

WYROK

z dnia 15 marca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Radosław Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 marca 2013 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 marca 2013 r. przez wykonawcę

Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe Elbaco Sp. z o.o.

aleja Kasztanowa 17, 72-005 Przeclaw

w postępowaniu prowadzonym przez

Specjalistyczny Szpital im. prof. Alfreda Sokołowskiego

ul. Sokołowskiego 11, 70-891 Szczecin-Zdunowo

przy udziale wykonawcy **CLIMATIC Sp. z o.o. ul. Żytńia 6, Reguły, 05-816 Michałowice** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe Elbaco Sp. z o.o. aleja Kasztanowa 17, 72-005 Przeclaw i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe Elbaco Sp. z o.o. aleja Kasztanowa 17, 72-005 Przeclaw tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Przedsiębiorstwa Handlowo – Usługowego Elbaco Sp. z o.o. aleja Kasztanowa 17, 72-005 Przeclaw na rzecz Specjalistycznego Szpitala im. prof. Alfreda Sokołowskiego ul. Sokołowskiego 11, 70-891 Szczecin-Zdunowo kwotę 4 136 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sto trzydzieści sześć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu i wynagrodzenia pełnomocnika.

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 Szczecinie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Specjalistyczny Szpital im. prof. Alfreda Sokołowskiego w Szczecinie-Zdunowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „wykonanie robót budowlanych na dokończenie nowobudowanego skrzydła Szpitala Zdunowo w ramach realizacji projektu: RPOWZ/7.3.1/2009/001/PU/6/08PN (nr sprawy: 32/R/Rozbudowa RPOWZ/RB/2012)” 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 zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 14 grudnia 2012 r. pod numerem 266117, a wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

4 marca 2013 r. odwołujący – Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe ELBACO Sp. z o.o. wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niezastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 i niepoprawienie omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia w zakresie niewłaściwego wypełnienia harmonogramu, mimo że dokonanie takiej poprawy było obowiązkiem zamawiającego i nie spowodowałoby istotnych zmian w treści oferty, co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzez jego niezasadne zastosowanie i odrzucenie oferty odwołującego,

2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego niezasadne zastosowanie i odrzucenie oferty odwołującego ze względu na rzekome zaoferowanie sterowników PLC i urządzeń pomiarowych różnych producentów, mimo że treść tej oferty odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

3. art. 87 ust. 1 zdanie 1. ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego niezastosowanie, mimo że przed odrzuceniem oferty zachodziła konieczność wezwania odwołującego do udzielenia wyjaśnień.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego, powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego oraz zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Odwołujący wskazał, że zamawiający podał następujące powody odrzucenia oferty:

1. oferta nie jest zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż dołączony do oferty harmonogram nie został wypełniony wartościowo,
2. oferta nie jest zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż specyfikacja przewiduje wymóg zastosowania sterowników PLC i urządzeń pomiarowych jednego producenta, a odwołujący zaoferował zastosowanie sterowników PLC i urządzeń pomiarowych różnych producentów.

W rozdziale IV specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający określił, że realizacja przedmiotu zamówienia będzie przebiegała zgodnie z właściwym dla danej części zamówienia harmonogramem rzeczowo-finansowym według załączników. W odniesieniu do części IV zamówienia przedmiotowy harmonogram oznaczony został numerem 30.2. i stanowi integralną część specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W rozdziale X punkt 10. podpunkt 6. specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający wskazał następujący sposób wypełnienia harmonogramu: „Wykonawca winien dokonać podziału ceny oferty wpisując, nad wartością podanego przez Zamawiającego w/w odpowiednim harmonogramie udziału procentowego, do oznaczonych pól kwoty odpowiadającej % udziałów wartości robót tak jak zamawiający określił to w harmonogramie”.

Odwołujący omyłkowo, przez przeoczenie, wypełnił harmonogram jedynie w części obejmującej kwoty należne za poszczególne miesiące wykonania umowy. Niewypełnienie harmonogramu nie powoduje jednak niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, gdyż wzór harmonogramu, z którego wynika procentowy podział wartości inwestycji, został przez odwołującego podpisany i zaakceptowany. Wyłącznie przez przeoczenie wzór harmonogramu nie został wypełniony kwotowo. Niezależnie jednak od tego, czy harmonogram został wypełniony w sposób kwotowy i procentowy, czy wyłącznie procentowy, pociąga za sobą takie same obowiązki po stronie wykonawcy. Z tego względu częściowy brak wypełnienia harmonogramu kwotami nie oznacza niezgodności oferty ze specyfikacją. A nawet jeśli zamawiający uznał, że brak wypełnienia harmonogramu przesądza o niezgodności oferty z treścią specyfikacji, zobowiązany był przyjąć, iż chodzi tu o niezgodność w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i uprawniony był do poprawienia oczywistej omyłki i uzupełnienia harmonogramu. Oczywista omyłka nie musi polegać na pomyłkowej zmianie danych i może być też brakiem danych (przeoczeniem). Poprawienie tej oczywistej omyłki w żadnym razie nie doprowadziłoby do zmiany treści oferty (a więc tym bardziej do istotnej zmiany treści oferty), gdyż poszczególne kwoty jednostkowe w harmonogramie wynikają z narzuconego przez zamawiającego i zaakceptowanego przez odwołującego podziału procentowego oraz ceny oferty brutto.

Integralną część specyfikacji istotnych warunków zamówienia stanowią załączniki wyszczególnione w rozdziale XVIII, w szczególności projekt wykonawczy dokończenia robót budowlanych 29/U/ARCH/RPO/PW/IX/WIK/2/REV.3 oraz opis szczegółowy części IV zamówienia. W zakresie aparatury kontrolno-pomiarowej i automatyki przewidziano w specyfikacji zastosowanie m.in. sterowników PLC (34 sterowników PLC typu eBCON oraz DAC1146 produkowanych przez firmę Delta Controls) oraz urządzeń pomiarowych podłączanych do sterownika PLC. W projekcie przewidziane zostało zastosowanie następujących urządzeń pomiarowych: czujnik temperatury kanałowy 150mm typu TT-522/B/250; czujnik temperatury zanurzeniowy typu TT-541/B/250; czujnik temperatury opaskowy, 2m, typ TT-551/B; czujnik temperatury zewnętrznej, typ TT-531/B; przetwornik temperatury i wilgotności, typ RH-DT02; presostat różnicowy powietrza, typ PA-604-91; czujnik ciśnienia różnicowy powietrza, typ PA-267-1000-V; czujnik ciśnienia różnicowy powietrza, typ PA-699-07-V; czujnik temperatury zewnętrznej, typ TFD 524 004; termostat przeciwwamrozeniowy, typ ST-FRE1.

Urządzenia te produkowane są przez następujących producentów: Sontay Ltd., Huba Control AG i EBERLE Controls GmbH, zatem żadne z urządzeń pomiarowych przewidzianych w projekcie nie jest produkcji firmy Delta Controls. Delta Controls w ogóle nie jest producentem urządzeń pomiarowych. W sklepie internetowym hvac4you.pl prowadzonym przez Delta Controls Sp. z o.o. brak jest produktów firmy Delta Controls, a oferowane tam są ww. produkty, co do których wskazano jako producenta firmę Sontay Ltd. Gdyby producentem przedmiotowych urządzeń była firma Delta Controls, niewątpliwie zamieściłaby o tym informację w prowadzonym przez siebie sklepie internetowym.

W załączniku nr 13 (specyfikacja materiałowo-techniczna produktów równoważnych) odwołujący wskazał, że zamiast sterowników PLC produkowanych przez Delta Controls oferuje zastosowanie rodziny sterowników PLC i urządzeń pomiarowych firmy Schneider. Użyte sformułowanie „rodzina sterowników” oznacza nie tylko sterowniki PLC, lecz również dołączone do nich urządzenia pomiarowe. Schneider Electric Buildings Polska Sp. z o.o. produkuje nie tylko sterowniki PLC, lecz również wszelkie urządzenia pomiarowe, w tym odpowiedniki urządzeń projektowych przewidzianych w projekcie.

Wobec powyższego nie ulega wątpliwości, że nawet przy restrykcyjnym rozumieniu punktu 2.2.5. projektu oraz punktu 1.9 opisu szczegółowego części IV zamówienia, zgodnie z którym wszystkie urządzenia pomiarowe i wszystkie sterowniki PLC muszą pochodzić od jednego producenta, oferta odwołującego musi być uznana za zgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, gdyż wszystkie urządzenia pomiarowe i wszystkie sterowniki PLC, które zamierza zastosować odwołujący, pochodzą od jednego producenta (Schneider Electric Buildings Polska Sp. z o.o.).

Odwołujący wskazał też na niejasność i niespójność specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie producentów urządzeń. W punkcie 2.2.5. projektu dotyczącym aparatury pomiarowej wprowadzono następujący zapis: „W celu zapewnienia niezawodności całego systemu instalacji automatycznego sterowania wszystkie urządzenia będące urządzeniami pomiarowymi zarówno analogowe jak i cyfrowe wraz ze sterownikami PLC są jednego producenta. Zapewnia to kompatybilność, niezawodność oraz dostęp do szybkiego serwisu”. Identyczny zapis wprowadzono w punkcie 1.9 opisu szczegółowego części IV zamówienia. Tymczasem w części rysunkowej projektu przewidziano 34 sterowniki PLC produkowane przez Delta Controls oraz 10 rodzajów urządzeń pomiarowych produkcji Sontay Inc., Huba Control AG i EBERLE Controls GmbH.

Z uwagi na błąd edytorski nie jest możliwa ocena, czy wymóg określony w punkcie 2.2.5. projektu oraz punkcie 1.9. opisu szczegółowego części IV zamówienia odnosi się do wszystkich sterowników PLC, tj. nie sposób rozstrzygnąć, czy celem autora projektu było określenie, że wymóg tego samego producenta odnosi się do urządzeń pomiarowych oraz sterownika PLC, do którego te urządzenia są podłączone, czy też wszystkich urządzeń pomiarowych oraz wszystkich sterowników PLC niezależnie od ich wzajemnych konfiguracji. Rozstrzygnięcie tej wątpliwości nie jest możliwe w oparciu o treść części rysunkowej projektu, gdyż wynika z niej, iż żadne z przewidzianych w projekcie urządzeń pomiarowych nie jest produkcji Delta Controls. Oba możliwe sposoby interpretacji punktu 2.2.5. projektu są więc na gruncie części rysunkowej projektu niedopuszczalne. Z tego wynika zaś, że specyfikacja daje następujące możliwości interpretacyjne odnośnie wymogu pochodzenia urządzeń od jednego producenta: wszystkie urządzenia pomiarowe i wszystkie sterowniki PLC muszą pochodzić od jednego producenta albo określony sterownik PLC i podłączone do niego urządzenia pomiarowe muszą pochodzić od jednego producenta, albo wszystkie sterowniki PLC muszą pochodzić od jednego producenta a wszystkie urządzenia pomiarowe mogą pochodzić od różnych producentów, albo specyfikacja nie wprowadza żadnych ograniczeń dotyczących pochodzenia urządzeń od jednego producenta.

Zdaniem odwołującego wewnętrzna sprzeczność różnych części projektu pociąga za sobą wniosek, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie wprowadza żadnych ograniczeń dotyczących pochodzenia urządzeń od jednego producenta.

Przy tak niejasnej treści specyfikacji zamawiający jest uprawniony do wyboru wyłącznie tej interpretacji, która jest najmniej restrykcyjna dla wykonawcy. Powoływanie się przez zamawiającego na punkt 2.2.5. projektu lub punkt 1.9. opisu szczegółowego części IV zamówienia jest o tyle nieuzasadnione, że oba możliwe rozumienia tych zapisów są sprzeczne z rysunkową częścią projektu, który przewiduje sterowniki PLC firmy Delta Controls Inc., a urządzenia pomiarowe wyłącznie innych producentów.

Przeciwko przyjęciu, że punkt 2.2.5. projektu oraz punkt 1.9. opisu szczegółowego części IV zamówienia odnosi się zarówno do urządzeń pomiarowych, jak i sterowników PLC, przemawia również okoliczność, że oba punkty dotyczą wyłącznie aparatury pomiarowej, a w punkcie 1.3. opisu szczegółowego części IV, który wprost opisuje sterowniki PLC, nie wprowadzono wymogu ich pochodzenia od jednego producenta.

Sprzeczność między poszczególnymi fragmentami specyfikacji uwydatnia fakt, iż złożenie oferty w pełni zgodnej z częścią rysunkową projektu powinno doprowadzić do jej odrzucenia w oparciu o punkt 2.2.5. projektu oraz punkt 1.9. opisu szczegółowego części IV zamówienia. Okoliczność ta jest wystarczającą przyczyną do odmówienia zastosowania punktu 2.2.5. projektu oraz punktu 1.9. opisu.

Na analogicznym stanowisku stanęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 7 lutego 2013 r. (sygn. akt: KIO 135/13) w sprawie pomiędzy tymi samymi stronami. Oceniając rozbieżności pomiędzy poszczególnymi częściami projektu (w zakresie sterowników PLC i sterowników obiektowych) Krajowa Izba Odwoławcza trafnie wskazała, co następuje: „Ponadto za tym, że wymóg pkt 2.2.5 projektu nie dotyczył kontrolerów (sterowników obiektowych) przemawiała również analiza samego projektu. (...) Sprzeczne z zasadami logiki byłoby przyjęcie, że projektant z jednej strony nakłada obowiązek pochodzenia sterowników PLC i kontrolerów (sterowników obiektowych) od jednego producenta, a następnie projektuje wymaganie sprzeczne z postawionym przez siebie wymogiem.”

„Z ostrożności” odwołujący wskazał, że specyfikacja wprowadza co najwyżej takie ograniczenie, iż wszystkie sterowniki PLC muszą pochodzić od jednego producenta (producentem sterowników PLC w projekcie jest firma Delta Controls), a wszystkie urządzenia pomiarowe mogą pochodzić od różnych producentów.

Wychodząc z (błédnego) założenia, że w załączniku nr 13 odwołujący nie wskazał urządzeń pomiarowych, zamawiający powinien uznać, że odwołujący oferuje wszystkie sterowniki PLC produkcji Schneider Electric Buildings Polska Sp. z o.o. i urządzenia pomiarowe określone w projekcie, a więc produkcji Sontay Inc., Huba Control AG i EBERLE Controls GmbH. Rozwiązanie takie jest w pełni zgodne z projektem.

Zgodnie z art. 87 ust. 1 zd. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. I choć jest to uprawnienie, zamawiający nie może bez konsekwencji uchylić się od zastosowania przedmiotowego przepisu w sytuacji, gdy grozi to pochoptnym odrzuceniem oferty odpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. O ile więc zamawiający miał wątpliwości dotyczące sposobu rozumienia załącznika nr 13, powinien był zażądać od odwołującego wyjaśnień w tym względzie, tym bardziej, że załącznik ten nie był wypełniony przez zamawiającego w kolumnie obejmującej nazwę produktu w projekcie.

W odpowiedzi zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, obciążenie odwołującego kosztami postępowania oraz o przyznanie kosztów stawiennictwa na rozprawie i zastępstwa pełnomocnika procesowego.

Zamawiający podtrzymał prawidłowość dokonanego wyboru oferty złożonej przez Climatic Sp. z o.o. oraz wyjaśnił, że podstawą sporządzenia oferty w zakresie rzeczowo-finansowym była dokumentacja projektowa oraz specyfikacja istotnych warunków zamówienia. W „Projekcie wykonawczym dokończenia robót – projekt instalacji automatyki wentylacji i klimatyzacji, Symbol opracowania: 29/U/ARCH/RPO/PW/IX/WtK/2/REV.3” w punkcie. 2.2.5. „Aparatura pomiarowa” zamawiający zawarł określone wymagania w zakresie urządzeń oraz wyposażenia dla systemów sterowania: „W celu zapewnienia niezawodności całego systemu instalacji automatycznego sterowania wszystkie urządzenia będące urządzeniami pomiarowymi zarówno analogowe jak i cyfrowe wraz ze sterownikami PLC muszą być jednego producenta. Zapewnia to kompatybilność oraz dostęp do szybkiego serwisu.” Dodatkowo wymóg ten potwierdzony został w informacji nr 2 z 28 grudnia 2012 r. w odpowiedzi na pytanie 7. o treści „Czy Zamawiający wymaga, aby wszystkie elementy systemu jak sterowniki PLC oraz cała aparatura pomiarowa jak czujniki przetworniki były jednego producenta?”, odpowiedź: „Zgodnie z SIWZ”.

Wykonawca powinien zatem przygotować ofertę zgodnie z rozwiązaniami projektowymi lub zaproponować produkty równoważne, które spełniają wymagania postawione w dokumentacji projektowej i specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W przypadku zastosowania produktów równoważnych wykonawca miał obowiązek wypełnić załącznik nr 13 do specyfikacji, w którym należało podać nazwę produktu równoważnego oraz opis jego parametrów technicznych oraz załączyć karty katalogowe, certyfikaty oraz dokumenty potwierdzające przeznaczenie wyrobu.

Wykonawca w załączniku nr 13 do oferty zgłosił produkty równoważne w miejsce rozwiązań przewidzianych w projekcie. W pozycji nr 1 załącznika zaproponował w zakresie rodziny sterowników Delta Controls produkt równoważny, tj. rodzinę sterowników Xenta, Struxure Ware firmy Schneider, zaś w zakresie sterowników obiektowych rodziny Delta Controls, produkt równoważny, tj. sterowniki HVAC Systems, załączając jednocześnie do oferty karty katalogowe oraz deklaracje zgodności. Zaproponowane produkty równoważne ograniczają się jednak jedynie do sterowników, natomiast brak jest propozycji w zakresie urządzeń pomiarowych tego samego producenta co sterowniki, jak wymagał tego zamawiający. W załączniku tym brak jest również jakichkolwiek informacji i danych technicznych w tym zakresie. Oznacza to zatem, że zaproponowana przez wykonawcę zamiana sterowników Delta Controls na sterowniki Schneider Xenta Structure i HVAC System bez jednoczesnego wskazania wymaganych projektem urządzeń pomiarowych firmy Schneider nie spełnia

oczekiwać zamawiającego. Zamawiający nie może domyślać się z treści oferty, że odwołujący zaproponował również urządzenia pomiarowe firmy Schneider.

W projekcie nie wskazano nazw producentów urządzeń pomiarowych. Nazwę producenta Delta Controls wskazano w części opisowej projektu, jednakże stanowiło to konsekwencję wskazania w projekcie określonego typu urządzeń pomiarowych i wymogu opisanego w punkcie 2.2.5. projektu tak, aby sterowniki wraz z urządzeniami pomiarowymi pochodziły od jednego producenta. Firma Delta Controls jest producentem zarówno sterowników, jak i urządzeń pomiarowych, zaś w projekcie znalazły się poszczególne typy sterowników i urządzeń pomiarowych tego producenta. Zamawiający nie wymagał jednak zaoferowania przez wykonawców wyłącznie produktów firmy Delta Controls, bowiem dopuścił zaoferowanie produktów równoważnych przy zachowaniu podstawowego wymogu, aby zaoferowane równoważne sterowniki i urządzenia pomiarowe pochodziły wyłącznie od jednego producenta. Wymóg ten podyktowany był opisanymi w projekcie względami funkcjonalnymi. Gdyby do wykonania przedmiotu zamówienia wykonawca zastosował rodzinę sterowników firmy Schneider i urządzenia pomiarowe firmy Delta Controls, stałoby to w oczywistej sprzeczności z wymogami specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Również zarzut dotyczący harmonogramu jest nieuzasadniony. Harmonogram ten przewidziany był jako istotny element umowy, zaś jego cel i charakter określony został w § 2 ust. 1 pkt d) wzoru umowy: „Realizacja przedmiotu umowy przebiegać będzie zgodnie ze Szczegółowym Harmonogramem Wykonawcy, który ma być spójny z harmonogramem Rzeczowo-Finansowym Realizacji Projektu RPOWZ na dokończenie robót.” W Rozdziale X pkt 10 ust. 6 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający szczegółowo określił sposób wypełnienia przez wykonawcę wartościowo harmonogramu rzeczowo-finansowego potwierdzając to w wyjaśnieniach z 4 stycznia 2013 r. Zamawiający wymagał zatem od wykonawców wypełnienia harmonogramu według konkretnie określonego wzoru mając na uwadze, że stanowi on podstawę rozliczenia wykonawcy z wykonanych poszczególnych zakresów robót i jedną z podstaw uruchomienia transzy kredytu inwestycyjnego zaciągniętego przez zamawiającego.

Niespornym jest, że przez przeoczenie harmonogram nie został wypełniony zgodnie z wymogami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przyczyna wadliwego wypełnienia pozostaje bez znaczenia w sytuacji niemożności poprawienia harmonogramu w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Climatic Sp. z o.o. wnosząc o oddalenie odwołania.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz złożonych oświadczeń Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie 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.

Izba stwierdziła także, że stan faktyczny sprawy (przebieg postępowania o udzielenie zamówienia oraz treść złożonych dokumentów) nie jest sporny między stronami. Został on szczegółowo przedstawiony w stanowiskach stron, zatem nie ma potrzeby go powtarzać.

Co do zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty ze względu na nieprawidłowe wypełnienie harmonogramu rzeczowo-finansowego Izba uznała, że zarzut potwierdził się.

Bezsporne między stronami jest, że zamawiający przygotował wzór harmonogramu, w którym wskazał, że dla potrzeb harmonogramu zakres prac należy podzielić na trzy części: instalacja AKPiA w zakresie zasilania i sterowania instalacją wentylacji i klimatyzacji, instalacja AKPiA w zakresie zasilania i sterowania węzłem podgrzewania płyty ładowiska oraz instalacja AKPiA w zakresie zasilania i sterowania węzłem CO w rozdzielni ciepła, dla których to części trzeba było podać kwoty wartości dla okresu od lutego do grudnia 2013 r. Dla każdej z części w każdym z miesięcy oraz dla globalnej kwoty w okresie miesięcznym i kwartalnym zamawiający wskazał wartość procentową części ceny ofertowej, która ma być przypisana danej części w danym miesiącu. I tak np. instalacja AKPiA w zakresie zasilania i sterowania instalacją wentylacji i klimatyzacji w lutym to 10,57%, procentowy udział w całości to 4,85, instalacja AKPiA w zakresie zasilania i sterowania węzłem podgrzewania płyty ładowiska w lutym to 0%, instalacja AKPiA w zakresie zasilania i sterowania węzłem CO w rozdzielni ciepła w lutym to 5,61%, procentowy udział w całości to 0,91, wartość miesięczna wszystkich prac to 5,76%. Podobnie np. w lipcu instalacja AKPiA w zakresie zasilania i sterowania instalacją wentylacji i klimatyzacji to 32,60%, procentowy udział w całości to 14,97, instalacja AKPiA w zakresie zasilania i sterowania węzłem podgrzewania płyty ładowiska to 73,02%, procentowy udział w całości to 27,61, instalacja AKPiA w zakresie zasilania i sterowania węzłem CO w rozdzielni ciepła 1%, procentowy udział w całości to 0,16, wartość miesięczna za lipiec to 42,74%. Podobnie w pozostałych miesiącach.

Z tego wynika, iż zamawiający dokonał szczegółowego podziału wartości przedstawianych w harmonogramie pomiędzy poszczególne części i miesiące, a zadaniem wykonawców było jedynie dokonanie stosownych obliczeń arytmetycznych i wskazanie, jaka kwota w złotych odpowiada podanej wartości procentowej.

Odwołujący nie wypełnił rubryk harmonogramu w wersach dotyczących poszczególnych instalacji AKPiA, a jedynie podzielił cenę oferty pomiędzy poszczególne miesiące np. luty 65.779,20 (według wskazań zamawiającego miało to być 5,76%), marzec 94.786,00 (według wskazań zamawiającego miało to być 8,30%) itd.

Jak wyjaśnił odwołujący, nastąpiło to przez przeoczenie z jego strony.

Izba stwierdziła, że harmonogram nie został wypełniony zgodnie z formalnymi wymogami specyfikacji istotnych warunków zamówienia – i w tym zakresie strony są zgodne. Natomiast Izba podzieliła stanowisko odwołującego w zakresie skutków tego nieprawidłowego wypełnienia harmonogramu – owszem, formalnie nie odpowiada on wymogom zamawiającego, lecz merytorycznie nie jest z tymi wymogami sprzeczny. Wykonawca bowiem zgodził się na warunki realizacji zamówienia i płatności narzucone przez zamawiającego i zadeklarował wykonanie zamówienia zgodnie z wymaganiami. Kwestia, czy wartości liczbowe są podane procentowo jako część ceny oferty, czy kwotowo (w złotych), jest jedynie sprawą techniczną, gdyż i tak w rezultacie dadzą tę samą kwotę do zapłaty w złotych. I nie jest to istotne dla samej oferty – nawet w przypadku błędnego wskazania wartości liczbowych i tak należałoby je uznać za omyłki rachunkowe, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych powodów nawet nie byłoby bezwzględniej konieczności poprawienia tego braku wyliczenia jako omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, a dokonanie takiej poprawy służyłoby jako uczynienie zadość formalnościom.

Zdaniem zamawiającego nie jest jego zadaniem wypełnianie harmonogramu za wykonawcę i rzeczywiście najczęściej zamawiający takiego harmonogramu nie może poprawić, gdyż nie ma ku temu wystarczających danych. Natomiast w niniejszym postępowaniu sytuacja jest specyficzna, gdyż rolą wykonawcy nie było samodzielne ustalenie przebiegu płatności, lecz jedynie dokonanie przeliczeń według wskazań zamawiającego. Zrozumiałe jest, iż zamawiający w celu wprowadzenia poprawek musiałby włożyć nieco pracy w dokonanie obliczeń, ale skoro wymagał tego od wykonawców, to w konsekwencji przecież i tak musi dokonać sprawdzenia, czy obliczenia są prawidłowe. Poza tym, jak już Izba wskazywała wcześniej, przesłanką wskazaną w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie jest to, że omyłki mają być oczywiste czy łatwe do poprawienia, lecz to, czy dotyczą specyfikacji istotnych warunków zamówienia i czy są istotne dla oferty – oraz oczywiście, czy w ogóle zamawiający jest w stanie je poprawić.

Wobec powyższego Izba nie znalazła podstaw, by z tej przyczyny ofertę odwołującego odrzucić. Jednak dokonanie tej czynności (poprawienia harmonogramu) jest zbędne, gdyż Izba stwierdziła, że potwierdziła się druga z podstaw odrzucenia oferty.

Zamawiający dopuścił stosowanie produktów równoważnych w stosunku do wskazanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jednocześnie na str. 9 specyfikacji, w punkcie H „Produkty równoważne” wskazał, że w przypadku zastosowania produktów równoważnych wykonawca zobowiązany jest je wskazać w formularzu specyfikacji materiałowo-technicznej produktów równoważnych według załącznika nr 13 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a także przedstawić dokumenty wystawione przez podmioty uprawnione do kontroli jakości potwierdzające, że oferowane produkty są zgodne z wymaganiami zasadniczymi zgodnie z obowiązującymi dyrektywami unijnymi przeniesionymi na grunt prawa polskiego. W celu zaś potwierdzenia, że produkty te odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, należało dołączyć a) opisy oferowanych wyrobów określające co najmniej ich przeznaczenie, walory i parametry techniczno-użytkowe wymagane przez zamawiającego (opisy powinny stanowić dokumenty sporządzone przez wytwórcę lub jego autoryzowanego przedstawiciela, np. karty katalogowe, prospekty, DTR, instrukcje użytkowania) oraz b) atesty, aprobaty, certyfikaty CE i deklaracje zgodności.

Zamawiający wymagał więc wskazania produktów równoważnych w załączniku „Specyfikacja materiałowo-techniczna produktów równoważnych w zakresie robót budowlanych” oraz załączenia szeregu dokumentów dotyczących tych produktów.

Odwołujący wskazał w załączniku „nazwa produktu według projektu: rodzina sterowników Delta Controls; nazwa produktu równoważnego, producent, nr katalogowy: rodzina sterowników Xenta, StruxureWare firmy Schneider; opis parametrów technicznych produktu równoważnego: sterowniki swobodnie programowalne, magistrale LON, Modus, bagnet, zegar czasu rzeczywistego, budowany webserwer.” (Pozostałe pozycje tabeli zawierają produkty nieistotne dla rozstrzygnięcia sporu).

Z powyższego wynika więc jednoznacznie, że wykonawca jako produkty zamienne podał jedynie sterowniki firmy Schneider. Potwierdza to również fakt, iż nie załączył wymaganych dokumentów dotyczących urządzeń pomiarowych firmy Schneider.

Gdyby zamawiający nie wymagał ww. dokumentów dotyczących produktów równoważnych, ewentualne byłoby uznanie, że dopisanie przez zamawiającego również urządzeń pomiarowych firmy Schneider jest zmianą oferty, ale na tyle niewielką, że można ją uznać za nieistotną. Jednak w tym przypadku zamawiający musiałby nie tylko poprawić jako „omyłkę” brak wskazania tych urządzeń, ale także uzupełnić ofertę o dokumenty ich dotyczące, czyli opisy, karty katalogowe, prospekty, DTR, instrukcje użytkowania, atesty, aprobaty, certyfikaty CE, deklaracje zgodności itd. To zaś wyraźnie wykracza poza zakres art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Z kolei uzupełnienie tych dokumentów przez wykonawcę byłoby możliwe, gdyż zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazał, że żąda ich w celu potwierdzenia,

że produkty te odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, a więc są to dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych – pod warunkiem, że zamiar użycia urządzeń pomiarowych wynikałby ze sporządzonej przez odwołującego „Specyfikacji materiałowo-technicznej produktów równoważnych w zakresie robót budowlanych” (a tego, jak Izba wskazała powyżej, nie ma).

Natomiast, zdaniem Izby, jednoczesne uzupełnienie wykazu przez zamawiającego o wpisanie urządzeń pomiarowych firmy Schneider oraz wezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentów ich dotyczących, byłoby zbyt daleką idącą zmianą oferty, wykraczającą poza art. 87 ust. 2 pkt 3 i naruszającą zakaz zmiany treści oferty zawarty w art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba uznała też, że ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynika w sposób jednoznaczny wymóg, aby wszystkie urządzenia pomiarowe i sterowniki PLC pochodziły od jednego producenta.

Wynika to z przywoływanego przez strony punktu 2.2.5. „Projektu wykonawczego dokończenia robót – projekt instalacji automatyki wentylacji i klimatyzacji, Symbol opracowania: 29/U/ARCH/RPO/PW/IX/WtK/2/REV.3” oraz punktu 1.9. opracowania „Wykaz dokumentacji projektowej bezpośrednio związanej z obszarem działania Wykonawcy Części IV przedmiotu zamówienia”. Punkt 2.2.5. i 1.9. mają analogiczną treść, jedynie punkt 2.2.5. ma formę opisową, co zostało zaprojektowane, a punkt 1.9. formę polecenia (dla wykonawcy) – poprzez użycie wymogu „muszą”. Punkt 1.9. „Aparatura pomiarowa” brzmi: „W celu zapewnienia niezawodności całego systemu instalacji automatycznego sterowania wszystkie urządzenia będące urządzeniami pomiarowymi zarówno analogowe jak i cyfrowe wraz ze sterownikami PLC muszą być jednego producenta. Zapewnia to kompatybilność oraz dostęp do szybkiego serwisu.”

Rzeczywiście w tekście nie odmieniono słowa „sterowniki”, podczas gdy reguły gramatyczne wymagają użycia narzędnika „sterownikami”, jednak zdaniem Izby nie wpływa to w żaden sposób na rozumienie tekstu. Zdaniem Izby wymóg odnosi się do tego, że wszystkie 34 sterowniki PLC i przypisane im urządzenia pomiarowe muszą pochodzić od jednego producenta. Wskazuje na to nie tylko użycie słowa „wszystkie”, ale też dodatkowa informacja o kompatybilności i dostępie do serwisu.

Rzeczywiście zamawiający odniósł ten wymóg tylko do sterowników PLC, a nie wszystkich zaprojektowanych sterowników – na co zwróciła uwagę Izba w wyroku o sygn. KIO 135/13, Izba jednak nie zajmowała się kwestią dopasowania sterowników PLC i urządzeń pomiarowych i nie orzekła w tym zakresie, uznając, że wykracza to poza podstawy pierwszego odrzucenia oferty odwołującego i tym samym zarzuty odwołania.

I tak też z drugiej strony pozostałe sterowniki (czy kontrolery) nie mają znaczenia dla niniejszego rozstrzygnięcia (czy są tego samego, czy różnych producentów), gdyż wymóg dotyczy tylko sterowników PLC.

Zresztą nawet gdyby uznać, tak jak wskazuje odwołujący jako jedną z opcji, że wymóg ten oznacza, iż to określony sterownik PLC i podłączone do niego urządzenia pomiarowe mają pochodzić od jednego producenta, to i tak nie ma to znaczenia, gdyż odwołujący w swojej ofercie takiej opcji nie przewiduje. Lecz przeczy temu użycie wymogu „wszystkie” z dodaniem, że i analogowe, i cyfrowe, a nie np. „każda para”.

Podobnie nieprawidłowe jest rozumienie, że wszystkie sterowniki PLC muszą pochodzić od jednego producenta, a wszystkie urządzenia pomiarowe mogą pochodzić od różnych producentów (albo nawet od jednego, ale innego niż producent sterowników) – zamawiający wskazał, że „wszystkie” urządzenia pomiarowe „wraz ze sterownikami PLC”, czyli zakres obejmuje oba rodzaje urządzeń („wraz z”). Poza tym wskazana kompatybilność urządzeń jak najbardziej dotyczy pary urządzenie pomiarowe – sterownik.

Nie można również przyjąć, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie wprowadza żadnych ograniczeń dotyczących pochodzenia urządzeń od jednego producenta, gdyż przeczy temu samo istnienie punktów 2.2.5. projektu wykonawczego i 1.9. „Szczegółowego zakresu rzeczowego Części IV przedmiotu zamówienia”. Wymóg ten dla swojej skuteczności nie musi też być powtarzany kolejno w każdym z punktów, np. i dotyczącym sterowników, i aparatury pomiarowej, wystarczy, że został zawarty w jednym z nich.

Jak wynika z wyjaśnień zamawiającego i projektanta w trakcie sporządzania projektu był on przekonany, że zarówno sterowniki, jak i urządzenia pomiarowe, które wskazał w projekcie, są produkowane przez firmę Delta Control. Takie też stanowisko zamawiający i projektant prezentowali podczas rozprawy. Nawet więc jeśli projektant pozostawał w błędzie co do tożsamości producenta, to realizował założenie zawarte w punkcie 2.2.5. projektu wykonawczego oraz punkcie 1.9. załącznika nr 30.2.

Fakt ten jednak nie został jednoznacznie stwierdzony podczas rozprawy i jest to kwestia wtórna, nie mająca istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia, bowiem gdyby nawet się potwierdziła, to użycie w ofercie w tym zakresie wyłącznie urządzeń zaprojektowanych chroniłoby tego wykonawcę, który je zaoferował – na zasadzie pewniej rękojmi dawanej przez specyfikację istotnych warunków zamówienia. Natomiast sytuacja taka nie zaistniała u odwołującego, który nie zastosował tylko urządzeń zaprojektowanych, lecz część z nich wymienił – powinien zatem dostosować się do wymogu zawartego w punkcie 1.9. „Szczegółowego zakresu rzeczowego Części IV przedmiotu zamówienia”.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji odwołanie oddalając.

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 1, § 3 i § 5 ust. 3 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: