

Sygn. akt: KIO/UZP 922/08

WYROK
z dnia 17 września 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Mazurek

**Członkowie: Izabela Niedziałek
Andrzej Niwicki**

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ rozprawie* w dniu ~~Aw dniach~~* 17 września 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum firm: Budownictwo Elektroenergetyczne SELPOL S.A., ZWSE Rzeszów Sp. z o.o., Elfeko S.A., PILE Elbud Kraków Sp. z o.o., ISPOL - PROJEKT Islandzko-Polskie Biuro Projektów Energetycznych Sp. z o.o., 91-222 Łódź, ul. Szczecińska 48/58** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **PSE-Operator S.A., 00-496 Warszawa, ul. Mysia 2** protestu ~~protestów~~* z dnia 11 sierpnia 2008 r.

przy udziale **Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Budownictwa Elektroenergetycznego ELBUD Warszawa Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum), 02-210 Warszawa, Al. Krakowska 264 i Przedsiębiorstwo Budownictwa Elektroenergetycznego ELBUD w Katowicach Sp. z o.o. (członek Konsorcjum), 40-384 Katowice, ul. Ks. Bpa H. Bednorza 19** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego. po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum firm: Budownictwo Elektroenergetyczne SELPOL S.A., ZWSE Rzeszów Sp. z o.o., Elfeko S.A., PILE Elbud Kraków Sp. z o.o., ISPOL - PROJEKT Islandzko-Polskie Biuro Projektów Energetycznych Sp. z o.o., 91-222 Łódź, ul. Szczecińska 48/58**

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 uiszczanego przez **Konsorcjum firm: Budownictwo Elektroenergetyczne SELPOL S.A., ZWSE Rzeszów Sp. z o.o., Elfeko S.A., PILE Elbud Kraków Sp. z o.o., ISPOL - PROJEKT Islandzko-Polskie Biuro Projektów Energetycznych Sp. z o.o., 91-222 Łódź, ul. Szczecińska 48/58,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Konsorcjum firm: Budownictwo Elektroenergetyczne SELPOL S.A., ZWSE Rzeszów Sp. z o.o., Elfeko S.A., PILE Elbud Kraków Sp. z o.o., ISPOL - PROJEKT Islandzko-Polskie Biuro Projektów Energetycznych Sp. z o.o., 91-222 Łódź, ul. Szczecińska 48/58** na rzecz **PSE-Operator S.A., 00-496 Warszawa, ul. Mysia 2,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa prawnego,
- 3) dokonać wpłaty kwoty **00 zł 00 gr** (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **35 936 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści pięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum firm: Budownictwo Elektroenergetyczne SELPOL S.A., ZWSE Rzeszów Sp. z o.o., Elfeko S.A., PILE Elbud Kraków Sp. z o.o., ISPOL - PROJEKT Islandzko-Polskie Biuro Projektów Energetycznych Sp. z o.o., 91-222 Łódź, ul. Szczecińska 48/58.**

Uzasadnienie

Zamawiający – PSE Operator S.A. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Budowę linii 400 + 2 x 110 kV Pasikowice – Wrocław wraz z rozbudową stacji 400/110 kV Pasikowice o pole liniowe 400 kV”.

W dniu 4.08.2008r. dokonano wyboru oferty najkorzystniejszej – złożonej przez Konsorcjum w składzie :

PBE Elbud Warszawa sp. z o.o. (lider) oraz PBE Elbud w Katowicach sp. z o.o. (członek) – zwane dalej Konsorcjum Elbud. Wybór uzasadniono tym, że oferta ta przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia oraz odpowiada wymogom określonym w SIWZ i ustawie Pzp.

Tym samym pismem zamawiający odrzucił ofertę Konsorcjum w składzie :

Eltel Networks Olsztyn S.A., Eltel Networks Rzeszów S.A., SAG Elbud Gdańsk Holding S.A., Biuro Studiów i Projektów Energetycznych Energoprojekt – Kraków S.A. – zwane dalej Konsorcjum Eltel Networks. Wskazano na to, że treść oferty w zw. ze stwierdzeniem zawartym na str. 38 oferty nie odpowiada treści SIWZ.

Protest dotyczący wyboru najkorzystniejszej oferty złożyło Konsorcjum w składzie :

Budownictwo Elektroenergetyczne SELPOL S.A., ZWSE Rzeszów sp. z o.o., Elfeko S.A., PILE ELBUD Kraków sp. z o.o., ISPOL – PROJEKT Islandzko – Polskie Biuro Projektów Energetycznych sp. z o.o. – zwane dalej Protestującym, Odwołującym lub Konsorcjum Selpol.

Zarzucono Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wybór oferty Konsorcjum Elbud pomimo, że oferta ta powinna podlegać odrzuceniu ze względu na to, że nie odpowiadała treści SIWZ. Wniesiono o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty Konsorcjum Elbud oraz powtórzenie wyboru i dokonanie wyboru zgodnie z SIWZ.

W argumentacji wskazano na to, że nie zgodność oferty z SIWZ dotyczy braku opisu przedstawiającego dostosowanie konstrukcji słupów do wykonywania prac eksploatacyjnych, w tym prac pod napięciem – tom I SIWZ cz. II rozdział II.4 pkt 7 tablica II.4.9 pkt 12 g i tom I cz. II rozdział II.2 pkt A.13 tablica II.2.2 pkt 12g. Ponadto wskazano na brak rozkładu natężenie pola elektrycznego i magnetycznego w funkcji odległości od osi linii dla różnych układów pracy linii z zaznaczeniem wartości na granicy pasa technologicznego – tom I SIWZ cz. II rozdział II.4 pkt 7 tablica II.4.9 pkt 17c i tom I cz. II rozdział II.2 pkt A.13, tablica II.2.2 pkt 17c. Podniesiono również określenie prognozowanego poziomu hałasu – rozkład w funkcji odległości od osi linii dla układów pracy linii i wariantów z zaznaczeniem poziomów

na granicy pasa technologicznego – tom I SIWZ cz. II rozdział II.4 pkt 7 tablica II.4.9 pkt 17c i tom I cz. II rozdział II.2 pkt A.13 tablica II.2.2 pkt 17c.

W dniu 13.08.2008r. przystąpienie do postępowania protestacyjnego zgłosiło Konsorcjum Elbud. Wniesiono o oddalenie protestu w zakresie zarzutów kwestionujących poprawność oferty Konsorcjum Elbud.

Zamawiający w dniu 20.08.2008r. dokonał rozstrzygnięcia protestu przez jego oddalenie. W argumentacji wskazano, że Zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ma swobodę w kształtowaniu wymogów odnośnie zawartości merytorycznej oferty – może zarówno opierać się na oświadczeniach, ale również może żądać przedstawienia informacji i dokumentów potwierdzających spełnianie wymagań. Wskazano dalej na treść pkt 9.17 tomu I cz. I SIWZ – listę wymagań odnośnie zawartości oferty. Następnie wskazano na treść pkt 9.19 tomu I cz. I SIWZ, gdzie zaznaczono, iż wykonawca nie ma obowiązku umieszczania w ofercie tabel danych gwarantowanych oraz dokumentów wykazanych w rozdziałach Specyfikacji Technicznych zawartych w Programie Funkcjonalno – Użytkowym wskazujących rysunki i dokumenty dostarczane wraz z ofertą. Wskazano, że tego rodzaju zapisy SIWZ wskazują na to, że obowiązkowe było wypełnienie tabel i podanie żądanych w nich informacji zamieszczonych w rozdziale II.4 tom I cz. II SIWZ natomiast ewentualne wymagania odnośnie przedstawiania rysunków lub informacji zawarte w innych częściach SIWZ (Programu Funkcjonalno - Użytkowego) nie były obowiązkowe na etapie składania oferty. Przetarg zorganizowany na zasadzie „zaprojektuj i zbuduj” powoduje, że oferty nie muszą uwzględniać rozwiązań szczegółowych, ale pewną koncepcję o charakterze bardziej ogólnym. Zamawiający nie żądał na etapie składania ofert innych elementów niż te zawarte w rozdziale II.4 tom I część II SIWZ.

Odnośnie zarzutu dotyczącego braku opisu przedstawiającego dostosowanie konstrukcji słupów do wykonywania prac eksploatacyjnych, w tym prac pod napięciem – wskazano, że w ofercie Konsorcjum Elbud znajdują się wymagane rysunki oraz opis.

Odnośnie zarzutu nie przedstawienia w ofercie rozkładu natężenia pola elektrycznego i magnetycznego w funkcji odległości od linii dla różnych układów pracy linii z zaznaczeniem wartości na granicy pasa technologicznego – Zamawiający wskazał na treść oferty Konsorcjum Elbud na str. 77 – 82 oraz na str. 83 i podsumował, że znajdują się tam wymagane dane.

Zamawiający odnosząc się do ostatniego zarzutu wskazał na treść oferty Konsorcjum Elbud na str. 84-86, gdzie wskazano rysunki funkcji poziomu hałasu dla trzech układów linii, na dwóch z nich w wariantach dobrej i złej pogody. Konkludował, że na wykresach możliwe jest odczytanie poziomu hałasu na granicy pasa technologicznego.

W dniu 25.08.2008r. Konsorcjum Selpol wniosło odwołanie od ww. rozstrzygnięcia protestu. Zarzucono zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych przez wybór oferty Konsorcjum Elbud pomimo, że w ocenie odwołującego oferta ta powinna podlegać odrzuceniu. Wskazano na naruszenie art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez wybór oferty prowadzący do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy. Ponadto wskazano na naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wniesiono o unieważnienie czynności wyboru oferty Konsorcjum Elbud, o nakazanie odrzucenia oferty Konsorcjum Elbud oraz o nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

W argumentacji podniesiono, że opis na str. 53-55 oferty Konsorcjum Elbud dotyczy wyłącznie prac wykonywanych na słupach przy odłączonym napięciu. Brak opisu dotyczącego rozwiązań w przedmiocie dostosowania konstrukcji słupów do wykonywania prac eksploatacyjnych pod napięciem. Ponadto brak opisu prac eksploatacyjnych, których wykonanie przy wykorzystaniu proponowanych przez wykonawcę rozwiązań konstrukcyjnych będzie możliwe bez konieczności wyłączania linii spod napięcia. Odwołujący podniósł, że Zamawiający nierówno potraktował Konsorcjum Elbud i Konsorcjum Eltel Networks, gdyż odrzucił ofertę tego ostatniego wykonawcy, a nie odrzucił oferty Konsorcjum Elbud pomimo analogicznych błędów. Wskazano, że w ofercie Konsorcjum Elbud nie przedstawiono zgodnie z SIWZ rozkładu natężeń pól dla różnych układów pracy linii. Ponadto w tej ofercie przedstawiono wykresy rozkładu pola elektrycznego i magnetycznego wyłącznie dla przypadku połączeń między słupami przelotowymi. W ocenie odwołującego z treści SIWZ wynika, że rozkład natężenia pola elektrycznego i magnetycznego w funkcji odległości od osi powinien być przedstawiony dla różnych układów pracy linii – z uwzględnieniem sytuacji, kiedy czynne są jeden, dwa lub trzy tory. Odnośnie określenia prognozowanego poziomu hałasu w ofercie Konsorcjum Elbud – podniesiono, że brak jest podstawowych informacji dotyczących wysokości zawieszenia przewodów, rodzaju przęsła w którym prognozuje się poziom hałasu oraz metodyki, w oparciu o którą został określony rozkład poziomu hałasu. W ocenie Odwołującego spowodowało to, że wykresy w ofercie Konsorcjum Elbud są całkowicie bezużyteczne. Odwołujący podniósł ponadto, że w ofercie Konsorcjum Elbud nie przedstawiono prognozowanego poziomu hałasu dla różnych układów pracy linii. Odwołujący podsumował, że oferta Konsorcjum Elbud powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Stwierdzono, że postępowanie Zamawiającego narusza zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Zamawiający nie odrzucił oferty Konsorcjum Elbud jednocześnie odrzucając ofertę Konsorcjum Eltel Networks

pomimo, że obie oferty dotknięte są uchybieniami skutkującymi zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W dniu 4.09.2008r. przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłosiło Konsorcjum Elbud opowiadając się po stronie Zamawiającego. Podzielono argumentację Zamawiającego zawartą w rozstrzygnięciu protestu, a ponadto wskazano na poprawność swojej oferty i wniesiono o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy oraz dokonaniu analizy dokumentacji postępowania – w szczególności treści SIWZ oraz oferty Konsorcjum Elbud postanowiła oddalić odwołanie.

Kluczowe znaczenie dla niniejszego rozstrzygnięcia miało porównanie wymagań Zamawiającego określonych w SIWZ z treścią oferty Konsorcjum Elbud. KIO stwierdziła, że Zamawiający zamieszczając zapis w pkt 9.17 tomu I części I SIWZ poinformował wykonawców, którzy złożą oferty o tym, że powinni złożyć dokumenty – wzory w formie tabel załączonych w tomie I części II rozdział II.4. Jednocześnie wskazał w pkt 9.19 tomu I części I SIWZ, że wykonawcy nie będą mieli obowiązku umieszczania w ofercie tabel danych gwarantowanych, jak również dokumentów wykazanych w rozdziałach Specyfikacji Technicznych zawartych w Programie Funkcjonalno - Użytkowym wskazujących rysunki i dokumenty dostarczane wraz z ofertą. Oznacza to, że wykonawcy na etapie składania ofert związani byli treścią rozdziału II.4 tomu I części II SIWZ – natomiast rozdział II.2 tomu I części II SIWZ – „Wymagania zamawiającego do przedmiotu zamówienia” będzie miał główne zastosowanie na etapie projektowania.

Uwzględniając powyższe Krajowa Izba Odwoławcza w wyniku porównania wymagań wynikających z literalnego brzmienia treści SIWZ w pkt 12g, 17c i 17e tomu I części II rozdziału II.4 z treścią oferty Konsorcjum Elbud uznała, że nie zachodzi sprzeczność, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp skutkująca odrzuceniem tej oferty.

Zapis pkt 12g tomu I części II rozdziału II.4 SIWZ – stanowił wymaganie dostarczenia opisu i rysunków poglądowych przedstawiających dostosowanie konstrukcji słupów do wykonywania prac eksploatacyjnych w tym prac pod napięciem. Na stronie 54 oferty Konsorcjum Elbud zawarto rysunek dotyczący prac pod napięciem na słupie rurowym dla linii 400/110/110 kV typu W3a P natomiast na stronie 55 oferty zawarto rysunek dotyczący prac pod napięciem na słupie rurowym dla linii 400/110/110 kV typu W3a ON I. Na stronie 53 oferty zawarto opis eksploatacji wraz z rysunkami przedstawiającymi system bezpieczeństwa przesuwania się wózka po słupie. W ocenie KIO odpowiada to literalnej treści SIWZ – Zamawiający przy uwzględnieniu zapisów pkt 9.17 i 9.19 tomu I części I SIWZ nie miał

podstaw, aby nie uwzględnić tak przygotowanej oferty. Odwołujący w swojej argumentacji w tym zakresie odnosił się do innych niż wymagane zapisami SIWZ – wskazywał na treść tomu I cz. II pkt A.3.1. Jego wskazania – wynikające z odwołania, jak również z pisma z dnia 11.09.2008r. sprowadzały się do wykazywania braków w ofercie Konsorcjum Elbud w porównaniu z ofertą własną. Prawidłowym natomiast byłoby odnoszenie się wyłącznie do literalnego brzmienia SIWZ w wymaganym zakresie tj. do tomu I części II rozdziału II.4.

Odnośnie zarzutu dotyczącego braku określenia w ofercie Elbud rozkładu natężenia pola elektrycznego i magnetycznego w funkcji odległości od osi linii dla różnych układów pracy linii z zaznaczeniem wartości na granicy pasa technologicznego – KIO stwierdziła, że oferta Konsorcjum Elbud zawiera dane literalnie odpowiadające temu wymogowi. Na stronach 77 – 82 oferta zawiera rysunki obrazujące rozkład natężenia pól elektrycznych i magnetycznych dla różnych układów pracy linii – tj. układu dla 400 kV + 2 x 110 kV, dla 400 kV i 2x110 kV, a na stronie 83 tabelę z wartościami natężenia dla poszczególnych linii. W ocenie KIO Zamawiający nie zawarł w tomie I części II rozdziale II.4 wymagania przedstawienia rozkładu pola elektrycznego i magnetycznego dla układów pracy różnych odcinków linii – jak twierdzi Odwołujący. Również twierdzenie Odwołującego, że wykresy powinny być wykonane z uwzględnieniem innych typów połączeń niż słup przelotowy – słup przelotowy nie potwierdza się w literalnym brzmieniu pkt 17c tomu I części II rozdziału II.4.

Odnośnie zarzutu dotyczącego nie określenia prognozowanego poziomu hałasu – rozkładu w funkcji odległości od osi linii dla układów pracy linii i wariantów z zaznaczeniem poziomów na granicy pasa technologicznego – KIO stwierdziła, że oferta Konsorcjum Elbud zawiera dane odpowiadające temu zapisowi. Na str. 84 – 86 oferty Konsorcjum Elbud znajdują się rysunki obrazujące poziom rozkładu hałasu dla układów pracy w liniach 400 kV, 2 x 110 kV oraz 400 kV + 2 x 110 kV w wariantach dobrej i złej pogody. Odwołujący nieprawidłowo wskazuje na konieczność zastosowania zapisów tomu I części II rozdziału II.2 pkt A.12.2 SIWZ w tym zakresie, gdyż zasada przyjęta przez Zamawiającego ogranicza go do oceny oferty w stosunku do tomu I części II rozdziału II.4 SIWZ.

Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła oddalić wniosek o powołanie biegłego, gdyż uznała, że ustalenie stanu faktycznego nie wymaga wiadomości specjalnych i spowodowałoby to nadmierne wydłużenie postępowania. Przyjęcie argumentacji Zamawiającego odnośnie wyłącznego stosowania zapisów tomu I części II rozdziału II.4 w ramach oceny ofert w zakresie kwestionowanym na rozprawie było kwestią interpretacji zapisów SIWZ i nie wiązało się z wiadomościami specjalnymi. Konsekwencją przyjęcia tej argumentacji było zawężenie interpretacji oferty Konsorcjum Elbud do badania z literalnymi zapisami pkt 12g, 17c i 17e tomu I części II rozdziału II.4 SIWZ, co w ocenie Izby nie wymagało wiadomości specjalnych.

Oдноśnie zarzutów naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych przez nierówne potraktowanie wykonawców – Konsorcjum Elbud i Konsorcjum Eltel Networks, a ponadto naruszenie zasady uczciwej konkurencji - Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje na zasadę wynikającą z art. 191 ust. 3 ustawy Pzp. Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście. W proteście zawarty był wyłącznie zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez wybór oferty Konsorcjum Elbud natomiast powyższe zarzuty zostały zawarte dopiero na etapie odwołania.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego, na podstawie rachunku złożonego 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).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) na niniejszy wyrok ~~postanowienie~~* w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*