

Sygn. akt KIO 2041/10

WYROK
z dnia 30 września 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Jolanta Markowska**

Członkowie: **Barbara Bettman**
Anna Chudzik

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 września 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 20 września 2010 r. przez **Elektrobudowa S.A., ul. Porcelanowa 12, 40-246 Katowice** od czynności zamawiającego **Kompania Węglowa S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice,**

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w wyniku przeprowadzonej aukcji oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Kompanię Węglową S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych kwotę wpisu od odwołania w wysokości **15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez **Elektrobudowa S.A., ul. Porcelanowa 12, 40-246 Katowice** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego,

- 2) dokonać wpłaty kwoty 18 600 zł 00 gr (**słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy**) przez **Kompanię Węglową S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice** na rzecz **Elektrobudowa S.A., ul. Porcelanowa 12, 40-246 Katowice**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający Kompania Węglowa S.A. w Katowicach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego w trybie przetargu nieograniczonego na „Opracowanie dokumentacji technicznej branży budowlanej i elektrycznej wraz z dostawą i zabudową rozdzielni 6 kV RG-3 w budynku rozdzielni głównej 20 kV oraz dostawą kabli 6 kV – dla KW S.A. Oddział KWK „Jankowice”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2010/S 100-152568 w dniu 26 maja 2010 r.

W dniu 20 września 2010 r. odwołujący: Elektrobudowa S.A. w Katowicach wniósł odwołanie wobec zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum firm: ZPUE S.A. we Włoszczowej, ECOONE Sp. z o.o. w Katowicach, pomimo że treść tej oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz wobec przeprowadzenia aukcji elektronicznej z udziałem tego wykonawcy. Odwołujący zarzucił w odwołaniu naruszenie przez zamawiającego przepisów: art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 82 ust. 3, art. 91lit b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759), zwanej dalej Pzp, poprzez dokonanie oceny oferty Konsorcjum ZPUE S.A., ECOONE Sp. z o.o., jako odpowiadającej treści siwz i zaproszenie ww. wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej oraz przeprowadzenie aukcji z udziałem Konsorcjum.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności oceny ofert i zaproszenia Konsorcjum ZPUE S.A., ECOONE Sp. z o.o. do udziału w aukcji elektronicznej, nakazanie powtórzenia czynności oceny ofert, w następstwie odrzucenia oferty Konsorcjum ZPUE S.A., ECOONE Sp. z o.o., zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych.

Odwołujący wyjaśnił, iż złożył ofertę w zadaniu nr 2, w którym oferty złożyło 5 wykonawców. W dniu 9 września 2010 r. odwołujący otrzymał zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej - z terminem 14 września 2010 r. Odwołujący wyjaśnił, iż o fakcie udziału w aukcji Konsorcjum ZPUE S.A., ECOONE Sp. z o.o. odwołujący powziął wiadomość w dniu 14 września 2010 r. wraz z otrzymaniem wyników aukcji.

Odwołujący podniósł, iż w opisie przedmiotu zamówienia w załączniku nr 1 do siwz w pkt 2.4 zamawiający wymagał dostarczenia zintegrowanych zabezpieczeń elektroenergetycznych, w które mają być wyposażone pola rozdzielni 6 kV, tj. zabezpieczeń typu multiMUZ lub równoważnych ze wskazaniem zakresu równoważności.

Odwołujący podniósł, że Konsorcjum zaoferowało, jako wyposażenie rozdzielnic typu RELF, zabezpieczenia elektroenergetyczne typu MICOM P127 oraz MICOM P922, które nie spełniają wymaganych parametrów, a wobec tego nie mogą być uznane za równoważne. Oferowane zabezpieczenia nie są zintegrowane ze sobą we wszystkich polach, gdyż są przeznaczone do innych typów pól. Na podstawie informacji technicznej 02/2002 – MultiMUZ wersja 2 Cyfrowy Zespół Zabezpieczeń” – JM TRONIC, Karty katalogowej MICOM P12y-Areva, Karty katalogowej MICOM P921, P922 and P923 Przekładniki napięciowe i częstotliwościowe - Areva, karty katalogowej MICOM P92x-Areva, odwołujący stwierdził, iż oba zabezpieczenia nie spełniają następujących wymagań zamawiającego:

- zabezpieczenia technologiczne programowalne,
- rejestrator zdarzeń i zakłóceń,
- wyświetlacz LCD dla wyświetlania pomiarów i sygnalizacji zadziałania zabezpieczeń z menu w języku polskim.

Ponadto, zabezpieczenie MICOM P922 nie jest równoważne do typu multiMUZ w zakresie wymagań:

- pełnego nadzoru obwodów pomiarowych prądowych i napięciowych,
- zabezpieczenie nadprądowe,
- zabezpieczenie przeciążeniowe zależne i niezależne,
- pomiar mocy, energii czynnej oraz biernej.

Odwołujący wskazał, iż zgodnie z art. 30 ust. 5 Pzp wykonawca oferujący rozwiązania równoważne jest obowiązany do wykazania równoważności. Ciężar dowodu spoczywa w tym zakresie na wykonawcy. Konsorcjum ZPUE S.A., ECOONE Sp. z o.o. nie wykazało równoważności zaoferowanych zabezpieczeń.

Zamawiający złożył na posiedzeniu odpowiedź na odwołanie. Zamawiający oświadczył, iż uwzględnił odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego unieważnienia czynności oceny ofert i zaproszenia Konsorcjum ZPUE S.A., ECOONE Sp. z o.o. do udziału w aukcji. Jednocześnie zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w zakresie odrzucenia oferty Konsorcjum ZPUE S.A., ECOONE Sp. z o.o. Zamawiający wyjaśnił, że na skutek zarzutów podniesionych w odwołaniu, dotyczących braku równoważności zabezpieczeń MICOM P127 i MICOM P922 do zabezpieczeń typu multiMUZ, opisanych przez zamawiającego w siwz, zachodzi konieczność dokonania ponownej analizy i oceny ofert w zakresie spełnienia wymogu równoważności w trybie wyjaśnień i uzupełnień zgodnie z art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp. Zamawiający wyjaśnił także, że zawarte w zgłoszonym przez Konsorcjum ZPUE S.A., ECOONE Sp. z o.o. przystąpieniu do postępowania odwoławczego oświadczenia stoją w sprzeczności z zapisami zawartymi w ofercie, w której wykonawcy

potwierdzili w całości zakres równoważności oferowanych zabezpieczeń. Zamawiający wyjaśnił, że w ofercie Konsorcjum potwierdziło pełny zakres równoważności dla pól rozdzielczych, natomiast w uzasadnieniu zgłoszenia przystąpienia wykonawcy podali dla zaofertowanych zabezpieczeń MICOM P127 i MICOM P922 różne zakresy równoważności według specyfikacji zamawiającego w zależności od typu zastosowanego zabezpieczenia.

Krajowa Izba Odwoławcza, na podstawie dokumentów przedłożonych do akt sprawy, dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazanej przez zamawiającego, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz w wyniku naruszenia przepisów ustawy Pzp wskazanych w odwołaniu mógłby ponieść szkodę majątkową w postaci braku możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. Biorąc pod uwagę powyższe odwołującemu, w myśl art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej określone w dziale VI ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołanie zostało wniesione w ustawowym 10 dniowym terminie. Uznając nawet, iż ze sposobu zaadresowania przez zamawiającego przesyłki elektronicznej z dnia 9 września 2010 r. do odwołującego - przez zawarcie w miejscu adresata: adresów elektronicznych trzech wykonawców, zaproszonych do udziału w aukcji, w tym Konsorcjum ZPUE S.A., ECOONE Sp. z o.o., co oznaczałoby, że odwołujący w tym dniu powziął wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania (oferta złożona przez Konsorcjum ZPUE S.A., ECOONE Sp. z o.o. została uznana przez zamawiającego za niepodlegającą odrzuceniu), 10-dniowy termin na wniesienie odwołania został zachowany, gdyż odwołanie zostało wniesione w dniu 20 września 2010 r., tj. w pierwszym dniu następującym po dniu 19 września 2010 r., który był niedzielą.

Izba stwierdziła także, że Konsorcjum ZPUE S.A., ECOONE Sp. z o.o. nieskutecznie zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, z uwagi na niewypełnienie przesłanek, o których mowa w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp. Wykonawcy zgłosili przystąpienie w formie pisemnej w dniu 28 września 2010 r. podczas, gdy trzydniowy termin liczony od daty wezwania do przystąpienia (21 września 2010 r.) na doręczenie zgłoszenia Prezesowi KIO minął w dniu 24 września 2010 r. W dniu 24 września 2010 r. nastąpiło wyłącznie przesłanie kopii zgłoszenia drogą faksową.

W opisie przedmiotu zamówienia w załączniku nr 1 do siwz - pkt II.!.E.4 zamawiający wymagał, aby: „Pola rozdzielcze wyposażone będą w zintegrowane zabezpieczenia elektroenergetyczne typu multiMUZ lub równoważne w zakresie:

- pełny nadzór obwodów pomiarowych prądowych i napięciowych,
- zabezpieczenie ziemnozwarciowe,
- zabezpieczenie nadprądowe,
- zabezpieczenie przeciążeniowe zależne i niezależne,
- zabezpieczenie pod i nadnapięciowe,
- zabezpieczenie technologiczne programowalne (dowolne programowanie w zakresie komunikatu, zwłoki czasowej, sposobu działania i powiązania z logiką programowalną),
- co najmniej dwa banki nastaw,
- rejestrator zdarzeń i zakłóceń,
- wyświetlacz LCD dla wyświetlania pomiarów i sygnalizacji zadziałania zabezpieczeń z menu w języku polskim,
- diody sygnalizacyjne swobodnie programowalne,
- pomiar napięć międzyfazowych,
- pomiar mocy, energii czynnej oraz biernej.”

Powyższe wymagania zostały określone w sposób jednoznaczny. W świetle wskazanego wyżej postanowienia nie budzi wątpliwości fakt, że zamawiający określił zakres równoważności dla zabezpieczeń stosowanych do wszystkich pól rozdzielczych oraz wymagał, aby oferowane zabezpieczenia były zintegrowane. Jak wyjaśnił zamawiający w toku rozprawy umożliwia to zamienne stosowanie zabezpieczeń w zależności od potrzeb.

Wykonawca, Konsorcjum ZPUE S.A., ECOONE Sp. z o.o., zaoferował jako wyposażenie rozdzielnic typu RELF zabezpieczenia elektroenergetyczne typu MiCOM P127 oraz MiCOM P922 do różnych pól, zgodnie z ich przeznaczeniem określonym w kartach katalogowych. Konsorcjum ZPUE S.A., ECOONE Sp. z o.o. oświadczyło w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego, że zabezpieczenie typu MiCOM P127 zostało zastosowane do pól dopływowych, dopływowo-odpływowych, odpływowych i pól sprzęgła z wyłącznikiem, natomiast zabezpieczenia typu MiCOM P922 zostały zastosowane do pól pomiarowych. Powyższe oświadczenie nie potwierdza, że zabezpieczenia przedstawione w ofercie przez Konsorcjum ZPUE S.A., ECOONE Sp. z o.o. mogą być zastosowane zamiennie oraz że posiadają wszystkie funkcje wymagane przez zamawiającego, niezależnie od rodzaju pola w którym zostaną zastosowane. Z danych zawartych w kartach katalogowych nie wynika, że zabezpieczenia MiCOM P921 i P922 spełniają co najmniej wymagania w zakresie: „zabezpieczenia technologiczne

programowalne” oraz że zabezpieczenia typu MiCOM P922 spełniają wymagania siwz w zakresie:

- pełnego nadzoru obwodów pomiarowych prądowych i napięciowych,
- zabezpieczenie nadprądowe,
- zabezpieczenie przeciążeniowe zależne i niezależne,
- pomiar mocy, energii czynnej oraz biernej.

Izba zważyła jednak, że złożone w toku rozprawy przez odwołującego materiały informacyjne („karty katalogowe”) pochodzą z 2004 r. oraz według zawartej w nich adnotacji: „Firma Areva T&D Sp. z o.o. prowadzi politykę ciągłego rozwoju. W związku z tym prezentowane wyroby mogą ulegać zmianie. Pomimo ciągłego uaktualniania publikacji niniejsza broszura jest jedynie informacją o wyrobach spółki. Jej treść nie jest ofertą sprzedaży, a przykłady zastosowań są podane jedynie w celu lepszego zrozumienia zasady działania wyrobu i nie należy ich traktować jako gotowych rozwiązań projektowych.” Powyższe wskazuje, zdaniem Izby, że dane techniczne zawarte w ww. broszurach mogą być niepełne lub nieaktualne.

Zgodnie z art. 30 ust. 5 ustawy Pzp wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego.

Konsorcjum ZPUE S.A., ECOONE Sp. z o.o. złożyło w ofercie oświadczenie o równoważności oferowanych zabezpieczeń w celu wykazania w ten sposób spełnienie wymagań. Oświadczenie złożone w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego jest jednak niespójne z oświadczeniem zawartym w ofercie. O ile oświadczenie posiada moc dowodową, to sprzeczne lub co najmniej niespójne w treści oświadczenia złożone w tym samym przedmiocie wymagają dodatkowego wyjaśnienia.

Co do zasady, zamawiający nie może ograniczać wykonawcy odnośnie sposobu wykazania równoważności oferowanego świadczenia. Mając jednakże na uwadze, iż w przedmiotowej sprawie złożone przez wykonawcę oświadczenia nie są spójne, zasadne jest wykazanie w ramach wyjaśnień treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp równoważności zaoferowanych zabezpieczeń, poprzez inne środki dowodowe, w szczególności dokumentację techniczną oferowanych zabezpieczeń. Zauważyć należy, że w przypadku dopuszczenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia rozwiązań równoważnych zamawiający ma obowiązek umożliwić wykonawcy Konsorcjum ZPUE S.A., ECOONE Sp. z o.o. wykazanie, tj. udowodnienie, w sposób wybrany przez wykonawcę, że zaoferowane rozwiązanie jest równoważne.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy, Izba uznała, że zachodzą wątpliwości co do równoważności zaoferowanych przez Konsorcjum ZPUE S.A., ECOONE Sp. z o.o.

zabezpieczeń MiCOM P127 i MiCOM P922 w stosunku do zabezpieczeń multiMUZ, w zakresie określonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przyznał tę okoliczność również zamawiający uwzględniając zarzut dotyczący czynności badania i oceny ofert w odpowiedzi na odwołanie i w toku rozprawy. Zamawiający w powyższym zakresie zapowiedział powtórzenie czynności badania i oceny ofert. W ramach powtórzenia czynności badania oferty złożonej przez Konsorcjum ZPUE S.A., ECOONE Sp. z o.o. zamawiający jest zobowiązany wezwać wykonawcę w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do wyjaśnienia treści oferty w omawianym zakresie, natomiast wykonawca jest zobowiązany do wyjaśnienia sprzeczności złożonych oświadczeń i przedstawienia dowodów, iż wymogi dotyczące równoważności zostały spełnione, pod warunkiem odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Stwierdzone powyżej wątpliwości co do treści oferty złożonej przez Konsorcjum ZPUE S.A., ECOONE Sp. z o.o. nie uzasadniały przyjęcia, iż treść oferty odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dlatego, w ocenie Izby, zamawiający naruszył przepis art. 82 ust. 3 i art. 91b ustawy Pzp zapraszając Konsorcjum ZPUE S.A., ECOONE Sp. z o.o. do udziału w aukcji elektronicznej, uznając tym samym, że oferta nie podlega odrzuceniu. Ocena zamawiającego w tym zakresie była przedwczesna, gdyż treść oferty wymaga wyjaśnienia. Podkreślić należy, że ciężar dowodowy w zakresie wykazania równoważności oferowanych rozwiązań spoczywa na wykonawcy.

W świetle powyższego, Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum ZPUE S.A., ECOONE Sp. z o.o.

Stwierdzone w toku postępowania naruszenie przepisu ustawy Pzp miało istotny wpływ na wynik postępowania, co stanowiło podstawę do uwzględnienia odwołania.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 oraz § 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:

.....

Członkowie:

.....

.....