

WYROK

z dnia 29 czerwca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 czerwca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 czerwca 2015 r. przez **odwołującego:** Enerko Energy Sp. z o.o. ul. Staszica 1 lok 115; 25-008 Kielce w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego:** Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Spółka Akcyjna ul. Senatorska 1; 30-106 Kraków

przy udziale po stronie zamawiającego: HydroNetz Sp. z o.o. 32-087 Zielonki ul. Wyborna 1

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnić wybór najkorzystniejszej oferty i odrzucenie oferty odwołującego oraz nakazuje zamawiającemu ponowne badanie, ocenę i wybór najkorzystniejszej oferty po uprzednim wezwaniu odwołującego do uzupełnienia dokumentu karty katalogowej turbiny.

2. kosztami postępowania obciąża Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Spółka Akcyjna ul. Senatorska 1; 30-106 Kraków i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 **zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez Enerko Energy Sp. z o.o. ul. Staszica 1 lok 115; 25-008 Kielce tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Spółka Akcyjna ul. Senatorska 1; 30-106 Kraków na rzecz Enerko Energy Sp. z o.o. ul. Staszica 1 lok 115; 25-008 Kielce kwotę 18.600 **zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset

złoty) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 Krakowie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Odwołujący wniósł odwołanie w związku z odrzuceniem jego oferty na podstawie art.89 ust.1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) zwanej dalej „ustawą Pzp”. Zamawiający uznał, że zaoferowana turbina w ofercie odwołującego nie osiągnie produkcji energii elektrycznej na poziomie 3.000.000.00 Kwh rocznie co było wymogiem Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ lub Specyfikacja). W związku z powyższym zamawiający dokonał wyboru oferty drugiego wykonawcy to jest przystępującego w sprawie po stronie zamawiającego.

Odwołujący wnosząc odwołanie podniósł zarzut naruszenia przez zamawiającego art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp oraz nie wezwania do uzupełnienia dokumentu w trybie art.26 ust.3 ustawy Pzp to jest karty katalogowej.

Zamawiający jak i przystępujący po jego stronie na rozprawie podtrzymali swoje stanowiska co do oddalenia odwołania. Przede wszystkim zarzucali, że zaoferowana turbina nie uzyska wymaganej produkcji rocznej energii elektrycznej nawet przy ciągłej pracy turbiny co jest technologicznie niemożliwe z powodu koniecznych przerw konserwacyjno- eksploatacyjnych. Oferowana przez odwołującego turbina nie uzyska wymaganej produkcji energii elektrycznej z uwagi na to, że odwołujący nie uwzględnił właściwych wielkości natężenia przepływu wody w magistrali wodnej zamawiającego, które to natężenie było podane w Specyfikacji. W szczególności nie uwzględniono maksymalnego podanego w SIWZ przepływu wynikającego z możliwości przepustowych rurociągu 6.000 m³/h”. Przeciw takiej argumentacji odrzucenia oferty odwołujący wniósł odwołanie zwracając uwagę na to, że inwestycja prowadzona będzie w systemie zaprojektuj i wybuduj.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które nazwano „Dostawa, montaż i uruchomienie kompletnej turbiny wraz z generatorem i wszystkimi urządzeniami pomocniczymi pracującej w sposób bezobsługowy w komorze KP – 4 ze zdalnym nadzorem z ZUW Raba.”

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 015/S 063-111584.

Na podstawie przeprowadzonych na rozprawie dowodów z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego doręczonej z potwierdzeniem za zgodność z oryginałem przez zamawiającego Izba ustaliła i zważyła jak poniżej.

Z opisu przedmiotu zamówienia zamieszczonego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) wynika, że dostawa, montaż i uruchomienie kompletnej turbiny wraz z generatorem i wszystkimi urządzeniami pomocniczymi odbywać będzie się w systemie „zaprojektuj i wybuduj”. Opis przedmiotu zamówienia znajduje się w Rozdziale III na stronach od 4 do 22 SIWZ i obejmuje: zakres zamówienia, opis techniczny stanu istniejącego, zakres i warunki dostawy, obowiązki oferenta, warunki doboru turbiny, wymagania dla turbiny, automatyka elektrowni, wymagana dokumentacja do przekazania zamawiającemu. Zakres zamówienia uwzględniono w 24 punktach na stronach 4 i 5 SIWZ gdzie między innymi do obowiązków wykonawcy należeć będzie: 1) Wykonanie obliczenia uderzeń ciśnienia w całej instalacji i uzgodnienie ich z zamawiającym, 2) Wykonanie kompletnej dokumentacji małej elektrowni wodnej. Opracowywany projekt techniczny musi uwzględniać obliczenia o których mowa w pkt 1) powyżej, uwarunkowania związane z istniejącą zabudową komory KP- 4, z możliwością zaprojektowania koniecznych zmian zabudowy komory. W projekcie należy uwzględnić wykonanie rurociągu baypasowego wraz z montażem istniejącej zasowy regulacyjnej, umożliwiającego ominięcie przepływu wody przez turbinę. 3) Uzgodnienie opracowanego projektu technicznego z zamawiającym, 7) Dostawę wszystkich niezbędnych urządzeń, w tym turbiny wraz z generatorem, 8) Montaż całości urządzeń, 9) Montaż i uruchomienie układów automatyki i sterowania 16) Wykonanie wszystkich prac związanych z koniecznymi zmianami w komorze KP-4 wynikającymi z projektu technicznego, 19) Udokumentowanie prawidłowego wykonania oraz sprawdzenie elektrycznych rozdzielni i układów sterowania, zgodnie z obowiązującymi przepisami, 20) Wykonanie niezbędnych prób montażowych i rozruchowych, 21) Uruchomienie układu małej elektrowni wodnej, 24) Sukcesywne wykonywanie serwisowych przeglądów gwarancyjnych w okresie gwarancji dostarczonych wszystkich urządzeń (...) oraz innymi pracami niezbędnymi do prawidłowej pracy małej elektrowni wodnej.

Wymienione powyżej obowiązki wykonawcy odnoszące się do zakresu zamówienia wskazują na to, że przedmiotem zamówienia jest nie tylko dostarczenie kompletnej turbiny wraz z generatorem. Zamówienie obejmuje znacznie szerszy zakres to jest przede wszystkim zaprojektowanie robót i urządzeń oraz technologii, dostawa tych urządzeń i ich montaż, konieczne przebudowy urządzeń w systemie istniejącego rurociągu na dostawę

wody pitnej, uruchomienie małej elektrowni wodnej w istniejącym systemie rurociągów, szkolenia załogi oraz obsługa gwarancyjna małej elektrowni wodnej przez okres 5 lat.

Zamawiający na stronie 5 SIWZ wytłuszczonym drukiem zaznaczył, „Uwaga: nadrzędnym celem jest utrzymanie niezakłóconej dostawy wody w kierunku Krakowa. W związku z tym układ musi być tak zaprojektowany i wykonany aby zminimalizować ryzyko powstawania zakłóceń w dostawie wody.(...).

Z powyżej cytowanych postanowień SIWZ wynika, że przedmiotem zamówienia nie jest dosłownie rozumiana dostawa (sprzedaż) turbiny wraz z generatorem i innych urządzeń o określonych parametrach technicznych przez zamawiającego tylko „układ” to jest uruchomienie małej elektrowni wodnej poprzez jej zaprojektowanie, uzgodnienia, dostawy urządzeń, ich montaż, przebudowy w istniejącym systemie urządzeń i uruchomienie wraz z szkoleniem załogi i serwisem gwarancyjnym na istniejącym systemie rurociągów zasilających m. Kraków w wodę. Czyli wielkość turbiny to jest jej parametry będą efektem wykonania dokumentacji projektowej.

Dalsze postanowienia SIWZ w zakresie Opisu Przedmiotu Zamówienia wskazują na następujące okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia sprawy.

W komorze KP4 znajdują się dwa rurociągi fi 1.000 wybudowany w latach 1970 -1974 i fi 1.400 wybudowany w ramach inwestycji (....). Zakładamy montaż turbiny na rurociągu fi 1.400. Wartości natężenia przepływu wody rurociągiem fi 1.400 oraz ciśnienia przed zasuwą regulacyjną i poziom zbiorników w Sierczy w miesiącu listopadzie, grudniu i wybranych dniach miesiąca grudnia przedstawiono na poniższych wykresach. Przedstawiają one wybrane dni i praktycznie w ciągu całego roku przepływy są analogiczne. Maksymalne wartości natężenia przepływu przez rurociąg mogą wynosić 4.200m³/h. Z kolei wartości minimalne mogą wynieść 1500 m³/h. Natomiast maksymalny przepływ wynikający z możliwości przepustowych rurociągu może wynosić 6.000 m³/h” (strona 6 SIWZ).

Dalsze postanowienia SIWZ potwierdzają, że przedmiot zamówienia obejmuje zaprojektowanie, uzgodnienie z zamawiającym a następnie dostawę, montaż, uruchomienie i serwis gwarancyjny małej elektrowni wodnej. I tak w zakresie obowiązków oferenta (wykonawcy) przewidziano: wykonanie kompletnej dokumentacji obiektu wraz z instrukcjami obsługi i konserwacji. Opracowany projekt techniczny musi uwzględniać istniejące uwarunkowania związane z istniejącą zabudową komory..... Uzgodnienie opracowanego projektu technicznego z zamawiającym, a następnie uzyskanie wszystkich wymaganych uzgodnień instytucji zewnętrznych (Strona 11 SIWZ).

Z kolei co do obowiązków wykonawców w zakresie dołączenia do oferty dokumentów potwierdzających jakie oferowane są urządzenia to zamawiający zamieścił w SIWZ (Specyfikacji) następujące postanowienia. Oferent jest zobowiązany dołączyć do oferty karty katalogowe lub opis techniczny danego urządzenia. Karty katalogowe lub opis techniczny mają umożliwić Zamawiającemu zapoznanie się ze szczegółami technicznymi oferty oraz czy zaoferowane urządzenia i wyposażenie spełniają założoną przez zamawiającego funkcjonalność. Dokumenty te mają również umożliwić zapoznanie się z parametrami technicznymi oferowanych urządzeń. Takie postanowienia w zakresie kart katalogowych czy opisu technicznego urządzenia zamieszczono na stronie 12 Specyfikacji.

Powyżej cytowane postanowienia wskazują na obowiązek wykonawcy załączenia do oferty kart katalogowych czy też opisu technicznego danego urządzenia. Celem tego obowiązku jak wynika z postanowień SIWZ jest możliwość zapoznania się przez zamawiającego „ze szczegółami technicznymi oferty” oraz „parametrami technicznymi oferowanych urządzeń” jak i zapoznanie się czy zaoferowane urządzenia i wyposażenie spełniają założoną przez zamawiającego funkcjonalność.

Odrębnie odczytywany powyższy zapis mógłby służyć zamawiającemu do wyeliminowania oferty wykonawcy w przypadku stwierdzenia, że zaoferowane urządzenia posiadają niewłaściwe parametry techniczne a zwłaszcza niewłaściwe funkcje urządzeń. Chociaż jego literalne brzmienie stanowi przede wszystkim o prawie zamawiającego do zapoznania się ze szczegółami technicznymi oferowanych urządzeń małej elektrowni wodnej. I taka interpretacja postanowień SIWZ jest właściwa w związku z dalszymi postanowieniami Specyfikacji to jest jak poniżej. „W związku z faktem, że instalacja turbiny traktowana jest jako inwestycja mająca pracować przez wiele lat, a związku z tym przewiduje się możliwość zmiany warunków pracy rurociągu. Zamawiający doprecyzuje wielkości natężenia przepływu przez magistralę fi 1.400 na etapie wykonywania projektu technicznego. Wielkość przepływu zostanie określona przed rozpoczęciem budowy turbiny. Dla tego przepływu należy zaprojektować turbinę, a zwłaszcza koło wirnikowe. Niezależnie od tego turbina musi być w stanie pokryć cały zakres spadu przy podanej objętości wody. Biorąc pod uwagę dane dotyczące przepływów przez wspomnianą magistralę można się spodziewać, iż nie nastąpią istotne zmiany w stosunku do wielkości przepływów podanego w specyfikacji. Oferent powinien zagwarantować wymagane parametry układu turbina – generator dla różnych przypadków eksploatacyjnych. Turbina musi zapewnić możliwość regulacji napływu wody w kierunku Nastawni Piaski w zależności od aktualnych potrzeb. Zamawiający wymaga, aby przy podanym natężeniu przepływu roczna produkcja energii elektrycznej nie była mniejsza niż 3.000.000. kWh. Takie postanowienia zamieszczone są na stronie 13 Specyfikacji.

Cytowane powyżej postanowienia Specyfikacji wskazują jednoznacznie na okoliczność, że doprecyzowanie przez zamawiającego wielkości natężenia przepływu przez magistralę fi 1.400 nastąpi na etapie wykonywania projektu technicznego czyli po wyborze oferenta i po podpisaniu umowy a nie na etapie opracowania Specyfikacji. Z kolei z dalszych postanowień SIWZ wynika, że „Wielkość przepływu zostanie określona przed rozpoczęciem budowy turbiny. Dla tego przepływu należy zaprojektować turbinę”,

Powyżej przywołane postanowienia SIWZ jednoznacznie wskazują na to, że zamawiający dopiero po wyborze najkorzystniejszej oferty i po podpisaniu umowy wskaże ostateczne parametry jakie wykonawca powinien uwzględnić przy projektowaniu małej elektrowni wodnej w tym turbiny. Natomiast wskazanie turbiny i jej parametrów na etapie składania ofert ma dla zamawiającego charakter poznawczy a nie dyskwalifikujący ofertę jako sprzeczną z treścią SIWZ skoro wielkości natężenia przepływu podane w SIWZ nie są ostatecznymi do projektowania, dostawy, montażu i uruchomienia projektowanego obiektu na zamówienie.

W tym stanie rzeczy podane w SIWZ wielkości natężenia przepływu wody jak i oczekiwane wielkości produkcji energii elektrycznej służą tylko i wyłącznie do sformułowania ofert w zakresie doboru rodzaju urządzeń jak i wyceny oferty z uwzględnieniem okoliczności, że w myśl postanowień SIWZ cena, która jest ryczałtową ma charakter ostateczny i nie podlega negocjowaniu. Natomiast jakie ostatecznie zostaną zaoferowane rozwiązania techniczne w tym urządzenia takie jak turbina wynikać będzie z dokumentacji technicznej opracowywanej w ramach zamówienia, która będzie podlegać uzgodnieniu z zamawiającym. Przy czym zamawiający gwarantuje, że wielkość przepływu zostanie podana przed rozpoczęciem budowy turbiny.

W ocenie Izby w świetle przywołanych powyżej uregulowań SIWZ w zakresie przedmiotu zamówienia brak jest uzasadnienia do odrzucenia oferty z powodu sprzeczności jej treści z treścią SIWZ w związku z przedstawieniem parametrów turbiny w opisie technicznym załączonym do oferty. Dopiero na etapie realizacji zamówienia to jest opracowania projektu technicznego nastąpi dobór ostatecznych parametrów urządzeń w tym turbiny po uprzednim podaniu przez zamawiającego wielkości natężenia przepływu przez magistralę co przewiduje powyżej cytowana Specyfikacja. Powyższe wynika również z okoliczności, że przedmiotem zamówienia nie jest dostawa turbiny i urządzeń jej towarzyszących a zaprojektowanie małej elektrowni wodnej na magistrali wodnej w uzgodnieniu z zamawiającym po czym przystąpienie przez wykonawcę do budowy turbiny, jej montażu i uruchomienia wraz z serwisem gwarancyjnym.

W związku z powyższym parametry zaoferowane w karcie katalogowej czy opisie technicznym turbiny, załączonych do oferty, nie mogą, w świetle obowiązujących

postanowień SIWZ, stanowić podstawy do odrzucenia oferty z przywołaniem art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp. Powyższe podyktowane jest okolicznością, że docelowe wielkości natężenia przepływu wody w magistrali wodnej zamawiający poda wykonawcy przed przystąpieniem do sporządzenia dokumentacji projektowej oraz przed rozpoczęciem budowy turbiny czyli po wyborze najkorzystniejszej oferty i po podpisaniu umowy.

Według postanowień SIWZ cytowanych powyżej zamawiający, co podkreślał na rozprawie, zamiennie traktuje „karty katalogowe” i „opis techniczny” urządzeń. Z oferty odwołującego wynika, że zawiera ona „opis turbiny” strony 24 -27 oferty. Tym samym do oferty odwołującego nie załączono dokumentu karty katalogowej. Natomiast z Formularza wzoru Oferty stanowiącego załącznik do SIWZ wynika, że do oferty załącza się karty katalogowe wymienionych w ofercie produktów („2. Oświadczamy, że wykonując niniejsze zamówienie dostarczymy wymienione w ofercie produkty, których karty katalogowe, atesty i certyfikaty załączyliśmy do oferty”).

Reasumując w ocenie Izby, w ofercie karta katalogowa budowanego w przyszłości urządzenia turbiny ma zamawiającemu służyć do zapoznania się ze szczegółami technicznymi oferty w tym parametrami technicznymi oferowanych urządzeń a nie służyć wykonaniu zamówienia, wobec postanowień zgodnie z którymi na etapie opracowania dokumentacji projektowej i przed rozpoczęciem budowy turbiny zamawiający określi docelowo wielkości natężenia przepływu wody. („Karty katalogowe lub opis techniczny mają umożliwić Zamawiającemu zapoznanie się ze szczegółami technicznymi oferty oraz czy zaoferowane urządzenia i wyposażenie spełniają założoną przez zamawiającego funkcjonalność. Dokumenty te mają również umożliwić zapoznanie się z parametrami technicznymi oferowanych urządzeń”. Z kolei dalej SIWZ przewiduje „Zamawiający doprecyzuje wielkości natężenia przepływu przez magistralę fi 1.400 na etapie wykonywania projektu technicznego. Wielkość przepływu zostanie określona przed rozpoczęciem budowy turbiny. Dla tego przepływu należy zaprojektować turbinę, a zwłaszcza koło wirnikowe.”)

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji wyroku uwzględniając odwołanie i nakazując wezwanie odwołującego do załączenia do oferty karty katalogowej urządzenia zgodnie z wymogiem pkt 2 powyżej cytowanego Formularza oferty. Bowiem odrzucenie oferty odwołującego stanowi naruszenie art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art.26 ust.3 ustawy Pzp co ma wpływ na wynik postępowania w myśl art.192 ust.2 ustawy Pzp, ponieważ w przypadku nie odrzucenia oferty odwołujący miałby szansę uzyskania zamówienia co z kolei wypełnia przesłankę z art.179 ust.1 ustawy pzp do wniesienia odwołania.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy oraz § 3 pkt 1) i 2) oraz § 5 ust.2 pkt 1) 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. 2010r. nr 41 poz.238) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 15.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego koszty postępowania obejmujące uiszczony przez odwołującego wpis od odwołania i wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego w łącznej kwocie 18.600 złotych.

Przewodniczący: