

Sygn. akt: KIO/UZP 253 /08

WYROK

z dnia 4 kwietnia 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Klaudia Szczytowska-Maziarz**

Członkowie: **Stanisław Sadowy**
Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: **Jadwiga Ząbek**

po rozpoznaniu na posiedzeniu w **dniu 4 marca 2008 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Fabrykę Aparatury Pomiarowej „PAFAL” Spółka Akcyjna ul. Łukasińskiego 26, 58-100 Świdnica** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **ENEA Operator Sp. z o.o. Departament Usług Operatorskich i Taryf ul. Strzeszyńska 58, 60-479 Poznań** protestu z dnia **3 marca 2008 r.**

przy udziale XXX zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego XXX po stronie odwołującego się oraz XXX - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie czynności badania i oceny ofert

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

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Fabrykę Aparatury Pomiarowej „PAFAL” Spółka Akcyjna ul. Łukasińskiego 26, 58-100 Świdnica**;
- 2) dokonać wpłaty kwoty 4 064,00 zł (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **ENEA Operator Sp. z o.o. Departament Usług Operatorskich i Taryf ul. Strzeszyńska 58, 60-479 Poznań** na rzecz **Fabryki Aparatury Pomiarowej „PAFAL” Spółka Akcyjna ul. Łukasińskiego 26, 58-100 Świdnica**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX zł XXX gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Fabryki Aparatury Pomiarowej „PAFAL” Spółka Akcyjna ul. Łukasińskiego 26, 58-100 Świdnica**.

Uzasadnienie

W postępowaniu, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę legalizowanych elektronicznych liczników energii elektrycznej z profilem obciążenia oraz urządzeń odczytujących dla ENEA Operator sp. z o.o.”, opublikowanym w dniu 29.11.2007r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej Nr 02007/S 230-280653, Zamawiający w dniu 26.02.2008r. przekazał Odwołującemu faksem, informację o odrzuceniu oferty Odwołującego i unieważnieniu postępowania (pismo DO/OS/PR/00429/2008 z dnia 25.02.2008r.) Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ) została udostępniona na stronie internetowej Zamawiającego w dniu publikacji ogłoszenia o zamówieniu.

W dniu 04.03.2008r. (pismem KM/622/2008 z dnia 03.03.2008r.), z zachowaniem terminu wskazanego w art. 180 ust. 3 pkt. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) - zwanej dalej ustawą Pzp, Odwołujący złożył protest na niezgodne z prawem rozstrzygnięcie postępowania, zarzucając Zamawiającemu naruszenie **89 ust. 1 pkt 2, 93 ust. 1 pkt 1 oraz 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp**, a także żądając:

1. unieważnienia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego,
2. unieważnienia decyzji o unieważnieniu postępowania,
3. wykluczenia z postępowania wykonawcy ELSTER Kent Metering Sp. z o.o. i odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5,
4. ponownej oceny ofert i wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący stwierdził, że w świetle przyjętych kryteriów oceny ofert, jego oferta byłaby ofertą najkorzystniejszą, a naruszenie przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Pzp, uniemożliwiło mu uzyskanie zamówienia w tym postępowaniu.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący wskazał na postanowienie rozdziału II – Wymagania techniczne ogólne, pkt 1.2.2. SIWZ – zatytułowanego „Serwis gwarancyjny i pogwarancyjny”, w którym Zamawiający zawarł wymóg o treści: „Wykonawca powinien złożyć oświadczenie o długości czasu niezbędnego do załatwienia reklamacji, tj. czasu potrzebnego do wymiany wadliwego urządzenia pomiarowego i zastąpienie go przez urządzenie wolne od wad”.

Odwołujący wskazał także dwa miejsca w swojej ofercie, gdzie złożył żądane oświadczenie:

1. str. 2 formularza oferty – „W ramach serwisu gwarancyjnego zapewniam czas wymiany uszkodzonego urządzenia na urządzenie wolne od wad w ciągu 3 dni, licząc od daty zgłoszenia wady”,
2. dokument opisujący oferowane warunki serwisu gwarancyjnego i pogwarancyjnego - oświadczenie o treści jak w pkt. 1.

W ocenie Odwołującego złożone oświadczenie nie jest niczym innym jak oświadczeniem o długości czasu niezbędnego do załatwienia reklamacji, a to oznacza, że oferta Odwołującego spełnia wymagania SIWZ oraz brak było podstaw do unieważnienia postępowania.

W terminie ustawowym, tj. do dnia 14.03.2008r. Zamawiający protestu nie rozstrzygnął, co zgodnie z art. 183 ust. 3 ustawy Pzp oznacza jego oddalenie.

W dniu 17.03.2008r. (pismo KM/715/2008 z dnia 17.03.2008r.), z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 184 ust. 2 ustawy Pzp, Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych poprzez jego nadanie w placówce pocztowej operatora publicznego, podtrzymując zarzuty w zakresie naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 i 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, żądania i argumentację zawartą uprzednio w proteście.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. dokumentacji postępowania oraz stanowisk i oświadczeń stron, złożonych w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby, Odwołujący posiada interes prawny w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, ponieważ w postępowaniu, które jest na etapie przed oceną ofert, potencjalnie każdy z wykonawców, który złożył ofertę nie podlegającą odrzuceniu, ma szansę, aby to jego oferta została uznana za najkorzystniejszą.

Oдноśnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art.89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Wymogi dotyczące serwisu gwarancyjnego i pogwarancyjnego Zamawiający zawarł w Rozdziale I pkt 5 SIWZ - „Warunki gwarancji i serwisu”, wskazując iż wymaga, aby Wykonawca prowadził serwis gwarancyjny i pogwarancyjny przedmiotu zamówienia (pkt 5.5.) oraz dopuszczając maksymalny czas wymiany uszkodzonego urządzenia

na urządzenie wolne od wad w wymiarze 14 kolejnych dni kalendarzowych w przypadku serwisu gwarancyjnego (pkt 5.6. lit. a) oraz w wymiarze 31 kolejnych dni kalendarzowych w przypadku serwisu pogwarancyjnego (pkt 5.7.).

Miejscem w ofercie, w którym Wykonawca mógł zaoferować krótsze terminy wymiany uszkodzonych urządzeń był, zgodnie z pkt 5.8. SIWZ, Formularz ofertowy.

Opracowany przez Zamawiającego Formularz ofertowy, stanowiący Załącznik nr 1 do SIWZ, przewidywał podanie krótszego czasu wymiany uszkodzonego urządzenia w pkt. 4 w przypadku serwisu gwarancyjnego oraz w pkt. 5 w przypadku serwisu pogwarancyjnego.

Dodatkowo w pkt. 2.1.2. Rozdziału II SIWZ – „Opis przedmiotu zamówienia” Zamawiający zażądał zamieszczenia w ofercie „zasad pełnienia serwisu gwarancyjnego oraz propozycję zasad funkcjonowania serwisu naprawczego po upływie gwarancji”.

Z powyższego jednoznacznie wynika, że wymóg podania czasu wymiany uszkodzonego urządzenia na urządzenie wolne od wad dotyczył zarówno serwisu świadczonego w okresie gwarancyjnym, jak i pogwarancyjnym.

W ocenie składu orzekającego Izby z postanowień SIWZ nie wynika natomiast, aby Zamawiający żądał od Wykonawcy podania czasu wymiany urządzenia uszkodzonego na wolne od wad z tytułu rękojmi. Przemawia za tym także konstrukcja Formularza ofertowego, w którym nie przewidziano odrębnego punktu odnośnie czasu wymiany urządzenia uszkodzonego na wolne od wad z tytułu rękojmi, jak przewidziano to dla serwisu gwarancyjnego i pogwarancyjnego.

Zamawiający nie opisał odrębnie w SIWZ wymogów odnośnie reklamacji. Pojęcie reklamacji pojawiło się jednorazowo w pkt.1.2.2. Rozdziału II SIWZ – „Opis przedmiotu zamówienia”, regulującym kwestie serwisu gwarancyjnego i pogwarancyjnego.

Do wymiany urządzeń z tytułu reklamacji (choć brak tam samego pojęcia reklamacji) wydaje się odnosić par. 5 ust. 1 pkt 1.2. Załącznika nr 6 do SIWZ – Projekt umowy, gdzie Zamawiający przesądził, że wymiana urządzeń z wadami stwierdzonymi przy odbiorze ma nastąpić w terminie 3 dni roboczych. Podawanie zatem przez Wykonawców, oprócz czasu wymiany urządzeń uszkodzonych na wolne od wad w okresie gwarancyjnym i pogwarancyjnym, również czasu wymiany w okresie reklamacji, nie znajduje uzasadnienia.

Reasumując, w ocenie składu orzekającego Izby, z treści postanowień SIWZ nie sposób wyczytać obowiązku podania przez Wykonawców czasu wymiany urządzeń uszkodzonych na wolne od wad z tytułu rękojmi.

Skład orzekający Izby nie stwierdził rozbieżności w treści SIWZ oraz wyjaśnień Zamawiającego w piśmie z dnia 11.12.2007r. w zakresie rozumienia sposobu liczenia terminów na wymianę uszkodzonych urządzeń na wolne od wad i tym samym nie stwierdził

niedopuszczalnej, w świetle art. 38 ust. 5 ustawy Pzp modyfikacji SIWZ w zakresie kryteriów oceny ofert.

Sformułowania: „Czas wymiany uszkodzonego urządzenia na wolne od wad liczony jest od dnia zgłoszenia Wykonawcy (...)” oraz „Przy czym czas liczony jest od dnia następnego po zgłoszeniu” nie są ze sobą sprzeczne.

Zgodnie bowiem z zasadą liczenia terminów wynikającą z art.111 par.2 kodeksu cywilnego dnia zdarzenia (dzień zgłoszenia) nie wlicza się do biegu terminu. Termin ten, zgodnie z uszczegółowieniem Zamawiającego, będzie liczony od dnia następnego.

Skład orzekający Izby ustalił, że w zakresie serwisu gwarancyjnego Odwołujący złożył oświadczenie o treści:

„W ramach serwisu gwarancyjnego zapewniam czas wymiany uszkodzonego urządzenia na urządzenie wolne od wad w ciągu 3 dni, licząc od daty zgłoszenia wady” na str. 2 formularza oferty (pkt. 4)

oraz oświadczenie o treści:

„W ramach gwarancji Wykonawca zobowiązuje się do wymiany uszkodzonego urządzenia na urządzenie wolne od wad w terminie trzech kolejnych dni kalendarzowych licząc od następnego dnia po dniu otrzymania zgłoszenia zamawiającego” na str. 109 oferty w dokumencie opisującym oferowane warunki serwisu gwarancyjnego i pogwarancyjnego, w pkt. I.3 dotyczącym serwisu gwarancyjnego.

Skład orzekający Izby ustalił także, że w zakresie serwisu pogwarancyjnego Odwołujący złożył oświadczenie o treści:

„W ramach serwisu pogwarancyjnego zapewniam czas wymiany uszkodzonego urządzenia na urządzenie wolne od wad w ciągu 3 dni, licząc od daty zgłoszenia wady” na str. 2 formularza oferty (pkt. 5)

oraz oświadczenie o treści:

„Serwis pogwarancyjny obejmuje wymianę uszkodzonego urządzenia na urządzenie wolne od wad w terminie trzech kolejnych dni licząc od następnego dnia po dniu otrzymania zgłoszenia od Zamawiającego” na str. 109 oferty w dokumencie opisującym oferowane warunki serwisu gwarancyjnego i pogwarancyjnego, w pkt. II. dotyczącym serwisu pogwarancyjnego.

Wobec powyższych ustaleń stwierdzić należy, że Odwołujący spełnił wymagania Zamawiającego tak co do treści, jak i formy w zakresie zaoferowania czasu wymiany uszkodzonego urządzenia na urządzenie wolne od wad w okresie gwarancyjnym i pogwarancyjnym, co oznacza, że Zamawiający niezasadnie odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W tej sytuacji Zamawiający winien dokonać ponownej oceny wszystkich ważnych, nie podlegających odrzuceniu ofert.

Zauważyć należy, że ponowna ocena ofert dokonywana przez Zamawiającego powinna dotyczyć wszystkich ważnie złożonych w postępowaniu ofert, z uwzględnieniem ustaleń składu orzekającego Izby, co do oświadczenia o czasie wymiany wadliwego urządzenia rozumianego jako oświadczenie wymagane w ramach serwisu gwarancyjnego i pogwarancyjnego.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Wobec braku podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z powodu nie podania oświadczenia o długości czasu niezbędnego do załatwienia reklamacji, skład orzekający Izby stwierdza także, że brak jest podstaw do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Z tych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok/~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*