

Sygn. akt: KIO 1854/10

WYROK

z dnia 8 września 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 września 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 27 sierpnia 2010 r. przez **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Kompletacji i Montażu Systemów Automatyki „Carboautomatyka” S.A. (lider konsorcjum), Zakład Odmietanowania Kopalń „ZOKII” sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum 43 – 100 Tychy, ul. Budowlanych 168** w postępowaniu prowadzonym przez **Spółkę Energetyczną „Jastrzębie” S.A., 44 – 335 Jastrzębie – Zdrój, ul. Rybnicka 6c.**

przy udziale wykonawcy **INTROL S.A. 40 – 519 Katowice, ul. Kościuszki 112** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Kompletacji i Montażu Systemów Automatyki „Carboautomatyka” S.A. (lider konsorcjum), Zakład Odmietanowania Kopalń „ZOKII” sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum 43 – 100 Tychy, ul. Budowlanych 168** i nakazuje:

- 1) zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Kompletacji i Montażu Systemów**

Automatyki „Carboautomatyka” S.A. (lider konsorcjum), Zakład Odmetanowania Kopalń „ZOKII” sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum 43 – 100 Tychy, ul. Budowlanych 168 tytułem wpisu od odwołania,

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Kompletacji i Montażu Systemów Automatyki „Carboautomatyka” S.A. (lider konsorcjum), Zakład Odmetanowania Kopalń „ZOKII” sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum 43 – 100 Tychy, ul. Budowlanych 168** na rzecz **Spółki Energetycznej „Jastrzębie” S.A., 44 – 335 Jastrzębie – Zdrój, ul. Rybnicka 6c.** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z wynagrodzenia pełnomocnika
- 3) nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Kompletacji i Montażu Systemów Automatyki „Carboautomatyka” S.A. (lider konsorcjum), Zakład Odmetanowania Kopalń „ZOKII” sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum 43 – 100 Tychy, ul. Budowlanych 168** kwoty 5.000 zł 00 gr (pięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej zwrot nadpłaconego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gliwicach.**

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

do wyroku z dnia 9.09.2010 r. o sygn. akt: KIO 1854/10

Zamawiający – Katowicki Spółka Energetyczna „Jastrzębie” S.A. zwany dalej „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę układów wysokosprawnej kogeneracji w SEJ S.A. – Zabudowa dwóch agregatów prądotwórczych z układami odzysku ciepła zasilanych gazem z odmetanowania kopalń o mocy ok. 4,0 MWe każdy, w systemie „pod klucz” wraz ze świadczeniem usług serwisowych.

Odwołujący – konsorcjum: Przedsiębiorstwo Kompletacji i Montażu Systemów Automatyki „Carboautomatyka” S.A. w Tychach oraz Zakład Odmetanowania Kopalń „ZOK II” sp. z o.o. w Rybniku, wniósł dnia 27 sierpnia 2010 r. odwołanie od czynności wyboru oferty złożonej przez Introl S.A. w Katowicach mimo, iż nie spełnia ona wymagań siwz oraz czynności odrzucenia oferty odwołującego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nie zażądanie przez zamawiającego wyjaśnień od Introl S.A. w przedmiocie treści złożonej oferty, w szczególności dotyczących parametrów gwarantowanych i możliwości ich zachowania w sytuacji zmiany jakości gazu,
- art. 82 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzez odrzucenie oferty odwołującego pomimo jej zgodności z siwz,
- art. 89 ust 1 pkt 2 poprzez niezastosowanie przepisu wobec oferty Introl S.A.,
- art. 91 ust. 1 i 2 poprzez dokonanie wyboru oferty z pominięciem kryteriów oceny ofert określonych w siwz, w szczególności dotyczących okresu udzielonej gwarancji oraz wskaźnika inwestycyjnego z kosztami eksploatacji.

Wniósł o nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty, odrzucenia oferty wybranej jako najkorzystniejsza, powtórzenia czynności oceny i wyboru oferty.

Uzasadniając zarzuty odwołujący wskazał, że zamawiający w siwz – zał. 8.7 do oferty – parametry gwarantowane – ofertowe wymagał od wykonawców określenia parametrów gwarantowanych. W złożonej ofercie odwołujący uzależnił spełnienie parametrów gwarantowanych od odpowiedniej jakości gazu. Jakość paliwa gazowego do agregatów została określona w zał. nr 1 do siwz (specyfikacja techniczna cz. I/II) pkt 4 Dane techniczne mediów dla doboru agregatu prądotwórczego, wyłącznie w zakresie: dostępności gazu, wartości opałowej średniej, stężenia, ciśnienia i temperatury. Jak stwierdził odwołujący, powyższe dane są niewystarczające do precyzyjnego określenia parametrów paliwa gazowego.

Odwołujący wskazał, że celem złożenia oferty zgodnej z siwz i zapewniającej realizację parametrów gwarantowanych, wykonał analizę fizyko-chemiczną potwierdzoną raportem z dnia 2.07.2010 r. wykluczając przy tym jakiegokolwiek roszczenia wobec

zamawiającego z tytułu niewłaściwej jakości paliwa gazowego w załączniku nr 13 do oferty wraz z Raportem z badań.

Odwołujący wskazał, że pismem z 21.07.2010 r. zamawiający zwrócił się do niego o wyjaśnienie kwestii uzależnienia czasookresu wymiany oleju oraz gwarantowanego czasu pracy do remontu kapitalnego od odpowiedniej jakości gazu. Odwołujący, w odpowiedzi wskazał na jakość paliwa gazowego, „albowiem przeprowadzona analiza gazu z dnia 2.07.2010 r. i parametry paliwa gazowego określone przez Zamawiającego w Załączniku nr 1 do SIWZ gwarantują, że oferowany agregat może pracować na paliwie gazowym wyłącznie o tej a nie inne jakości.” Odwołujący zauważył, że brak jest pewności, że parametry gazu nie ulegną zmianie (pogorszeniu) w okresie 10 lat eksploatacji agregatu, a jego jakość (zawartość siarki) ma znaczący wpływ na skrócenie lub wydłużenie czasookresu wymiany oleju i remontu kapitalnego. Stwierdził, że fakt uzależnienia parametrów gwarantowanych tj. czasookresu wymiany oleju i remontu kapitalnego od jakości paliwa nie świadczy o niezgodności oferty z siwz – parametry te są bowiem nadal gwarantowane. Zauważył, że niezgodność treści oferty z treścią siwz musi wynikać wprost z treści dokumentów i nie może być domniemywana. Tym samym złożył ofertę zgodną z siwz.

W ocenie odwołującego wybór oferty Przystępującego, której treść – pozbawiona zapisów przewidujących ewentualną możliwość zmiany (skrócenia lub wydłużenia) czasookresów wymiany oleju i remontu kapitalnego od zmiany jakości paliwa gazowego (czego przewidzieć ani wykluczyć nie można) - nie spełnia wymagań siwz, stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Odwołujący stwierdził również, że oferta wybrana zawiera luki i niedokładności, a zatem winna ulec odrzuceniu. W toku rozprawy cofnął zarzuty podniesione w stosunku do wybranej oferty.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania wskazując na zasadność podjętej decyzji. Podniósł nadto brak interesu prawnego odwołującego do wniesienia odwołania.

Przystępujący wniósł oddalenie odwołania stwierdzając, że zarzuty odwołania są bezzasadne, a wnioski nietrafne.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem stron ustaliła i zważyła, co następuje.

Jak ustalono zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Uzasadniając decyzję zamawiający wskazał, iż w siwz zał. nr 8.7 do oferty – parametry gwarantowane – ofertowe, wymagał od wykonawców określenia parametrów gwarantowanych, natomiast odwołujący w złożonej ofercie uzależnił spełnienie parametrów gwarantowanych od odpowiedniej jakości gazu. Ustalenie powyższe zostało poprzedzone skierowaniem do wykonawcy dnia 21.07.2010 r. wezwania do udzielenia wyjaśnień m.in. dot. tabeli 1/I i 1/II załącznika nr 8.7. (str. 133 i 136) wskazując, że wykonawca uzależnił

spełnienie gwarancji w pkt 2.5 - Czasookres wymiany oleju 2.7- Gwarantowany czas pracy do remontu kapitalnego, od odpowiedniej jakości gazu. Ponadto zamawiający wskazał, że w załączniku nr 13 do oferty wykonawca po analizie gazu oświadczył, że wyklucza jakiegokolwiek roszczenia wobec zamawiającego z tytułu niewłaściwej jakości paliwa gazowego.

W odpowiedzi na wezwanie odwołujący stwierdził, że uzależnił spełnienie warunków gwarancji w punktach 2.5 i 2.7, od odpowiedniej jakości gazu, ponieważ przeprowadzona analiza gazu z dnia 2.07.2010 r. daje jedynie pewność, że oferowany agregat może pracować na paliwie gazowym o tej jakości. „Nie daje jednak pewności, że parametry gazu nie ulegną radykalnej zmianie (pogorszeniu) w okresie 10 lat eksploatacji agregatu.”

Jak wynika z treści oferty, w pkt 2.5 Czasookres wymiany oleju określony na 2000 roboczogodzin wykonawca uzupełnił odnośnikiem o treści: „pod warunkiem, że eksploatacja agregatu, jakość gazu, skład gazu będą zgodne z instrukcjami Producenta”, natomiast do pkt 2.7 Gwarantowany czas pracy do remontu kapitalnego określony na 60 000 roboczogodzin dodano uwagę: „+/- 10% w zależności od jakości gazu, sposobu eksploatacji urządzenia, zachowania wskazówek technicznych oraz jakości przeprowadzonych prac konserwacyjnych”.

Izba ustaliła ponadto, że zamawiający w załączniku nr 1 do siwz wskazał w pkt 4. Dane techniczne mediów dla doboru agregatu prądotwórczego, parametry gazu z odmetanowania kopalń określając dostępną ilość, wartość opałową, stężenie, ciśnienie i temperaturę.

Stwierdzono również, że odwołujący złożył wymagane postanowieniami siwz (zał. nr 13) Oświadczenie potwierdzające pobranie próbek gazu, który ma być spalany w agregatach prądotwórczych i wykonanie analizy fizyko-chemicznej „w odpowiednim zakresie wykluczającym jakiegokolwiek roszczenia wobec zamawiającego z tytułu niewłaściwej jakości paliwa gazowego.”

Biorąc pod uwagę dokonane ustalenia Izba stwierdza, co następuje.

Odwołujący ma interes w rozumieniu art. 179 ustawy, we wniesieniu odwołania, gdyż nawet w razie sklasyfikowania go na drugim miejscu w rankingu ofert, niewykluczone jest udzielenie mu zamówienia w trybie przewidzianym w art. 94 ust. 3 ustawy, a przy tym miejsce w rankingu nie może być w chwili obecnej przesądzone wobec innych poza ceną, kryteriów oceny ofert.

Wobec cofnięcia zarzutu podniesionego wobec oferty przystępującego jako niekompletnej i nie zawierającej informacji dotyczących parametrów gwarantowanych i możliwości ich zachowania w sytuacji zmiany jakości gazu, co w konsekwencji powinno skutkować odrzuceniem tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, Izba odstąpiła od rozstrzygnięcia tej kwestii.

Zarzut naruszenia art. 82 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez odrzucenie oferty odwołującego Izba rozpatrzyła odrębnie w stosunku do każdej z dwóch przesłanek faktycznych odrzucenia oferty.

1/ Izba uznaje, że wskazany w pkt 2.5 załącznika nr 8.7, Czasookres wymiany oleju określony na 2000 roboczogodzin uzupełniony przez wykonawcę warunkiem zachowania jakości gazu nie jest niezgodny z treścią siwz, zawiera bowiem konkretne wymagane oświadczenie co do wielkości omawianego parametru, który oferent deklaruje na wskazane 2000 godzin. Wskazany warunek zachowania jakości gazu Izba uznaje, stosując reguły wykładni oświadczeń woli, za stwierdzenie równoważne określeniu: „przy założeniu zachowania parametrów gazu”, co nie powinno podlegać ocenie, jako oświadczenie złożone pod warunkiem rozwiązującym.

2/ W odniesieniu do drugiej podstawy faktycznej odrzucenia oferty Izba stwierdza, że stwierdzenie zawarte w ofercie w pkt 2.7 załącznika nr 8.7 Gwarantowany czas pracy do remontu kapitalnego określony na 60 000 roboczogodzin, z dodatkową uwagą: „+/- 10% w zależności od jakości gazu, sposobu eksploatacji urządzenia, zachowania wskazówek technicznych oraz jakości przeprowadzonych prac konserwacyjnych” powoduje, że wykonawca nie wskazał wymaganego parametru wyrażonego konkretną liczbą roboczogodzin, gdyż podanie przedziału liczbowego +/- 10% stanowiące wskazanie wielkości „od – do”, uniemożliwia stwierdzenie, jaki w rzeczywistości czas pracy urządzenia gwarantuje wykonawca. Powyższe świadczy o niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w omawianym zakresie i uzasadnia poprawność decyzji zamawiającego odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy mając na uwadze, że potwierdzenie części zarzutu odwołania nie ma wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

O kosztach postępowania odwoławczego skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy.

Przewodniczący:

.....