

Sygn. akt: KIO 2858/13

WYROK

z dnia 3 stycznia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 stycznia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 grudnia 2013 r. przez wykonawcę **ABB Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Oddział w Łodzi, ul. Aleksandrowska 67/93, 91-205 Łódź** w postępowaniu prowadzonym przez **PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A., ul. Węglowa 5 (adres do korespondencji: PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A., Oddział Elektrownia Bełchatów, Rogowiec, ul. Energetyczna 7, 97-406 Bełchatów 5)**

przy udziale wykonawcy **TurboCare Poland S.A. z siedzibą w Lublińcu, ul. powstańców Śląskich 85, 42-701 Lubliniec** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2858/13 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę ABB Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Oddział w Łodzi, ul. Aleksandrowska 67/93, 91-205 Łódź i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **ABB Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Oddział w Łodzi, ul. Aleksandrowska 67/93, 91-205 Łódź** tytułem wpisu od odwołania

2.2. zasądza od wykonawcy **ABB Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Oddział w Łodzi, ul. Aleksandrowska 67/93, 91-205 Łódź** na rzecz **PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A., ul. Węglowa 5 (adres do korespondencji: PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A., Oddział Elektrownia Bełchatów, Rogowiec, ul. Energetyczna 7, 97-406 Bełchatów 5)** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. z siedzibą w Bełchatowie, zwane dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego na dostawę „Transformatora blokowego 22/400 kV”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 21 września 2013 r., nr 2013/S 184/318409.

W dniu 5 grudnia 2013 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawcę ABB Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Oddział w Łodzi, zwanego dalej „odwołującym”, o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tj. ze względu na to, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej „SIWZ. Zamawiający uzasadniając swoją decyzję podał, iż jednym z głównych parametrów technicznych transformatora wymaganych przez niego był poziom hałasu < 80dB (załącznik nr 1 do SIWZ, pkt A „Wymagane dane znamionowe transformatora”), a wykonawca określając parametry oferowanego transformatora podał hałas na poziomie 85dB”.

W dniu 13 grudnia 2013 r. (pismem z dnia 11 grudnia 2013 r.) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 12 grudnia 2013 r.) od czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu jego oferty, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 26 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 25 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp w zw. z § 6 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, zwanego dalej „rozporządzeniem w sprawie dokumentów”, poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących załączonego do oferty dokumentu potwierdzającego spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego pt. „Podstawowe parametry techniczne dla transformatora 450MVA 420/22 kV Rodzaj chłodzenia - ODAF” pozycja „Poziom ciśnienia akustycznego”, pomimo iż zamawiający był do tego zobowiązany
2. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 25 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp w zw. z § 6 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów poprzez zaniechanie wezwania

odwołującego do złożenia poprawionego dokumentu pt. „Podstawowe parametry techniczne dla transformatora 450MVA 420/22 kV Rodzaj chłodzenia - ODAF” potwierdzającego spełnienie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego, pomimo iż zamawiający był do tego zobowiązany

3. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez jego przedwczesne zastosowanie, gdyż zamawiający przed odrzuceniem oferty odwołującego był zobowiązany do żądania wyjaśnień dotyczących dokumentu pt. „Podstawowe parametry techniczne dla transformatora 450MVA 420/22 kV Rodzaj chłodzenia - ODAF” oraz do wezwania do złożenia jego poprawionej wersji
4. art. 7 w związku z art. 26 ust. 4 oraz w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców, polegające na tym, że wykonawca, który złożył dokument zawierający błąd jest traktowany gorzej niż ten, który złożył dokument nie zawierający wszystkich podstawowych parametrów przedmiotu zamówienia

Ewentualnie z ostrożności procesowej na wypadek nieuwzględnienia ww. zarzutów:

5. art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ustawy Pzp poprzez ich niezastosowanie i niewezwanie odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących niezgodności treści oferty z SIWZ dotyczącej poziomu hałasu błędnie wskazanego w dokumencie pt. „Podstawowe parametry techniczne dla transformatora 450 MVA, 220/22 kV Rodzaj chłodzenia - ODAF”
6. art. 87 ust. 2 pkt 1) w zw. z art. 7 ustawy Pzp poprzez ich niezastosowanie i niedokonanie poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej popełnionej w dokumencie „Podstawowe parametry techniczne dla transformatora 450 MVA, 220/22 kV Rodzaj chłodzenia - ODAF” w zakresie poziomu hałasu

Jednocześnie odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego
2. powtórzenia badania i oceny ofert z uwzględnieniem procedury określonej w art. 26 ust. 3 oraz art. 26 ust. 4 ustawy Pzp względem odwołującego
3. zasądzenia na rzecz odwołującego kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, w tym kosztów zastępstwa procesowego

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in., iż przedmiotem postępowania jest dostawa nowego transformatora blokowego o parametrach szczegółowo wskazanych w „Opisie przedmiotu zamówienia”, stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ. Jednym z parametrów wymaganych przez zamawiającego był poziom hałasu na poziomie poniżej 80dB. Odwołujący złożył ofertę na produkt żądany przez zamawiającego i w formularzu ofertowym potwierdził pełną zgodność oferowanych przez niego dostaw z SIWZ, n potwierdzenie czego dołączył - zgodnie z wymogiem zawartym w SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia”, pkt E dokument pt. „Podstawowe parametry techniczne dla transformatora

450 MVA, 220/22 kV Rodzaj chłodzenia - ODAF”, przy czym w załączonym przez siebie „Dokumentcie” potwierdzającym spełnianie przez oferowane dostawy wymagań zamawiającego potwierdził poziom hałasu na poziomie 85dB. Był to skutek pomyłki popełnionej przez pracownika przy wypełnianiu tego dokumentu, gdyż zgodnie z obliczeniami dotyczącymi oferowanego transformatora, oferowany transformator osiągnie poziom hałasu na poziomie wymaganym przez zamawiającego. Natychmiast po otrzymaniu informacji od zamawiającego o rozbieżności wykonawca potwierdził zamawiającemu, że oferowany przez niego produkt spełnia wszystkie wymagania zamawiającego określone w SIWZ, a wskazany w „Dokumentcie” poziom hałasu został wpisany błędnie na skutek omyłki pracownika przy przepisaniu danych z programu obliczeniowego do formularza, co odwołujący podtrzymuje. Na potwierdzenie przesłał zamawiającemu stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa obliczenia dotyczące hałasu.

Reasumując podniósł, iż odrzucenie jego oferty było przedwczesne, gdyż zamawiający miał obowiązek na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwać odwołującego do złożenia poprawnego dokumentu potwierdzającego, że produkt przez niego zaoferowany spełnia wymagania zamawiającego. Dopiero w przypadku niezłożenia poprawionego dokumentu zamawiający miałby prawo uznać, że wykonawca nie potwierdził zgodności dostaw w wymaganiach zamawiającego i odrzucić ofertę jako niezgodną z wymaganiami zamawiającego. Obowiązek wezwania do złożenia poprawnego dokumentu wynikał z faktu, że dokument zawierający błąd jest dokumentem potwierdzającym spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego w rozumieniu art. 25 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, co jest kluczowe dla rozstrzygnięcia niniejszego sporu. Parametr „poziom hałasu” nie był kryterium oceny ofert, a jedynie wymaganiem zamawiającego, które miał spełnić produkt oferowany przez oferentów, co należało wykazać „Dokumentem”.

Nadto dodał, iż zamawiający nie zastosował procedury wyjaśniania i uzupełniania przewidzianej w art. 26 ust. 3 oraz 26 ust. 4 ustawy Pzp, pomimo ciężącego na nim w tym zakresie obowiązku.

Nadto z ostrożności procesowej podniósł, że zamawiający po dostrzeżeniu błędu w „Dokumentcie”, mając na uwadze okoliczność, że nie wskazał, jakie parametry powinny być wyszczególnione przez oferentów, powinien był wezwać odwołującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ustawy Pzp, aby nie naruszyć zasady równego traktowania oferentów i po uzyskaniu od odwołującego wyjaśnienia wraz z kartą obliczeń hałasu, dokonać poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej popełnionej przez odwołującego.

W dniu 12 grudnia 2013 r. zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania.

W dniu 16 grudnia 2013 r. (pismem z dnia 13 grudnia 2013 r.) wykonawca TurboCare Poland S.A. z siedzibą w Lublińcu, zwany dalej „wykonawcą TurboCare”, przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż zamawiający w załączniku nr 1 do SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” w punkcie A wyspecyfikował wymagane dane znamionowe zamawianego przez niego transformatora, w tym podał parametr „poziomu hałasu < 80dB”. Nadto w punkcie E tego dokumentu wskazał:

„1.W ofercie podać:

- dotychczasowe doświadczenie oferenta związane z produkcją i remontami transformatorów blokowych mocy powyżej 400 MVA
- podać podstawowe parametry zmodernizowanego transformatora z uwzględnieniem strat i producentów zasadniczej aparatury i materiałów”.

Odwołujący wraz z ofertą złożył dokument o nazwie „podstawowe parametry techniczne dla transformatora 450 MVA, 420/22 kV, Rodzaj chłodzenia – ODAF” (str. 76-77 oferty), w którym wśród głównych parametrów podał poziom hałasu „85dB(A)” (str. 77 oferty).

Zamawiający w dniu 5 grudnia 2013 r. poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tj. ze względu na to, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Nadto podał, iż jednym z głównych parametrów technicznych transformatora wymaganych przez niego był poziom hałasu < 80dB (załącznik nr 1 do SIWZ, pkt A „Wymagane dane znamionowe transformatora”), a wykonawca określając parametry oferowanego transformatora podał hałas na poziomie 85dB”.

Odwołujący, pismem z dnia 5 grudnia 2013 r., odpowiadając na informację o odrzuceniu wskazał, iż „zaoferowany przez ABB sp. z o.o. transformator spełnia wymagany poziom ciśnienia akustycznego mierzonego zgodnie z normą IEC 60076-10 – „sound intensity metod” poniżej 80 dB. Jako dowód tego stwierdzenia przedstawiamy wewnętrzną dokumentację techniczną stanowiącą ścisłą tajemnicę przedsiębiorstwa, z której jednoznacznie wynika, że obliczona dla oferowanego transformatora wartość poziomu ciśnienia akustycznego wynosi 76,3dB”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stanowi o wszelkich nieprawidłowościach oferty wykonawcy, które powodują, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ i obejmuje m.in. sytuację, gdy z treści oferty wynika wprost zaoferowanie innego przedmiotu zamówienia niż wymagany przez zamawiającego. W niniejszym stanie faktycznym zamawiający wymagał aby poziom hałasu zaoferowanego transformatora wynosił „<80dB”, natomiast odwołujący złożył dokument (str. 76-77 oferty), w którym podał „85dB”. Z treści SIWZ (załącznik nr 1) wynikał jednoznacznie obowiązek podania przez wykonawcę podstawowych parametrów zmodernizowanego transformatora i odwołujący złożył taki dokument. W dokumencie tym wykonawcy mieli oświadczyć, jaki transformator oferują, stanowił on zatem treść oferty. Obowiązek podania parametrów oferowanego transformatora miał bowiem dać zamawiającemu wiedzę, co wykonawca oferuje i umożliwić zbadanie oferowanego przedmiotu zamówienia pod kątem zgodności z SIWZ. Celem żądania takiego dokumentu było więc określenie zobowiązania wykonawcy co do tego jaki transformator faktycznie oferuje, a nie złożenie li tylko oświadczenia w treści formularza oferty, że oferowany transformator będzie zgodny z SIWZ. Sprzeczność treści oferty z treścią SIWZ polega więc na podaniu innego niż określony przez zamawiającego poziomu hałasu, tj. zaoferowania transformatora o innym parametrze niż oczekiwał zamawiający. Skoro zaoferowany produkt nie spełnia parametrów, wyznaczonych jako granicznie wymagane, obowiązkiem zamawiającego było więc odrzucenie takiej oferty, gdyż cechy techniczne, którymi obligatoryjnie winno charakteryzować się nabywane urządzenie, stanowią istotny element oferty, co w konsekwencji przesądza o niezgodności jej treści z treścią SIWZ.

W związku z powyższym dokument ten nie podlega uzupełnieniu i wyjaśnianiu w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp.

Niedopuszczalne byłoby również zastosowanie procedury przewidzianej w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż procedura wyjaśnień nie może skutkować wprowadzeniem jakichkolwiek zmian w treści oferty. Wyjaśnienia muszą ograniczać się do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w ofercie, nie mogą natomiast jej ograniczać lub rozszerzać. W tym przypadku odwołujący jednoznacznie bowiem podał transformator o jakim poziomie hałasu faktycznie oferuje. Nie jest również możliwe poprawienie oferty w tym

zakresie (poziomu hałasu) w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż prowadziłoby to do znaczącej ingerencji w treść złożonej przez odwołującego oferty, a ponadto - jak przyznał odwołujący na rozprawie – nie da się na podstawie tylko i wyłącznie tego dokumentu jednoznacznie stwierdzić jaki poziom hałasu należy wpisać. Tym samym Izba uznała, iż nie potwierdziły się zarzuty podniesione przez odwołującego.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania oraz dokumenty złożone na rozprawie, uznając je za stanowisko je składających.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego i ograniczając je do wysokości 3 600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy.

Przewodniczący: