

Sygn. akt KIO 998/15

WYROK
z dnia 27 maja 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Marta Polkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 maja 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 maja 2015 r. przez ZREW TRANSFORMATORY S.A. w Łodzi w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego PGE Dystrybucja S.A. Oddział Łódź – Teren w Łodzi

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje PGE Dystrybucji S.A. Oddział Łódź – Teren w Łodzi unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w częściach 1 i 2 i zaproszenia do aukcji elektronicznej w części 3 oraz odrzucenie oferty Fabryki Transformatorów w Żychlinie Sp. z o.o. w Żychlinie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i powtórzenie czynności badania i ceny oferty w zadaniach 1- 3;
2. kosztami postępowania obciąża PGE Dystrybucję S.A. Oddział Łódź – Teren w Łodzi i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ZREW TRANSFORMATORY S.A. w Łodzi tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od PGE Dystrybucji S.A. Oddział Łódź – Teren w Łodzi na rzecz ZREW TRANSFORMATORY S.A. w Łodzi 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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 Łodzi.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - PGE Dystrybucja Spółka Akcyjna w Lublinie działając przez PGE Dystrybucja Spółkę Akcyjną Oddział Łódź - Teren w Łodzi - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego, którego przedmiotem jest zakup nowych transformatorów 110/SN w 2015 r. wraz z wymianą, w zakresie 5 sztuk - 10 MVA i 4 sztuki - 16 MY A, na potrzeby realizacji projektu pn: „Ograniczenie strat energii poprzez wymianę transformatorów WN/SN w PGE Dystrybucja S.A. O/Łódź - Teren”. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 11 marca 2015 r. pod numerem 2015/S 049-086135. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W związku z przesłaniem przez zamawiającego w dniu 12 maja 2015 r. zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej w części (zadaniu) 3 wykonawca ZREW TRANSFORMATORY Spółka Akcyjna w Łodzi wniósł odwołanie 14 maja 2015 r. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

1. zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Fabrykę Transformatorów w Żychlinie Sp. z o.o. (dalej „FTZ”), która to oferta podlegała odrzuceniu w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, w ramach wszystkich trzech zadań objętych postępowaniem, ze względu na to, że treść oferty FTZ nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej jako: „SIWZ”) i nie podlega poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp;
2. wyznaczenie aukcji elektronicznej dla zadania nr 3 z naruszeniem art. 91a Pzp;
3. zaniechanie wyboru najkorzystniejszej oferty, tj. oferty złożonej przez odwołującego w ramach wszystkich trzech zadań, co stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp.

Wskazując na naruszenie powołanych przepisów ustawy odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

1. odrzucenia oferty złożonej przez FTZ w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w ramach wszystkich trzech zadań objętych postępowaniem, ze względu na to, że treść oferty FTZ nie odpowiada treści SIWZ i nie podlega poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp;
3. dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty, tj. oferty odwołującego, zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp;

4. unieważnienia czynności polegającej na wyznaczeniu aukcji elektronicznej dla zadania nr 3;

Odwołujący wnosił również o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym także kosztów zastępstwa procesowego przez profesjonalnego pełnomocnika, i zobowiązanie zamawiającego do przedłożenia oferty złożonej w ramach Postępowania przez FTZ, a także przez Power Engineering S.A.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że błędy w ofercie złożonej przez FTZ polegają w szczególności na tym, że:

1. w formularzu ofertowym dla zadania nr 1 zamawiający wymagał w SIWZ (Załącznik nr 1 do SIWZ - Specyfikacja Techniczna, Część B, Rozdział VII pkt 1 ppkt 1.1), aby terminy dostaw zawierały się w okresie od czerwca 2015 r. do końca września 2015 r. i różniły się, kolejno o minimum 10 dni. W ofercie FTZ deklarowane terminy dostaw (z montażem) każdego z trzech transformatorów są jednakowe i określone są na dzień 30 września 2015 r.;

2. w formularzu ofertowym dla zadania nr 2 zamawiający wymagał w SIWZ (Załącznik nr 1 do SIWZ - Specyfikacja Techniczna, Część C, Rozdział VII pkt 1 ppkt 1.1), aby terminy dostaw zawierały się w okresie od czerwca 2015 r. do końca września 2015 r. i różniły się, kolejno o minimum 14 dni. W ofercie FTZ deklarowane terminy dostaw (z montażem) każdego z dwóch transformatorów są jednakowe i określone na dzień 30 września 2015 r.;

3. w formularzu ofertowym dla zadania nr 3 zamawiający wymagał w SIWZ (Załącznik nr 1 do SIWZ - Specyfikacja Techniczna, Część D, Rozdział VII pkt 1 ppkt 1.1), aby terminy dostaw zawierały się w okresie od czerwca 2015 r. do końca października 2015 r. i różniły się, kolejno o minimum 10 dni. W ofercie FTZ deklarowane terminy dostaw (z montażem) każdego z czterech transformatorów są jednakowe i określone na dzień 31 października 2015 r.

Odwołujący wywiódł, że w związku z wymaganiem zamawiającego, dotyczącym wskazania w ofercie terminów dostaw transformatorów, aby przerwa pomiędzy tymi terminami wynosiła przynajmniej 10 dni, w zadaniach nr 1 i 3 i przynajmniej 14 dni w zadaniu nr 2, oferta FTZ nie spełnia wymagań zamawiającego i jest niezgodna z SIWZ. Argumentował, że niezgodność oferty FTZ z treścią SIWZ ma charakter istotny i nie podlega poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Nie zgłoszono przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której odwołujący podtrzymał dotychczasowe stanowisko.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Wywodził zgodnie ze złożoną na rozprawie odpowiedzią na odwołanie, że postanowienia SIWZ w zakresie terminów dostawy nie są jednoznaczne, zatem rozstrzygając rozbieżność w zakresie interpretacji na korzyść FTZ uznał ofertę złożoną przez tego wykonawcę za zgodną z SIWZ.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z pkt 4 SIWZ przedmiot zamówienia został podzielony na trzy części (zadania), z których każda obejmowała dostawę odpowiednio: 3, 2 i 4 transformatorów (łącznie 9 szt.).

W pkt 6.6.1 SIWZ zamawiający przewidział przeprowadzenie aukcji elektronicznej zgodnie z art. 91a ust. 1 Pzp po dokonaniu oceny ofert.

W zakresie terminów dostaw:

1. w formularzu ofertowym dla zadania nr 1 zamawiający wymagał (Załącznik nr 1 do SIWZ - Specyfikacja Techniczna, Część B, Rozdział VII pkt 1 ppkt 1.1), aby terminy dostaw zawierały się w okresie od czerwca 2015 r. do końca września 2015 r. i różniły się kolejno o minimum 10 dni;

2. w formularzu ofertowym dla zadania nr 2 zamawiający wymagał (Załącznik nr 1 do SIWZ - Specyfikacja Techniczna, Część C, Rozdział VII pkt 1 ppkt 1.1), aby terminy dostaw zawierały się w okresie od czerwca 2015 r. do końca września 2015 r. i różniły się, kolejno o minimum 14 dni;

3. w formularzu ofertowym dla zadania nr 3 zamawiający wymagał (Załącznik nr 1 do SIWZ - Specyfikacja Techniczna, Część D, Rozdział VII pkt 1 ppkt 1.1), aby terminy dostaw zawierały się w okresie od czerwca 2015 r. do końca października 2015 r. i różniły się, kolejno o minimum 10 dni.

Wzór umowy stanowił natomiast w § 1 ust. 3 i 4, że sprzedawca zobowiązuje się zgodnie z ofertą do terminowej realizacji dostaw, w terminach realizacji określonych dla każdej z 9 lokalizacji do dnia....2015 r. Konsekwencje uchybienia terminowi dostawy zostały opisane w § 6 ust. 1 lit. a) wzoru umowy, zgodnie z którym sprzedawca zobowiązuje się do zapłaty kary umownej w przypadku opóźnienia w wykonaniu przedmiotu umowy z przyczyn leżących po stronie sprzedawcy w wysokości 0,5% ceny brutto opóźnionej dostawy, ustalonej wg cen jednostkowych towaru podanych w § 1 za każdy dzień opóźnienia.

W § 2 ust. 1 sprzedawca zobowiązany został do pisemnego zgłoszenia kupującemu gotowości wykonania prac do 7-go dnia miesiąca poprzedzającego miesiąc, w którym planowane jest rozpoczęcie prac przy wymianie transformatora 110/SN. Zgłoszenie to służy do uzgodnienia szczegółowych terminów wykonania i odbioru prac.

Zgodnie z protokołem postępowania zamawiający dokonał otwarcia ofert 17 kwietnia 2015 r.

W zadaniu nr 1 i 2 oferty złożyli odwołujący oraz ZREW oraz FTZ, w zadaniu nr 3 oferty złożyli odwołujący FTZ i oferta Power Engineering S.A. w Czerwonaku.

Oferta FTZ:

1. w formularzu ofertowym dla zadania nr 1 deklarowane terminy dostaw (z montażem) każdego z trzech transformatorów są jednakowe dla każdego z trzech transformatorów i określone zostały na dzień 30 września 2015 r.;
2. w formularzu ofertowym dla zadania nr 2 deklarowane terminy dostaw (z montażem) każdego z dwóch transformatorów są jednakowe i określone na dzień 30 września 2015 r.;
3. w formularzu ofertowym dla zadania nr 3 terminy dostaw (z montażem) każdego z czterech transformatorów są jednakowe i określone na dzień 31 października 2015 r.

Oferty odwołującego i Power Engineering S.A. wskazywały terminy dostaw różniące się odpowiednio o 10 dni (dla zadania 1 i 3) oraz 14 dni (dla zadania 2).

Pismem z 23 kwietnia 2015 r. zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp zażądał od FTZ wyjaśnień treści oferty. Wskazał, że w SIWZ wymagał, aby terminy dostaw transformatorów w poszczególnych częściach różniły się od siebie 10 i 14 dni, natomiast wykonawca wskazał jednakowe terminy dla dostaw wszystkich transformatorów w każdej z części zamówienia. Zamawiający oczekiwał wyjaśnień w zakresie terminów dostaw i informacji, czy FTZ uwzględnił w ofercie i gwarantuje wykonanie wymian transformatorów w ramach każdej z części w odstępach min. 10 dni.

Pismem z 27 kwietnia 2015 r. FTZ udzielił wyjaśnień, w których oświadczył, że terminy wymian transformatorów różnić się będą o minimum 10 dni dla zadania 1 i 3 oraz 14 dla zadania 2 oraz podał terminy dostaw transformatorów w poszczególnych częściach.

Odwołujący w toku postępowania poinformował zamawiającego, że oferta złożona przez FTZ podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z powodu niezgodności oferty z SIWZ. Wskazał, że nie są to omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, mają charakter nieusuwalny i zamawiający nie może ich poprawić w trybie, gdyż powodowałyby to istotne zmiany w treści oferty FTZ.

Zamawiający pismem z 12 maja 2015 r. zaprosił wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej w zadaniu 3, informując, że oferta odwołującego uplasowała się na drugiej pozycji. Zaproszenie to zostało unieważnione po wniesieniu odwołania.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp, gdyż zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący nie uzyska zamówienia w częściach 1 i 2 oraz może nie uzyskać zamówienia w części 3.

Odwołanie okazało się zasadne.

Przedewszystkim Izba uznała, że wymagania zamawiającego dotyczące wskazania terminów dostawy poszczególnych transformatorów były jasne. Zamawiający wymagał, aby termin końcowy dostaw dla poszczególnych transformatorów był ustalony indywidualnie, mieścił się w określonym czasookresie, a terminy dostaw poszczególnych transformatorów następowały w odstępach 10 dni (dla zadania 1 i 2) oraz 14 (dla zadania 3). Ustalenie przez wykonawcę takiego samego terminu dostaw transformatorów w poszczególnych zadaniach nie odpowiada więc wymaganiom zamawiającego, nawet jeśli termin ten nie przekracza końcowego terminu ustalonego przez zamawiającego.

Postanowienia SIWZ, wbrew stanowisku zamawiającego, nie dają podstaw do innej interpretacji. Zobowiązaniem wykonawcy zabezpieczonym karą umowną była realizacja dostawy w terminach wskazanych w ofercie, czyli takich, które kończyły swój bieg w różnym czasie w odniesieniu do dostaw poszczególnych transformatorów w każdej z części. Natomiast § 2 ust. 1 służył wyłącznie ustaleniu szczegółowych terminów wykonania i odbioru prac. Postanowienie dotyczące ustalenia terminu dostawy nie pozostaje w żadnej kolizji z obowiązkiem wskazania indywidualnych, różniących się o wymagany okres terminów dostawy, skoro termin ten powinien mieścić się w czasookresie wskazanym w ofercie.

O jasności wymagań SIWZ świadczy również to, że dwaj pozostali wykonawcy biorący udział w postępowaniu wskazali terminy dostaw z zachowaniem wymaganych różnic.

Skoro wola zamawiającego co do różnic w zakresie terminów dostaw poszczególnych transformatorów została wyraźnie wyrażona w SIWZ, zamawiający nie mógł przyjąć oferty FTZ. Orzecznictwo Izby dotyczące wykładni postanowień SIWZ na korzyść wykonawcy jest nieadekwatne do okoliczności sprawy, gdyż SIWZ w badanym postępowaniu nie daje podstaw do rozbieżnych interpretacji.

Uznanie, że FTZ prawidłowo wskazał terminy dostawy, nastąpiło z pokrzywdzeniem innych wykonawców, którzy dostosowali się do wymagań zamawiającego określonych w SIWZ i wskazali różniące się od siebie terminy dostaw, przez co zobowiązali się do ich wykonania w terminie krótszym niż FTZ, przyjmując na siebie tym samym większe ryzyko zapłaty kar umownych.

Oferta FTZ obarczona jest wadą niezgodności jej treści z treścią SIWZ i zamawiający powinien zbadać czy usunięcie tych niezgodności jest dopuszczalne przepisami ustawy.

Dostrzec bowiem należy, że z art. 82 ust. 1, art. 84 ust. 1, art. 87 ust. 1 zd. 2 Pzp wynika zasada niezmienności oferty, w której treść zamawiający może ingerować wyjątkowo jedynie w sytuacjach określonych w art. 87 ust. 2 Pzp. Przepis ten pozwala na poprawienie w ofercie

oczywistych omyłek pisarskich, oczywistych omyłek rachunkowych, oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty.

Błąd w ofercie FTZ nie jest oczywistą omyłką rachunkową, ani oczywistą omyłką pisarską *prima facie*, gdyż nie ma cech oczywistej niedokładności przypadkowej, ani nie jest wynikiem błędnego działania na liczbach. Należało więc ocenić, czy może on być zakwalifikowany zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp jako inna omyłka polegająca na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, której poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty.

Na tak postawione pytanie należy udzielić odpowiedzi negatywnej.

Po pierwsze: błąd popełniony przez FTZ jest istotny. Wymaganie zamawiającego dotyczące określonych odstępów w dostawie transformatorów ma charakter przedmiotowo istotny, gdyż odnosi się do terminów wykonania zamówienia, których dotrzymanie jest zabezpieczone przez zastrzeżenie kar umownych. Istotność terminów dostaw potwierdza również wskazywana przez zamawiającego na rozprawie konieczność przygotowania się do wymiany transformatorów i dokonania wyłączenia wynikająca z możliwości ruchowych sieci.

Po drugie: Brak możliwości poprawy oferty FTZ wynika nie tylko z istotności terminu dostawy dla wykonania zamówienia, ale również z tego, że poprawienie oferty nadawałoby oświadczeniu FTZ nową treść, którą musiałby ukształtować FTZ całkowicie samodzielnie. Tymczasem, aby niezgodność treści oferty z treścią SIWZ podlegała poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp powinna być tego rodzaju, aby zamawiający mógł ustalić we własnym zakresie, w jaki sposób powinna być ona poprawiona. Usunięcie błędów w ofercie wyłącznie na podstawie wyjaśnień wykonawcy nie może być kwalifikowane inaczej, jak naruszenie zakazu negocjacji złożonej oferty, gdyż nie mieści się w dyspozycji art. 87 ust. 2 Pzp. Dostrzec bowiem należy, że ustawodawca pozwolił na konkretyzację zobowiązania wykonawcy w trybie wyjaśnień treści oferty jedynie w przypadku dialogu konkurencyjnego, a i to z zastrzeżeniem nieistotności zmian. Art. 87 ust. 1a Pzp stanowi, że w postępowaniu prowadzonym w trybie dialogu konkurencyjnego w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców sprecyzowania i dopracowania treści ofert oraz przedstawienia informacji dodatkowych, z tym że niedopuszczalne jest dokonywanie istotnych zmian w treści ofert oraz zmian wymagań zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Oznacza to, że w postępowaniach prowadzonych w trybach innych niż dialog konkurencyjny zamawiający nie może dokonać poprawienia oferty wykonawcy po uzyskaniu od niego wyjaśnień precyzujących i dopracowujących treści oferty i czynności poprawienia oferty powinien dokonać samodzielnie (arg. a contrario z art. 87 ust. 1a Pzp).

Po trzecie: Zamawiający wzywając FTZ do wyjaśnień dotyczących terminów dostaw wadliwie powołał się na art. 26 ust. 4 Pzp. Przepis ten pozwala zamawiającemu na uzyskanie od wykonawcy wyjaśnień dotyczących pełnomocnictw, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie wymagań zamawiającego przez oferowane roboty budowlane dostawy lub usługi.

Wyjaśnienia FTZ dotyczyły jednak nie pełnomocnictw ani oświadczeń lub dokumentów, lecz treści oferty. Oświadczenie wykonawcy, który w swojej ofercie wskazał jedynie ogólny termin dostawy - do 30 września 2015 roku, a w przypadku zadania nr 3 - do 31 października 2015 roku, doprecyzowujące poszczególne terminy dostaw, zgodnie z wymaganiami zamawiającego, tak aby różniły się kolejno o minimum 10 dni, a przypadku zadania nr 2 - o 14 dni, nie mogą być ocenione inaczej jak niedopuszczalna zmiana treści oferty. Wyjaśnienia wykonawcy uzyskane w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, mają na celu usunięcie nieścisłości w związku ze złożeniem przez wykonawcę oświadczenia, którego treść wymaga wykładni. W żadnym przypadku nie mogą uzupełnienia złożonej oferty o istotne treści, które wbrew wymaganiu zamawiającego zostały pominięte przez wykonawcę. Tego rodzaju uzupełnienie jest bowiem niedopuszczalne w świetle bezwzględnie obowiązujących przepisów ustawy, które pozwalają wykonawcy na złożenie zamawiającemu wyłącznie jednej oferty oraz zakazują prowadzenia negocjacji dotyczących złożonych ofert.

Reasumując, oferta złożona przez FTZ podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Oferta ta zawiera ona błędy polegające na niezgodności oferty FTZ z treścią SIWZ, które nie podlegają poprawieniu. Omyłki zawarte w ofercie FTZ mają charakter nieusuwalny i zamawiający nie może ich poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Skoro oferta FTZ podlega odrzuceniu zamawiający nie może przeprowadzić aukcji elektronicznej w części 3 postępowania. Art. 91a ust. 1 Pzp ustala bowiem, że warunkiem przeprowadzenia aukcji elektronicznej jest złożenie co najmniej trzech ofert nie podlegających odrzuceniu.

Pomimo tego, że zamawiający unieważnił zaproszenie do udziału w aukcji naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy może mieć wpływ na wynik postępowania. Oferta FTZ nie może bowiem podlegać ocenie na podstawie kryteriów oceny ofert, lecz powinna zostać odrzucona.

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, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz

sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: