

Sygn. akt KIO/UZP 113/07

WYROK
z dnia 29 stycznia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Członkowie: Jolanta Markowska
Małgorzata Rakowska

Protokolant: Edyta Skowrońska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 stycznia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Fabrykę Aparatury Pomiarowej „PAFAL” S.A., ul. Łukasińskiego 26, Świdnica** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **ENEA Operator Sp. z o.o. Departament Usług Operatorskich i Taryf, ul. Strzeszyńska 58, Poznań** protestu z dnia 13 grudnia 2007r.

przy udziale zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego..... po stronie odwołującego się oraz po stronie zamawiającego*.

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego,**

2. kosztami postępowania obciąża **ENEA Operator Sp. z o.o. Departament Usług Operatorskich i Taryf, ul. Strzeszyńska 58, Poznań**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 064 zł 00gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote, zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Fabrykę Aparatury Pomiarowej „PAFAL” S.A., ul. Łukasińskiego 26, Świdnica,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 4064zł 00 gr. (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote, zero groszy) przez **ENEA Operator Sp. z o.o. Departament Usług Operatorskich i Taryf, ul. Strzeszyńska 58, Poznań** na rzecz **Fabryki Aparatury Pomiarowej „PAFAL” S.A., ul. Łukasińskiego 26, Świdnica,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu,
- 3) dokonać wpłaty kwotyzł ... gr (słownie:.....) przez na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15936 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych, zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Fabryki Aparatury Pomiarowej „PAFAL” S.A., ul. Łukasińskiego 26, Świdnica.**

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „dostawa nielegalizowanych liczników energii elektrycznej i zegarów sterujących”, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, Odwołujący - Fabryka Aparatury Pomiarowej PAFAL S.A. z siedzibą w Świdnicy, wniósł protest, dotyczący postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w części:

- rozdział II pkt 3 – opis przedmiotu zamówienia – wymagania techniczne,
- rozdział I pkt 14- kryteria oceny ofert.

Jako zarzuty protestu wskazał naruszenie przez Zamawiającego – ENEA Operator Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. Dz 2007r. Nr 223,poz.1655):

- 1) art.29 ust.1 i 2 ustawy poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i naruszający art. 7 ust.1,
- 2) art.91 ust.2 w związku z art. 7 ust 1 ustawy poprzez określenie kryterium oceny ofert w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
- 3) art.25 ustawy poprzez żądanie polisy lub innego dokumentu ubezpieczenia ważnego w całym okresie realizacji zamówienia.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący podał, że opisując przedmiot zamówienia, na str. 32 i 37 SIWZ, zarówno do liczników energii elektrycznej, jak i do zegarów, Zamawiający postawił wymaganie, że urządzenia te muszą wykazywać „obiektywnie dużą odporność na działanie zewnętrznego pola magnetycznego”.

W ocenie Odwołującego, tak sformułowany wymóg ewidentnie narusza przepis art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż sformułowanie „obiektywnie duża odporność” jest bardzo nieprecyzyjne, nieściśle i może być różnie interpretowane i oceniane.

Poza tym, Zamawiający w rozdziale II, str.37-39 SIWZ żądał, by zegar był przystosowany do łatwego przeprogramowania manualnego i dodatkowego, np. przy pomocy pilota, posiadał podwójne zabezpieczenie (mechaniczne i dodatkowe np. w postaci blokady klawiatury przy pomocy pilota) oraz posiadał dokładność chodu – max. odchyłka 3s/miesiąc.

W ocenie Odwołującego sformułowania zawarte w SIWZ mają na celu ograniczenie możliwości realizacji zamówienia do jedynej wykonawcy na rynku, którym jest firma Energomiary Sp. z o.o., będąca spółką zależną ENEA S.A. Powyższe twierdzenie uzasadnia fakt, że dodatkowe programowanie, i to przy pomocy pilota, ma tylko zegar wskazanej firmy.

Wykonawca ten ma też dodatkowe zabezpieczenie klawiatury i to w postaci pilota blokującego klawiaturę.

Również wymóg w zakresie dokładności chodu zegara, dopuszczający maksymalną odchyłkę 3s/miesiąc jest wskazaniem wykonawcy, spółki Energomiar, gdyż dokładność chodu zegarów innych producentów jest nie gorsza niż 0,5 s/dobę. Zegary tych producentów spełniają normę obowiązującą w Polsce PN-EN 62054-21:2006 „Urządzenia do pomiarów energii elektrycznej-Część 21: Urządzenia do sterowania taryfami i obciążeniem”.

Zdaniem Odwołującego się powyższe wymogi naruszają przepisy art. 29 ust. 2 i art. 30 ust. 1 ustawy Pzp. Należało zatem umożliwić wykonawcom wzięcie udziału w postępowaniu poprzez dopuszczenie złożenia oddzielnej oferty na same zegary. W przeciwnym razie wymaganiom Zamawiającego może sprostać tylko wskazywana spółka, która jest producentem zegarów. Liczniki energii elektrycznej stanowią 90% wartości zamówienia, natomiast zegary 10%.

W zakresie drugiego zarzutu, dotyczącego kryterium oceny ofert, Odwołujący podał, że:

- sposób wprowadzania nowych taryf pilotem (wymagane w SIWZ podwójne programowanie i przeprogramowanie - manualne i pilotem) i przyznanie najwyższej punktacji za wprowadzenie taryf pilotem oraz
 - ocena ilości komórek pamięci (parametr stanowiący rozwiązanie techniczne producenta, a nie funkcjonalne), punktowana maksymalnie,
- narusza przepisy art. 91 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, gdyż wskazane funkcje w najwyższym stopniu spełnia podana firma konkurencyjna.

Zarzut dotyczący serwisu gwarancyjnego i pogwarancyjnego, gdzie punktację przewidziano za dokonanie wymiany urządzenia wadliwego na wolne od wad w terminie 3 kolejnych dni kalendarzowych, przy wskazaniu przez Zamawiającego miejsca odbioru wadliwego urządzenia i dostarczenia urządzenia wolnego od wad przez wykonawcę, w ocenie Odwołującego, preferuje wykonawców z terenu Zamawiającego.

Na stronie 9 SIWZ pkt 7.3.c) Zamawiający postawił wymóg dostarczenia polisy ubezpieczeniowej lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej w okresie realizacji zamówienia, tj do 31.12.2008r. Zdaniem Odwołującego, wymóg ten narusza przepisy rozporządzenia wykonawczego do ustawy Pzp w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający. Odwołujący twierdzi, że przepisy ustawy i rozporządzenia nie uprawniają Zamawiającego do żądania polisy ze wskazanym okresem ubezpieczenia.

Zamawiający rozstrzygnął protest, podając w piśmie z dnia 21.12.2007 r., że protest oddała w całości. Z treści uzasadnienia rozstrzygnięcia wynika, że Zamawiający protest uwzględnił w zakresie zarzutu, odnoszącego się do określenia ważności polisy ubezpieczeniowej. Stwierdził, że w istocie powinna być ona ważna na dzień składania ofert, zatem dokona modyfikacji treści SIWZ poprzez dodanie w pkt 7.3.c) zdania drugiego w brzmieniu: „W przypadku, gdy załączona przez wykonawcę do oferty polisa nie będzie obejmowała całego okresu zamówienia będącego przedmiotem niniejszego postępowania, Wykonawca taki w przypadku wyboru jego oferty będzie zobowiązany przed podpisaniem umowy przedłożyć Zamawiającemu polisę potwierdzającą posiadanie wymaganego wyżej ubezpieczenia obejmującego cały okres realizacji zamówienia”.

W pozostałym zakresie Zamawiający oddalił protest. W uzasadnieniu rozstrzygnięcia wyjaśnił jak należy rozumieć wymóg, dotyczący wykazania obiektywnie dużej odporności na działanie zewnętrznego pola magnetycznego zegarów sterujących, jak i liczników energii elektrycznej. Określenie to w/g Zamawiającego „należy w przypadku zegarów sterujących rozumieć jako utrzymanie przez zegar sterujący czasu rzeczywistego, zaprogramowanych stref czasowych oraz utrzymanie zadeklarowanej odchyłki chodu. W przypadku liczników energii elektrycznej przez obiektywną odporność na wpływ pola magnetycznego należy rozumieć utrzymanie podstawowego błędu licznika w granicach określonych klasą dokładności przy przyłożeniu magnesu neodymowego do obudowy licznika”.

Zamawiający podał, że Polskie Normy wyznaczają standardy minimalne, natomiast Zamawiający, nie naruszając przepisu art. 30 ust. 1 Pzp, ma prawo określić przedmiot zamówienia, w taki sposób, który dotyczy asortymentu o parametrach lepszych niż te, które zostały wskazane w normach.

Zamawiający podał, że jego wymagania, stawiane zegarom sterującym, nie zmieniły się od kilku lat. Dotyczy to dodatkowego sposobu programowania, podwójnego zabezpieczenia przed dostępem do zmiany programu, przełączeń oraz dokładności chodu. Zdaniem Zamawiającego rezygnacja z tych wymagań doprowadziłaby do zakupu wyrobów o obniżonej wartości. Zamawiający podał, że zgodnie z art. 32 ust. 4 Pzp decyzja w przedmiocie czy dopuścić do składania ofert częściowych w postępowaniu, czy udzielić zamówienia w częściach, należy wyłącznie do Zamawiającego.

Zamawiający nie skorzystał z podziału zamówienia na części, gdyż podał, że zgodnie z rozporządzeniem systemowym, które definiuje pojęcie układu pomiarowo-rozliczeniowego jako liczniki i inne urządzenia pomiarowe, które instaluje na własny koszt (dla IV, V grupy przyłączeniowej) Zamawiający – przyjął jako jedno postępowanie bez możliwości składania ofert częściowych.

Zdaniem Zamawiającego, kryterium w zakresie pamięci komórek jest kryterium prawidłowym. Producenci mają możliwości konstruowania zegara sterującego,

posiadającego odpowiednią ilość komórek pamięci. Jest to rozwiązanie funkcjonalne, które pozwala na różne możliwości ustawienia harmonogramu połączeń, które byłoby niemożliwe w przypadku nieodpowiedniej ilości komórek pamięci.

Elektroniczne elementy zegara nie są produkowane przez firmę „Energomiar” Sp. z o.o., co oznacza, że producentów zegarów o podobnych parametrach poza wskazaną spółką, jest więcej.

W zakresie zarzutu dotyczącego serwisu, Zamawiający podał, że nie preferuje żadnego z wykonawców, a przyjęte w SIWZ rozwiązanie (3 dni kalendarzowe) na wymianę wadliwego urządzenia na urządzenie wolne od wad, wynika z przyjętych standardów obsługi klienta. Nie jest zasadne twierdzenie, że Zamawiający preferuje wykonawców z terenu Zamawiającego. Wykonanie czynności serwisu zależy wyłącznie od polityki logistycznej wykonawców.

W odwołaniu Odwołujący podtrzymał zarzuty oddalone przez Zamawiającego, w dalszym ciągu wskazał naruszenie przepisów art. 29 ust.1 i 2, art. 30 ust. 1 oraz art. 91 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Wniósł o:

- 1) wprowadzenie zmian do SIWZ doprowadzających jej treść do zgodności z Pzp oraz umożliwiających przygotowanie oferty w sposób zapewniający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców,
- 2) unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z zakazem określonym treścią art. 38 ust. 5 Pzp.

Na rozprawie strony podtrzymały swoje stanowiska.

KIO po rozpoznaniu sprawy, w szczególności po przeprowadzeniu postępowania dowodowego z oryginalnej dokumentacji postępowania, z przedłożonych przez strony dowodów w postaci wypisów z innych SIWZ, adekwatnych do SIWZ w przedmiotowym postępowaniu, pytań skierowanych przez Odwołującego do innych wykonawców, liczących się na rynku w zakresie możliwości wykonania przedmiotowej dostawy i udzielonych przez te podmioty odpowiedzi oraz z wyjaśnień stron złożonych podczas postępowania dowodowego, ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 29 ust. 1 i art. 30 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Opisywanie przedmiotu zamówienia za pomocą cech technicznych i jakościowych odbywa się z zachowaniem Polskich Norm ...

Zatem, z powyższych przepisów wynika, że opisanie przedmiotu zamówienia musi być przede wszystkim jednoznaczne.

W prowadzonym postępowaniu, w SIWZ rozdział II – Opis przedmiotu zamówienia – wymagania techniczne, w pkt. 2.1.1 Wymagania ogólne, trzecie tiret - liczniki energii elektrycznej (str. 32 z 39) i w pkt 3.1.1 czwarte tiret - elektroniczne zegary sterujące (str. 37 z 39), Zamawiający określił, że liczniki energii elektrycznej i elektroniczne zegary sterujące muszą wykazywać obiektywnie dużą odporność na działanie zewnętrznego pola magnetycznego. W rozstrzygnięciu protestu Zamawiający podał wyjaśnienie znaczenia tych pojęć twierdząc, że obiektywną odporność „należy w przypadku zegarów sterujących rozumieć jako utrzymanie przez zegar sterujący czasu rzeczywistego, zaprogramowanych stref czasowych oraz utrzymanie zadeklarowanej odchyłki chodu. W przypadku liczników energii elektrycznej przez obiektywną odporność na wpływ pola magnetycznego należy rozumieć utrzymanie podstawowego błędu licznika w granicach określonych klasą dokładności przy przyłożeniu magnesu neodymowego do obudowy licznika”.

Podczas rozprawy Zamawiający stwierdził, że potwierdzeniem wykazania obiektywnej odporności będzie zaoferowanie urządzeń, których parametry mieszczą się w Polskich Normach.

W ocenie KIO, określenie zawarte w SIWZ „obiektywna odporność na działanie zewnętrznego pola magnetycznego”, będące opisem przedmiotu zamówienia, zinterpretowane w rozstrzygnięciu protestu w sposób wyżej przytoczony oraz potwierdzone na rozprawie, w sposób odmienny od dotychczas podawanego brzmienia, narusza przepisy art. 29 ust. 1 i art. 30 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem nie precyzuje w sposób jednoznaczny pojęcia wymaganego parametru.

W szczególności określenie to pozostaje w sprzeczności z przedstawionymi podczas rozprawy przez Odwołującego rozwiązaniami, które wskazują stopnie odporności na działanie pola magnetycznego (odporność określona normą, odporność powyżej wartości określonej w normie oraz całkowita odporność na działanie pola magnetycznego).

W rozdziale I w pkt 14.1 SIWZ Zamawiający określił kryteria oceny ofert stanowiąc, że parametry techniczne – kryterium II wynosi 20% wagi. W opisie sposobu stosowania tego kryterium (str. 20 z 39 i strona 22 z 39 SIWZ) Zamawiający określił minimalne ilości komórek pamięci 22 i 70, przyznając za każdą komórkę ponad minimum odpowiednio po 10 pkt i po 1 pkt. W opisie sposobu wprowadzenia nowych taryf, za wprowadzenie nowych taryf pilotem, Zamawiający przewidział 50 pkt, natomiast za wprowadzenie sposobem manualnym 20 pkt mimo, iż sposób manualny i sposoby dodatkowe, np. przy użyciu pilota, przewidział jako obligatoryjny wymóg graniczny złożenia oferty.

KIO uznała, że przedstawiony sposób punktowania kryterium – parametry techniczne, preferuje wykonawcę, który złoży ofertę, w której określi możliwość programowania

i przeprogramowywania elektrycznych zegarów sterujących przy pomocy pilota. Również Zamawiający wskazując wymogi dotyczące „odchyłki chodu” 3 s/miesiąc zamiast, jak to przewiduje Polska Norma 0,5 s /dobę, preferuje wykonawców dysponujących wyższymi możliwościami technicznymi, niż określa norma.

Zdaniem KIO, nie potwierdziły się zarzuty Odwołującego dotyczące ustalonego czasu trzech dni kalendarzowych, na wymianę urządzenia wadliwego na urządzenie wolne od wad. W tym zakresie KIO uznała wyjaśnienia Zamawiającego za wiarygodne, że czas ten powinien pozwolić na dokonanie wymiany urządzenia, zważywszy na szczególny charakter przedmiotu zamówienia.

W ocenie KIO, najistotniejszą przesłanką w prowadzonym postępowaniu, mającą wpływ na rozstrzygnięcie Izby, jest czynność Zamawiającego polegająca na modyfikacji treści SIWZ w sposób naruszający przepis art. 38 ust. 5 ustawy Pzp.

W piśmie rozstrzygającym protest z dnia 21 grudnia 2007 r. Zamawiający poinformował wykonawców, że oddała protest w całości. Jednakże w tym piśmie (strona 3/3) Zamawiający podał, że jako efekt rozpatrzenia zarzutu nr 3, dokona modyfikacji treści SIWZ poprzez dodanie w pkt 7.3.c) SIWZ zdania drugiego w brzmieniu: „W przypadku, gdy załączona przez wykonawcę do oferty polisa nie będzie obejmowała całego okresu zamówienia będącego przedmiotem niniejszego postępowania, Wykonawca taki w przypadku wyboru jego oferty będzie zobowiązany przed podpisaniem umowy przedłożyć Zamawiającemu polisę potwierdzającą posiadanie wymaganego wyżej ubezpieczenia obejmującego cały okres realizacji zamówienia”.

Żądanie zabezpieczenia finansowego, w przypadku ubezpieczenia wykonawcy od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności, powinno wskazywać wartość sumy ubezpieczeniowej nie mniejszej niż 14 000 000 zł.

Dokumentem potwierdzającym spełnienie powyższego warunku, zgodnie z pkt 7.3.c) miała być polisa lub inny dokument ubezpieczenia, na kwotę wskazaną w pkt 6.2.c), potwierdzający to ubezpieczenie w okresie realizacji zamówienia.

Wymagane potwierdzenie, w postaci polisy lub innego dokumentu ubezpieczeniowego, musiało być zatem efektem zawarcia przez wykonawcę odpowiedniej umowy ubezpieczeniowej na wskazany okres oraz na wskazaną wartość.

Zatem, zmiana tego żądania dotyczy zarówno zmiany dokumentu, jak i również warunku udziału w postępowaniu, w przypadku ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej.

Przepis art. 38 ust. 5 ustawy Pzp, mając na uwadze stabilność wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zakazuje zmiany warunków udziału w postępowaniu, a także sposobu oceny spełniania tych warunków i również kryteriów oceny ofert, w trakcie prowadzonego postępowania.

Na podstawie powyższego, KIO stwierdziła, że Zamawiający naruszył przepis art. 38 ust. 5 ustawy Pzp w sposób, który uniemożliwia zawarcie ważnej umowy (art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp), zatem zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Naruszenie wskazanych przepisów podniósł w odwołaniu Odwołujący i wniósł, jako jeden z wniosków, o unieważnienie prowadzonego postępowania.

Z powyższych względów KIO, na podstawie art. 191 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp uwzględniła odwołanie i unieważniła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.

O kosztach postępowania orzeczono stosowanie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp.

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 - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....