

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 12 lipca 2012 r.

Sąd Okręgowy w Rzeszowie VI Wydział Gospodarczy
w składzie następującym:

Przewodniczący: SSO Barbara Frankowska
SO Anna Walus-Rząsa
SR del. Andrzej Szydło (spr.)
stażysta Joanna Stafka

Sędziowie:

Protokolant:

po rozpoznaniu w dniu 12 lipca 2012 r. w Rzeszowie

na rozprawie

ze skargi Gminy Miasto Rzeszów - Zarząd Transportu Miejskiego w Rzeszowie
z udziałem:

- Gran Spółki z o.o. z/s w Łodzi,
- EvoBus Polska Spółki z o.o. w Wolicy,

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 07 maja 2012 r., sygn. akt
KIO/842/12, KIO/849/12

I. oddała skargę,

II. zasądza od skarżącego Gminy Miasto Rzeszów - Zarząd Transportu Miejskiego w Rzeszowie na rzecz przeciwnika skargi Gran Spółki z o.o. w Łodzi kwotę 20.400,00 zł (dwadzieścia tysięcy czterysta złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania.

Sygn. akt VI Ga 114/12

Uzasadnienie

wyroku z dnia 12 lipca 2012 r.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę autobusów dla potrzeb komunikacji miejskiej w Rzeszowie” w zakresie części B oferty złożyli następujący wykonawcy:

- 1) Solaris Bus & Coach S.A. - wykonawca wykluczony - oferta odrzucona;
- 2) EvoBus Polska Sp. z o.o. - oferta wybrana - 100,00 pkt;
- 3) konsorcjum MAN Truck& Bus Polska Sp. z o.o. - wykonawca wykluczony
- oferta odrzucona;
- 4) Gran Sp. z o.o. - wykonawca wykluczony - oferta odrzucona.

Odwołanie w dniu 27 kwietnia 2012 r. złożył wykonawca Gran Sp. z o.o. w Łodzi. Odwołujący zakwestionował czynności zamawiającego, zarzucając naruszenie:

- art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp - przez jego błędne zastosowanie i uznanie, iż wykonawca Gran Sp. z o.o. złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania,
- art. 89 ust. 1 pkt 8 pzp w zw. z art. 387 kc - przez ich błędne zastosowanie i uznanie, iż oferta wykonawcy Gran sp. z o.o. podlega odrzuceniu, jako nieważna z uwagi na dyspozycję art. 387 kc.
- art. 7 ustawy pzp - przez wybór, jako najkorzystniejszej oferty EvoBus Polska sp. z o.o., w sytuacji uchybień w tej ofercie większej wagi niż odwołującego, jak też w ofertach innych wykonawców, którzy nie zostali wykluczeni, a ich oferty odrzucone, co narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
- art. 24 ust. 2 pkt. 3 pzp - poprzez jego niezastosowanie wobec wykonawcy EvoBus Polska Sp. z o.o. oraz zaniechania zastosowania wobec oferty tego wykonawcy art. 89 ust. 1 pkt. 5 i art. 89 ust. 1 pkt. 2 pzp.

Powołując się na naruszenie swego interesu w uzyskaniu zamówienia, odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności:

- badania i oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu,
- wykluczenia wykonawcy Gran sp. z o.o. i odrzucenia jego oferty,
- wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez EvoBus Polska sp. z o.o.,
Nadto wniósł o nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności obejmujących: badanie i ocenę ofert złożonych w postępowaniu w tym oferty złożonej przez wykonawcę Gran sp. z o.o., wyboru oferty najkorzystniejszej, a z ostrożności procesowej także nakazanie wykluczenia wykonawcy EvoBus Polska Sp. z o. o. z postępowania oraz odrzucenia jego oferty.

Na wezwanie zamawiającego dnia 2 maja 2012 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił, wykonawca wybrany EvoBus Polska sp. z o.o., wnosząc o oddalenie odwołania i utrzymanie w mocy

W czynności wyboru jego oferty na część B zamówienia. Wyżej wymieniony podmiot stwierdził, że zarzuty odwołującego są bezzasadne, a czynności podjęte przez zamawiającego wobec jego oferty prawidłowe.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę EvoBus Polska sp. z o.o. - jako zgłaszającego przystąpienie po stronie

zamawiającego w odniesieniu do części B.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów odwołania, podtrzymał swoje stanowisko, przedstawione w zawiadomieniu z dnia 17 kwietnia 2012 r, o wyborze najkorzystniejszej oferty w części B oraz wykluczeniu odwołującego z postępowania i odrzuceniu jego oferty, wnosząc jednocześnie o oddalenie odwołania i zasądzenie zwrotu kosztów.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania.

W dniu 7 maja 2012 r. Krajowa Izba Odwoławcza wydała wyrok, którym uwzględniła odwołanie wykonawcy Gran sp. z o.o. w Łodzi i nakazała zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty Evo Bus Polska sp. z o.o. na część B zamówienia, unieważnienie czynności wykluczenia Gran sp. z o.o. z postępowania i odrzucenia jego oferty na część B zamówienia. Izba nakazała zamawiającemu powtórzenie czynności badania oceny ofert oraz czynności wyboru

najkorzystniejszej oferty na część B zamówienia poprzedzonej poprawieniem oferty odwołującego Gran sp. z o.o..

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania Izba z uwzględnieniem wyniku postępowania, zasądzając od zamawiającego na rzecz wykonawcy kwotę 18600 zł.

Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu przedmiotowego wyroku wskazała, iż: postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego dotyczyło „Dostawy autobusów dla potrzeb komunikacji miejskiej w Rzeszowie.” Zamówienie zostało podzielone części, w tym część B - autobusy miejskie klasy maxi, zasilane sprężonym metanem. Jako kryteria udzielenia zamówienia zostały wyznaczone:

- cena ofertowa, waga - 65%,
- koszt zużycia energii oraz emisji CO₂ i zanieczyszczeń (E), waga - 8%,
- ocena techniczna, waga - 27%.

W piśmie z dnia 17 kwietnia 2012 r. zamawiający powiadomił o wyborze na część B (cena 35 321 772,24 zł) - oferty wykonawcy EvoBus Polska sp. z o.o.

Z protokołu postępowania wynika, że:

- na część B oferty złożyli następujący wykonawcy:
 - 1) Solaris Bus & Coach S.A. - wykonawca wykluczony, oferta odrzucona;
 - 2) EvoBus Sp. z o.o. - oferta wybrana - 100,00 pkt;
 - 3) konsorcjum MAN Truck& Bus Polska Sp. z o.o. - wykonawca wykluczony, oferta odrzucona;
 - 4) Gran sp. z o.o. - wykonawca wykluczony, oferta odrzucona.

W załączniku nr IB do SIWZ - Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia - specyfikacja techniczna autobusów miejskich klasy MAXI zasilanych sprężonym metanem (CNG) pkt 3.2, parametry silnika autobusów, będących przedmiotem zamówienia podano: „Wymagany silnik pięcio-sześć cylindrowy o pojemności skokowej powyżej 6500 cm, dobranej do maksymalnej ładowności oferowanego autobusu i niskim zużyciu paliwa w cyklu miejskim z pełnym

obciążeniem."

Natomiast w pkt 3.3.2 SIWZ Część B Przedmiotu Zamówienia, zamawiający wskazuje, iż będzie oceniał parametr „pojemność silnika” w sposób następujący:

silnik o pojemności powyżej 11 000 cm³ - 20 pkt., silnik o pojemności 11 000 cm³ lub mniej - 0 pkt.

Część B przedmiotu zamówienia, kryteria oceny ofert, ocena techniczna:

Poz. 1. pojemność silnika, max liczba punktów - 20, podstawa oceny: silnik o pojemności pow. 11 000 cm³ - 20 pkt, silnik o pojemności 11 000 cm³ lub mniej - 0 pkt,

Załącz. nr 4 do SIWZ zawiera formularz ofertowy, wymagający podania marki i typu oferowanego autobusu.

Wykonawca zobowiązany był złożyć oświadczenie, że posiada „świadczenie homologacji typu pojazdu” oferowanego autobusu, wraz z wynikami badań homologacyjnych.

Załącz. nr 4 A do SIWZ zawiera wymagane parametry techniczne dla wszystkich części, wymagające podania, między innymi pojemności silnika pojazdu w dm³.

Załącz. nr 4B do SIWZ zawiera szczegółowe oferowane parametry techniczne autobusów, wymagający podania klasy, marki i typu oferowanego autobusu; podania producenta i typu silnika, pojemności skokowej, mocy maksymalnej, momentu maksymalnego i innych kluczowych parametrów.

Wzór umowy zawierał wymóg złożenia oświadczenia, że dostarczone autobusy posiadają aktualną na dzień dostawy homologację, umożliwiającą ich rejestrację w Rzeczypospolitej Polskiej. Odwołujący zaoferował autobus Otokar, Kent 280 LF (Otokar, Kent 280 LF CNG,M3). Na stronie 11 podany jest kod silnika MAN E0836LOH CNG/EEV. Oferta odwołującego na stronie 7, 12 i 31 (załączniki 4A, 4b w odniesieniu do parametrów oceny) podaje pojemność silnika 7150 cm³. Pismem z dnia 3 kwietnia 2012 r. zamawiający wezwał wykonawcę Gran sp. z o.o. do uzupełnienia i wyjaśnienia oferty. W tym wyjaśnienia, że oferowany autobus Otokar, Kent 280 LF CNG nie jest prototypem. W wezwaniu Zamawiający napisał między innymi: „Wykonawca na str 12 (...) oferty w załączniku zatytułowanym SZCZEGÓŁOWE PARAMETRY TECHNICZNE OFEROWANYCH AUTOBUSÓW wskazał, że oferowane przez niego autobusy zostaną wyposażone w silnik MAN E0836LOH CNG/EEV, o pojemności 7150 cm³. Zgodnie z wiedzą Zamawiającego, firma MAN nie produkuje silników o pojemności wskazanej w ofercie. Czy w związku z powyższym, w świetle oświadczenia złożonego na formularzu ofertowym

(...) Wykonawca potwierdza, że oferowany przez niego przedmiot zamówienia spełni wymagania zamawiającego dotyczące parametrów i opisu silnika." Jako podstawę prawną wezwania, zamawiający podał art. 26 ust. 3 i ust. 4 ustawy pzp.

W wykonaniu powyższego wezwania odwołujący w piśmie z dnia 6 kwietnia 2012 r. wyjaśnił, że oferowany autobus Otokar Kent 280 LF CNG jest autokarem produkcji seryjnej, a nie prototypem oraz że „pojemność silnika oferowanych autobusów została omyłkowo wpisana na 7150 cm³. Jak zauważył sam zamawiający, firma MAN nie produkuje silników o takiej pojemności. Prawidłowa i rzeczywista pojemność silnika pojazdów, które oferujemy, wynosi 6 871 cm³." Na dowód powyższego wykonawca przedłożył fragment dokumentacji homologacyjnej autobusu z oferowanym silnikiem MAN o kodzie E0836LOH i szerzej E0836LOH CNG/EEV. Odwołujący zapewniał, że oferowany przez niego przedmiot zamówienia, spełnia wymagania dotyczące parametrów i opisu silnika. Przetawił wyciąg ze świadectwa homologacji typu, potwierdzający wymienioną pojemność silnika. Ponadto, przedłożył dokumenty dotyczące technologii zabezpieczenia

antykorozyjnego i wykaz materiałów do zabezpieczenia antykorozyjnego.

W piśmie z dnia 17 kwietnia 2012 r. zamawiający powiadomił o wykluczeniu wykonawcy Gran Sp. z o.o., z następujących przyczyn:

„Wykonawca został wykluczony na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3, zgodnie zaś z art. 24 ust. 4 ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą. Ponadto oferta została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy w związku z art. 387 kodeksu cywilnego.

Wykonawca Gran Sp. z o.o. złożył ofertę w postępowaniu na Część B w terminie przewidzianym na składanie ofert w przedmiotowym postępowaniu, jednakże oferta ta została złożona przez wykonawcę wykluczonego z postępowania oraz jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów.

Wykonawca na str 7 złożonej przez siebie oferty w załączniku zatytułowanym PARAMETRY TECHNICZNE dla Części B oraz na str. 12 złożonej przez siebie oferty w załączniku zatytułowanym SZCZEGÓŁOWE PARAMETRY TECHNICZNE OFEROWANYCH AUTOBUSÓW dla Części B wskazał, iż oferowane przez niego autobusy zostaną wyposażone w silnik MAN E0836 LOH CNG/EEV, o pojemności

7150 cm³. Pojemność tą również potwierdził w załączniku Parametry oceny Część B przedmiotu zamówienia, gdzie modyfikując zapis Lp. 1 wiersz drugi określony przez Zamawiającego wpisał silnik o pojemności 7150 cm³.

Zgodnie z wiedzą Zamawiającego firma MAN nie produkuje silników o pojemności wskazanej w ofercie. W związku z powyższym Zamawiający w dniu 3 kwietnia 2012 r. wezwał Wykonawcę do złożenia zgodnie z art. 26 ust. 4 ustawy, wyjaśnień dotyczących oferty. W odpowiedzi z dnia 10 kwietnia 2012 r, L.dz. 1106 Wykonawca udzielając wyjaśnień w kwestii pojemności zaproponowanego silnika oświadczył, iż wartość 7150 cm³ została wpisana omyłkowo, zaś prawidłową wartością jest pojemność 6871 cm³.

Zamawiający nie mógł jednak zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 1 lub pkt 3 ustawy pzp dokonać poprawy potwierdzonej przez Wykonawcę omyłki, bowiem skutkowałoby to istotną zmianą treści złożonej oferty, co jest niedopuszczalne. W związku z tym, iż pojemność silnika jest jednym z istotnych postanowień umowy, czyli elementów przedmiotowo istotnych proponowanej umowy, charakteryzuje i indywidualizuje umowę, nie może on zostać zaliczony do elementów nieistotnych oferty, które podlegałyby poprawie.

W związku z tym, iż Wykonawca zaoferował silnik o pojemności 7150 cm³, który nie istniał w dniu składania ofert, oferta Wykonawcy polegająca na dostawie zaproponowanych autobusów wyposażonych w wyżej wymieniony silnik jest świadczeniem niemożliwym do wykonania i jest nieważna na podstawie przepisów kodeksu cywilnego, bowiem zdaniem Zamawiającego Wykonawca zaoferował nieistniejące urządzenie. Niemożliwość świadczenia takich usług w rozumieniu art. 387 ust. 1 kodeksu cywilnego ma charakter obiektywny tzn. nie może go spełnić dłużnik ani inny podmiot. Skoro takich urządzeń nie ma to znaczy, że nikt nie może ich dostarczyć, w tym szczególnie Wykonawca.

W związku z powyższym Zamawiający postanowił wykluczyć Wykonawcę zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 za złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, bowiem Wykonawca zaoferował produkt nieistniejący tj. silnik ww. typu o pojemności 7150 cm³, którego nie ma na rynku. Gdyby nie wiedza Zamawiającego dotycząca oferty producenta silników, którego model Wykonawca zaoferował, nieścisłość w postaci zaoferowania silnika o

nieistniejącej pojemności mogłaby być niezauważona a oferta Wykonawcy

podlegałyby dalej ocenie punktowej a co za tym idzie istniało prawdopodobieństwo udzielenia Wykonawcy zamówienia, którego realizacja byłaby niemożliwa ze względu na niemożliwość zamontowania w autobusach silnika o zadeklarowanej pojemności, a co za tym idzie dostawa autobusów z winy Wykonawcy stałaby się niemożliwa do zrealizowania. A zatem podanie nieprawdziwej informacji mogło mieć pośredni wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Zgodnie zaś z art. 24 ust. 4 ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą."

Przy uwzględnieniu powyższych ustaleń Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał, że posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 pzp, - ograniczony jednak do obrony własnej oferty - w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, gdyż złożył ofertę na część B zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza nie podzieliła stanowiska zamawiającego, co do tego, iż oferta odwołującego polegająca na dostawie zaproponowanych autobusów Otokar Kent 280 LF CNG, wyposażonych w silnik MAN E0836LOH CNG/EEV o wskazanej w ofercie pojemności, zawierała zobowiązanie do świadczenia niemożliwego do wykonania, z tych, więc przyczyn jest nieważna na podstawie przepisów kodeksu cywilnego, gdyż wykonawca zaoferował nieistniejące urządzenie. Niemożliwość spełnienia świadczenia, wbrew stanowisku zamawiającego, nie ma charakteru obiektywnego, w rozumieniu art. 387 § 1 kodeksu cywilnego, to jest takiego, że nie może go spełnić dłużnik ani inny podmiot. Świadczeniem niemożliwym, określa się świadczenie nie dające się urzeczywistnić, inaczej - niewykonalne. Znaczenie ma to czy świadczenie obiektywnie nie nadaje się do realizacji, tak przez dłużnika, jak i inne podmioty, przy czym stan taki ma charakter nieprzemijający. Realne i w praktyce możliwe, zdaniem Izby, jest zaprojektowanie i wyprodukowanie silnika o pojemności 7150 cm³ dla pojazdu autobusowego, napędzanego sprężonym metanem, zatem wyłączone było zastosowanie art. 89 ust. 2 pkt 8 ustawy pzp, traktującego o odrzuceniu oferty, gdy jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Izba oceniła ofertę odwołującego, jako ważną, tyle, że zawierającą omyłkę w podanej wielkości skokowej silnika i z tych względów wymagającą poprawy, przed poddaniem jej dalszej ocenie. Dyskusyjny mógł być

zdaniem Izby jedynie sposób i podstawy dokonania korekty w ofercie odwołującego. Izba uznała przywołane przez zamawiającego przyczyny faktyczne jak i prawne, wykluczenia wykonawcy Gran sp. z o.o. za całkowicie chybione. Żadne argumenty, ani dowody nie przemawiały za tym, że nastąpiło w sposób świadomy podanie nieprawdziwych informacji, do tego mających jakikolwiek skutek dla punktowej oceny oferty. Stanowisko zamawiającego, że obecnie producent MAN nie dysponuje tego typu silnikiem, to jest o wskazanej pojemności 7150 cm³, stanowi w przekonaniu Izby argument, przemawiający za tym, że odwołujący popełnił omyłkę, przede wszystkim omyłkę pisarską, wpisując w dokumentach załącznika do swojej oferty błędne parametry pojemności silnika - w trakcie przenoszenia tych danych z dokumentu świadectwa homologacji pojazdu (świadectwa homologacji silnika MAN E0836LOH CNG/EEV), co zdaniem Izby, odwołujący wykazał - przedstawiając dokumentację przy piśmie z dnia 6 kwietnia 2012 r, a także przedstawiając - kartę katalogową producenta silnika - firmy MAN, określającą pojemność silnika na 6,9 litra. Izba za w pełni wiarygodne przyjęła, podane okoliczności popełnienia omyłki w ofercie odwołującego. Z przedstawionych dokumentów wynika, że dla silnika MAN E0836LOH, zasilanego sprężonym metanem podana jest pojemność w cm³ - 6871, natomiast w pozycji powyżej, dla innego silnika, na inny rodzaj paliwa, o oznaczeniu DEUTZ została podana pojemność 7147 cm³. Skoro zaoferowany został pojazd, ściśle oznaczony, co do kategorii, typu, wersji, Otokar Kent 280 LF CNG, wyposażony w silnik o określonym kodzie MAN E0836LOH CNG/EEN/, czyli o zindywidualizowanych oznaczeniach, pod którymi w obrocie występuje jeden konkretny silnik o ściśle oznaczonych właściwościach i parametrach - czemu zamawiający nie zaprzeczył - w ślad za tym - można było ustalić dane techniczne

autobusu, odnoszące się do prawidłowej pojemności silnika, co też zamawiający uczynił - wykrywając niezgodność w odniesieniu do pojemności silnika. Przyznana okoliczność, iż takich urządzeń, obecnie na rynku nie ma - oznacza, że wykonawca rzeczywiście popełnił omyłkę. Z wymienionych względów, ujawniona omyłka w ofercie odwołującego winna być poprawiona przez zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy pzp, jako łatwy do zauważenia błąd pisarski.

Odwołujący w swoim wyjaśnieniu z dnia 6 kwietnia 2012 r. od początku - powoływał się na okoliczność popełnienia omyłki, tłumaczył zarazem jej przyczyny.

Zamawiający w piśmie z dnia 17 kwietnia 2012 r. w żaden sposób, nie podważał, ani nie polemizował z argumentami odwołującego w kwestii omyłki. Z kart katalogowych producenta silników, czy producenta pojazdu można było ustalić parametr, jakim jest pojemność skokowa silnika. Zamawiający, nie odnosząc się do wyjaśnień, stwierdził, że wykonawca podał w ofercie nieprawdziwe informacje, mogące mieć wpływ na wynik postępowania i za to wykluczył go z przetargu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp, odrzucając ofertę.

Izba stwierdziła, że za poprawieniem omyłki odwołującego, jako oczywistej omyłki pisarskiej przemawia również okoliczność, że podana pojemność skokowa silnika mieści się w granicach tego parametru (6500 cm³), przyjmowanego przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia, jako minimalna pojemność silnika oferowanego pojazdu, spełniająca oczekiwania zamawiającego, a więc zgodna z treścią SIWZ.

Omyłka jaką popełnił odwołujący, w ocenie Izby, kwalifikowała się również do poprawy w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp, gdyż jej dokonanie, nie powodowałoby istotnej zmiany treści oferty, ani nie zmieniało wartości parametru pojazdu, ocenianego w kryterium technicznym, w sposób rzutujący na punktację oferty. Należało mieć na uwadze, że oznaczony w ofercie silnik, nie zostałby zmieniony, o czym świadczy zgodność podanych pozostałych parametrów technicznych - wykonawca w wyjaśnieniu sprostował jedynie dane dotyczące pojemności tak oznaczonego silnika, do wartości liczbowej, którą silnik rzeczywiście posiada - 6871 cm³ (zamiast pierwotnie podanej w ofercie 7150 cm³), czemu zamawiający nie zaprzeczył.

Na gruncie postanowień art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp, ważne jest jedynie stwierdzenie faktu omyłki, a jej poprawienie jest możliwe nawet wtedy, gdy dotyczy ona treści oferty, tyle, że ingerencja w treść oferty - nie może być istotna, nadmierna - w stosunku do pierwotnego oświadczenia woli wykonawcy, złożonego w ofercie - w tym przypadku, sprostowana pomyłka ingerując w treść oferty, nie powodowałaby żadnych odstępstw od wymagań SIWZ, czego zdaniem Izby, przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp nie wyłącza.

Za nieuprawnioną Izba uznała interpretację przystępującego do postępowania EvoBus Polska Sp. z o.o., że skoro oferta odwołującego jest zgodna z SIWZ, gdyż minimalna pojemność silnika miała wynosić nie mniej niż 6500 cm³, to omyłka nie może zostać usunięta w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp, gdyż odnosi się on do stwierdzonej niezgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Skoro przywoływany przepis dozwala na poprawianie omyłek w ofercie, skutkujących niezgodnością z SIWZ, to tym bardziej zezwala na korektę takich omyłek, które same w sobie nie wykazują niezgodności z SIWZ. Poprawienie w ofercie pojemności nie prowadzi do zmiany przedmiotu świadczenia, potwierdza to zgodność pozostałych parametrów, a w szczególności kod fabryczny silnika. Poprawienie błędu nie zmienia oświadczenia woli wykonawcy Gran Sp. z o.o., co do dostarczenia zamawiającemu autobusów wyposażonych w silnik o właściwościach

wynikających z podanego oznaczenia, pozwalającego na pełną identyfikację silnika, także, co do jego parametrów.

W ocenie Izby zamawiający dysponuje niezbędnymi informacjami, pozwalającymi na poprawienie omyłki w ofercie odwołującego, nawet bez dalszych wyjaśnień. Świadczenie homologacji stanowi dokument urzędowy, zawierający w pełni wiarygodne dane. Dokument taki, jeżeli nawet jest konieczny, jako dowód dopuszczenia pojazdu do ruchu, warunkujący jego rejestrację, pojemność silnika, podawana jest w dowodzie rejestracyjnym.

Izba uznała, że podanie przez wykonawcę danych nie odpowiadających stanowi

W rzeczywistości, co do pojemności silnika, nie było wynikiem zamieszczenia w ofercie odwołującego nieprawdziwych informacji, w szczególności tego rodzaju, które rzutowałyby na wysokość oceny punktowej oferty, umożliwiającej przez to jej wybór. W ocenie Izby, wszystkie przesłanki umożliwiające konwalidację oferty odwołującego w drodze sprostowania omyłki - zostały spełnione. Przy czym zdaniem Izby zachodzi zbieg wskazanych podstaw dla sprostowania omyłki. Imperatywny charakter dyspozycji art. 87 ust. 2 ustawy pzp, nie pozostawia zamawiającemu wyboru, co do poprawienia omyłki w ofercie wykonawcy lub też pozostawienia jej bez poprawy. W przypadku stwierdzenia omyłki, zamawiający zobowiązany jest ją poprawić, informując wykonawcę o sposobie dokonania tej

poprawy.

Zdaniem Izby postępowanie dowodowe wykazało zasadność czynionych zamawiającemu zarzutów naruszenia wskazanych przez odwołującego przepisów, które może mieć wpływ na wynik postępowania, to jest.:

- art 24 ust. 2 pkt 3 pzp poprzez jego błędne zastosowanie i uznanie, iż wykonawca Gran Sp. z o.o. złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania,
- art. 89 ust. 1 pkt 8 pzp w zw. z art. 387 kc., przez ich błędne zastosowanie i uznanie, iż oferta wykonawcy Gran Sp. z o.o. podlega odrzuceniu jako nieważna z uwagi na dyspozycję art. 387 kc.
- skutkiem wykazania naruszeń jak wyżej, jest w następstwie naruszenie przepisu art. 7 ustawy pzp.

Odnosząc się do zarzutu odmiennego, uprzywilejowanego traktowania innych wykonawców przez zamawiającego i naruszenia przez to zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 pzp Izba stwierdziła, że wystarczające w tym względzie, jest wykazanie bezpodstawności wykluczenia i odrzucenia oferty wykonawcy wnoszącego odwołanie, aby przypisać zamawiającemu naruszenie art. 7 ustawy pzp, nakazującego równe traktowanie wykonawców i prowadzenie procedury przetargowej z zachowaniem reguł uczciwej konkurencji. Jednocześnie Izba nie stwierdziła, że odwołujący w sposób uprzywilejowany potraktował wykonawcę EvoBus Polska Sp. z o.o., poprawiając podaną pojemność silnika, gdyż błąd kwalifikował się do poprawy.

Izba uwzględniła odwołanie orzekając na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 oraz ust. 3 pkt 1 ustawy pzp.

O kosztach postępowania Izba orzekł stosownie do wyniku spraw na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp.

Skargę na wyrok Izby złożył zamawiający Gminy Miasto Rzeszów - Zarząd Transportu Miejskiego w Rzeszowie w części, co do pkt B.I. przedmiotowego wyroku w zakresie, w jakim wyrok uwzględnia odwołanie wykonawcy Gran sp. z

o.o. w Łodzi i nakazuje zamawiającemu:

- unieważnienie czynności wyboru oferty EvoBus Polska sp. z o.o. na część B zamówienia,
- unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego Gran sp. z o.o., z postępowania i odrzucenia jego oferty, na część B zamówienia.
- nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności badania, oceny ofert oraz czynności wyboru najkorzystniejszej na część B zamówienia, poprzedzonej poprawieniem oferty odwołującego Gran sp. z o.o.,

oraz co do pkt B.2. wyroku zarzucając naruszenie prawa materialnego, to jest:

- naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy prawo zamówień publicznych w zw. z art. 387 § 1 kc poprzez ich niezastosowanie i uznanie, że oferta odwołującego Gran sp. z o.o., polegająca na dostawie zaproponowanych autobusów Otokar Kent 280 LF CNG, wyposażonych w silnik MAN E0836LOH CNG/EEV o wskazanej w ofercie pojemności nie zawiera zobowiązania do świadczenia niemożliwego do wykonania w związku, z czym nie podlega odrzuceniu, jako nieważna na podstawie odrębnych przepisów, podczas gdy odwołujący Gran sp. z o.o. przedkładając ofertę na dostawę autobusów Otokar Kent 280 LF CNG wyposażonych w silnik MAN

<5

E0836LOH CNG/EEV o pojemności 7150 cm w istocie zaoferował niewykonalny przedmiot zamówienia - świadczenie niemożliwe do spełnienia, co w konsekwencji winno prowadzić do ustalenia, że skarżący zasadnie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy prawo zamówień publicznych w zw. z art. 387 § 1 kc odrzucił ofertę odwołującego Gran sp. z o.o. z uwagi na to, że oferta wykonawcy zawierała zobowiązanie do świadczenia niemożliwego.

- naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy prawo zamówień publicznych, poprzez jego błędną wykładnię i przyjęcie, że błąd odwołującego Gran sp. z o.o., polegający na zaoferowaniu w przedstawionej ofercie, pojazdu autobusowego

o

wyposażonego w silnik o pojemności 7150 cm mieści się w zakresie ustawowego wyrażenia „oczywista omyłka pisarska” jako, że stanowi łatwy do zauważenia błąd pisarski i w konsekwencji winien być poprawiony przez skarżącego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy pzp. podczas gdy błąd odwołującego Gran sp. z o.o. z powodu braku cech „oczywistości” nie może być kwalifikowany jako błąd pisarski, widoczny, bezsporny i nie budzący wątpliwości i w konsekwencji nie może być

konwalidowany przez skarżącego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy prawo zamówień publicznych.

- naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy prawo zamówień publicznych, poprzez jego błędną wykładnię i przyjęcie, że podana przez odwołującego Gran sp. z o.o. w przedstawionej ofercie wartość skokowa silnika, z uwagi, że mieści się w granicach parametru 6500 cm³ przyjmowanego przez skarżącego w opisie przedmiotu zamówienia jako minimalna pojemność silnika oferowanego pojazdu, a więc zgodna ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, kwalifikuje się do poprawy jako inna omyłka polegająca na niezgodności oferty ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, nie powodująca istotnych zmian w treści oferty, podczas

gdy błąd odwołującego Gran sp. z o.o. polegający na zaoferowaniu w przedstawionej ofercie pojemności skokowej silnika 7150 cm nie stanowi omyłki niezgodnej ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia oraz nie jest błędem nieistotnym, nie powodującym istotnych zmian w treści oferty wykonawcy.

- naruszenie art. 7 ust. 1 prawo zamówień publicznych poprzez niewłaściwe jego zastosowanie polegające na bezpodstawnym przyjęciu, że Skarżący w toku przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, dopuścił się nierównego traktowania wykonawców i prowadzenia procedury przetargowej bez zachowania reguł uczciwej konkurencji. Skarżący wniosł o:
- zmianę zaskarżonego wyroku w punkcie B.1. poprzez oddalenie odwołania Gran sp. z o.o. w Łodzi oraz w pkt B.2. poprzez obciążenie Gran sp. z o.o. kosztami postępowania odwoławczego w tym kosztami postępowania odwoławczego poniesionymi z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
- zasądzenie od Gran sp. z o.o. w Łodzi na rzecz Skarżącego kosztów postępowania skargowego w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Wskazując na naruszenie prawa materialnego, to jest art. 89 ust. 1 pkt 8 pzp w zw. z art. 387 § 1 kc skarżący podał, że świadczeniem niemożliwym określa się świadczenie nie dające się urzeczywistnić, inaczej - niewykonalne. Krajowa Izba

Odwoławcza w uzasadnieniu wyroku dokonała w jego ocenie nieusprawiedliwionej rozszerzającej wykładni instytucji niemożliwości świadczenia.

Świadczenie odwołującego Gran sp. z o.o. polegające na dostawie pojazdów o pojemności silnika 7150 cm nosi cechy świadczenia niemożliwego.

Wskazując na naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 1 pzp skarżący podał, że błąd odwołującego Gran Sp. z o.o. polegający na zaoferowaniu pojazdów autobusowych wyposażonych w silnik o parametrach 7150 cm³, wbrew twierdzeniem Izby, nie stanowi oczywistej omyłki pisarskiej, którą odpowiednio zamawiający sanuje w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 pzp. Po pierwsze za takim poglądem przemawia fakt, że zaoferowanie silnika o parametrach wskazanych w przedstawionej ofercie, w istocie stanowi deklarację świadczenia niemożliwego, gdyż taki silnik nie jest dostępny na rynku, a po drugie z powodu braku cech „oczywistości” nie może być kwalifikowany,

W

jako błąd pisarski łatwy do zauważenia. Za poprawienie omyłki pisarskiej nie może być uznane wprowadzenie jakiejkolwiek zmiany, która wpłynie na zmianę treści oświadczenia woli. Oczywistość omyłki polega ponadto nie tylko na łatwości w jej dostrzeżeniu, ale również na braku wątpliwości, jak powinna być poprawiona.

W ocenie skarżącego w ofercie odwołującego nie zachodzi żadna mylna pisownia, ewidentny błąd gramatyczny, niezamierzone opuszczenie wyrazu lub jego części czy inna omyłka wskazująca na podnoszony przez Izbę argument, że odwołujący Gran sp. z o.o. popełnił omyłkę i to omyłkę oczywistą, nie budzącą jakichkolwiek wątpliwości, wpisując w przedstawionej ofercie błędne parametry pojemności silnika w trakcie przenoszenia tych danych z dokumentu homologacji. Bezprzedmiotowy jest, zatem zarzut naruszenia przez skarżącego art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy prawo zamówień publicznych.

Wskazując na naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp skarżący podał, że regulacja zawarta w art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp dotyczy poprawiania przez zamawiającego omyłek innych niż oczywiste omyłki pisarskie i rachunkowe, o ile spełniają one

kumulatywnie dwie przesłanki: polegają na niezgodności z SIWZ oraz nie powodują istotnych zmian w treści oferty wykonawcy. Niezgodność oferty wykonawcy z treścią SIWZ dotyczy sytuacji, gdy oferta wykonawcy nie odpowiada SIWZ, a więc jest niezgodna z zawartym w SIWZ opisem potrzeb i wymagań zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia przez zawarcie i zrealizowanie z należytą starannością umowy w

sprawie zamówienia publicznego. Ocena, czy poprawienie innej omyłki przez zamawiającego powoduje istotną zmianę w treści oferty, musi być dokonywana na tle konkretnego stanu faktycznego. Skarżący zakwestionował zaprezentowany przez Izbę pogląd, że skoro przywołany przepis dozwala na poprawienie omyłek w ofercie, skutkujących niezgodnością z SIWZ, to tym bardziej zezwala na korektę takich omyłek, które same w sobie nie wykazują niezgodności z SIWZ.

Skarżący podkreślił, że obowiązkiem zamawiającego wynikającym z art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp jest poprawa omyłek innych niż oczywiste, które łącznie spełniają określone w treści niniejszego przepisu warunki, polegają na niezgodności oferty z SIWZ oraz nie powodują istotnych zmian w treści oferty, brak wystąpienia którejkolwiek ze wskazanych przesłanek wyłącza możliwość dokonania poprawy istniejącej omyłki. Na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp nie mogą, zatem być poprawiane inne omyłki, które nie stanowią o niezgodności ze SIWZ. Taka interpretacja wynika z dosłownego brzmienia przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Poprawianie omyłek ma doprowadzić do zgodności oferty z treścią SIWZ, przy jednoczesnym zachowaniu zgodności z wolą składającego tę ofertę, a także przy nieistotności dokonanych zmian.

Nadto Skarżący wskazał, że nadrzędną zasadą rządzącą postępowaniem o udzielenie zamówienia jest wyrażona w art. 7 ust. 1 pzp zasada równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji. Zgodnie z nakazem wynikającym z treści tego przepisu wszyscy wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinni być traktowani na równych prawach przez zamawiającego w toku całego postępowania.. W ocenie skarżącego niczym nieusprawiedliwione jest postawienie przez Izbę zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 pzp przez skarżącego.

Przeciwnik skargi wykonawca Gran sp. z o.o. w Łodzi złożył pisemną odpowiedź na skargę żądając jej oddalenia w całości i zasądzenia na swą rzecz zwrotu kosztów postępowania. W uzasadnieniu zakwestionował zasadność zawartych w skardze zarzutów.

Uczestnik postępowania EvoBus Polska sp. z o.o. zażądał uwzględnienia skargi w całości, zmiany zaskarżonego wyroku i orzeczenie, co do istoty sprawy poprzez oddalenie odwołania wniesionego przez wykonawcę Gran sp. z o.o. w Łodzi. W uzasadnieniu uczestnik poparł zarzuty wskazane w skardze.

Sąd Okręgowy w Rzeszowie ustalił i zważył, co następuje:

W niniejszej sprawie poza sporem są okoliczności faktyczne dotyczące przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowiące podstawę rozstrzygnięcia. Strony nie kwestionowały tychże okoliczności w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą oraz w postępowaniu przed Sądem.

Istota sporu sprowadza się do odmiennej interpretacji norm zawartych w przepisach art. 87 ust. 2 pkt 1 i pkt 3 ustawy prawo zamówień publicznych, w zakresie istnienia po stronie zamawiającego podstaw do sprostowania oferty wykonawcy Gran sp. z o.o. w Łodzi.

W myśl art. 87 ust 2 pkt 1 pzp zamawiający poprawia w ofercie oczywiste omyłki pisarskie.

Stosownie do treści art. 87 ust 2 pkt 3 pzp zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

W ocenie Sądu Okręgowego w Rzeszowie skarga jest całkowicie bezzasadna. Sąd podziela poglądy prawne wyrażone w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 maja 2012 r. odnośnie naruszenia przez zamawiającego norm prawa zamówień publicznych.

W konsekwencji brak jest podstaw do uznania zasadności zarzutu naruszenia przez Izbę art. 89 ust 1 pkt 8 pzp w zw. z art. 387 § 1 kc poprzez niezastosowanie powołanych przepisów. W ocenie Sądu Okręgowego w niniejszej sprawie zbędnym jest, bowiem sięganie do instytucji świadczenia niemożliwego. Wykonawca Gran sp. z

W o.o. w Łodzi wskazał w ofercie producenta silnika, kod fabryczny silnika, parametry mocy i momentu obrotowego w sposób pozwalający na identyfikację przedmiotu świadczenia. Nie było wolą wykonawcy zaoferowanie jakiegokolwiek innego silnika niż produkowany przez firmę MAN silnik o oznaczeniu E0836LOH CNG/EEV. Błędne wskazanie pojemności tego silnika poprzez podanie, iż wynosi ona 7150 cm³, podczas gdy silnik o powyższym oznaczeniu posiada pojemność 6871 cm³, nie może w ocenie Sądu wpływać na ocenę rzeczywistej treści oferty wykonawcy w zakresie przedmiotu świadczenia. Skoro spośród szeregu parametrów silnika jedynie jeden był niezgodny z rzeczywistym parametrem oferowanego silnika, to logicznym jest przyjęcie, iż parametr ten wskazano omyłkowo. Podkreślić należy, iż zamawiający posiadał pewność, co do zaistnienia omyłki i jej przyczyn, uzyskał bowiem w tym

przedmiocie (na wezwanie z dnia 3 kwietnia 2012 r.) wyjaśnienia wykonawcy. Oświadczenie woli wykonawcy zawarte w ofercie nie dotyczyło, więc świadczenia niemożliwego. Czynienie, zatem ustaleń odnośnie tego kiedy ze świadczeniem takim na gruncie art. 387 § 1 kc mamy do czynienia jest w okolicznościach niniejszej sprawy zbędne.

Poczynione przez Izbę prawidłowe ustalenia w zakresie stanu faktycznego stanowią podstawę dla stwierdzenia, że omyłka, której zaistnienie jest niewątpliwe miała charakter omyłki oczywistej. Oceny oczywistości omyłki dokonywać należy z uwzględnieniem okoliczności konkretnego stanu faktycznego. Należy, zatem mieć na uwadze specyfikę postępowania przetargowego, którego dotyczy niniejsza sprawa, w szczególności fakt, iż ilość oferowanych na rynku autobusów i proponowanych do nich silników jest ograniczona oraz fakt, iż zamawiający jest profesjonalistom posiadającym rozeznanie rynku. Oczywistość omyłki wykonawcy potwierdzają zarówno jego wyjaśnienia złożone na wezwanie zamawiającego, jasno bowiem z nich wynika w jakich okolicznościach omyłka powstała (przy przepisywaniu do oferty parametrów silnika z dokumentu homologacji), jak i fakt, iż zamawiający sam omyłkę tą odkrył. Sąd, z powyższej przyczyny, nie podziela prezentowanych przez skarżącego - zamawiającego wywodów odnośnie braku możliwości przypisania omyłce wykonawcy charakteru omyłki oczywistej. Tym samym za bezzasadny uznaje zarzut naruszenia przez Izbę art. 87 ust 2 pkt 1 pzp.

Niezasadny jest także w ocenie Sądu zarzut naruszenia przez Izbę art. 87 ust 2 pkt 3 pzp poprzez błędna wykładnię i przyjęcie, że możliwe było poprawienie omyłki na podstawie tegoż przepisu.

W ocenie Sądu omyłka wykonawcy w oznaczeniu pojemności oferowanego silnika winna zostać poprawiona, jak już wyżej wskazano, jako oczywista omyłka pisarska. Jednakże zakładając, iż po stronie zamawiającego istniała wątpliwość, odnośnie oczywistości omyłki, która to kwestia pozostaje kwestią ocenną, zamawiający winien był dokonać sprostowania na podstawie art. 87 ust pkt 3 pzp. Błędne jest przy tym rozumowanie zamawiającego zaprezentowane w uzasadnieniu skargi, iż w tymże trybie prostowane mogą być tylko omyłki, które dotyczą niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (SIWZ). Wbrew twierdzeniom skarżącego uzasadnione jest przyjęcie, iż skoro ustawodawca dopuścił możliwość

sprostowania omyłki, która powoduje niezgodność z SIWZ to tym bardziej

uzasadnione jest dokonanie sprostowania w zakresie, który nie jest niezgodny z warunkami przetargu (a maiori ad minus). Interpretacja wyżej powołanego przepisu przedstawiona przez skarżącego pozostaje zdaniem Sądu w sprzeczności z zasadami wykładni i logiki prawniczej. Podkreślenia wymaga fakt, iż korekta pojemności oferowanego przez wykonawcę silnika pozostawała bez znaczenia dla oceny oferty, bowiem w załączniku SIWZ - specyfikacji technicznej autobusów klasy maxi zasilanych sprężonym metanem, wskazano, że minimalna pojemność silnika to 6500 cm³, w pkt 3.3. SIWZ część B wskazano: silnik o pojemności powyżej 11000 cm³ - 20 pkt, 11000 i mniej - 0 pkt.

Odnosząc się do zarzut naruszenia przez Izbę art. 7 ust 1 pzp poprzez niewłaściwe jego zastosowanie polegające na bezpodstawnym przyjęciu, że skarżący w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, dopuścił się nierównego traktowania wykonawców i prowadzenia procedury przetargowej bez zachowania reguł uczciwej konkurencji, stwierdzić należy, iż w świetle ustalonych w niniejszej sprawie okoliczności, w pełni uprawniona jest teza zawarta w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, zgodnie z którą wystarczające, jest wykazanie bezpodstawności wykluczenia i odrzucenia oferty wykonawcy wnoszącego odwołanie, aby przypisać zamawiającemu naruszenie art. 7 pzp. W konsekwencji zdaniem Sądu również i ten zarzut skarżącego jest chybiony.

Skarżący dysponował wyjaśnieniami wykonawcy, z których jednoznacznie wynikało, że w treści oferty pojawiła się omyłka dotycząca oznaczenia pojemności silnika, mimo to wbrew wynikającemu z przepisów wyżej powołanych obowiązкови, nie dokonał sprostowania oferty. Zasadnie, zatem Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 7 maja 2012 r. uwzględniła odwołanie wykonawcy Gran sp. z o.o. w Łodzi.

W świetle powyższych okoliczności należało uznać skargę za bezzasadną i oddalić ją na podstawie art. 198 f ust 2 prawa zamówień publicznych.

W przedmiocie kosztów postępowania Sąd orzekł na podstawie art. 198 f ust 5 prawa zamówień publicznych, stosownie do treści, którego to strony ponoszą koszty postępowania stosownie do jego wyniku; określając wysokość kosztów w treści orzeczenia, sąd uwzględnił także koszty poniesione przez strony w związku z rozpoznaniem odwołania.

Sąd uwzględnił, zgodnie z wyżej powołaną normą, koszty powstałe po stronie wykonawcy - przeciwnika skargi w postępowaniu odwoławczym w kwocie 18600 zł oraz koszty zastępstwa procesowego w postępowaniu toczącym się na skutek skargi.