

WYROK

z dnia 27 lipca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: przewodniczący Anna Packo
protokolant: Patrycja Kaczmarska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 lipca 2010 r. w Warszawie odwołania
wniesionego przez

Power Engineering S.A. ul. Gdyńska 83, 62-004 Czerwonak

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

Energa Elektrownie Straszyn Sp. z o.o.

ul. Hoffmanna 5, 83-010 Straszyn

przy udziale **Alstom Power Sp. z o.o. Al. Jana Pawła II 12, 00-124**

Warszawa zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po
stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Energa Elektrownie Straszyn Sp. z o.o. ul. Hoffmanna 5 83-010 Straszyn i nakazuje:**
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy)

z kwoty wpisu uiszczonego przez **Power Engineering S.A. ul. Gdyńska 83, 62-004 Czerwonak**,

- 2) dokonać wpłaty kwoty **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Energa Elektrownie Straszyn Sp. z o.o. ul. Hoffmanna 5, 83-010 Straszyn** na rzecz **Power Engineering S.A. ul. Gdyńska 83, 62-004 Czerwonak** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu I wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

do wyroku KIO 1512/10 z 27 lipca 2010 r.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „modernizację jednego hydrogeneratora/silnika pracującego z pompoturbina TZ-1 oraz jednego hydrogeneratora pracującego z turbiną klasyczną TZ-3 w Elektrowni Szczytowo – Pompowej Żydowo” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759), w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 27 kwietnia 2010 r. w Dz. Urz. UE pod numerem 2010/S 81-121718. Do postępowania stosuje się przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591) i ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778). Zamawiający ustalił wartość zamówienia na kwotę 16.000.000 zł., tj. 4.167.752,01 euro, jest więc ona większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

9 lipca 2010 r. Odwołujący otrzymał informację o wyborze jako najkorzystniejszej oferty ALSTOM Power Sp. z o.o. oraz o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż oferowane rozwiązanie powinno potwierdzać spełnianie m.in. następujących wymagań: generatory/silniki po modernizacji muszą posiadać wymienione przez Zamawiającego parametry, ramowy program prób całego procesu modernizacji uzwojeń stojana generatora/silnika ma obejmować wskazane próby gwarancyjne oraz wymagania dla stojana generatora na zakończenie okresu gwarancyjnego – natomiast po analizie treści oferty Odwołującego Zamawiający stwierdził, że rozwiązanie nie potwierdza spełniania powyżej określonych wymogów, a co za tym idzie, treść

jego oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

19 lipca 2010 r. Odwołujący złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie: art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez bezprawne odrzucenie oferty Odwołującego oraz art. 2 pkt 5 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie wyboru oferty firmy ALSTOM Power Sp. z o.o., która to oferta nie wyczerpuje ustawowych znamion oferty najkorzystniejszej i wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia zasady równości Odwołujący podniósł, że, zgodnie z rozdziałem III pkt 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wykonawcy byli zobowiązani do dokonania wizji lokalnej obiektu objętego modernizacją w ściśle wskazanym terminie 11 maja 2010 r. o godz. 10, co było konieczne, by wykonawca zdobył dodatkowe informacje, które mogły być konieczne dla przygotowania oferty i wykonania zamówienia oraz, aby wszyscy wykonawcy uczestniczący w wizji posiadli te same informacje i w takim samym stopniu. Jednak ALSTOM Power Sp. z o.o. nie wzięła udziału w wizji w terminie ustanowionym przez Zamawiającego, dowodem na co są oświadczenia innych wykonawców uczestniczących w wizji. Pomimo, że udział w wizji był bezwzględny obowiązkowy, oferta tego wykonawcy została wybrana, naruszona została więc zasada równości i uczciwej konkurencji, albowiem Zamawiający, jeżeli dokonał dla wykonawcy wizji w innym terminie, mógł przekazać mu dodatkowe informacje, o jakich nie zostali poinformowani pozostali uczestnicy postępowania, tym samym odrzucenie ofert wykonawców pozostających w rankingu na miejscu 1. i 2. oraz wybór oferty wykonawcy, który otrzymał informacje w trybie ekstraordynaryjnym pozostaje ze sobą w ścisłym związku przyczynowo – skutkowym.

W odniesieniu zaś do bezprawnego odrzucenia jego oferty Odwołujący stwierdził, że informacja z 9 lipca 2010 r. nie wyjaśnia przyczyn zastosowania tego rygору. Zamawiający posługuje się w niej trybem warunkowym podając, że oferta powinna potwierdzać spełnianie m. in. następujących wymagań i po tym stwierdzeniu w sposób swobodny przytacza losowo wybrane elementy z opisu przedmiotu zamówienia, jakie sam opisał w opisie przedmiotu zamówienia, a oferta Odwołującego nie zawiera informacji w tym zakresie, kończąc, że przedstawione przez Odwołującego rozwiązanie nie potwierdza spełnienia tych wymogów, a co za tym idzie, treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Z tej informacji nie można ustalić, czy Zamawiający kwestionuje zawartość merytoryczną oferty w znaczeniu, że zaoferowane rozwiązania techniczne modernizacji nie wypełniają celu, dla którego wszczęto postępowanie lub że wadliwy był wybór technologii, urządzeń i materiałów, który uniemożliwi wykonanie usługi będącej istotą przedmiotu zamówienia. Odwołujący kilkakrotnie, w opracowanym przez Zamawiającego Formularzu ofertowym, potwierdzał w sposób wymagany przez Zamawiającego i z nim zgodny, że technologia, urządzenia i materiały są zgodne z wymogami, gwarantując te parametry, równocześnie zaakceptował obowiązek wykonania wszystkich prób odbiorczych służących ocenie wyników przeprowadzonej modernizacji. Konstrukcja specyfikacji jest taka, że opis przedmiotu zamówienia pozostawia pewną dowolność wyboru technologii w ścisłym powiązaniu tego z obowiązkiem złożenia niniejszych oświadczeń i koniecznością weryfikacji tej technologii poprzez próby generatorów po modernizacji i nie pozwala na etapie oceny oferty w sposób arbitralny jej odrzucić, jeżeli Zamawiający nie dysponuje dowodami na okoliczność przeciwną, tylko wtedy bowiem Zamawiający mógłby stwierdzić, że treść oferty (zaoferowanego świadczenia) nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Nie można także stwierdzić, czy Zamawiający swoją decyzję o odrzuceniu oferty oparł na „formalnej” podstawie, że wykonawca jakoby nie opisał zaoferowanych przez siebie rozwiązań, jakkolwiek w specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający nie wymagał sporządzenia takiego opisu – wyjątki były wyraźnie wskazane w dwóch miejscach załącznika nr 1

opis przedmiotu zamówienia, gdzie Zamawiający wyraźnie napisał, że wykonawca musi udokumentować stosownymi eksperckimi obliczeniami sprawność generatora/silnika przy 100% obciążenia – co najmniej 97% oraz, gdzie Zamawiający wymagał aby w pkt. IV. 1. ppkt 1.13 i 1.14 oraz IV.2. ppkt 2.13 i 2.14. wpisał w miejsca wykropkowane moce bierne hydrogeneratora, co Odwołujący wykonał – załączył do oferty obliczenia eksperckie i wypełnił miejsca wykropkowane wpisując oferowane i gwarantowane moce bierne hydrogeneratorów w odpowiednio wskazanym przez Zamawiającego punktach formularza ofertowego stanowiącego załącznik nr 5 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Dodatkowo, jeżeli Zamawiający miał wątpliwości, mógł skorzystać z art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zatem Zamawiający nie podał żadnej rzeczywistej przyczyny odrzucenia oferty.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której podniósł, iż ALSTOM Power Sp. z o.o. uczestniczył w wizji lokalnej (z dalszych wyjaśnień wynikało, że, ze względu na spóźnienie, o późniejszej niż pozostali wykonawcy i wskazana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, godzinie), natomiast brak jest podstaw do stwierdzenia, że umożliwiło mu to przygotowanie oferty na korzystniejszych warunkach niż pozostałym wykonawcom – *de facto* oferta ta nie była korzystniejsza od pozostałych ofert, a została wybrana ze względu na odrzucenie dwóch pozostałych – lub też, że Zamawiający naruszył w jakikolwiek sposób zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

W załączniku nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wskazał jednoznacznie i precyzyjnie, jakie cechy powinno posiadać oferowane rozwiązanie, a oczywiste jest, iż to na wykonawcach ciąży obowiązek wykazania najpóźniej w dniu składania ofert, że oferują rozwiązanie zgodne z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i nawet mimo braku formalnego żądania Zamawiającego, aby wykonawcy wskazali konkretne parametry oferowanego rozwiązania, z treści oferty musi jednoznacznie wynikać, iż Odwołujący oferuje dostawę zgodną z opisem

przedmiotu zamówienia. Zamawiający dokładnie zbadał treść oferty Odwołującego i w informacji o odrzuceniu oferty precyzyjnie wskazał na rozbieżność jej treści z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przepis art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem zamawiającego, poza tym hipoteza tej normy odnosi się wyłącznie do wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, natomiast zakazane jest dokonywanie jakichkolwiek zmian lub uzupełnianie jej treści. Ogólnych oświadczeń Odwołującego nie można uznać za potwierdzenie spełniania wymogów określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Na wykonawcach ciąży obowiązek zaoferowania rozwiązania zgodnego z wymogami określonymi przez Zamawiającego i wykazania tego w ofercie, a Odwołujący nie podając wielu kluczowych parametrów, tego nie uczynił.

22 lipca 2010 r. do postępowania zgłosił przystąpienie ALSTOM Power Sp. z o.o. wyrażając stanowisko zbieżne z Zamawiającym.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania, a także na podstawie oświadczeń Stron i Przystępującego złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Po wyjaśnieniach Zamawiającego Izba stwierdziła, że powodem odrzucenia oferty Odwołującego nie była sama niezgodność zaproponowanej technologii lub wskazanych w ofercie parametrów z wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia, lecz brak w ofercie uwidocznienia tych, wymienionych przez Zamawiającego w informacji o odrzuceniu oferty, wymogów opisanych w opisie przedmiotu zamówienia. Zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego, dla osiągnięcia tego celu wystarczające byłoby np. załączenie do oferty parafowanego załącznika nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (opisu przedmiotu zamówienia).

Zamawiający wskazał, że podstawą w specyfikacji istotnych warunków zamówienia takiego żądania takiego opisu jest pkt I załącznika nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia – opisie przedmiotu zamówienia, a dokładniej stwierdzenie „wraz z wymaganiami dotyczącymi zawartości technicznej ofert”.

Punkt ten ma następujące brzmienie „I. Podstawa opracowania (tytuł punktu) Specyfikacja Techniczna jest częścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz Umowy na realizację modernizacji hydrogeneratorów pompoturbiny i turbiny klasycznej Elektrowni Szczytowo – – Pompowej Żydowo. Przedstawiono w niej założenia techniczne i zakres modernizacji oraz warunki realizacji przedmiotu zamówienia wraz z wymaganiami dotyczącymi zawartości technicznej ofert. Podano również zagadnienia organizacji prac na obiekcie, wymagane terminy realizacji.”

Jak jednoznacznie wynika z tego punktu, jest to tylko ogólne wprowadzenie do dalszej treści tego załącznika wskazujące na jego zawartość, a opis przedmiotu zamówienia został zamiennie nazwany „Specyfikacja Techniczna”. Owszem, w załączniku tym przedstawiono „założenia techniczne i zakres modernizacji oraz warunki realizacji przedmiotu zamówienia wraz z wymaganiami dotyczącymi zawartości technicznej ofert”, gdyż taki był cel sporządzenia przez Zamawiającego tego opisu. Natomiast z wymogu tego nie wynika w żaden sposób, jaki dokument lub jaki zakres informacji mają w ofercie przedstawić wykonawcy – pomijając już nawet fakt, że, zgodnie z budową specyfikacji istotnych warunków zamówienia, miejsce na wyszczególnienie żądanych dokumentów znajduje się odpowiednio w rozdziale X „Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu” – w stosunku do dokumentów mających potwierdzać spełnianie tych warunków oraz w rozdziale XV „Opis sposobu przygotowania ofert” – w odniesieniu do dokumentów dotyczących przedmiotu zamówienia, pełnomocnictw itp., a ukrywanie wymagań dotyczących żądanych oświadczeń i dokumentów w kolejnych załącznikach do specyfikacji istotnych warunków zamówienia w jawny sposób łamie zasadę zachowania przejrzystości postępowania (jakkolwiek w ustawie Prawo zamówień

publicznych nie została ona wyrażona *expressis verbis*, jest to główna zasada postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wielokrotnie wskazywana przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości, która była przyczyną wprowadzenia m.in. art. 25 ust. 1, art. 36 i art. 41 ustawy Prawo zamówień publicznych).

W rozdziale XV specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w punkcie 3. Zamawiający wskazał, że „ofertę należy złożyć na Formularzu ofertowym zgodnym z treścią Załącznika nr 5 do SIWZ”, w punkcie 7. „oferta oraz pozostałe dokumenty, dla których Zamawiający określił wzory w formie Załączników do SIWZ, winny być sporządzone zgodnie z tymi wzorami co do treści”, w punkcie 14. „w przypadku załączenia do oferty innych materiałów niż wymagane przez Zamawiającego (np. materiałów reklamowych, informacyjnych) pożądane jest, aby stanowiły one odrębną część nie złączoną z ofertą w sposób trwały, z napisem *dokumenty uzupełniające*”, w punkcie 18. i 19. zawarł postanowienia dotyczące złożenia pełnomocnictwa, a wreszcie w punkcie 20. wskazał, że „ponadto do oferty należy załączyć następujące dokumenty: a) Zestawienie postulatów Wykonawcy odnośnie organizacji pracy i placu budowy (magazynowanie, pola odkładcze, zaplecze socjalne, przewidywana ilość pracowników na budowie, przewidywany czas pracy na terenie budowy w ciągu doby, tygodnia, opis środków łączności Wykonawcy, inne założenia Wykonawcy dotyczące organizacji budowy, etc.) mając na względzie warunki rzeczywiste na terenie EW Żydowo, zbadane przez Wykonawcę podczas wizji lokowanej. Uwaga: Zestawienie nie będzie przedmiotem oceny przez Zamawiającego, a jedynie informacją dla Zamawiającego. W żadnym przypadku Zamawiający nie będzie ponosił kosztów dodatkowych, poza ceną ofertową, a związanych z zapleczem i organizacją pracy Wykonawcy, b) Harmonogram Realizacji Umowy stanowiący załącznik nr 1 do Umowy, c) Harmonogram Rzeczowo – Finansowy stanowiący załącznik nr 2 do Umowy.”

Zatem z postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynika wyraźnie, że Zamawiający, oprócz informacji zawartych w „Formularzu ofertowym” i harmonogramach, nie żądał od wykonawców złożenia jakichkolwiek opisów wykonania usługi lub jej rezultatu (również wskazane

przez Odwołującego obliczenia eksperckie, które, zgodnie z punktem IV opisu przedmiotu zamówienia, mają potwierdzać sprawność silnika/generatora po modernizacji, więc z założenia nie mogą być przedstawione już na etapie oferty), tym samym wszystkie dodatkowe dokumenty w ofertach zostały złożone przez wykonawców z własnej inicjatywy, jak np. przedstawione przez Odwołującego dodatkowe załączniki 14 – 16.

Nie ma znaczenia punkt IV opisu przedmiotu zamówienia „Parametry gwarantowane przez WYKONAWCĘ”, gdyż zostały już one podane w Formularzu ofertowym i nie muszą być podawane po raz drugi w kolejnym formularzu. Poza tym uwaga „Uwaga: Wykonawca wpisze brakujące parametry w miejscach kropkowanych” odnosi się raczej do tego, że opis ten jest niekompletny z powodu braku parametrów, które zostaną podane dopiero przez wykonawcę („wykonawca je wpisze” – niekoniecznie technicznie w postaci własnoręcznego wpisu), poza tym z tej uwagi nie wynika, że musiałby on je wpisać w momencie składania oferty – mogłyby one być podane dopiero w terminie późniejszym, przy zawieraniu umowy, sam wymóg ich podania w ofercie wynika raczej z konstrukcji Formularza ofertowego.

Twierdzenie Zamawiającego, iż „nawet mimo braku formalnego żądania Zamawiającego, aby wykonawcy wskazali konkretne parametry oferowanego rozwiązania w treści SIWZ, z treści oferty musi jednoznacznie wynikać, iż Odwołujący oferuje dostawę zgodną z opisem przedmiotu zamówienia” nie znajduje potwierdzenia w obowiązującym stanie prawnym – o ile to potwierdzenie ma być w postaci jakiegoś konkretnego, odrębnego dokumentu lub oświadczenia. Owszem, celem złożenia oferty jest jej zgodność z wymaganiami Zamawiającego (specyfikacji istotnych warunków zamówienia) i nawet w braku postanowienia punktu 2. rozdziału XV specyfikacji istotnych warunków zamówienia („treść oferty musi odpowiadać treści Specyfikacji”), jest to oczywiste, gdyż wynika bezpośrednio z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych – art. 82 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 2. Natomiast to, w jaki sposób ta zgodność ma być przez wykonawcę wykazana („ogólne” oświadczenie czy też szczegółowy opis), zależy już bezpośrednio od wymogów danego zamawiającego, wskazanych, zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 2,

art. 36 ust. 1 pkt 10 i 12 (ew. inne) ustawy Prawo zamówień publicznych, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jak już wskazano powyżej, Zamawiający swoje wymogi ograniczył do żądania wypełnienia i przedłożenia mu Formularza ofertowego, harmonogramów i zestawienia postulatów odnośnie organizacji pracy i placu budowy.

Tym samym Zamawiający nie miał podstaw do stwierdzenia, że brak określenia/przekopiowania/przepisania w ofercie wszystkich parametrów i informacji, które zawarł on w opisie przedmiotu zamówienia, stanowi niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W punkcie 3. rozdziału III specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający żądał od wykonawców odbycia wizji lokalnej obiektu objętego modernizacją w terminie 11 maja 2010 r. o godzinie 10.00, co uznał za znaczące dla prawidłowego przygotowania oferty i realizacji zamówienia. Jednocześnie nie zawarł informacji, jaki skutek będzie miało niestawiennictwo na tę wizję w wyznaczonym terminie lub o wyznaczonej godzinie – utratę możliwości jej dokonania czy też wyznaczenie terminu dodatkowego. Sam fakt umożliwienia spóźnionemu wykonawcy dokonania tej wizji trudno uznać za naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji lub równego traktowania wykonawców, a brak jakichkolwiek dowodów na to, że wykonawca ten uzyskał od Zamawiającego jakiekolwiek dodatkowe informacje, w szczególności mające wpływ na przygotowanie oferty. Dodatkowo, nawet w przypadku nieobecności na wizji, brak w ustawie Prawo zamówień publicznych wskazania konsekwencji niedopełnienia takiego obowiązku związanego z przygotowaniem oferty w postaci np. jej odrzucenia.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2 i § 3, § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. *w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący

.....