

Sygn. akt KIO/UZP 170/08

WYROK
z dnia 11 marca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska
Członkowie: Teresa Marzena Ordysińska
Małgorzata Stręciwilk
Protokolant: Edyta Skowrońska

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ / rozprawie* w dniu / w dniach* 11 marca 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **PROCOM SYSTEM S.A., ul. Mazowiecka 15, Wrocław** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zespół Elektrociepłowni Wrocławskich KOGENERACJA S.A., ul. Łowiecka 24, Wrocław** protestu / ~~protestów~~* z dnia 14 lutego 2008 r.

przy udziale zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego..... po stronie odwołującego się oraz **Konsorcjum firm: Instytut Automatyki Systemów Energetycznych Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) oraz Zakład Automatyki Przemysłowej INTEC Sp. j. W. Codrow, P. Czeczenikow i Zakład Automatyki Energetycznej z siedzibą dla Lidera Konsorcjum ul. Wystawowa 1, Wrocław** - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje dokonanie czynności ponownej oceny ofert

2. kosztami postępowania obciąża **Zespół Elektrociepłowni Wrocławskich KOGENERACJA S.A., ul. Łowiecka 24, Wrocław** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote, zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **PROCOM SYSTEM S.A., ul. Mazowiecka 15, Wrocław**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 4 064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote, zero groszy) przez **Zespół Elektrociepłowni Wrocławskich KOGENERACJA S.A., ul. Łowiecka 24, Wrocław** na rzecz **PROCOM SYSTEM S.A., ul. Mazowiecka 15, Wrocław**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu uiszczonego wpisu
- 3) dokonać wpłaty kwoty zł ... gr (słownie:.....) przez na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych, zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **PROCOM SYSTEM S.A., ul. Mazowiecka 15, Wrocław**

Uzasadnienie

Przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie negocjacji z ogłoszeniem jest „Modernizacja automatyki i sterowania bloku BC-50 w EC Wrocław”. Ogłoszenie o wszczęciu postępowania zamieszczono w dniu 20 lipca 2007 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (Dziennik Urzędowy UE 2007/S 138-170921).

W dniu 8 lutego 2008 r., pismem z tej samej daty, Zespół Elektrociepłowni Wrocławskich KOGENERACJA S.A. z siedzibą we Wrocławiu, (zwany dalej „Zamawiającym”) poinformował PROCOM SYSTEM S.A. z siedzibą we Wrocławiu zwany dalej „Odwołującym” o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum firm: Instytut Automatyki Systemów Energetycznych Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Zakład Automatyki Przemysłowej INTEC sp. j. W.Codrow, P.Czecenikow, Zakład Automatyki Energetycznej Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, (zwanym dalej „Konsorcjum”).

W dniu 14 lutego 2008 r. Odwołujący (pismem z dnia 13 lutego 2008 r.) wniósł protest wobec czynności podjętych przez Zamawiającego w toku postępowania o zamówienie publiczne, poprzez:

1. nie odrzucenie oferty Konsorcjum, którego oferta jest sprzeczna z treścią SIWZ, ustawą z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655) (zwana dalej „ustawą Pzp”) i powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego jako oferta nie spełniająca wymogów określonych przez Zamawiającego w SIWZ;
2. nie odrzucenie oferty Emerson Process Management Power and Water Solutions Sp. z o. o z siedzibą w Warszawie, (zwanej dalej „Emerson”), której oferta jest sprzeczna z treścią SIWZ i ustawą Pzp i powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego jako oferta nie spełniająca wymogów określonych przez Zamawiającego w SIWZ;
3. naruszenie interesu prawnego firmy PROCOM SYSTEM S.A. z siedzibą we Wrocławiu, zwaną dalej „Odwołującym” poprzez wybór oferty Konsorcjum i nie odrzucenie ofert sprzecznych z ustawą i treścią SIWZ.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp, tj.:

1. naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, w ten sposób, że przygotowanie i przeprowadzenie postępowania powoduje niezachowanie zasad uczciwej konkurencji oraz nierówne traktowanie wykonawców;
2. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez nie odrzucenie ofert niezgodnych z ustawą i treścią SIWZ i niezachowanie zasad uczciwej konkurencji;
3. naruszenie art. 2 pkt 5 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nie wybranie najkorzystniejszej oferty.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o:

1. odrzucenie oferty Konsorcjum jako podmiotu, którego oferta jest niezgodna z SIWZ oraz z ustawą Pzp,
2. odrzucenie oferty Emerson jako podmiotu, którego oferta jest niezgodna z SIWZ oraz z ustawą Pzp,
3. wyboru najkorzystniejszej oferty spośród nie odrzuconych ofert, wyłącznie na podstawie kryteriów oceny ofert, określonych w SIWZ.

Pismem z dnia 18 lutego 2008 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu protestu, przekazał kopię protestu oraz wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu. Przedmiotową informację Zamawiający przekazał wykonawcom faksem w dniu 19 lutego 2008 r.

Pismem z dnia 19 lutego 2008 r. (wpływ bezpośredni do Zamawiającego w dniu 20 lutego 2008 r.) Emerson zgłosił przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

Pismem z dnia 20 lutego 2008 r. (wpływ do Zamawiającego w dniu 21 lutego 2008 r.) Konsorcjum zgłosiło przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

Pismem z dnia 22 lutego 2008 r. Zamawiający rozstrzygnął protest przez jego odrzucenie, mimo iż prawidłowo powinien protest oddalić. Przedmiotowe pismo Odwołujący otrzymał w dniu 22 lutego 2008 r.

Pismem z dnia 26 lutego 2008 r. (wpływ do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 28 lutego 2008 r.) Odwołujący wniósł odwołanie, podtrzymując zarzuty i wnioski wskazane w proteście, oraz wnosząc o jego uwzględnienie. Przedmiotowe odwołanie Odwołujący nadał pocztexem do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 27 lutego 2008 r., Zamawiający otrzymał odwołanie także w dniu 27 lutego 2008 r.

Pismem z dnia 7 marca 2008 r. (wpływ do Prezesa UZP w dniu 10 marca 2008 r.) Konsorcjum zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego.

W dniu 7 marca 2008 r., pismem z dnia 6 marca 2008 r., Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie.

Skład orzekający Izby na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, oraz po wysłuchaniu wyjaśnień i oświadczeń złożonych przez Strony na rozprawie, ustalił i zważył co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie jednego z zarzutów podniesionych wobec oferty Emerson.

Zarzut nie odrzucenia oferty Konsorcjum jako oferty nie spełniającej wymogów określonych przez Zamawiającego w SIWZ nie potwierdził się.

Konsorcjum, składając ofertę wstępną przedłożyło bowiem oryginalne pełnomocnictwo, udzielone przez Konsorcjum i podpisane przez wszystkich członków Konsorcjum. Pełnomocnictwo zostało udzielone Panu Edwardowi Ziaja i zgodnie z obowiązującymi przepisami jest ono ważne i wiążące dla Zamawiającego do momentu jego odwołania przez mocodawców pełnomocnika, a więc również w zakresie umocowania do podpisania oferty „właściwej”.

Rozdział V SIWZ „opis sposobu przygotowania oferty” nie wskazuje, jakie dokumenty wraz z ofertą należy złożyć, a jedynie wskazuje, w jaki sposób oferta ma być przygotowana. W pkt 9 tego rozdziału zawarty jest zapis dotyczący sposobu reprezentacji wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia. Niemniej jednak w przedmiotowym postępowaniu już przy składaniu oferty wstępnej takie pełnomocnictwo zostało złożone. Skoro więc jest ono nadal ważne i wiążące, brak jest podstaw żądania składania kolejnego pełnomocnictwa.

Zdaniem Izby nie znalazł potwierdzenia także zarzut dotyczący zaproponowania przez Konsorcjum dla bloku BCI jednej stacji wspólnej BC1, BC2, BC3. W SIWZ rozdział III „Specyfikacja techniczna” pkt 5.2.12. Zamawiający wskazał, iż przewiduje dostarczenie dwóch stacji inżynierskich, które zlokalizowane zostaną w pomieszczeniach sekcji komputerowej i sekcji zabezpieczeń. Nie sprecyzował jednak, czy stacje te mogą być wyposażone w dodatkowe systemy, czy też nie. W ofercie Konsorcjum (str. 16) zamieszczona jest ogólna struktura systemu automatyzacji MASTER dla bloku BC1, którego to schematu nie należy odczytywać z pominięciem tekstu opisowego ze strony 15 oferty, gdzie jednoznacznie wskazano, iż „stacje operatorskie BC1 obsługiwane byłyby przez wieloobiektowe stacje inżynierskie”. Zaoferowano więc co najmniej dwie stacje. Ponadto w punkcie 4.2.4.4. wskazał, iż zaproponowane stacje operatorskie i inżynierskie spełniają wymagania SIWZ.

Nie potwierdził się także zarzut, iż Konsorcjum nie przedłożyło rozdzielnic spełniającej wymogi SIWZ. W pkt 5.3.2 SIWZ Rozdział III „Specyfikacja techniczna” Zamawiający zawarł postanowienie „pozycja TEST (obwody główne rozłączone, obwody pomocnicze podłączone) dostępna w modułach wysuwanych wszystkie wielkości”. Konsorcjum zaproponowało w ofercie „pola sterowania (...) wyposażone (...) w rozłączniki bezpiecznikowe OESA lub OESA mini prod. ABB” – jak wynika z oferty – „wyposażone także w funkcję zamknięcia obwodów (...) co umożliwi przeprowadzenie testów układów sterowania bez podawania zasilania do odbiornika.” Z dokumentacji postępowania wynika, iż

rozdzielnic R92WPP jest produktem dowolnie konfigurowanym na etapie projektowania konkretnej instalacji elektrycznej i zaproponowana w ofercie jest wyposażona w „wyłączniki, które będą mogły być wysuwane”. Powyższe wskazuje zatem, że wykonawca zaoferował wysuwane załącznik w rozdzielnicy, czym wypełnił wymóg SIWZ. Nie można bowiem kwestionować faktu, że oferowane urządzenia są dedykowane przez wykonawcę w związku ze szczególnymi wymogami Zamawiającego.

Zarzut nie odrzucenia oferty Emerson, jako oferty sprzecznej z treścią SIWZ i ustawą Pzp, w zakresie jednego zarzutu, potwierdził się.

Zarzut dotyczący braku pełnomocnictwa, podobnie jak w przypadku oferty Konsorcjum, nie potwierdził się.

Emerson, składając wniosek o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu przedłożyło bowiem oryginalne pełnomocnictwo, udzielone przez Członka Zarządu firmy Emerson. Pełnomocnictwo zostało udzielone Panu Tomaszowi Kosikowi, na czas nieograniczony i zgodnie z obowiązującymi przepisami jest ono ważne i wiążące dla Zamawiającego do momentu jego odwołania przez mocodawcę pełnomocnika.

Zarzut dotyczący podania przez Emerson błędnej daty zakończenia prac montażowych i w konsekwencji złożenia oferty niezgodnej z SIWZ potwierdził się. Zamawiający w SIWZ Rozdział III „Specyfikacja techniczna” pkt 6 jako termin zakończenia prac montażowych na obiekcie wskazał „28.10.2008 r.” Datę tę jako datę zakończenia prac na obiekcie wskazał także w Rozdziale IV „Wzór umowy” (§2 ust. 1 umowy).

Emerson w złożonej ofercie (Formularz oferty pkt 4) jako termin wykonania zamówienia zadeklarował: „do dnia 29.10.2008 r.” Oznacza to, iż oferta jest niezgodna z SIWZ i jako taka podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zarzut, iż oferta Emerson podlega prawu Stanów Zjednoczonych Ameryki nie potwierdził się.

Zapis umieszczony, w dole strony, na stronie drugiej pisma przewodniego do złożonej oferty nie jest jednoznaczny z wyłączeniem stosowania prawa polskiego. Pismo to sporządzone jest – zgodnie z wyjaśnieniami Emerson - na papierze firmowym firmy.

Nie możliwym więc było wyłączenie z jurysdykcji prawa polskiego. Wyłącznie jest możliwe dopiero po zastrzeżeniu prawa opcji.

Zarzut wadliwego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie potwierdził się. W Rozdziale V SIWZ pkt 8 Zamawiający wskazał, iż w przypadku gdyby oferta zawierała informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, wykonawca winien w sposób nie budzący wątpliwości zastrzec,

o które informacje chodzi. Emerson prawidłowo wyodrębnił ze składanej oferty, poprzez umieszczenie w odrębnej kopercie załączonej do oferty, te elementy, które jego zdaniem stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a jedynie błędnie wskazał podstawę prawną ich wyłączenia. O uznaniu za tajemnicę przedsiębiorstwa decyduje charakter informacji, które zostały zastrzeżone, a nie wskazana przez wykonawcę podstawa prawna.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp potwierdził się, gdyż Zamawiający nie odrzucił oferty podlegającej odrzuceniu.

Zarzut naruszenia art. 2 pkt 5 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp nie potwierdził się, gdyż Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, spośród ofert nie podlegających odrzuceniu i zarzuty w stosunku do tej oferty nie potwierdziły się.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, nie uwzględniając kosztów zastępstwa prawnego pełnomocnika Odwołującego ze względu na nie przedłożenie faktury, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007r., Nr 128, poz. 886).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok/~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*