

Sygn. akt: KIO 1963/12

WYROK
z dnia 3 października 2012 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 października 2012 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 września 2012 roku przez wykonawcę **Biatel BIT S.A., 00 – 854 Warszawa, Al. Jana Pawła II 23** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - Jednostkę Wojskową 4226, 04 – 470 Warszawa, ul. Marsa 110**

przy udziale wykonawcy **P.I.W.CAMCO Sp. z o.o., 01 – 865 Warszawa, ul. Broniewskiego 59a** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Biatel BIT S.A., 00 – 854 Warszawa, Al. Jana Pawła II 23, i**
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Biatel BIT S.A., 00 – 854 Warszawa, Al. Jana Pawła II 23** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Biatel BIT S.A., 00 – 854 Warszawa, Al. Jana Pawła II 23** na rzecz **Skarbu Państwa - Jednostki Wojskowej 4226, 04 – 470 Warszawa, ul. Marsa 110** 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 (Dz. U. z 2010 r. Nr 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 Warszawa Praga w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), [zwanej dalej ustawą lub ustawą Pzp], którego przedmiotem jest „Dostawa awaryjnych urządzeń energetycznych - dostawa zasilaczy bezprzerwowych dla radarów NUR-12/NUR-12ME w ilości 7 kpi”. Zdaniem Odwołującego - BIATEL BIT S.A., w tym postępowaniu **Zamawiający** - Jednostka Wojskowa nr 4226 z Warszawy naruszył przepisy ustawy Pzp, albowiem zaniechał odrzucenia oferty firmy P.I.W. Camco z siedzibą w Warszawie i dokonał wyboru oferty tego wykonawcy oraz zaniechał wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w świetle kryteriów oceny ofert. Zdaniem Odwołującego, wskutek wskazanych czynności doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ze względu na nieodrzućenie oferty firmy P.I.W. Camco, która jest niezgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Z uwagi na powyższe, wykonawca wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności: unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej; powtórzenia czynności badania i oceny ofert; odrzucenia oferty wykonawcy - P.I.W. Camco; wyboru i uznania oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej. W uzasadnieniu pierwszego z zarzutów podał, że Zamawiający w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagał, aby będący przedmiotem postępowania zasilacz awaryjny UPS o mocy min 150kVA był wyposażony w filtry górnozaporowe o tłumienności nie mniejszej niż 60dB w zakresie częstotliwości 100kHz - 1GHz (składowe symetryczne i asymetryczne) zainstalowane na obwodach zasilania energetycznego (punkt Ad. 1 Odp. Nr 3 odpowiedzi Zamawiającego z dnia 11.07.2012). Dalej wskazał, że wymaganie to powoduje, że filtry przewidziane do zainstalowania na wejściowym i wyjściowym obwodzie energetycznym UPS powinny mieć parametry energetyczne nie mniejsze niż znamionowe dla UPS. Znamionowy prąd wyjściowy trójfazowego zasilacza UPS o mocy znamionowej wymaganej w siwz, czyli 150kVA i napięciu wyjściowym fazowym 230V ACrms wynosi 217,4A ACrms na fazę. Filtr serii N600X produkcji ETS - LINDGREN, którego kartę katalogową dołączyła firma P.I.W. Camco Sp. z o.o. do swojej oferty cechuje się prądem fazowym maksymalnym 200A ACrms na fazę (załącznik nr 1), tym samym nie spełnia on wymogów zastosowania go razem z zasilaczem UPS Pyramid DSP 160kVA-PDSP33160 nie tylko zgodnie z wymaganiami zamawiającego ale również z zasadami elektrotechniki. Znamionowy prąd filtra jest mniejszy od znamionowego prądu zasilacza UPS, co prowadzi do jego długotrwałej pracy w

przeciążeniu, co skutkuje uszkodzeniem filtra a nawet pożaru. W związku z powyższym wadliwe jest też dołączone do oferty oświadczenie producenta firmy INFORM potwierdzające spełnienie wszystkich parametrów stawianych w SIWZ, w tym spełnianie filtrowania tłumienności UPS do mocy 160kVA, co pociąga za sobą skutki wprowadzenia w błąd Zamawiającego, co do treści składanych oświadczeń. Podniósł także, że z materiału dostępnego na stronie www.informups.com/3_faz_pyramid_dsp120-400kva.html na której to stronie znajdują się: karta katalogowa i instrukcja obsługi oferowanego przez P.I.W. Camco Sp. z o.o. zasilacza UPS, można odczytać ze strony 37 instrukcji obsługi (załącznik nr 2) wartość prądu wyjściowego UPS o wartości 241 A, wartość prądu wyjściowego UPS Pyramid DSP 160kVA- PDSP33160 przekracza maksymalny prąd filtra serii NX600X produkcji ETS-LINDGREN – a zatem potwierdza to oczywistą niezgodność z wymaganiami SIWZ. **W konkluzji stwierdził, że zastosowanie filtra serii N600X produkcji ETS-LINDGREN nie pozwala na osiągnięcie przez zasilacz UPS Pyramid DSP 160kVA-PDSP33160 wymaganej przez Zamawiającego mocy wyjściowej na poziomie >150kVA, a zaledwie ok 138 kVA.** Zaoferowane urządzenie nie spełnia wymagań załącznika nr 1 do SIWZ pkt. 1.2.1 „zasilacz bezprzerwowy 3-fazowy o znamionowej mocy pozornej wyjściowej >150kVA...”

W zakresie drugiego zarzutu podał, że Zamawiający wymagał (punkt 2.5.j) SIWZ), aby powietrze używane do chłodzenia zasilacza UPS czerpane było z wysokości ≥ 2 m od powierzchni posadowienia. Zasilacz Pyramid DSP 160kVA - PDSP33160 wg. karty katalogowej (załącznik nr 3) ma wysokość zaledwie 186 cm a otwory wentylacyjne dostępne są poniżej tej wysokości na ścianach i drzwiach zasilacza. W instrukcji obsługi zasilacza UPS Pyramid DSP na stronie 7 producent dokładnie opisuje umiejscowienie otworów wentylacyjnych. Przy rozmieszczeniu otworów wentylacyjnych poniżej wysokości maksymalnej zasilacza USP niemożliwym jest spełnienie warunku, aby powietrze używane do chłodzenia zasilacza UPS czerpane było z wysokości 2 metrów od powierzchni posadowienia.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca P.I.W. CAMCO Sp. z o.o. z Warszawy wnosząc o oddalenie odwołania w całości i wskazując, że jego oferta jest zgodna – w zaskarżonym zakresie - z wymaganiami określonymi specyfikacją istotnych warunków zamówienia [siwz]. Także o oddalenie odwołania w toku rozprawy wnosił Zamawiający.

Rozpoznając odwołanie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Izba przede wszystkim stwierdza, że rozpoznając odwołanie – zgodnie z dyrektywą przepisu art. 192 ust.7 ustawy Pzp - Izba może rozpoznawać tylko te zarzuty, które zostały podniesione w odwołaniu. Tak jak ustaliła Izba, wykonawca w odwołaniu podniósł zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ze względu na nieodrzućenie oferty firmy P.I.W. Camco, pomimo, że ta oferta – jego zdaniem - jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W zakresie tego zarzutu Odwołujący podał, że zaoferowane urządzenie nie spełnia wymagań pkt 1.2.1 „zasilacz bezprzerwowy 3-fazowy o znamionowej mocy pozornej wyjściowej >150kVA...” oraz pkt 2.5 załącznika nr 1 do SIWZ. Co do pierwszego z parametrów podał, że Zamawiający w specyfikacji wymagał, aby będący przedmiotem postępowania zasilacz awaryjny UPS o mocy min 150kVA być wyposażony w filtry górnozaporowe o tłumienności nie mniejszej niż 60dB w zakresie częstotliwości 100kHz - 1GHz (składowe symetryczne i asymetryczne) zainstalowane na obwodach zasilania energetycznego, a co do drugiego - stwierdził, że (...) Przy rozmieszczeniu otworów wentylacyjnych poniżej wysokości maksymalnej zasilacza USP niemożliwym jest spełnienie warunku, aby powietrze używane do chłodzenia zasilacza UPS czerpane było z wysokości 2 metrów od powierzchni posadowienia. Twierdzenia powyższe wykonawca oparł przede wszystkim na kartach katalogowych producenta dla filtrów odnoszących się do urządzeń z roku 2011 i dodatkowo na rozprawie przedłożył opinię techniczną z dnia 27 sierpnia 2012 r. oraz opinię techniczną z dnia 12 września 2012 r.

Odnosząc się do tych warunków Izba stwierdziła, że dokonane przez zamawiającego badanie i ocena ofert, a w konsekwencji wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy P.I.W. CAMCO Sp. z o.o. z Warszawy zostały dokonane na podstawie wymagań określonych w specyfikacji, w tym załącznika nr 1. To oznacza, że inne okoliczności wskazywane przez Odwołującego i poparte wymienionymi powyżej dowodami nie mogą – w okolicznościach niniejszej sprawy – zostać uznane przez Izbę dla potwierdzenia zarzutu niezgodności treści oferty z siwz.

Tak jak ustaliła Izba przedmiotem zamówienia [rozdział II.1 i 2] w niniejszym postępowaniu jest dostawa awaryjnych urządzeń energetycznych - zasilaczy bezprzerwowych dla radarów NUR-12/NUR-12ME. Wymogi oraz szczegółowy jego opis

został podany w załączniku nr 1 do SIWZ, a w rozdziale V – warunki przedmiotowe – Zamawiający wskazując na art. 25 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp wymagał przedłożenia przez wykonawcę do oferty dokumentów potwierdzających spełnianie zgodności oferowanych dostaw z wymaganiami określonymi, informując jednocześnie, że uzna spełnienie tego warunku, jeżeli wykonawca posiada wdrożony system zapewnienia jakości wg PN EN ISO 9001:2009 lub AQAP 2120:2009. Z kolei w rozdziale VI. 2.6 specyfikacji, dla potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego wymagał załączenia do oferty tylko jednego ze wskazanych certyfikatów. Wykonawca - P.I.W. CAMCO Sp. z o.o. załączył do oferty certyfikat potwierdzający, że wykonawca posiada wdrożony system zapewnienia jakości wg PN EN ISO 9001:2009. Ten dokument nie został zakwestionowany przez wnoszącego odwołanie. Izba stwierdza jednocześnie, że do oferty załączono także oświadczenie producenta Inform Elektronik San. Ve A.S. z dnia 1 sierpnia 2012 r. informujące, że zasilacz UPS Pyramid DSP 160 kVA – PDSP33160 ich produkcji dla P.I.W.CAMCO sp. z o.o. spełnia opisane w tym oświadczeniu parametry techniczne m.in. co do mocy wyjściowej (lp.1), napięcia nominalnego (lp.3 i 6) oraz co do wysokości czerpanego powietrza (lp 26). Ten dokument w odwołaniu z dnia 14 września 2012 r. również nie jest kwestionowany przez Odwołującego, ani co do jego rzetelności formalnej ani merytorycznej. Izba ustaliła jednocześnie, że argumentację, w zakresie niezgodności przedmiotu zamówienia z wymaganiami specyfikacji Odwołujący oparł na kartach katalogowych, odnoszących się wyłącznie do filtrów, który to dokument nie był wymagany w niniejszym postępowaniu. W tym przypadku Izba podzieliła pogląd przystępującego do postępowania odwoławczego wykonawcy, że dla filtrów górnopiętrowych zostały określone tylko pewne wymagania, co do temperatury, wilgotności, oraz jego tłumienności, a także, że takie filtry mają być integralną częścią zasilacza i mają być elementem ogólnie dostępnym na rynku. Spełnienie tych warunków w ofercie uznanej za najkorzystniejszą nie jest w odwołaniu kwestionowane i jak słusznie stwierdził przystępujący wykonawca - w odwołaniu, jak i przedłożonych opiniach stawia się jednocześnie dwie sprzeczne tezy. Z jednej bowiem strony nie wyklucza się pracy filtra w przeciążeniu, ale z drugiej - stawia się tezę, że filtr nie może być przeciążony. Zdaniem Izby, tak jak wskazano, również w opinii technicznej z dnia 12 września br. przedłożonej przez Odwołującego producent nie wykluczył absolutnie pracy (eksploatacji) filtrów przy prądzie większym od znamionowego, ale wyłącznie tylko taką ciągłą pracą (eksploatacją) filtrów. Wskazane opinie techniczne nie odnoszą się także do wymagań dla filtrów górnopiętrowych opisanych w specyfikacji i w wyjaśnieniach stanowiących integralną część siwz, aczkolwiek we wnioskach z opinii z dnia 12. 09. 2012 r. autor stwierdza, że filtr ETS-Lindren Power Filtres N6009 nie spełnia warunków SIWZ i przed podjęciem ostatecznej decyzji o zakupie UPS z takim filtrem należy poddać ten filtr [na koszt oferenta] próbie długotrwałego obciążenia znamionowym prądem wyjściowym wymaganym

w siwz tj. 228 A. Tym samym ta opinia nie może stanowić dostatecznego dowodu w niniejszej sprawie, na potwierdzenie niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji w wymaganym zakresie przez ten dokument. Izba zwraca także uwagę, że w karcie katalogowej filtra zasilania seria N600X [z listopada 2011] zaznaczono, że przedstawione informacje mogą ulec zmianie ze względu na ulepszenia dokonywane w produktach, jak również, że aktualne specyfikacje można uzyskać kontaktując się z działem sprzedaży ETS-Lindgren. Jak już wcześniej wskazano do oferty został załączony oprócz karty katalogowej dla filtra także dokument z dnia 1 sierpnia 2012 r. dla zasilacza UPS Pyramid, którego wystawcą jest producent Inform Elektronik San. Ve A.S. i w którym zostały potwierdzone wszystkie wymagane parametry techniczne, który to dokument – jak już wcześniej wskazano – nie był kwestionowany, co do jego prawdziwości na podstawie art. 24 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp.

W zakresie drugiego z parametrów z pkt. 2.5 lit. j) Izba podzieliła pogląd przystępującego wykonawcy, że Zamawiający nie wskazał żadnego określonego rozwiązania sposobu doboru filtra górnopowietrznego, jak i sposobu rozwiązania problemu czerpania powietrza do chłodzenia zasilacza UPS z wysokości większej niż 2m. Przede wszystkim z postanowień siwz nie wynika, że jedynym możliwym rozwiązaniem – jak sugeruje Odwołujący - jest zastosowanie UPS o wysokości co najmniej 2 metrów. Izba zwraca także uwagę, że zarzut dotyczący tego punktu, co do jego zasadności, nie został poparty żadnymi dowodami. Również przedłożone opinie [wymienione powyżej] nawet pośrednio – jak wskazywano - nie odnoszą się do tego wymagania.

W konkluzji Izba stwierdza, że w jej ocenie wykonawca podnosząc zarzuty w odwołaniu do oferty uznanej za najkorzystniejszą oparł je de facto na własnej interpretacji warunków określonych w siwz, której uwzględnienie – bez względu na [ewentualną] racjonalność przedstawionej argumentacji - prowadziłoby w konsekwencji do zmiany wymagań w zakresie przedmiotu zamówienia, a takie działanie na gruncie ustawy Pzp na obecnym etapie postępowania nie jest dopuszczalne.

W tym stanie rzeczy, Izba orzekła jak w sentencji, uznając za niezasadny zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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:

.....