

Sygn. akt KIO 1632/10

WYROK
z dnia 17 sierpnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Agata Mikołajczyk

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 sierpnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 2 sierpnia 2010 r. przez **ELEKTROPROGRAM Sp. z o.o., ul. Młyńska 58, 02-052 Komorniki k/Poznania, adres do doręczeń: kancelaria radcy prawnego „FIDE BONA” Mirosław Maciejewski, ul. Matejki 36/5, 60-758 Poznań** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest **Zakład Utylizacyjny Sp. z o.o., ul. Jabłonowa 55, 80-180 Gdańsk,**

przy udziale wykonawcy **ZEPPELIN Polska Sp. z o.o., ul. Klonowa 10, Kajetany, 05-830 Nadarzyn** zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **ELEKTROPROGRAM Sp. z o.o., ul. Młyńska 58, 02-052 Komorniki k/Poznania, adres do doręczeń: kancelaria radcy prawnego „FIDE BONA” Mirosław Maciejewski, ul. Matejki 36/5, 60-758 Poznań** i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych kwotę w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z wpisu uiszczonego przez **ELEKTROPROGRAM Sp. z o.o., ul. Młyńska 58, 02-052 Komorniki k/Poznania,** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego;

- 2) dokonać zwrotu kwoty **5 000 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy złotych zero groszy) przez Urząd Zamówień Publicznych na rzecz **ELEKTROPROGRAM Sp. z o.o., ul. Młyńska 58, 02-052 Komorniki k/Poznania**, stanowiącą różnicę między wymaganą kwotą wpisu, a kwotą uiszczoną tytułem wpisu;
- 3) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **ELEKTROPROGRAM Sp. z o.o., ul. Młyńska 58, 02-052 Komorniki k/Poznania**, na rzecz **Zakładu Utylizacyjnego Sp. z o.o., ul. Jabłonowa 55, 80-180 Gdańsk**, stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Pouczenie:

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) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

.....

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione przez ELEKTROPROGRAM sp. z o.o. z siedzibą w Komornikach/k Poznania [dalej Odwołujący] w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę sprzętu i wyposażenia Zakładu Unieszkodliwiania Odpadów w Gdańsku Szadółkach [przedsięwzięcie pn. "Modernizacja gospodarki odpadami komunalnymi w Gdańsku", znak sprawy 01/PN-D/JRP/2010"]]. W odwołaniu wniesionym na czynność odrzucenia oferty wnoszącego odwołanie wykonawcy, wskazano na naruszenie przez Zamawiającego - Zakład Utylizacyjny Sp. z o.o. z Gdańska: (1) art. 7 ust 1 w związku z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo Zamówień Publicznych - poprzez uniemożliwienie uzupełnienia oferty przez Odwołującego z jednoczesnym wezwaniem do uzupełnienia innego wykonawcę biorącego udział w postępowaniu na dostawę tego samego asortymentu; (2) art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Prawo Zamówień Publicznych - poprzez odrzucenie oferty która spełniała warunki określone w SIWZ; (3) art. 93 ust 1 pkt 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych - poprzez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia dotyczącego partii 10 pomimo, iż oferta Odwołującego była zgodna z SIWZ. Wskazując na powyższe wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, a także obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania wraz z kosztami reprezentacji zgodnie z stosownymi przepisami.

W uzasadnieniu podał, iż zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych Zamawiający wzywa Wykonawcę do uzupełnienia oferty o dokumenty potwierdzające spełnienia wymagań określonych w SIWZ na dzień złożenia oferty. W tym przypadku Zamawiający pomimo wskazania zastrzeżeń w uzasadnieniu odrzucenia oferty, iż Wykonawca nie załączył do oferty dokumentów potwierdzających, że punkty serwisowe posiadają autoryzację producenta maszyn oraz dokumentów potwierdzających wykonanie zamówienia na poziomie będącym przedmiotem niniejszego postępowania wezwał do przedstawienia dokumentów innego wykonawcę. W tym przypadku wykonawca stwierdził, że dokumenty potwierdzające spełnienie wymogów dotyczących wiedzy i doświadczenia były załączone do oferty (9str 57do71), w tym dotyczące posiadania przez punkty serwisowe autoryzacji producenta oferowanego pojazdu. Wskazał także, że Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego zarzucając, że oferta nie spełnia wymogów określonych w SIWZ, dotyczących pojemności baterii akumulatorowych w przypadku wózka w wersji przeciwwybuchowej,

uznając, że w tym przypadku wymagał posiadania przez baterię główną oraz dodatkową pojemności min. 750Ah. Nie zgadzając się z taką argumentacją, Odwołujący stwierdził, że w ofercie zaoferował w przypadku wózka w wersji przeciwwybuchowej baterię główną oraz dodatkową o pojemności 750Ah. Wskazał także, że Zamawiający w SIWZ nie określił jakie jest wymagane napięcie pracy wózka w wersji przeciwwybuchowej. Podał także, iż zgodnie z dyrektywą ATEX napięcie pracy wózka w wersji przeciwwybuchowej powinno być nie niższe niż 80V. Napięcie na poziomie 80V jest stosowane w wózku w wersji przeciwwybuchowej z uwagi na lepszy stosunek stałego utrzymania temperatury pracy całego urządzenia, które wymagane jest przez ATEX, Ponieważ przepływy prądu są mniejsze a tym samym elektryczne i termiczne obciążenie zastosowanych podzespołów (kable, przepustnice, silniki itd.) Przekłada się to np. na zastosowanie mniejszych przekrojów kabli, które mają mniejsze straty i wytwarzają mniejsze opory, jednocześnie nie emitują ciepła, co w przypadku pracy urządzenia w strefie zagrożenia wybuchowego ma bardzo duże znaczenie. Dodał także, że Wykonawca zaoferował wózki w wersji przeciwwybuchowej spełniające wymagania określone w SIWZ. Bateria główna oraz dodatkowa przy zastosowanym napięciu pracy 80V posiada pojemność na poziomie 750Ah. Zaznaczył także, iż Zamawiający nie określił jakie wymagane jest napięcie pracy wózka w wersji przeciwwybuchowej. Tym samym, zdaniem Odwołującego, należy przyjąć, iż napięcie pracy wózka w wersji przeciwwybuchowej winno być zgodne z dyrektywą ATEX tj. 80V. Natomiast w przypadku zastosowania napięcia pracy zgodnej z dyrektywą ATEX w przypadku zaoferowanego wózka przez Odwołującego - pojemność zastosowanej baterii jest 36 kWh co odpowiada pojemności baterii na poziomie żądanym przez Zamawiającego tj. 750Ah. Tym samym oferta Odwołującego spełniała wszystkie wymagania określone w SIWZ przez Zamawiającego i nie podlegała odrzuceniu na podstawie przepisów art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

W przystąpieniu do postępowania odwoławczego - firma Zeppelin Polska sp. z o.o. stwierdziła, że popiera stanowisko Zamawiającego gdyż, firma Elektroprogram nie spełniła warunku określonego w SIWZ, składając ofertę na wózek z baterią 400 Ah. Wykonawca stwierdził także, że uzasadnienie zawiera błędy merytoryczne, a porównanie wykazuje jednoznacznie że bateria określona w warunkach przetargu powinna dysponować zgromadzoną energią w wysokości 36 kWh, co jest o 4 kWh większą pojemnością od zaoferowanej przez Elektroprogram, czyli bateria w oferowanym przez Elektroprogram wózku powinna być większa o 12,5% w stosunku do przedstawionej w ofercie pojemności 32kWh. Zatem bateria w wózku oferowanym przez Elektroprogram ma znacznie mniejszą pojemność od wymaganej przez Zamawiającego, w związku z czym nie spełnia podstawowych wymagań SIWZ.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym specyfikację istotnych warunków zamówienia oraz ofertę odwołującego się wykonawcy, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów KIO stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu.

Rozpatrując zarzut naruszenia art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. nr 113, poz.759) [dalej ustawa PZP], Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że zarzut ten nie jest zasadny.

Zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia [część III – Opis przedmiotu zamówienia – pkt 6 ppkt 10.2] w wymaganiach technicznych dla wózka widłowego elektrycznego w wersji przeciwwybuchowej Zamawiający ustalił, że pojemność każdej baterii – głównej i dodatkowej nie może być niższa niż 750 Ah. Na potwierdzenie spełniania tego warunku wymagał przedłożenia w ofercie [pkt 10.6 – część I siwz] opisu technicznego oferowanego urządzenia, sporządzonego zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik do IDW [załącznik nr 7]. Wymagał także [zgodnie z treścią uwagi zamieszczonej pod tabelą załącznika nr 7] dołączenia do oferty oficjalnych dokumentów wydawanych [publikowanych] przez producenta lub przedstawicieli producenta potwierdzających - wymagane przez Zamawiającego lub lepsze – parametry techniczne wózka.

Wykonawca załączył do oferty [załącznik nr 7] wymaganą specyfikację techniczną, która w pkt 6.4 zawiera dane dotyczące pojemności baterii – odpowiednio 350Ah i 400 Ah. Takie dane zostały podane także w tabeli stanowiącej załącznik nr 7. Te wielkości – jak przyznał sam Odwołujący w toku rozprawy – nawet przy napięciu baterii 80 V nie pozwalają na uzyskanie pojemności baterii w wysokości 750 Ah. Możliwe jest to, uwzględniając napięcie baterii 80 V-owe, tylko przy pojemności baterii 450 Ah.

Mając na względzie tak ustalony stan faktyczny, Izba przede wszystkim stwierdziła, że przedłożona w ofercie specyfikacja techniczna nie może być traktowana jako przykładowa, albowiem dokument ten należy do tych dokumentów, który miał bezwzględnie potwierdzać, wymagane w niniejszym postępowaniu parametry techniczne wózka. Zatem argumentacja Odwołującego, w przedmiocie omyłki pisarskiej dotyczącej pojemności baterii nie może być uwzględniona, gdyż

nawet załączona specyfikacja techniczna nie zawiera wskazywanego parametru technicznego tj.450 Ah.

Izba stwierdziła także, że Zamawiający jednoznacznie określił wymaganą minimalną pojemność baterii [750 Ah] i nie uzależnił tego parametru od innych parametrów takich np. jak napięcie baterii. Izba nie uznała za udowodnione, że wskazywana dyrektywa 94/9/WE [ATEX] – zezwalała wykonawcy na oferowanie urządzenia z bateriami o pojemności innej niż wskazana w siwz [sugerowane 450 Ah], przy uwzględnieniu mocy baterii 80 V. Dyrektywa ta zawiera bowiem, co przyznał odwołujący się wykonawca, wyłącznie zasadnicze wymagania dotyczące projektowania oraz wytwarzania urządzeń i systemów ochronnych przeznaczonych do użytku w przestrzeniach zagrożonych wybuchem oraz opis procedur oceny zgodności i inne wymagania dotyczące bezpieczeństwa. Tym samym także odpowiedź z dnia 30 kwietnia 2010 r. nie mogła dokonywać modyfikacji spornego parametru. Na marginesie Izba zauważa, iż ze wskazywanej odpowiedzi powoływana przez odwołującego się modyfikacja nie wynika.

Powyższe ustalenia potwierdzają zatem, że odwołujący się wykonawca przedstawił w ofercie produkt, który nie odpowiada treści specyfikacji, a zatem oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art.89 ust.1 pkt 2 ustawy PZP.

Z uwagi na powyższe ustalenia także zarzut naruszenia art. 7 ust 1 ustawy PZP w związku z brakiem wezwania wykonawcy - zgodnie z przepisem art. 26 ust 3 ustawy Prawo Zamówień Publicznych – do uzupełnienia dokumentów nie zasługuje na uwzględnienie. Wezwanie bowiem do uzupełnienia dokumentów dotyczyć może m.in. tylko tego wykonawcy, którego oferta nie podlega odrzuceniu.

Tym samym wskazany przez odwołującego się wykonawcę zarzut naruszenia art. 93 ust 1 pkt 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, co do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia w zakresie partii 10 także nie podlega uwzględnieniu.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy PZP. Izba uwzględniała także § 1ust.1 pkt 2 oraz § 3 pkt 2 lit. b 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). Zgodnie z tym przepisami wpis od odwołania powinien być wniesiony w kwocie 15.000 zł, a nie – w kwocie 20.000 zł i tym samym różnica podlega zwrotowi na rzecz wykonawcy. Z kolei wynagrodzenie pełnomocnika nie może być wyższa niż kwota 3.600 zł i w tej kwocie zostały zasądzone uzasadnione koszty na rzecz Zamawiającego.

Przewodniczący:

.....