

Sygn. akt: KIO 74/16

WYROK
z dnia 2 lutego 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 lutego 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 stycznia 2016 r. przez Odwołującego **Fabrykę Transformatorów w Żychlinie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Żychlinie przy ul. Narutowicza 70, 99-320 Żychlin

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Energa – Operator Spółka Akcyjna** z siedzibą w Gdańsku przy ul. Marynarki Polskiej 130, 80-557 Gdańsk

przy udziale

wykonawcy **ZREW Transformatory Spółka Akcyjna** z siedzibą w Łodzi przy ul. Rokicińskiej 144, 92-412 Łódź, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1 Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego - Fabrykę Transformatorów w Żychlinie Sp. z o.o. z siedzibą w Żychlinie przy ul. Narutowicza 70, 99-320 Żychlin i:

- 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - Fabrykę Transformatorów w Żychlinie Sp. z o.o., tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2 Zasądza od Odwołującego - Fabryki Transformatorów w Żychlinie Sp. z o.o. z siedzibą w Żychlinie na rzecz Zamawiającego Energa – Operator S.A. z siedzibą w Gdańsku kwotę **4.710 zł. 00 gr.** (słownie: cztery tysiące siedemset dziesięć złotych zero groszy) tytułem

zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika, kosztami dojazdu na posiedzenie oraz kosztów noclegu dwóch pełnomocników.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Gdańsku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Energa – Operator S.A. z siedzibą w Gdańsku na *dostawę i montaż transformatorów 110/15 kV o mocach 16 i 25 MVA* (nr postępowania: P/1/AZL/00054/15), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 17 października 2015 r., 2015/S 202-367526, wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej na część 1, 2 i 3 przedmiotu zamówienia, wykonawca Fabryka Transformatorów w Żychlinie Sp. z o.o. wniósł w dniu 22 stycznia 2016 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (sygn. akt KIO 74/16).

Zamawiający poinformował o wynikach oceny ofert Odwołującego w dniu 15 stycznia 2016 r.

Odwołujący zaskarżył czynność wyboru oferty ZREW Transformatory S.A. na część 1, 2 i 3 przedmiotu zamówienia, dokonaną z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy i jego niezastosowanie w sytuacji, kiedy oferta wybrana jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (ZREW Transformatory S.A.) w zakresie części 1, 2 i 3.

Odwołujący wskazał na wymóg dotyczący zamówienia objętego każdą z części 1, 2 i 3, wynikający z załącznika do siwz (pkt 4.10.lit.a), a dotyczący wyposażenia w urządzenie zabezpieczające, tj. *jednostopniowy przekaźnik przełącznika zaczepów zainstalowany w połączeniu olejowym pomiędzy komorą łącznika, a częścią przełącznikową konserwatora, z kulowym zaworem odcinającym od strony konserwatora, wyposażony we wskaźnik zgromadzonej objętości gazu do poziomu alarmowego oraz wyposażony w zestyki kontaktronowe (wprowadzonych na listę zaciskową szafy sterowniczej) zamykających się przy gwałtownym przepływie oleju.*

Z opisu zabezpieczenia jakie zaoferowało ZREW wynika, iż nie jest ono wyposażone we wskaźniki zgromadzonej objętości gazu do poziomu alarmowego. Wynika to ze szczegółowej specyfikacji parametrów i wyposażenia transformatorów dla przekaźnika typu URF 25/10, który jest wyłącznie zabezpieczeniem przepływowym oraz instrukcji obsługi zawierającej rysunki techniczne, specyfikację techniczną i opisy. Na schemacie zabezpieczenia widać wyłącznie wyłączniki. Nie ma natomiast wskaźników sygnału alarmowego.

Producent przełączników (Maschinenfabrik Reinhausen), w korespondencji z Odwołującym

stwierdził, że do przełącznika zabezpieczającego RS2001 należy podłączyć przekaźnik Buchholza MSafe, co pozwala na zapewnienie pełnej zgodności urządzenia zabezpieczającego z załącznikiem do siwz. Rozwiązanie takie zaoferował Odwołujący (str. 1065 oferty), zawierając w ofercie opis działania urządzenia w przypadku gromadzenia się gazu do poziomu alarmowego i gwałtownego przepływu oleju.

Oferta ZREW Transformatory S.A. z tej przyczyny nie jest zgodna z siwz i powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy.

Do postępowania odwoławczego skutecznie przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca ZREW Transformatory S.A.

Na rozprawie Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie w której wniósł o jego oddalenie.

Stanowisko Izby

Izba na posiedzeniu niejawnym przeprowadzonym z udziałem stron w dniu 2 lutego 2016 r. uznała, iż nie zachodzą przeszkody formalne uniemożliwiające rozpoznanie merytoryczne zarzutów i skierowała odwołanie na rozprawę. Postępowanie prowadzone jest według zasad określonych dla postępowań o wartości przekraczającej kwotę, od której uzależniony jest obowiązek publikacji ogłoszenia w publikatorze unijnym.

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2015 r., poz. 2164.), tj. po zmianie dokonanej ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1232), zwanej dalej „Ustawą”.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy, tj. istnienia interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody. Ocena ta prowadzona jest z uwzględnieniem zakresu zarzutów oraz skutków, jakie dla Odwołującego i jego oferty wywoływać miałyby zaskarżone czynności Zamawiającego. Ponieważ zarzuty dotyczą czynności wyboru oferty konkurencyjnej, która zdaniem Odwołującego jest niezgodna z siwz, uchybienia popełnione przy ocenie tej oferty przez Zamawiającego prowadziłyby do wadliwego wskazania oferty najkorzystniejszej. W świetle powyższego nie może budzić wątpliwości ustalenie, iż Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia, którego ochronie służy niniejsze odwołanie, jak również może ponieść szkodę w postaci utraty korzyści z jakimi wiąże się dla tego wykonawcy pozyskanie zamówienia. Uwzględnienie odwołania prowadziłyby do konieczności powtórzenia czynności oceny ofert z pominięciem

oferty najtańszej, co otwierałoby przed Odwołującym drogę do uzyskania zamówienia. Izba nie uwzględniła zarzutu podniesionego w tym zakresie przez przystępującego do postępowania odwoławczego (ZREW), braku spełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy wywodzonego z okoliczności wskazujących na niezgodność oferty Odwołującego z siwz. Ewentualna podstawa do stwierdzenia niezgodności oferty Odwołującego z siwz nie miała odzwierciedlenia w wyniku oceny tej oferty dokonanej przez Zamawiającego, a tym samym ewentualne zarzuty w tym zakresie musiałyby być wyrażone w odwołaniu na czynności oceny oferty Odwołującego i wówczas, po pozytywnym ich zweryfikowaniu przez Izbę, mogłyby stanowić podstawę do formułowania dalej idących twierdzeń, w tym o braku interesu we wniesieniu odwołania na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej przez wykonawcę, którego oferta podlegała odrzuceniu. Reasumując, przy obecnym wyniku postępowania, w którym oferta Odwołującego nie została odrzucona, wykonawca ten miał interes we wniesieniu odwołania na czynność wyboru oferty konkurencyjnej na część 1, 2 i 3 przedmiotu zamówienia, o których uzyskanie się ubiegał.

W związku z powyższym Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialno prawne do merytorycznego rozpoznania zarzutów.

Przy rozpoznaniu odwołania Izba miała na uwadze całokształt okoliczności ustalonych w sprawie, na podstawie dokumentacji postępowania, w tym treści siwz, oferty ZREW oraz dokumentów złożonych na rozprawie, a także stanowisk stron i uczestnika postępowania.

Zasadniczo zarzuty podniesione przez Odwołującego sprowadzają się do zakwestionowania prawidłowości przyjęcia przez Zamawiającego, iż oferta ZREW spełnia wszystkie wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia opisane w załączniku nr 1 do siwz i umowy – *wymagania techniczne*. Odwołujący wskazywał na brak potwierdzenia w treści złożonych wraz z ofertą dokumentów, iż przełącznik URF 25/10 spełnia wymóg opisany w 4.10 lit a, tiret drugi dla *jednostopniowego przełącznika przelącznika zaczeów*. Zamawiający wymagał między innymi, aby przełącznik wyposażony był we wskaźnik zgromadzonej objętości gazu do poziomu alarmowego (...), którego nie posiada urządzenie zaoferowane.

ZREW zaoferowało przełącznik nadzorczy URF 25/10 produkcji EMB Barleben GmbH – jednostopniowy przełącznik przelącznika zaczeów, który ma zostać użyty jako przełącznik ochronny dla przelącznika zaczeów typu VM III 300Y produkcji Maschinenfabrik Reinhausen GmbH, standardowo dostarczany z przełącznikiem ochrony RS2001 (dwustopniowy).

W niniejszej sprawie istotnym było ustalenie, czy zaoferowany przełącznik nadzorczy URF 25/10 posiada wskaźnik zgromadzonej objętości gazu. O jego braku świadczyć miały, w ocenie Odwołującego dokumenty załączone do oferty, z których nie wynikało, aby funkcje

tego wskaźnika mógł realizować wizjer optyczny, umożliwiający stwierdzenie, czy w urządzeniu zgromadził się gaz. Odwołujący wskazywał, iż jedynie przełącznik MSafe podłączony do przełącznika ochrona RS2001 spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego.

Na podstawie zgodnych oświadczeń stron, Izba ustaliła, iż standardowo wyposażony przez producenta przełącznika zaczepeków przełącznik RS2001 wyposażony w przełącznik MSafe, zaoferowany przez Odwołującego, jest przełącznikiem dwustopniowym, w którym funkcje wskaźnika zgromadzonej do poziomu alarmowego objętości gazu realizuje górna komora, w której gromadzony jest nadmiar gazu i po jej wypełnieniu należy wyłączyć urządzenie. Zarówno w przełączniku jednostopniowym URF 25/10, jak i przełączniku dwustopniowym MSafe do stwierdzenia nadmiaru zgromadzonego gazu służy wizjer optyczny.

Ponadto, producent przełącznika zaczepeków VM III 300Y (Maschinenfabrik Reinhausen GmbH, w oświadczeniu złożonym na rozprawie potwierdził możliwość użycia jako przełącznika ochronnego sprzętu EMB typu URF 25/10.

Zgodnie z opisem z karty katalogowej przełącznika URF 25/10, przełącznik *sygnalizuje stan alarmowy pracy wysokonapięciowego przełącznika zaczepeków z izolacją olejową. Ma za zadanie chronić przełącznik zaczepeków w przypadku zaistnienia usterki w jego ustroju lub przy załączeniu zbyt dużego prądu (silny łuk elektryczny) spowodowanego defektem samego transformatora* (pkt 1 karty katalogowej). Z instrukcji obsługi przełącznika nadzorczego (str. 283 oferty ZREW) wynika, że przełącznik nadzorczy zapewnia niezakłócony odpływ gazów powstających w czasie normalnej pracy. W dokumencie opisana została procedura odpowietrzenia przełącznika napełnionego powietrzem.

Na rozprawie złożone zostało do akt sprawy oświadczenie autoryzowanego przedstawiciela producenta przełącznika URF 25/10 – spółki Merazet S.A. z siedzibą w Poznaniu, w którym potwierdził, iż urządzenie *wyposażone jest we wskaźnik/wizjer optyczny służący do oceny objętości zgromadzonego gazu. Pojawienie się gazów na poziomie wizjera w trakcie pracy transformatora należy interpretować jako stan alarmowy wymagający podjęcia czynności sprawdzających oraz serwisowych.*

Na podstawie przywołanych powyżej okoliczności Izba zważyła.

Odwołanie podlega oddaleniu.

Zasadniczo niezgodność oferty ZREW z siwz Odwołujący wywodził z faktu zaoferowania przełącznika jednostopniowego URF 25/10, w miejsce dedykowanego przez producenta przełączników zaczepeków, przełącznika dwustopniowego MSafe (jaki zaoferował Odwołujący) oraz braku jednoznacznego wskazania w dokumentacji technicznej, na wyposażenie przełącznika we wskaźnik zgromadzonej objętości gazu do poziomu alarmowego.

Oddalając odwołanie Izba miała na uwadze treść wymagania, w którym Zamawiający nie narzucił konkretnego rozwiązania technicznego spełniającego rolę wskaźnika, co pozwalało na ocenę oferty ZREW pod kątem możliwości stwierdzenia w trakcie pracy urządzenia, iż poziom nagromadzonych gazów jest alarmowy.

W ocenie Izby, z przywołanych powyżej zapisów karty katalogowej oraz instrukcji obsługi wynika, iż z momentem pojawienia się gazu w wizjerze optycznym następuje osiągnięcie stanu alarmowego, tj. stanu wymagającego zgodnie z instrukcją obsługi (str. 283 oferty ZREW) podjęcia czynności odpowietrzenia, do chwili wypłynięcia oleju, tak aby przywrócony został niezakłócony przepływ gazów powstających w czasie normalnej pracy. Pomimo zatem braku wskazania w dokumentacji technicznej wprost na *wskaźnik zgromadzonej objętości gazu do poziomu alarmowego* oferta ZREW spełnia wymaganie wyposażenia przekaźnika w rozwiązanie pozwalające na stwierdzenie stanu zagrażającego prawidłowej pracy urządzenia i chroniącego przed ewentualną awarią transformatora.

Odwołujący porównując dwa różne rozwiązania właściwe dla przekaźników jedno i dwustopniowych oczekiwał potwierdzenia funkcjonalności jedynie w postaci zapisu w dokumentach producenta o wyposażeniu przekaźnika we wskaźnik zgromadzonej objętości gazu do poziomu alarmowego. W ocenie Izby funkcjonalność tą oba urządzenia realizują poprzez wykorzystanie wizjera optycznego, pozwalającego na stwierdzenie nagromadzenia gazu, który zagraża prawidłowej pracy transformatora, co pełni funkcję wskaźnika umożliwiającego stwierdzenie w trakcie obsługi urządzenia potrzeby dokonania czynności sprawdzających lub serwisowych. Przyjęcie, iż tylko przekaźnik MSafe spełniałby przedmiotowy warunek (na co wskazywał Odwołujący), skutkowałoby zaostreniem wymagań przedmiotowych przez konieczność zaoferowania dwustopniowego przekaźnika przełącznika zaczepów, co stałoby w sprzeczności z literalnym brzmieniem wymagania z pkt 4.10 lit. a, tiret drugi załącznika nr 1 do siwz i umowy – wymagania techniczne. Prowadziłoby to do naruszenia przejrzystości postępowania, a także narażałoby Zamawiającego na zarzut naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Skoro wymagania techniczne stanowiły opis funkcjonalności, różne rozwiązania mogły być zaoferowane, pod warunkiem osiągnięcia celu z jakim dana funkcjonalność się wiąże. W przypadku wskaźnika zgromadzonej objętości gazu do poziomu alarmowego, istotnym było, aby urządzenie było wyposażone w rozwiązanie pozwalające na stwierdzenie stanu zagrożenia dla prawidłowej pracy transformatora, wynikającego z nagromadzenia gazów, których odpływ powinien być niezakłócony. Stwierdzenie zatem, że w urządzeniu doszło do nagromadzenia gazu jest już wskazaniem na alarmowy poziom, wymagający podjęcia odpowiednich działań kontrolno-serwisowych.

Mając powyższe na względzie Izba na podstawie art. 192 ust.1 Ustawy oddaliła odwołanie w całości.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 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). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis od odwołania oraz uzasadnione koszty Zamawiającego obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika, koszty związane z dojazdem na wyznaczoną rozprawę w wysokości stwierdzonej na podstawie rachunków przedłożonych przez pełnomocnika Zamawiającego przed zamknięciem rozprawy. Do kosztów związanych z dojazdem Izba zaliczyła koszty przejazdu jednego pełnomocnika na odcinku Gdańsk-Warszawa pociągiem w obu kierunkach, a także koszty noclegu dwóch dalszych pełnomocników.

Przewodniczący: