

Sygn. akt: KIO/UZP 221/10

WYROK

z dnia 24 marca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Członkowie: Sylwester Kuchnio

Honorata Łopianowska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 marca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **ECM Group polska Sp. z o.o., 00-024 Warszawa, al. Jerozolimskie 44** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej we Wrocławiu, 50-950 Wrocław, ul. C.K. Norwida 34** protestu z dnia 25 stycznia 2010 r.

orzeka:

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje: unieważnić czynność odrzucenia oferty Odwołującego, dokonać poprawienia w ofercie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp omyłki polegającej na błędnym wpisaniu terminu zakończenia realizacji umowy i dokonać ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej we Wrocławiu, 50-950 Wrocław, ul. C.K. Norwida 34** 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 uiszczanego przez **ECM Group polska Sp. z o.o., 00-024 Warszawa, al. Jerozolimskie 44,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 8 044 zł 00 gr (słownie: osiem tysięcy czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej we Wrocławiu, 50-950 Wrocław, ul. C.K. Norwida 34** na rzecz **ECM Group polska Sp. z o.o., 00-024 Warszawa, al. Jerozolimskie 44,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) 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 **ECM Group polska Sp. z o.o., 00-024 Warszawa, al. Jerozolimskie 44.**

Uzasadnienie

Zamawiający – Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej we Wrocławiu, ul. C. K. Norwida 34; 50 - 950 Wrocław 68, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Pełnienie nadzoru inwestorskiego nad dostawą technologii i budową elektrowni wodnej stopnia wodnego Malczyce”, w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 października 2009 roku, pod numerem 2009/S 207 - 297125.

Dnia 14 stycznia 2010 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach prowadzonego postępowania, tj. o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty złożonej przez ECM Group Polska Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 44; 00-024 Warszawa.

Wykonawca ECM Group Polska Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 44; 00-024 Warszawa (zwany dalej „Odwołującym” lub „ECM Group”) - dnia 25 stycznia 2010 roku (pismem z dnia 22 stycznia 2010 roku) wniósł do Zamawiającego protest na dokonane przez Zamawiającego czynności:

1. Zaniechania poprawy omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 lub 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.
2. Odrzucenia oferty ECM Group.
3. Wybór oferty najkorzystniejszej.

Oprotestowanej czynności Zamawiającego zarzucił naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 87 ust. 2 pkt 1 i 3 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, a także art. 60 k.c. i art. 65 k.c. w zw. z art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych.

ECM Group wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności odrzucenia oferty ECM Group,
- 2) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 3) dokonanie przez Zamawiającego ponownej oceny ofert przy zastosowaniu w odniesieniu do oferty ECM Group przepisu art. 87 ust. 2 pkt 1 lub 3 ustawy.

Interes prawny ECM Group doznał uszczerbku w niniejszym postępowaniu z uwagi na to, że oferta ECM Group jest ofertą najtańszą, co przy jedynym kryterium wyboru ofert w postaci

ceny powoduje, że oferta ECM Group jest ofertą najkorzystniejszą. Czynność Zamawiającego pozbawia natomiast ECM Group możliwości uzyskania zamówienia.

Uzasadniając wskazał, iż bezprawne jest arbitralne odrzucenie oferty - złożonej przez wykonawcę spełniającego warunki podmiotowe udziału w postępowaniu - która w całości odpowiada wymaganiom specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z wyjątkiem oczywistej omyłki pisarskiej polegającej na podaniu daty 21 grudnia zamiast 31 grudnia. Jest to tym bardziej niezrozumiałe, że Zamawiający powinien oceniać treść oferty na podstawie wszystkich zawartych w niej dokumentów i oświadczeń, nie zaś na podstawie pojedynczych jej fragmentów. Oferta Odwołującego w kilku miejscach zawiera informacje, z których można wywnioskować, iż jego uświadomionym zamiarem była realizacja zamówienia zgodnie z s.i.w.z. Należy przyjąć, że ECM Group w momencie składania oferty wiedział, iż termin wykonania zamówienia będzie trwał do 31 grudnia 2011 roku, a nie do dnia 21 grudnia 2011 roku. Ta rozbieżność powinna była spowodować, podczas badania oferty, powzięcie przez Zamawiającego wątpliwości, co do faktycznego zamiaru ECM Group, a co za tym idzie powinna skutkować, co najmniej wezwaniem do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy, a zdaniem ECM Group od razu poprawą oczywistej omyłki pisarskiej w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy. Należy mieć na uwadze, iż podstawą do oceny czy konkretna omyłka jest oczywista, jest to czy jest widoczna „na pierwszy rzut oka” dla każdego przeglądającego ofertę. Nie budzi wątpliwości, w przedmiotowym przypadku, że akceptacja s.i.w.z. oraz warunków umowy, a także zagwarantowanie wykonania zamówienia w całości oznacza, że zamiarem składającego ofertę jest spełnienie swojego zobowiązania w pełni czyli do końca trwania umowy, która zgodnie z s.i.w.z. musi być wykonywana do 31 grudnia 2011 roku.

Zamawiający protest oddalił (rozstrzygnięcie protestu z dnia 2 lutego 2010 roku).

Uzasadniając wskazał, iż nie zgadza się z twierdzeniem ECM Group, jakoby podanie w *Formularzu ofertowym* innego terminu wykonania zadania, niż było to wymagane przez Zamawiającego, można było zakwalifikować jako oczywistą omyłkę pisarską. Podanie przez ECM Group odmiennego od wymaganego przez Zamawiającego terminu wykonania zadania, nie można uznać za oczywistą omyłkę pisarską, ponieważ nie dokonując porównania treści oferty z treścią innych dokumentów, brak jest możliwości stwierdzenia w sposób jednoznaczny i bezsporny, jaka data wykonania zadania winna być wpisana w Formularzu ofertowym ECM Group. Co więcej, aby w ogóle stwierdzić, że wystąpiła przedmiotowa omyłka, konieczne jest sięgnięcie do dokumentacji postępowania. Aby omyłka mogła posiadać atrybut „oczywistości”, powinna polegać na tym, że każdy, kto czyta dokument,

w którym taka omyłka wystąpiła, nie ma wątpliwości, co do jej istnienia i co do sposobu, w jaki winna być ona poprawiona.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się ECM Group i dnia 10 lutego 2010 roku wniósł odwołanie do Prezesa UZP, podtrzymując zarzuty i żądania zawarte w proteście.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby stwierdził, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba, w pełni popiera stanowisko Odwołującego, a dodatkowo uzasadnia, jak poniżej.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a w szczególności we wzorze umowy, stanowiącej załącznik do przedmiotowej specyfikacji sformułował szereg określeń, które w kontekście poczynionej przez Odwołującego omyłki stanowią o okoliczności stanowiącej podstawę do uznania, iż błąd w ofercie Odwołującego, jest błędem, który można zakwalifikować do rodzaju nieistotnych.

Stanowisko takie, prezentowane przez Izbę ustalone zostało w oparciu o przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Przepis powyższy stanowi, iż Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Odwołujący w swojej ofercie dopuścił się omyłki polegającej na błędnym, czy też omyłkowym wpisaniu daty zakończenia realizacji zamówienia na dzień do 21 grudnia 2011 roku, zamiast daty do 31 grudnia 2011 roku.

W tym miejscu Izba zwraca uwagę, iż we wcześniej wspomnianym wzorze umowy znajdują się m.in. następujące postanowienia:

- § 3 ust. 1 – umowę zawiera się na okres od dnia jej zawarcia do dnia zakończenia zadania inwestycyjnego (...) nie dłużej jak do dnia 31.12.2011 r.,
- § 3 ust. 2 – wstrzymanie zadania inwestycyjnego powoduje automatycznie wstrzymanie realizacji niniejszej umowy,
- § 5 ust. 1 – za wykonanie przedmiotu umowy określonego w § 1 strony ustalają wynagrodzenie ryczałtowe (...),
- § 8 ust. 2 – (...) umowa ulega zawieszeniu na okres do czasu, kiedy realizacja będzie ponownie możliwa (...),
- § 10 ust. 2 – (...) Zamawiający dopuszcza zmianę postanowień umowy (...) w szczególności zmianę terminu wykonania umowy (...).

Powyższe postanowienia wskazują zatem na możliwość płynnej zmiany terminu realizacji umowy, wraz z możliwością jej czasowego zawieszenia, co w sposób bezpośredni oddziałuje na możliwość uznania omyłki poczynionej przez Odwołującego, jako nieistotnej. Tym bardziej, że termin wykonania zamówienia nie stanowił kryterium oceny ofert, tj. informacji, która miałaby bezpośredni i znaczący wpływ na dokonanie przez Zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Izba przyznała rację Zamawiającemu, iż treść oferty Odwołującego się nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zdaniem Izby, Zamawiający zobowiązany jest do badania oferty pod kątem jej zgodności z treścią całej specyfikacji istotnych warunków zamówienia (wraz z załącznikami), co *a contrario* wynika z przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Okoliczność, iż zaoferowana cena ma charakter ryczałtowy, z uwagi na treść przytoczonego przepisu, ma o tyle znaczenie dla dokonania oceny oferty w tym przedmiocie, iż omyłka poczyniona przez Odwołującego pozostaje bez wpływu na jej wysokość. Nie zachodzi konieczność dokonania jej poprawy.

Jednakże należy zauważyć, iż fakt stwierdzenia błędów nie zawsze powoduje obowiązek odrzucenia oferty.

Zamawiający zobowiązany jest bowiem do dokonania kwalifikacji stwierdzonych błędów, która determinuje dalsze działania Zamawiającego. Zauważyć bowiem należy, iż ustawodawca, na mocy przepisu art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, dopuścił możliwość poprawienia omyłek, o których mowa w powołanym przepisie. Zatem, czynność odrzucenia oferty musi być poprzedzona czynnością oceny omyłek, w celu stwierdzenia, z jakimi omyłkami mamy do czynienia. Ustawodawca dopuszcza bowiem możliwość sanowania błędów zaliczonych do kategorii wymienionych w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, która to instytucja w konsekwencji ma zapobiec odrzuceniu oferty z powodu niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W przedmiotowym postępowaniu, oceniając istniejący stan faktyczny, Zamawiający stwierdzając wystąpienie błędu w ofercie Odwołującego, jednocześnie uznał, że nie podlega ona poprawieniu w trybie przepisu art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Krajowa Izba Odwoławcza nie podziela stanowiska Zamawiającego.

Fakt, iż Odwołujący zaoferował termin realizacji zamówienia krótszy niż wymagany przez Zamawiającego świadczy jedynie o wystąpieniu błędu. Interpretacja taka możliwa jest do wysnucia w oparciu o wyżej cytowane postanowienia umowy, które luźno traktują czasookres realizacji umowy dopuszczając możliwość, iż faktyczna realizacja może trwać (opcjonalnie) do np. 15 listopada 2011 roku, a w trakcie jej realizacji możliwe są przerwy i zawieszenia.

Zamawiający swoje twierdzenie dotyczące braku przesłanek do dokonania poprawy omyłki oparł na tej podstawie, iż uznał, że wyroki KIO publikowane na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych w zakładce opinie prawne stanowią racjonalną przesłankę do przyjęcia poglądów tam prezentowanych, jednakże nie zwrócił uwagi, iż powołane orzeczenia wydawane są każdorazowo dla odmiennego stanu faktycznego w sprawie i nie mogą stanowić podstawy do przyporządkowywania uzasadnienia orzeczeń zapadłych w tych sprawach do stanu faktycznego istniejącego w przedmiotowym postępowaniu.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej w niniejszym stanie faktycznym mamy do czynienia z omyłką, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Przedmiotową omyłkę należy oceniać w świetle ceny ryczałtowej, jak i niesprecyzowanego faktycznego czasu realizacji przyszłej umowy. Zauważyć bowiem należy, iż korekta nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Zmiana terminu nie wpłynie bowiem na ocenę oferty pod kątem kryteriów oceny ofert, a ponadto błędne wskazanie daty nie zwalnia

Odwołującego od obowiązku wykonania usługi w terminie wskazanym przez Zamawiającego i niezbędnym do prawidłowego wykonania całego zamówienia.

Dodatkowym argumentem wpływającym na taką ocenę stanu sprawy wpływ ma także okoliczność związana z faktem, iż realizacja przedmiotowej umowy uzależniona będzie od realizacji umowy przez wykonawcę wykonującego prace budowlane dotyczące dostawy technologii i budowy elektrowni wodnej stopnia wodnego Malczyce.

Termin realizacji umowy, a zwłaszcza jej faktyczna możliwość zakończenia realizacji, jako zdarzenie przyszłe zależne od działania podmiotu trzeciego powoduje, iż przedmiotowa omyłka pozostaje bez wpływu na czas zakończenia świadczenia usługi, na jej wartość, tym bardziej, że Odwołujący na rozprawie przyznał, iż kwota wskazana w ofercie nie podlega negocjacom i obejmuje cały rzeczowy zakres zamówienia.

Zakładając jednakże, że w ślad za dokonaną poprawą omyłki konieczna byłaby poprawa ceny oferty, to przy ponad 20 miesięcznym okresie jej obowiązywania, wartość 10 dni świadczenia usługi byłaby wartością znikomą. W kontekście cen pozostałych wykonawców, również cena oferty Odwołującego pozostawałaby ceną najniższą, gdyż kolejna oferta, w rankingu złożonych ofert, (zgodnie z formularzem ZP-12) zawierała cenę 699 975,00 zł (oferta Odwołującego 372 100,00 zł.).

Dodatkowo wskazać należy, iż Odwołujący od czynności dokonania poprawy, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych może zgłosić do Zamawiającego sprzeciw, co wiązałoby się z koniecznością odrzucenia jego oferty. Tak więc zawsze Zamawiający pozostaje w tzw. „buforze bezpieczeństwa” w przypadku błędnej interpretacji postanowień oferty.

Reasumując stwierdzić należy, iż Zamawiający w sposób nieuprawniony postawił znak równości pomiędzy istotnymi postanowieniami umowy, a istotnymi zmianami w treści oferty. Niejednokrotnie bowiem omyłka pojawia się w *essentialia negoti* przyszłej umowy np. w cenie oferty, a mimo to można ją poprawić. Decydujące znaczenie ma bowiem nie to, w jakim postanowieniu umowy (istotnym, czy nieistotnym) pojawiła się omyłka, ale to, czy omyłka ta powoduje istotne zmiany w treści oferty. Zaproponowanie terminu o 10 dni krótszego, przy takiej konstrukcji umowy, w której możliwe jest, że umowa właśnie w tym terminie się zakończy, nie powoduje istotnej zmiany w treści oferty.

Uwzględniając powyższe, jak i brzmienie przepisu art. 191 ust. 1a ustawy Pzp Krajowa Izba Odwoławcza, na podstawie przepisu art. 191 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego, na podstawie faktury VAT złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zmianami).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **we Wrocławiu.**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....