

WYROK
z dnia 25 maja 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 maja 2012 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 maja 2012 r. przez wykonawcę

FAMUR S.A. ul. Armii Krajowej 51, 40-698 Katowice

w postępowaniu prowadzonym przez

Kompanię Węglową S.A. ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Przedsiębiorstwo Kompletacji i Montażu Systemów Automatyki „Carboautomatyka” S.A. ul. Budowlanych 168, 43-100 Tychy i Mifama S.A. ul. Żwirki i Wigury 4, 43-190 Mikołów** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Famur S.A., unieważnienie przeprowadzonej aukcji elektronicznej i powtórzenie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty Famur S.A.,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Kompanię Węglową S.A. ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez FAMUR S.A. ul. Armii Krajowej 51, 40-698 Katowice tytułem wpisu od odwołania,**

2.2. zasądza od Kompanii Węglowej S.A. ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice na rzecz FAMUR S.A. ul. Armii Krajowej 51, 40-698 Katowice kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu.

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:

Uzasadnienie

Zamawiający – Kompania Węglowa S.A. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „przebudowę budynku płuczki miałowej w zakresie wzbogacania miałów węglowych w Kompanii Węglowej S.A. Oddział ZPMW KWK Jankowice” 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 opublikowane 7 grudnia 2011 r. w Dz. Urz. UE, a wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

11 maja 2012 r. odwołujący – Famur S.A. wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, za pomocą nieprecyzyjnego pojęcia „rozdzielnia oświetleniowa” w sytuacji, gdy ani ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ani z obowiązujących przepisów prawa nie wynika, co mieści się pod tym pojęciem, skutkującego błędnym przyjęciem przez zamawiającego, że element określony przez odwołującego w pozycji 4. załącznika nr 10 do oferty nie spełnia wymogów punktu D.1.4. ust. 4 załącznika nr 1 do specyfikacji,

2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez odrzucenie oferty Famur S.A. jako niezgodnej ze specyfikacją, podczas gdy oferta ta jest prawidłowa, zgodna ze specyfikacją i nie podlega odrzuceniu,

3. art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez brak uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty odwołującego w sytuacji, gdy przepis ten nakazuje zamawiającemu uzasadnienie podstaw faktycznych takiej czynności,

4. art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wybór najkorzystniejszej oferty w aukcji elektronicznej, w której odwołujący nie wziął udziału wskutek niezasadnego odrzucenia jego oferty.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że w informacji o odrzuceniu jego oferty zamawiający podał tylko, iż „wykazane w punkcie 4. załącznika nr 10 zamieszczonego w uzupełnieniu oferty, rozdzielnie oświetleniowe NGR R-2 produkcji Elektrobudowa S.A. nie spełniają wymogów punktu D.1.4 ust. 4 załącznika nr 1 do SIWZ”. Załącznik nr 10 został sporządzony w wyniku uzupełnienia oferty na wezwanie zamawiającego z 4 kwietnia 2012 r. Sformułowaniem „rozdzielnia oświetleniowa” zamawiający posłużył się wyłącznie w treści załącznika nr 8 „Wykaz istotnych dla Zamawiającego urządzeń dostarczanych w ramach

zamówienia”. „Rozdzielnia oświetleniowa” wskazana w pozycji 4. załącznika nr 10 do oferty jest tym samym urządzeniem, które wskazano w pozycji 25. załącznika nr 8 do formularza ofertowego. Sformułowanie „rozdzielnia oświetleniowa” jest niejednoznaczne i wywołuje wątpliwości co do rzeczywistego zakresu tego pojęcia. Zapis punktu D.1.4 ust. 4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia znajduje się w dziale zatytułowanym „Budowa rozdzielni I RG-400/230V oraz dwudziestu jeden rozdzielni podrzędnych zasilających oświetlenie i urządzenia 400/230V budynku Płuczki Miałowej wraz z dostawą niezbędnych urządzeń i materiałów”. Konstrukcja tytułu punktu D.1.4. przy braku wyraźnej definicji „rozdzielni oświetleniowej” wskazuje, że wszelkie określone w tym punkcie specyfikacji elementy trzeba uznać za rozdzielnie oświetleniowe. Należy więc przyjąć, że w skład dwudziestu jeden rozdzielni zasilających oświetlenie, które w konsekwencji można określić jako „rozdzielnie oświetleniowe”, wchodziła rozdzielnia określona w punkcie D.1.4. ust. 3 oraz 20 rozdzielni określonych w punkcie D.1.4 ust. 4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Powyższą tezę potwierdza również sformułowanie zawarte w punkcie 141. „Formularza ofertowego”, w którym określono, że częścią zamówienia jest „dostawa i zabudowa zasilania oraz dwudziestu jeden rozdzielni podrzędnych zasilających oświetlenie i urządzenia 400/230V budynku Płuczki Miałowej wraz z dostawą niezbędnych urządzeń i materiałów”. Wykonawca opierając się na określeniu użytym w załączniku nr 8 do formularza ofertowego mógł według własnego uznania wskazać na rozdzielnię z punktu D.1.4. ust. 3 albo na rozdzielnie z punktu D.1.4 ust. 4. Dodatkowo w załączniku nr 8 w pozycji 25. zamawiający podał wyłącznie „rozdzielnię oświetleniową” nie wskazując – w odróżnieniu do pozostałych pozycji – numeru urządzenia. Podanie tego numeru przesądziłoby w sposób jednoznaczny, które z rozdzielni oświetleniowych z punktu D.1.4. powinny zostać zaklasyfikowane do istotnych dla zamawiającego urządzeń. Poza tym wobec użycia liczby pojedynczej należało przyjąć, że zamawiającemu chodzi o „rozdzielnię oświetleniową” z punktu D.1.4. ust. 3, którą należy dostarczyć tylko w jednej sztuce. Orzecznictwo wskazuje, że niejednoznaczność zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia i wątpliwości związane z różnymi interpretacjami ich postanowień nie powinny powodować negatywnych skutków dla wykonawcy.

Poza tym uzasadnienie odrzucenia oferty odwołującego nie zawiera pełnego uzasadnienia faktycznego – zamawiający nie uzasadnił powodów uznania, iż oferowana przez odwołującego rozdzielnia oświetleniowa NGW R-2 produkcji Elektrobudowa S.A. nie spełnia wymogów punktu D.1.4 ust. 4, samo stwierdzenie faktu, iż treść oferty jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez podanie określonych zapisów specyfikacji, które miał spełniać oferowany przez wykonawców przedmiot zamówienia, nie może zostać uznane za uzasadnienie faktyczne w rozumieniu art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący wniósł o: uwzględnienie odwołania, nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego, nakazanie zamawiającemu unieważnienia

przeprowadzonej aukcji elektronicznej i powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz uznania, że oferta odwołującego nie podlega odrzuceniu.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie. Podczas rozprawy wniosk o oddalenie odwołania. Wskazał, iż zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych jest po terminie wskazanym w art. 182 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż dotyczy specyfikacji. Uzasadnienie odrzucenia oferty było dla zamawiającego jasne i czytelne. Wymagał dostawy rozdzielni I-S.400 oraz 20 rozdzielni, przy czym tylko te 20 rozdzielni zasilają obwody oświetlenia, natomiast rozdzielnia I.S-400 (jedna) oświetlenia nie zasilają. Opis zadań dla poszczególnych rozdzielni zawarł w dokumentacji opisującej instalację zasilającą na napięcie 400/230V str. 14/34-25/34, a na str. 26/34 została opisana rozdzielnia I-S 4.400, z którego to opisu wynika, iż nie zasilają ona oświetlenia, a jedynie nagrzewnice, zasuwę, odpływy do innych rozdzielni, windę towarowo-osobową, szafę PLC oraz przewidziano rezerwę (rezerwa nie jest przewidziana na oświetlenie). 20 rozdzielni przewidzianych przez zamawiającego ma skomplikowane nazwy, dlatego w załączniku nr 8 nazwał je oświetleniowymi. W poz. 25 załącznika nr 8 jako producenta należało wpisać np. nazwę obudowy albo napisać „zgodnie z projektem”, natomiast ta jedna rozdzielnia I.S-400 jest mniej ważna i zamawiającemu nie zależało na podaniu tej nazwy.

Rozdzielnia ING R2 nie spełnia wszystkich wymagań m.in. posiada konstrukcję metalową o stopniu ochrony IP55. W jego ocenie niemożliwe było skorzystanie z możliwości poprawienia oferty, ponieważ byłaby to zmiana oferty. Odwołujący w poz. 141 podał cenę 595.000,00 zł, podczas gdy pozostali wykonawcy wycenili ją na ponad 2 mln, co jego zdaniem wskazuje, iż wykonawca ten pomylił się co do rozdzielni, które zaoferował.

W załączniku nr 10 wykonawca sam użył nazwy „rozdzielnia oświetleniowa” do rozdzielni, która nie ma takiego przeznaczenia. To, iż przewidziano prąd 6,5 A nie oznacza, że może on być wykorzystany jedynie do oświetlenia, gdyż może zasiląć wiele odbiorów, natomiast niemożliwe jest zasilanie oświetlenia z miejsca ulokowania rozdzielni I.S-400, co wynika z dokumentacji będącej częścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Komplementacji i Montażu Systemów Automatyki Carboautomatyka S.A. i Mifama S.A. wnosząc o oddalenie odwołania.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz na podstawie oświadczeń złożonych 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, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba stwierdziła również, że stan faktyczny postępowania (przedstawione dokumenty) nie jest sporny.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba uznała, że sam zarzut dotyczący nieprawidłowego sporządzenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest spóźniony, natomiast sposób określenia pojęcia „rozdzielnia oświetleniowa” ma znaczenie dla zarzutu nieprawidłowego odrzucenia oferty, z tego powodu został podniesiony przez odwołującego – i w tym kontekście należy go interpretować.

Co do zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez odrzucenie oferty Famur S.A. jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia Izba stwierdziła, że zarzut ten potwierdził się. Izba uznała za przekonującą argumentację odwołującego przedstawioną w odwołaniu oraz podczas rozprawy, dlatego uznał on, że w pozycji 25. załącznika nr 8 powinien być wskazany typ i producent rozdzielni I.S-400, a nie typy i producenci pozostałych 20 rozdzielni. Izba uznała tę argumentację w całości, zatem nie będzie jej ponownie przytaczać, zwraca jedynie dodatkowo uwagę, że zamawiający w dokumentacji dotyczącej instalacji zasilającej na napięcie 400/230V dla owych 20 rozdzielni użył zupełnie innej nazwy – „rozdzielnia obiektowa” (str. 15/34). Tym samym nawet jeśli by uznać, że wpisanie rozdzielni I.S-400 w punkcie 25. załącznika nr 8 było błędne, gdyż w zamierzeniu zamawiającego nie była ona rozdzielnią oświetleniową, to, zdaniem Izby, w równym stopniu nie pasowało tam wpisanie 20 rozdzielni „obektowych” – zarówno ze względów wskazanych podczas rozprawy, jak i tego, że mogły to być rozdzielnie pochodzące od różnych producentów (nie składały się one z identycznych elementów), zamawiający dla tych akurat urządzeń nie podawał nazwy producenta „zaprojektowanego” (lecz nazwy producentów poszczególnych części składowych), a więc i podanie nazwy urządzenia „równoważnego” nie musiało odnosić się do jednego producenta i nie byłoby nazwą producenta rozdzielni. Także argumentacja zamawiającego, że wystarczyło wpisać nazwę producenta obudowy jest nieprzekonująca, bo producent obudowy w założeniu nie był producentem całych rozdzielni ani poszczególnych elementów,

z których mają one być złożone – tym samym nazwa ta byłaby niepoprawna. Natomiast wpis „jak zaprojektowano” lub tym podobny również nie jest nazwą producenta, którą należało podać w załączniku nr 8. Z argumentacji tej jednak wynika, że wykonawcy mogli w tym miejscu podać zamawiającemu dowolną informację, zatem wpis w tym wersie nie ma szczególnego znaczenia dla poprawności ofert, a przy tym treść ofert można było ustalić w drodze wyjaśnień (dotyczy to w równym stopniu ustalenia, czy w pozycji tej chodzi o rozdzielnię I.S-400, jak i tego, czy podane nazwy są nazwami producentów rozdzielni, czy też jedynie obudów albo innych elementów składowych).

W związku z powyższym Izba uznała, że sposób przygotowania przez zamawiającego poz. 25 załącznika nr 8 był na tyle niedopracowany, że wykonawca mógł zostać wprowadzony w błąd co do sposobu jego wypełnienia, co z kolei – jak wynika z przyjętych przy udzielaniu zamówień publicznych zasad – nie powinno wywoływać negatywnych dla niego skutków. Poza tym, co istotne, z przedstawionej Izbie sytuacji faktycznej postępowania nie wynika, że wykonawca zaoferował „rozdzielnie obiektowe” o nieprawidłowych parametrach, a jedynie, że w spornej pozycji wpisał inną rozdzielnię, niż założył to zamawiający.

Potwierdził się również zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez brak uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty odwołującego. Zdaniem Izby informacja o odrzuceniu oferty odwołującego nie zawierała żadnego uzasadnienia faktycznego, które wskazywałoby, z jakich powodów zamawiający oferowaną rozdzielnię uznał za niezgodną ze wskazanym punktem specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Samo stwierdzenie, że uzasadnienie dla zamawiającego było jasne i czytelne nie ma znaczenia, gdyż nie wystarczy, że pozostanie ono w sferze „oczywistej” wiedzy zamawiającego, ma być ono przede wszystkim zrozumiałe dla wykonawcy.

Tym samym, w konsekwencji, zamawiający nie zaprosił do udziału w aukcji elektronicznej wszystkich wykonawców, których oferty nie podlegały odrzuceniu.

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 2, § 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: