanie przepisu ustawy Prawo zamówień publicznych oraz związanej z tym czynności zamawiającego nie uniemożliwia rozpoznania zarzutu, o ile wskazane w odwołaniu okoliczności faktyczne i prawne pozwalają Izbie na ich przyporządkowanie do

właściwej normy prawnej (*vide*: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 11 marca 2011 r. KIO 380/11).

Zamawiający prawidłowo uznał, że FMK posiada wymaganą wiedzę i doświadczenie. W pkt 7.4. specyfikacji istotnych warunków zamówienia czytany łącznie z wymaganiami dotyczącymi wykazu zawarte zostało żądanie wykonania modernizacji urządzeń podobnych do ładowarek LWK 103. Zamawiający nie opisał na czym owo podobieństwo miałyby polegać, darmo zatem domaga się odwołujący odmowy doświadczenia nabytego przy wykonaniu modernizacji ładowarko-zwałowarki ŁZKS nr 3 i nr 4, ładowarko-zwałowarki ŁZKS 100.20 i ŁZKS-600/1200.34 z powodu ich sposobu poruszania oraz skrętności. Niewątpliwie oba urządzenia wykazują podobieństwo, zaś stopień podobieństwa nie może być przedmiotem oceny Izby, z powodu braku stosownych wymagań w postanowieniach specyfikacji.

Potwierdzenie znalazł natomiast zarzut dotyczący braku dysponowania przez FMK urządzeniami niezbędnymi do wykonania zamówienia.

Zamawiający opisując swoje wymagania wyraźnie wskazał, że wymaga dysponowania przez wykonawcę tokarką karuzelową do obróbki podzespołów o dużych średnicach - min. 5mb. FKM nie spełniał tego wymagania. Okoliczność, że urządzenie posiadane przez Fabrykę Urządzeń i Maszyn Famak może być użyte do wykonania zamówienia oraz przeświadczenie zamawiającego, że posiada sprzęt niezbędny do wykonania zamówienia pozostają bez znaczenia.

Postępowania o udzielenie zamówienia jest jawne i pisemne. Stąd też podstawą wszelkich działań zamawiającego powinny być postanowienia specyfikacji oraz treści dokumentów, oświadczeń oraz ofert składanych przez wykonawców.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp znalazł potwierdzenie. Izba nie nakazała jednak wykluczenia FMK z postępowania, gdyż czynność ta winna być poprzedzona wezwaniem do uzupełnienia wykazu dokonany w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Dopiero w razie, gdy w odpowiedzi na nie wykonawca nie złoży wykazu lub złoży wykazu nie potwierdzający spełniania wymagań zamawiającego, zaktualizuje się obowiązek wykluczenia.

Zamawiający nie jest zobowiązany do unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy cena najkorzystniejszej oferty jest wyższa, niż kwota, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Obowiązek podania tej kwoty zgodnie z art. 86 ust. 3 Pzp bezpośrednio przed otwarciem ofert zapobiega uznaniowości zamawiającego, realizuje zasadę jawności postępowania, sprzyja przejrzystości procedury oraz zachowaniu zasad uczciwej

konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (podobnie m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 22 sierpnia 2011 r., sygn. KIO 1693/11).

Kwota, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, nie stanowi górnej i nieprzekraczalnej granicy możliwego zobowiązania. Zamawiający może podjąć działania na rzecz zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia i dopiero, gdy nie uzyska środków w wysokości ceny najkorzystniejszej oferty, zobowiązany jest do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp. Przywołany przepis o możliwości tej stanowi *expressis verbis*.

Chybiony jest zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp.

Przewodniczący: