

WYROK
z dnia 26 lipca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo
Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 lipca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 lipca 2011 r. przez wykonawcę

SYNKRET S. A. ul. Szyby Rycerskie 22k, 41-909 Bytom

w postępowaniu prowadzonym przez

Bytomskie Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o. Pl. T. Kościuszki 11, 41-902 Bytom

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Bytomskiemu Przedsiębiorstwu Komunalnemu Sp. z o.o.: unieważnienie czynności odrzucenia oferty SYNKRET S. A., unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty SYNKRET S. A.,
2. kosztami postępowania obciąża Bytomskie Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o. Pl. T. Kościuszki 11, 41-902 Bytom i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez SYNKRET S. A. ul. Szyby Rycerskie 22k, 41-909 Bytom tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Bytomskiego Przedsiębiorstwa Komunalnego Sp. z o.o. Pl. T. Kościuszki 11, 41-902 Bytom na rzecz SYNKRET S. A. ul. Szyby Rycerskie 22k, 41-909 Bytom kwotę 13.715 zł 50 gr (słownie: trzynaście tysięcy siedemset piętnaście złotych pięćdziesiąt groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu, dojazdu 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. 113, poz. 759 ze zm.) 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:

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Bytomskie Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „rozbudowę węzła produkcji biogazu i energii elektrycznej w oczyszczalni ścieków Centralna w Bytomiu” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 10 maja 2011 r., wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący – Synkret S. A. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 29 ustawy Prawo zamówień publicznych polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego, pomimo iż odpowiadała ona treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz art. 93 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego bez uzasadnionej przyczyny, wobec spełniania przez Odwołującego wymogów określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz wnosząc o: unieważnienie zaskarżonych czynności i zobowiązanie Zamawiającego do wyboru najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu i obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Uzasadniając odwołanie Odwołujący wskazał, że zgodnie z punktem 3.4. specyfikacji istotnych warunków zamówienia zobowiązany został do wykazania, że oferowany moduł kogeneracyjny pochodzi od producenta, który w okresie lat 2008 – 2011 wyprodukował co najmniej 100 takich modułów przeznaczonych do pracy na biogazie. Odwołujący złożył wymagane referencje wskazując, iż oferowany moduł kogeneracyjny pochodzi od producenta spełniającego warunki wskazane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W przesłanym wezwaniu z 14 czerwca 2011 r. Zamawiający wskazuje na konieczność wykazania faktu posiadania doświadczenia w zakresie punktu 3.4. specyfikacji istotnych warunków zamówienia w związku z Programem Funkcjonalno – Użytkowym. Jednak to wyłącznie specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest dokumentem wiążącym w zakresie wymogów, jakie należy spełnić przy składaniu oferty w postępowaniu przetargowym. W specyfikacji istotnych warunków zamówienia brak jest odwołania do Programu Funkcjonalno – Użytkowego oraz Zamawiający nie wskazywał, że Program

Funkcjonalno – Użytkowy i zawarte w nim parametry stanowią element składowy specyfikacji i jako taki winien być brany pod uwagę przy przeprowadzaniu oferty.

Zamawiający winien dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej oferty wyłącznie na podstawie zapisów zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przyjęcie interpretacji Zamawiającego prowadzi do naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, w szczególności art. 29, a oferent nie ma możliwości dokonania oceny, czy jest w stanie uczestniczyć w przetargu, jak również nie jest w stanie sprostać wymaganiom stawianym przez Zamawiającego, bowiem ten czyni zmiany w trakcie postępowania przetargowego.

Na wezwanie Zamawiającego Odwołujący uzupełnił ofertę o listę wyprodukowanych modułów kogeneracyjnych przeznaczonych do pracy na biogazie zgodnie z zawartymi w Programie Funkcjonalno – Użytkowym wymaganiami odnośnie parametrów technicznych przedstawiając listę 193 modułów kogeneracyjnych przeznaczonych do pracy na biogazie. W zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania Zamawiający stwierdził, że jedynie 20 z nich spełnia stawiane warunki tj. moduły kogeneracyjne pracują na paliwie biogazowym. Jednak zgodnie z zapisami specyfikacji istotnych warunków zamówienia Odwołujący miał wykazać, że oferowane moduły kogeneracyjne przeznaczone są do pracy na biogazie, brak jest natomiast wymogu, że oferowane urządzenia mają obecnie pracować na biogazie

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie. Podczas rozprawy wniósł o oddalenie odwołania oraz zasądzenie kosztów postępowania stwierdzając, iż przedstawione przez Odwołującego zarzuty nie mają podstaw. W punkcie 3.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia wyraźnie wskazano na znaczenie Programu Funkcjonalno – Użytkowego. W uzupełnionym wykazie większość modułów to moduły wielopaliwowe, co nie jest uzasadnione technologicznie, gdyż wydajność modułu będzie inna przy biogazie, a inna przy pozostałych gazach, zatem wskazane w wykazie parametry nie odzwierciedlają rzeczywistej mocy w przypadku zainstalowania w module biogazu. W pierwotnym wykazie załączonym do oferty wykonawca wskazywał jako paliwo wyłącznie biogaz, natomiast nie podawał parametrów agregatów, natomiast w uzupełnionym wykazie wskazał również inne paliwa. Silniki w agregatach przeznaczonych do biopaliwa oraz innych gazów różnią się konstrukcyjnie i nie można przyjąć, że wystarczy tylko korekta ustawień silnika, jak twierdzi Odwołujący.

W odniesieniu do określenia w punkcie 3.4. specyfikacji istotnych warunków zamówienia „takich modułów” stwierdził, iż miał na myśli moduły o wymaganej mocy i sprawności, natomiast nie chodziło mu o ten sam model.

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

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba stwierdziła także, że Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła także, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest sporny między Stronami.

Zgodnie z punktem 3.4. specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykonawcy musieli wykazać, że oferowany moduł kogeneracyjny pochodzi od producenta, który w okresie lat 2008 – 2011 wyprodukował co najmniej 100 takich modułów przeznaczonych do pracy na biogazie.

Podczas rozprawy zamawiający wyjaśnił, że zawarte w powyższym wymaganiu określenie „taki moduł” oznacza moduł o wymaganych parametrach, a nie oferowany typ lub model. Taką interpretację Zamawiającego, zdaniem Izby, potwierdza też treść wezwania z 14 czerwca 2011 r., w którym Zamawiający, pomimo że w pierwotnym wykazie miał podane nazwy typów agregatów, odnosił się do parametrów wskazanych w Programie Funkcjonalno – Użytkowym. Ze względu na to, że kwestia ta (brak odniesienia do modelu/typu modułu) nie była sporna między Stronami, Izba uznała tę interpretację Zamawiającego.

Odniesienie się przez Zamawiającego do Programu Funkcjonalno – Użytkowego jest uzasadnione natomiast postanowieniem punktu 3.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczącym opisu przedmiotu zamówienia, zgodnie z którym zakres prac obejmuje zaprojektowanie i wykonanie kompletnej elektrociepłowni (układu kogeneracyjnego) wraz z niezbędną infrastrukturą w oparciu o szczegółowe warunki i wytyczne określone w Programie Funkcjonalno – Użytkowym, stanowiącym integralną część specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Niezależnie od powyższego postanowienia taka rola Programu Funkcjonalno – Użytkowego wynika z tego, iż jest on częścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia jako część opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 8 „Opis przedmiotu zamówienia – Program Funkcjonalno – Użytkowy”), a przedstawienie go w postaci załącznika jest jedynie powszechnie stosowanym zabiegiem technicznym, który nie umniejsza znaczenia i nie zmienia charakteru tego dokumentu. Wskazuje na to również art. 31 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Tym samym odniesienie się przez Zamawiającego do wymogu wskazanego w punkcie VII Programu Funkcjonalno – Użytkowego, tj. mocy znamionowej elektrycznej ciągłej min. 200 kW, mocy znamionowej cieplnej ciągłej (temp. 90/70°C) min. 240 kW, sprawności produkcji energii elektrycznej przy deklarowanej zawartości CH₄ min. 39% było uzasadnione i, skoro oferowany moduł powinien te parametry osiągać, to, zgodnie z brzmieniem punktu 3.4. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, powinno je osiągać również 100 modułów takich jak oferowany.

Jednocześnie z brzmienia tego wymogu wynika, że owe wymagane 100 modułów ma być przeznaczonych (w domyśle – przez producenta) do pracy na biogazie. Nie oznacza to jednak, że nie mogą być to moduły z opcją wyboru rodzaju gazu – w specyfikacji istotnych warunków zamówienia brak jest zastrzeżenia, że Zamawiający wyłącza możliwość pracy modułu również na innych gazach. Z wymogu tego nie wynika również, że w takim przypadku – opcji wyboru gazu – właśnie to paliwo musi być wykorzystywane przez użytkowników wyprodukowanych modułów. „Przeznaczać” oznacza „określić z góry cel, któremu coś ma służyć, przekazać coś dla kogoś, na czyjś użytek, wyznaczyć do pełnienia jakiejś funkcji”, zatem dla spełnienia wymogu wystarczające jest, że zgodnie z instrukcją producenta w danym, wyprodukowanym module można używać biogazu. Natomiast wymóg ten nie byłby spełniony, gdyby producent dla danego typu modułu co prawda dopuszczał użycie biogazu, ale w konkretnie wyprodukowanym module znajdującym się w przedstawionym przez Odwołującego wykazie takiej opcji nie było, np. dostosowany by on był wyłącznie do pracy na metanie.

W odniesieniu do przedstawionej przez Zamawiającego ekspertyzy, jakkolwiek oczywiste jest, że w zależności od zastosowanego rodzaju gazu agregaty mogą uzyskiwać odmienne parametry, jednak nie oznacza to, że wskazane przez Odwołującego agregaty nie są przystosowane do biogazu i nie osiągają parametrów wymaganych przez Zamawiającego przy użyciu biogazu, a Zamawiający nie podważył skutecznie oświadczenia Odwołującego, że wskazane w uzupełnionym wykazie moduły osiągają moc znamionową elektryczną ciągłą min. 200 kW, moc znamionową cieplną ciągłą (temp. 90/70°C) min. 240 kW, sprawność produkcji energii elektrycznej przy deklarowanej zawartości CH₄ min. 39%.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji odwołanie uwzględniając.

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. 2 pkt 1, § 3 i § 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: