

**Sygn. akt KIO/UZP 589/10**

**WYROK**  
**z dnia 26 kwietnia 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Bogdan Artymowicz**

**Członkowie: Justyna Tomkowska**  
**Paweł Trojan**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 kwietnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Polimex-Mostostal S.A., ul. Czackiego 15/17, 00-950 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **ENEA Operator Sp. z o.o., ul. Strzeszyńska 58, 60-479 Poznań** protestu z dnia 12 marca 2010 r.

**orzeka:**

**1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, dokonanie badania i oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej;**

**2. kosztami postępowania obciąża ENEA Operator Sp. z o.o., ul. Strzeszyńska 58, 60-479 Poznań i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez Polimex-Mostostal S.A., ul. Czackiego 15/17, 00-950 Warszawa,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **ENEA Operator Sp. z o.o., ul. Strzeszyńska 58, 60-479 Poznań** na rzecz **Polimex-Mostostal S.A., ul. Czackiego 15/17, 00-950 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kwoty zaliczonej w poczet kosztów postępowania z wpisu uiszczonego przez Odwołującego się,
- ~~3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Polimex-Mostostal S.A., ul. Czackiego 15/17, 00-950 Warszawa.**

### **UZASADNIENIE**

Zamawiający - ENEA Operator Sp. z o. o. z siedzibą w Poznaniu, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „ dostawa transformatorów WN/SN dla potrzeb ENEA Operator Sp. z o. o. w 2010 r.”

Pismem z dnia 3 marca 2010 r. zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.).

W uzasadnieniu zamawiający wskazał, iż w SIWZ (rozdział II pkt 2.1 – tabela poz. 3) określił błędny poziom napięcia dolnego transformatora 110/15, 16 MVA, 25 MVA gdzie zamiast 16,5kV podano 22kV. W ocenie zamawiającego błąd ten narusza art. 29 ust. 1 p.z.p. gdyż przedmiot zamówienia nie został opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, przy uwzględnieniu wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. W uzasadnieniu zamawiający wskazał, iż błąd w SIWZ doprowadził do złożenia ofert obejmujących inny asortyment, przez co postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy poprzez naruszenie przez zamawiającego art. 29 ust. 1 p.z.p.

Na taką czynność zamawiającego protest złożył wykonawca – Polimex-Mostostal S.A. z siedzibą w Warszawie, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 p.z.p., art. 36 ust. 1 pkt 5, art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 1 pkt 6 i art. 93 ust. 3 p.z.p., wskazując na bezzasadne i bezprawne unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia

publicznego. Wnosił on o uwzględnienie protestu w całości i unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz o dokonanie wyboru oferty złożonej w ramach przedmiotowego postępowania przez protestującego jako oferty najkorzystniejszej. W uzasadnieniu podał, że ustawodawca wyraźnie wskazał przesłanki, które stanowić mogą podstawę do unieważnienia postępowania. Przesłanki te nie mogą być jednak interpretowane rozszerzająco, ale w sposób ścisły.

Powołując się na uzasadnienie unieważnienia postępowania protestujący wskazał, iż nieprawdą jest, że różni wykonawcy w ramach przedmiotowego postępowania dokonali niejednolitej interpretacji zapisów SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia. Z badania ofert innych wykonawców, którzy złożyli je w ramach przedmiotowego postępowania, przeprowadzonego przez protestującego, wynika bowiem, że wszyscy oferenci złożyli jednakowe oferty (w kartach specyfikacyjnych wszyscy oferenci określili znamionowe napięcie dla transformatora 25 MVA przeznaczonego dla Oddziału Dystrybucji Bydgoszcz stacja GPZ Osowa Góra na 22 kV). Ponadto, wszystkie oferty złożone w postępowaniu są od strony wymagań technicznych stawianych przez zamawiającego jednakowe i całkowicie porównywalne. Dodatkowo, protestujący wskazał, że w czasie trwania postępowania żaden z oferentów nie zgłaszał wątpliwości dotyczących poziomu napięć dla ww. transformatora, żaden z wykonawców nie wniósł też protestu dotyczącego treści SIWZ w tym zakresie.

Jak wynika z powyższego, w ocenie protestującego, nieprawdziwe są twierdzenia zamawiającego, jakoby opis przedmiotu zamówienia był niejasny, nieprecyzyjny i wywoływał wątpliwości u wykonawców. W ocenie protestującego, zapisy zawarte w specyfikacji a dotyczące napięcia znamionowego strony DN dla transformatora 25 MVA przeznaczonego dla Oddziału Dystrybucji Bydgoszcz stacja GPZ Osowa Góra były sformułowane jednoznacznie, w sposób niebudzący żadnych wątpliwości. W związku z tym, nieprawdą jest również to, że w wyniku błędnych zapisów SIWZ wykonawcy złożyli oferty, które nie są porównywalne. W uzasadnieniu protestujący powołał się na wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 13.06.2006 r. sygn. UZP/ZO/0-1666/06 zgodnie z którym: *„Pomiędzy wadą postępowania a niemożnością zawarcia ważnej umowy musi istnieć związek przyczynowy. Wada postępowania powinna mieć charakter nieusuwalny i wywierać istotny wpływ na umowę, powodując jej bezwzględną nieważność. Wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy jest w szczególności obiektywna niemożność dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty.*” Protestujący przytoczył również wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 11.10.2007 r., sygn. UZP/ZO/0-1206/07, zgodnie z którym: *„Nie każde naruszenie przepisów ustawy skutkuje unieważnieniem postępowania. Musi być to rażące naruszenie przepisów ustawy, albo takie, które w istotny sposób oddziałuje na ważność wyboru oferty najkorzystniejszej.*” W

przedmiotowej sprawie, w ocenie protestującego, nie ma w ogóle do czynienia z naruszeniem treści SIWZ, czy też samych przepisów p.z.p.. Takiej podstawy nie stanowi w szczególności błąd pisarski popełniony przez zamawiającego. Oferty wszystkich wykonawców w zakresie parametru dolnego napięcia są jednakowe i przez to porównywalne, zapisy SIWZ w tym zakresie, także nie budzą żadnych wątpliwości, nie zaistniała więc sytuacja obiektywnej niemożliwości oceny ofert. Nie ma więc podstaw do zastosowania przez zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p., a tym samym do unieważnienia postępowania.

Rozstrzygnięciem z dnia 22 marca 2010 r. zamawiający protest w całości oddalił. W uzasadnieniu podał, iż opis np. 16 MVA, 110/15 kV jest opisem ogólnym i w rzeczywistości odpowiada parametrom transformatora o mocy 16 MVA po stronie GN i DN oraz przekładni GN/DN wynoszącej 115/16,5 kV. W przypadku transformatora o mocy 16 MVA oraz przekładni GN/DN wynoszącej 115/22 kV opisem ogólnym transformatora jest 110/20 kV. W ocenie zamawiającego omyłka popełniona w SIWZ gdzie w rozdziale II pkt 2.1., pozycja 3, kolumna 5 tabeli omyłkowo wpisano 22 kV zamiast 16,5 kV jest błędem poważnym, który prowadzi do niemożliwości zawarcia ważnej umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Błąd ten nie został zauważony przez zamawiającego przed terminem składania ofert. Zdaniem zamawiającego omyłka w SIWZ rodzi poważne konsekwencje gdyż nie może on stwierdzić czy wykonawcy przyjęli w ofercie dolne napięcie 16,5 kV czy też 22 kV dla transformatora dla stacji GPZ Osowa Góra. Zamawiający przypuszcza, iż niektórzy oferenci złożyli ofertę na transformator o przekładni 115/16,5 kV a niektórzy dla napięcia 115/22kV. Dowodem na to jest fakt, iż w niektórych ofertach zastosowano opis podstawowy transformatora 110/15 kV a w niektórych zmieniono samodzielnie na 110/20 kV. Zdaniem zamawiającego również z oferty odwołującego nie wynika jednoznacznie czy w ofercie ujęto transformator o przekładni 110/15 kV tj. 115/16,5 kV czy 110/20kV tj. 115/22kV. W ocenie zamawiającego poprzez błąd w treści SIWZ zostały złożone oferty obejmujące inny asortyment, oferty, które nie są jednoznaczne co skutkuje wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy poprzez naruszenie art. 29 ust. 1 p.z.p. Ponadto wadą, której z uwagi na wykrycie jej po terminie składania ofert, nie można usunąć. Zdaniem zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu doszło do rażącego naruszenia przepisów Prawa zamówień publicznych poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, co doprowadziło do braku możliwości porównania ofert, a w konsekwencji do wyboru najkorzystniejszej oferty. Mając na względzie powyższe zamawiający uznał protest za bezzasadny.

Od takiego rozstrzygnięcia, pismem z dnia 31 marca 2010 r. odwołanie wniósł wykonawca – Polimex-Mostostal S.A. z siedzibą w Warszawie. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt 5, art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 1 pkt 6

i art. 93 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) poprzez bezzasadne i bezprawne unieważnienie postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego. Odwołujący wnosił o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,
2. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
3. dokonanie wyboru oferty złożonej w ramach przedmiotowego postępowania przez Polimex –Mostostal S.A., jako oferty najkorzystniejszej,
4. obciążenie zamawiającego kosztami przedmiotowego postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołujący ponowił argumentację i twierdzenia zawarte w proteście. Podniósł, iż zamawiający bardzo szczegółowo opisał wymagania dla transformatorów i wszyscy wykonawcy, biorący udział w przedmiotowym postępowaniu zaoferowali transformatory zgodnie z wymaganiami przedstawionymi w SIWZ i nikt nie zmienił wartości 22 kV na 16,5 kV w przypadku transformatora o mocy 25 MVA dla Oddziału Dystrybucji Bydgoszcz, stacja Osowa Góra. Zdaniem odwołującego wskazuje to jednoznacznie, że żaden wykonawca nie miał wątpliwości co do zapisów SIWZ. W uzasadnieniu odwołujący podał, iż z dokonanej przez niego analizy ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu wynika jednoznacznie, że wszyscy oferenci złożyli oferty na transformator o napięciu 22 kV i nie było żadnych wątpliwości w interpretacji zapisów SIWZ. W ocenie odwołującego wszyscy oferenci złożyli jednakowe oferty (w kartach specyfikacyjnych wszyscy oferenci określili znamionowe napięcie dla transformatora 25 MVA przeznaczonego dla Oddziału Dystrybucji Bydgoszcz, stacja GPZ Osowa Góra na 22 kV). Ponadto wszystkie oferty złożone w postępowaniu są od strony wymagań technicznych stawianych przez zamawiającego jednakowe i całkowicie porównywalne. Mając na uwadze powyższe odwołujący stwierdził że opis przedmiotu zamówienia zawarty w SIWZ był jasny i nie budził żadnych wątpliwości i w konsekwencji spełniał wymagania zawarte w art. 29 ust. 1 p.z.p. Ponadto w uzasadnieniu odwołujący podniósł, iż wada postępowania musi mieć taki charakter, że uniemożliwia zawarcie ważnej umowy na wykonanie zamówienia publicznego. O tym czy postępowanie obarczone jest taką wadą decyduje obiektywna ocena zapisów SIWZ, a nie subiektywne przekonanie zamawiającego. W ocenie odwołującego akceptacja stanowiska zamawiającego przytoczona w decyzji o unieważnieniu postępowania jak też w rozstrzygnięciu protestu prowadziłyby do uznania, że zamawiający ma prawo całkowicie dowolnego decydowania o unieważnieniu postępowania.

### **Izba ustaliła co następuje:**

Zamawiający - ENEA Operator Sp. z o. o. z siedzibą w Poznaniu, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „ dostawa transformatorów WN/SN dla potrzeb ENEA Operator Sp. z o. o. w 2010 r.”

Przedmiot zamówienia obejmuje dostawę 5 szt. Transformatorów WN/SN wg następującego zestawienia:

- 1) transformator 16 MVA, 110/15 kV dla Oddziału Dystrybucji Gorzów Wlkp., stacja GPZ Zielomyśl (Tr. 1);
- 2) transformator 16 MVA, 110/15 kV dla Oddziału Dystrybucji Gorzów Wlkp., stacja GPZ Zielomyśl (Tr. 2);
- 3) transformator 25 MVA, 110/15 kV dla Oddziału Dystrybucji Gorzów Wlkp., stacja GPZ Baczyna (Tr. 1);
- 4) transformator 25 MVA, 110/15 kV dla Oddziału Dystrybucji Gorzów Wlkp., stacja GPZ Baczyna (Tr. 2);
- 5) transformator 25 MVA, 110/15 kV dla Oddziału Dystrybucji Bydgoszcz, stacja GPZ Osowa Góra (Tr. 3).

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarty został w rozdziale II SIWZ. Zgodnie z pkt 2.1 w/w rozdziału II SIWZ zamawiający w tabeli – parametry znamionowe, napięcie dolne dla transformatora nr 5 dla stacji Osowa Góra określił na poziomie 22 kV.

Jako jedyne kryterium oceny ofert zamawiający określił cenę. Do upływu terminu składania ofert wpłynęły 4 oferty. Zgodnie z pkt 7.4. lit. d wykonawcy zobowiązani byli dołączyć do oferty dokumenty techniczne, które zawierały m.in. wyszczególnienie danych znamionowych i parametrów technicznych transformatora oraz warunków środowiskowych pracy. Izba ustaliła, iż wszyscy czterej wykonawcy, w zakresie parametru „napięcie dolne” dla transformatora nr 5 dla stacji Osowa Góra określili ten parametr na poziomie 22 kV zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Pismem z dnia 3 marca 2010 r. zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p. z uwagi na naruszenie art. 29 ust. 1 p.z.p. poprzez nie opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, przy uwzględnieniu wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Czynność unieważnienia postępowania leży u podstaw postępowania protestacyjnego i odwoławczego.

**Wobec powyższych ustaleń Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:  
Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.**

Skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, przed dniem 29 stycznia 2010 r., tj. przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy p.z.p. w brzmieniu dotychczasowym - sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

Ponadto skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 ustawy p.z.p., skutkujących odrzuceniem odwołania.

Ustalono również, że wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 p.z.p., uprawniający go do złożenia protestu i odwołania, gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania jego oferta mogłaby być uznana za najkorzystniejszą.

Na wstępie należy wskazać, iż wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia można traktować w kategoriach swego rodzaju przyrzeczenia publicznego, w którym zamawiający zobowiązuje się udzielić zamówienia publicznego konkretnemu wybranemu w postępowaniu wykonawcy przy wypełnieniu określonych wymogów i przesłanek. Brak wypełnienia określonych przesłanek czyni to przyrzeczenie niemożliwym do spełnienia. W przedmiotowej sprawie w ocenie Izby zamawiający nie dokonując sprawdzenia ważności złożonych ofert, ich poprawności i zgodności z wymogami SIWZ błędnie unieważnił przedmiotowe postępowanie w oparciu art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p. Zamawiający opierając swoją decyzję o unieważnieniu postępowania na naruszeniu przez niego art. 29 ust. 1 p.z.p. nie wykazał związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy wadą postępowania a nieważnością przyszłej umowy. W ocenie Izby wykładnia literalna art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p. wskazuje, iż istnienie przesłanki wskazanej w tym przepisie nastąpi jedynie w przypadku, gdy pomiędzy wadą postępowania a przyszłą umową istnieje faktycznie związek przyczynowo – skutkowy, który prowadziłby do nieważności takiej umowy. Izba nie podzieliła argumentów zamawiającego, jakoby brak było możliwości jednoznacznego stwierdzenia czy wykonawcy przyjęli w ofercie dolne napięcie 16,5 kV czy też 22 kV. Dane w tym zakresie są jednorodne we wszystkich czterech złożonych ofertach. Zamawiający podejmując decyzję o unieważnieniu przedmiotowego postępowania oparł się jedynie na własnych przypuszczeniach, zakładając iż prawdopodobne jest, że niektórzy oferenci złożyli ofertę transformatorów o przekładni 115/16,5 kV a niektórzy dla napięcia 115/22 kV. Twierdzenia te nie znajdują oparcia w

przedstawionej dokumentacji. W ocenie Izby ustawa p.z.p. daje zamawiającym szereg instrumentów, przy wykorzystaniu których zamawiający jest w stanie dokonać prawidłowego wyboru najkorzystniejszej oferty, przy jak najlepszym zabezpieczeniu interesów zamawiającego.

W przedmiotowym postępowaniu przy założeniu uzasadnionych wątpliwości co faktycznie oferują wykonawcy zamawiający mógł skorzystać z instytucji określonej w art. 87 ust. 1 p.z.p.

W ocenie Izby przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p., iż postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego w przedmiotowej sprawie nie zaistniały i nie znalazły potwierdzenia w zebranych materiale dowodowym. Wada uniemożliwiająca zawarcie ważnej umowy musi być nieusuwalna, wywierać taki wpływ na umowę w sprawie zamówienia publicznego, który powoduje jej bezwzględną nieważność. W ocenie Izby przesłanki unieważnienia postępowania należy interpretować ściśle i nie jest w tym zakresie dopuszczalna, nie znajdująca oparcia w przepisach decyzja zamawiającego o unieważnieniu postępowania. W ocenie Izby Zamawiający oparł decyzję o unieważnieniu postępowania na przypuszczeniach i domysłach, iż złożone oferty są nieporównywalne i nie można ustalić co zaproponował każdy z wykonawców.

Zdaniem Izby czynność unieważnienia postępowania winna mieć miejsce w sytuacjach ściśle odpowiadających treści przepisu art. 93 ust. 1 p.z.p. zamawiający nie ma prawa unieważnić postępowania jeżeli nie wykaze, że zachodzą przesłanki określone we wskazanym przepisie. W przedmiotowej sprawie zamawiający, który powołał się na przesłankę określoną w art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p. nie wykazał w żaden sposób nieusuwalnej wady postępowania i to takiej, która uniemożliwiałaby zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. W ocenie Izby wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy jest obiektywna niemożność dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej. W przedmiotowej sprawie zamawiający nie dokonał oceny ofert, nie podjął też nawet próby wyboru oferty najkorzystniejszej. Domniemania zamawiającego nie mogą być w ocenie Izby postrzegane, jako obiektywna niemożność skutecznego wyboru.

Uwzględniając fakt, że decyzji zamawiającego o unieważnieniu postępowania, wobec jej oprotestowania, nie można uznać za ostateczną, skład orzekający Izby uznał za słuszne nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania. Ponadto Izba uznała za celowe nakazanie zamawiającemu dokonanie zaniechanych czynności badania i oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty.



Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....