

Sygn. akt KIO/2509/10

WYROK
z dnia 1 grudnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 listopada 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 18 listopada 2010 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Limes Sp. z o.o. (pełnomocnik), 2. Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe LIMES Czesław Tumin, Ewa Piątek Spółka Jawna, 3. „ENERGO-MOC” WZORCOWNIA Sp. z o.o., 4. Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Jagiellońska 14, 58-100 Świdnica** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest **RWE Stoen Operator Sp. z o.o., ul. Piękna 46, 00-672 Warszawa**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Limes Sp. z o.o. (pełnomocnik), 2. Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe LIMES Czesław Tumin, Ewa Piątek Spółka Jawna, 3. „ENERGO-MOC” WZORCOWNIA Sp. z o.o., 4. Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Jagiellońska 14, 58-100 Świdnica i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Limes Sp. z o.o. (pełnomocnik), 2. Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe LIMES Czesław Tumin, Ewa Piątek Spółka Jawna, 3. „ENERGO-MOC” WZORCOWNIA Sp. z o.o., 4. Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Jagiellońska 14, 58-100 Świdnica** stanowiący koszty postępowania odwoławczego,

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Limes Sp. z o.o. (pełnomocnik), 2. Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe LIMES Czesław Tumin, Ewa Piątek Spółka Jawna, 3. „ENERGO-MOC” WZORCOWNIA Sp. z o.o., 4. Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Jagiellońska 14, 58-100 Świdnica** na rzecz **RWE Stoen Operator Sp. z o.o., ul. Piękna 46, 00-672 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony 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 w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – RWE Stoen Operator Sp. z o.o. ul. Piękna 46 00-672 Warszawa prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę zalegalizowanych liczników bezpośredniej energii elektrycznej”, w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 18 sierpnia 2010 r. pod numerem 2010/S 159-246238.

Dnia 8 listopada 2010 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania, tj. o wyborze oferty najkorzystniejszej, w części 2 zamówienia, która została złożona przez F.A.P. PEFAL S.A., ul. Łukasińskiego 26; 58-100 Świdnica.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodzili się wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: 1. Limes Sp. z o.o. (pełnomocnik), 2. Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe LIMES Czesław Tumin, Ewa Piątek Spółka Jawna, 3. „ENERGO-MOC” WZORCOWNIA Sp. z o.o., 4. Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Jagiellońska 14, 58-100 Świdnica (zwani dalej „Odwołującym”) i dnia 18 listopada 2010 roku wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od czynności Zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty oraz zaniechaniu czynności Zamawiającego, do których jest on zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. nieprzyznanie wymaganych punktów ofercie Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu

- 1) naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez nieprzeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
- 2) naruszenie art. 7 ust. 3 ustawy Pzp przez udzielenie zamówienia wykonawcy niezgodnie z przepisami ustawy Pzp,
- 3) naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez wybór oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o:

1. Nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia 8 listopada 2010 roku polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej.
2. Nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności oceny ofert a w konsekwencji wybór oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej ekonomicznie w przedmiotowym postępowaniu.
3. Uwzględnienie niniejszego odwołania, jako w pełni zasadnego.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający przy dokonywaniu oceny ofert, nie może odstępować od wymogów określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż

prowadzi to do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.
Skoro

w punkcie 17 s.i.w.z. Zamawiający przedstawił kryteria oceny ofert, a w punkcie 18 zasady wyboru i udzielenia zamówienia powinien w pełni respektować zawarte tam postanowienia.

Podstawą naliczania punktów oceny każdej oferty jest protokół badania liczników zgłoszonych do przetargu. Odwołujący składał ofertę tylko na zadanie 2 i były to liczniki oznaczone symbolem DDSD285 i DTSD545 . Zamawiający w :

- 1) tabeli 1f protokołu badania liczników w punkcie „*rejestracja 15 - minutowego profilu obciążenia energii czynnej min. 6 m-cy*” nie przyznał ofercie Odwołującego żadnego punktu mimo, że w specyfikacji technicznej, załącznik nr 5 do oferty Limes sp. z o.o. w tabeli 2.1 w punkcie 20 Wykonawca potwierdził spełnienie tego wymogu i powinien uzyskać za spełnienie tego warunku dodatkową ocenę w wysokości 2,5 pkt,
- 2) tabeli 3F protokołu badania liczników w punkcie „*rejestracja 15 - minutowego profilu obciążenia energii czynnej min. 6 m-cy*” nie przyznał ofercie Odwołującego żadnego punktu mimo, że w specyfikacji technicznej, załącznik nr 5 do oferty Limes sp. z o.o., w tabeli 2.2 w punkcie 21 Wykonawca potwierdził spełnienie tego wymogu i powinien uzyskać za spełnienie tego warunku dodatkową ocenę w wysokości 2,5 pkt.

Ponieważ różnica w ocenie ofert pomiędzy firma PAFAL S.A a LIMES sp. z o. o wynosi jedynie 3,04 pkt, to po zaliczeniu niesłusznie odebranych Odwołującemu punktów, jego oferta byłaby najkorzystniejsza i powinna być za taką uznana przez Zamawiającego.

Kopię odwołania, Odwołujący przekazał Zamawiającemu w dniu 17 listopada 2010 roku.

Zamawiający, dnia 17 listopada 2010 roku wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia odwołania.

Dnia 22 listopada 2010 roku wykonawca F.A.P. PAFAL S.A. z siedzibą w Świdnicy zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego – po stronie Zamawiającego.

Zamawiający, dnia 26 listopada 2010 roku wniósł odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza nie dopuściła wykonawcy F.A.P. PAFAL S.A. z siedzibą w Świdnicy do udziału w postępowaniu odwoławczym, z uwagi na niedochowanie terminu na skuteczne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Zgłaszający przystąpienie, na posiedzeniu oświadczył, iż wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym otrzymał dnia 17 listopada 2010 roku.

Zgodnie z przepisem art. 185 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych, zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania.

Tym samym termin na skuteczne zgłoszenie do postępowania odwoławczego upływał dnia 20 listopada 2010 roku. Zgłaszający przystąpienie w dniu 22 listopada 2010 roku uchybił powyższemu terminowi, dlatego też Izba postanowiła o niedopuszczeniu wykonawcy F.A.P. PAFAL S.A. z siedzibą w Świdnicy do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Zamawiający w Załączniku nr 5 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia - Specyfikacji Technicznej w pkt 2 postawił wymagania szczegółowe odnośnie parametrów technicznych liczników energii elektrycznej jednofazowych i trójfazowych. Parametry techniczne oznaczone w tabeli mianem „standard” były wymogami koniecznymi, niespełnienie których powodowałoby odrzucenie oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Pozostałe parametry oznaczone, jako „opcja” były wymogami dodatkowymi, za które wykonawca mógł zdobyć punkty w kryterium oceny ofert - parametry techniczne.

Dla liczników jednofazowych, jak i trójfazowych, „*rejestracja 15-minutowego profilu obciążenia energii czynnej min. 6 m-cy*” była oznaczona, jako „opcja” (pkt 2.1 poz. 20 tabeli dla liczników jednofazowych oraz pkt 2.2 poz. 21 dla liczników trójfazowych).

Zgodnie z pkt 17 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający za wykazanie spełniania w/w opcjonalnego wymogu, polegającego na zapewnieniu w oferowanym liczniku rejestracji 15-minutowego profilu obciążenia energii czynnej min. 6 m-cy, przewidział gratyfikację punktową w wysokości 2,5 pkt dla każdego licznika (łącznie 5 pkt).

W celu przeprowadzenia oceny technicznej ofert, Zamawiający w pkt 13 ppkt 5.5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia żądał próbki licznika jednofazowego bezpośredniego (1 sztuka) oraz próbki licznika trójfazowego bezpośredniego (1 sztuka) wraz z oprogramowaniem umożliwiającym dokonanie oceny spełniania wymagań technicznych postawionych przez Zamawiającego w s.i.w.z. i dokonania oceny ofert w kryterium parametry techniczne.

Zamawiający nie żądał załączenia do oferty jakiegokolwiek formularza technicznego.

Zamawiający, w celu potwierdzenia informacji wskazanej przez wykonawców w dokumencie załączanym do oferty, tj. zapewnienia możliwości rejestracji 15-minutowego profilu obciążenia energii czynnej min. 6 m-cy, przeprowadzał badanie oferty z próbki przy wykorzystaniu oprogramowania dostarczanego przez wykonawców.

Z okoliczności sprawy wynika, iż Odwołujący nie załączył do oferty wymaganej postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia próbki oferowanych liczników jak i wymaganego oprogramowania.

Zamawiający, pismem z dnia 1 października 2010 r. wezwał Odwołującego, w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia powyższego braku.

Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia, przedłożył stosowne oprogramowanie.

Na podstawie złożonych próbek oraz oprogramowania Zamawiający dokonał merytorycznej oceny ofert.

W celu potwierdzenia spełniania wymaganych funkcji liczników Zamawiający skorzystał z pomocy wyspecjalizowanej, w przedmiotowym zakresie firmy ANDRA sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, która w oparciu o wiedzę swoich pracowników, jak i biegłych powołanych przez Zamawiającego dokonała badania ofert. Wynik powyższych badań, przeprowadzonych w dniach 22 i 25 października 2010 roku, ujawniony w Sprawozdaniu stanowił podstawę do przyznania punktów w parametrach określonych przez Zamawiającego, jako „opcja”.

Przeprowadzone badanie ujawniło, iż przedmiot oferowany przez Odwołującego nie spełnia opcjonalnego wymogu, polegającego na zapewnieniu w oferowanym liczniku rejestracji 15-minutowego profilu obciążenia energii czynnej min. 6 m-cy.

Dlatego też Zamawiający nie przyznał Odwołującemu dodatkowych punktów w tym zakresie.

Izba stwierdziła, iż Zamawiający nie żądając od wykonawców specyfikacji technicznych, kart produktów, katalogów firmowych, itp. instrukcji zawierających szczegółowe parametry, rozwiązania techniczne oferowanych liczników nie zaniechał badania ofert pod kątem zgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przedmiot porównania został określony w sposób bardziej bezpośredni, tj. fizyczne badanie zgłoszonych próbek przez sprawdzenie funkcji przy użyciu oprogramowania dostarczonego przez wykonawców.

Krajowa Izba Odwoławcza zwraca uwagę na fakt, iż Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia jasno sprecyzował obowiązek dostarczenia oprogramowania umożliwiającego dokonanie oceny spełniania wymagań technicznych postawionych przez Zamawiającego. Tak więc, to na wykonawcy spoczywał bezwzględny obowiązek umożliwienia Zamawiającemu dokonania prawidłowej oceny zgłoszonych do oceny liczników. Skoro zatem, Odwołujący uchybił powyższemu obowiązkowi, to w następstwie nie może wywodzić negatywnych, wobec własnej oferty, skutków od czynności oceny ofert poczynionych przez Zamawiającego.

Izba pozostawiła bez rozpoznania zarzuty Odwołującego stawiane na rozprawie w zakresie nieprawidłowości badania przeprowadzonego przez Zamawiającego, kwestionowania wyników przeprowadzonych testów w oparciu o oprogramowanie dostarczone przez Odwołującego, braku umiejętności, czy też znajomości oprogramowania biegłych powołanych przez Zamawiającego, którzy przeprowadzali testy, braku umiejętności, czy też znajomości oprogramowania przez osoby wykonujące testy, powołane przez Zamawiającego w charakterze biegłych, reprezentujące firmę ANDRA sp. z o.o., oferty konkurencyjnej firmy PAFAL S.A., gdyż zgodnie z przepisem art. 192 ust. 7 ustawy - Prawo zamówień publicznych, Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Odwołujący w odwołaniu podważał jedynie okoliczność nieprzyznania Odwołującemu punktów za sporny parametr, gdyż w jego ocenie samo wpisanie oferowanej opcji, jako zaproponowanej, winno skutkować przyznaniem odpowiedniej liczby punktów. Z okoliczności powyższej wywiódł zarzuty naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 7 ust. 1, art. 7 ust. 3 oraz art. 91 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

W ocenie Izby, Zamawiający nie naruszył w/w przepisów ustawy Pzp, czego dowodem jest „Protokół badania liczników zgłoszonych do przetargu”, z którego wynika, iż Zamawiający na równi traktował wszystkich uczestników postępowania, gdyż jeżeli któryś z wykonawców

nie spełniał oferowanego parametru nie otrzymywał dodatkowych punktów (np. licznik 12EA5m/1, parametr „protokół komunikacyjny SML” – 0 pkt, licznik 16EC3m/1, parametr „protokół komunikacyjny SML” – 0 pkt, parametr „rejestracja 15-minutowego profilu obciążenia energii biernej, min. 63 dni” – 0 pkt).

Zgodnie z przepisem art. 190 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.

Izba nie uwzględniła wniosku Odwołującego o zobowiązanie Zamawiającego do przekazania szczegółowych wyników badań przeprowadzonych przez spółkę Andra, z których wynikać powinno, w jaki sposób i ewentualnie, jakich parametrów oferowane przez Odwołującego rozwiązanie nie spełnia, gdyż dowód powyższy powołany został jedynie dla zwłoki i nie odnosi się do zarzutów stawianych w odwołaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza nie uwzględniła wniosku Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z oględzin liczników przez niego oferowanych i oprogramowania, które do tego licznika zostały zaproponowane Zamawiającemu, gdyż w ocenie Izby dowód powyższy powołany został jedynie dla zwłoki (Odwołujący miał możliwość przygotowania przedmiotowego dowodu we własnym zakresie, przed rozprawą), a ponadto koniecznym byłoby przeprowadzenie dowodu z próbek dostarczonych Zamawiającemu do oferty, a nie własnych, innych niż były przedmiotem badania Zamawiającego. Ponadto Odwołujący w odwołaniu nie kwestionował wyników badań, tym samym przeprowadzenie powyższego dowodu nie dotyczyłoby zarzutów stawianych w odwołaniu.

Innych dowodów Odwołujący nie zgłosił.

W związku z powyższym orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b) 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), uwzględniając koszty Zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł 00 zł.

Przewodniczący:

.....