

WYROK

z dnia 6 lipca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Kisiel

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 lipca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 czerwca 2016 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia **Arkomp PS Sp. z o.o., Sp.k., Henryków Uroczę, ul. Mokra 30, 05-504 Złotokłos** w postępowaniu prowadzonym przez **Komendę Wojewódzką Państwowej Straży Pożarnej w Rzeszowie, ul. Mochnackiego 4, 35-016 Rzeszów,**

przy udziale wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia **S. Pojazdy Specjalne Sp. z o.o., ul. Bestwińska 105A, 43-346 Bielsko-Biała** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie ponownej oceny ofert połączone z odrzuceniem ofert wykonawców: **S. Pojazdy Specjalne Sp. z o.o., ul. Bestwińska 105A, 43-346 Bielsko-Biała**, a także **Zamet Głowno A.P., Z.Ł. Sp. J., ul. L.N. 28A, 95-015 Głowno** – na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp;
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Komendę Wojewódzką Państwowej Straży Pożarnej w Rzeszowie, ul. Mochnackiego 4, 35-016 Rzeszów** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia **Arkomp PS Sp. z o.o., Sp.k., Henryków Uroczę, ul. Mokra 30, 05-504 Złotokłos** tytułem wpisu od odwołania;

- 2.2. zasądza od zamawiającego **Komendy Wojewódzkiej Państwowej Straży Pożarnej w Rzeszowie, ul. Mochnackiego 4, 35-016 Rzeszów** na rzecz **Arkom PS Sp. z o.o., Sp.k., Henryków Urocze, ul. Mokra 30, 05-504 Złotokłos** kwotę **3 600 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych i zero groszy), stanowiącą 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 2015 r. poz. 2164 z późn. zm) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Rzeszowie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Komenda Wojewódzka Państwowej Straży Pożarnej w Rzeszowie, ul. Mochnackiego 4, 35-016 Rzeszów (dalej: „Zamawiający”) - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm) – zwanej dalej: "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę kontenera przeciwpowodziowego z pompami do wody zanieczyszczonej.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 15 czerwca 2016 r. Zamawiający, pismem przesłanym w formie faksu, zawiadomił wykonawców, w tym wykonawcę Arkom PS Sp. z o.o., Sp.k., Henryków Uroczę, ul. Mokra 30, 05-504 Złotokłos (dalej: „Odwołujący” lub „Arkom”) o wyborze oferty najkorzystniejszej za którą uznano ofertę wykonawcy S. Pojazdy Specjalne Sp. z o.o., ul. Bestwińska 105A, 43-346 Bielsko-Biała (dalej: „S.” lub „Przystępujący”). W uzasadnieniu pisma Zamawiający wskazał, że przyznał ofertom poszczególnych wykonawców następującą ilość punktów: 1. S. – 100 pkt., 2. Zamet Głowno A.P., Z.Ł. Sp. J., ul. L.N. 28A, 95-015 Głowno (dalej: „Zamet Głowno”) – 95,23 pkt., Arkom – 89,06 pkt.

W dniu 22 czerwca 2016 r. Arkom wniósł odwołanie w którym zarzucał Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy, tj.:

1. art 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, przez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców: S. oraz Zamet - Głowno, które to oferty są niezgodne z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz” lub „specyfikacja”) tj. z punktem 2.5 Załącznika nr 1 do siwz „Opis przedmiotu zamówienia. Minimalne parametry techniczno-użytkowe kontenera przeciwpowodziowego z pompami do wody zanieczyszczonej”;
2. art. 7 ustawy, przez przeprowadzenie postępowania niezgodnie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wnosił o:

1. unieważnienie czynności wyboru i oceny ofert,
2. dokonanie ponownej oceny ofert,
3. odrzucenie ofert wykonawców S. oraz Zamet - Głowno na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, jako nie odpowiadających treści siwz,
4. dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Arkom.

W uzasadnieniu odwołania Arkom wskazywał, że zgodnie z postanowieniami Załącznika nr 1 do siwz (Opis przedmiotu zamówienia) w pkt 2.5 Zamawiający postawił wymóg: „Agregat prądotwórczy tzw. walizkowy o napięciu 230 V, mocy nominalnej minimum 2 kVA i stopniu ochrony minimum IP 23”. Wykonawcy S. oraz Zamet - Głowno zaoferowali dostawę agregatu Honda EU20i. Zgodnie z kartą katalogową urządzenia agregat ten posiada moc nominalną 1,6 kVA, tym samym nie spełnia wymagań siwz (minimum 2 kVA). O powyższym fakcie Arkom poinformował Zamawiającego pismem z dnia 30 maja 2016 r. Zamawiający, pismem z dnia 2 czerwca 2016 r. wezwał ww. wykonawców do złożenia wyjaśnień, czy zaoferowany przez nich agregat Honda EU20i spełnia wymagania siwz. Wykonawca Zamet - Głowno oświadczył, że agregat spełnia wymogi siwz, a wykonawca Szcześniak dodatkowo argumentował w swoich wyjaśnieniach z dnia 3 czerwca 2016 r., że: „Jak powszechnie wiadomo, moc wyrażona w jednostce kW jest przeliczana na kVA z uwzględnieniem współczynnika mocy $\cos \varphi = 0,8$. Oznacza to konieczność przeliczenia: $2,0 \text{ kVA} * 0,8 = 1,6 \text{ kW}$.”

Zdaniem Odwołującego nie sposób zgodzić się z zaprezentowaną argumentacją. Wykonawca S. do swoich wyjaśnień dołączył tabliczkę znamionową oferowanego agregatu, z której to tabliczki wynika wprost, że znamionowy współczynnik mocy tego agregatu (rater power factor) wynosi 1,0 a nie jak chciałby ten wykonawca 0,8. Moc pozorna agregatu S_n podawana jest w [kVA]. Moc czynna agregatu P_n podawana jest w [kW] przy znamionowym współczynniku mocy $\cos \varphi$. Dla agregatów 3-fazowych znamionowy $\cos \varphi = 0,8$, a dla agregatów 1-fazowych $\cos \varphi = 1,0$. Agregat Honda Eu20i zaoferowany przez obu wykonawców jest agregatem jednofazowym wobec czego posiada moc czynną $1,6 \text{ kVA} * 1,0 = 1,6 \text{ kW}$, a tym samym nie odpowiada treści siwz.

Arkom podnosił, że o powyższym Zamawiający został poinformowany przez pismem z dnia 15 czerwca 2016 r. jednakże mimo tak jasnej przesłanki do odrzucenia ofert wykonawców Zamawiający dokonał wyboru oferty nie odpowiadającej treści specyfikacji.

Odwołujący podkreślał, że taka niezgodność oferty z treścią oczekiwań Zamawiającego nie może podlegać konwalidowaniu w drodze wzywania do uzupełnienia, czy wyjaśnień. „Wymienione w art. 89 p.z.p. przesłanki stanowią podstawy do odrzucenia oferty. Sformułowanie przepisu sprawia, że w sytuacji wystąpienia choćby jednej

wymienionej w nim przesłanki zamawiający ma obowiązek, a nie uprawnienie do odrzucenia oferty” (Wyrok WSA w Warszawie z dnia 31 sierpnia 2010 r., V SA/Wa 769/10).

Odwołujący zwracał uwagę, że w okolicznościach niniejszej sprawy Zamawiający był zobligowany do samodzielnego zweryfikowania, czy złożone oferty są zgodne z siwz. Arkom jako wykonawca czynnie zainteresowany wynikiem postępowania dodatkowo wskazywał na wadę w ofertach konkurencji przedstawiając Zamawiającemu dowody, a mimo to Zamawiający postąpił sprzecznie z ustawą Pzp. Takie działanie Zamawiającego narusza zasadę uczciwej konkurencji na rynku i świadczy o nierównym traktowaniu wykonawców biorących udział w przetargu.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego, dowody, odpowiedź na odwołanie, pisma procesowe oraz stanowiska i oświadczenia stron, a także uczestnika postępowania złożone na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Stan faktyczny sprawy został wyczerpująco i zgodnie z rzeczywistością przytoczony w treści odwołania (zreferowanej powyżej) i jest właściwie pomiędzy stronami bezsporny. Strony różnią się jedynie w jego interpretacji oraz co do wniosków wyciąganych z zastanych okoliczności faktycznych, szczególnie ich ocenie prawnej.

Dodatkowo Izba ustaliła:

Pismem z dnia 5 lipca 2016 r. Zamawiający odpowiedział na odwołanie, w który wnosił o oddalenie odwołania w całości. Do pisma Zamawiający dołączył opinię Stowarzyszenia Elektryków Polskich, ul. Świętokrzyska 14, 00-050 Warszawa, Izba Rzecznawców, Ośrodek Rzecznawstwa w Rzeszowie, ul. Kopernika 1, 35-959 Rzeszów. Na str. 2 we wniosku końcowym autor stwierdził, że „w oparciu o dane techniczne uzyskane przez Internet dla agregatu prądotwórczego Honda EU20i, 2.0kW, zaproponowanego przez jednego z Wykonawców, stwierdzam, że agregat ten spełnia wymagania zawarte w pkt. 2.5 Załącznika nr 1 do SIWZ, w zakresie napięcia znamionowego, mocy, stopnia ochrony osłony, głośności pracy, prądu znamionowego i ilości gniazd wtyczkowych na wyjściu, możliwości pracy równoległej z drugim agregatem”. Ponadto w treści opinii podano: „Ze względów ekonomicznie uzasadnionych wartość $\cos \varphi$ przyjmuje się w przedziale od 1 do 0,8. (...) Zamawiający, w pkt. 2.5 Załącznika nr 1 do SIWZ określił moc nominalną agregatu prądotwórczego na minimum 2 kVA, nie podając charakteru obciążenia. W tej sytuacji można wnioskować, że obwód pozorny obciążony mocą pozorną 2

kVA, może osiągnąć moc czynną 1,6kW przy założeniu $\cos \varphi = 0.8$ ($P_{cz} = 2 \text{ kVA} \times 0.8 = 1,6\text{kW}$) a może osiągnąć wartość maksymalną przy $\cos \varphi = 1$, $P_{cz} = 2 \text{ kVA}$ jak podaje katalog producenta ($P_{cz} = 2\text{kVA} \times 1 = 2\text{kW}$)”.

W toku posiedzenia z udziałem stron i rozprawy przystępujący złożył pismo procesowe wraz z załącznikiem w postaci wydruku ze strony internetowej firmy Aries Power (<http://www.mojahonda.pl/z-silnikami-benzynowymi/jednofazowe/a..>), gdzie podano, że moc nominalna agregatu prądotwórczego Honda EU 20i wynosi 1,6 kW. Odwołujący natomiast złożył następujące dowody:

1. Wydruk ze strony internetowej firmy Aries Power Equipment Sp. z o.o. (<http://www.mojahonda.pl/ariespower/o-nas>) oraz wydruk ze strony internetowej firmy Honda (<http://world.honda.com/group/Poland/index.html>), gdzie podano, że firma Aries Power Equipment Sp. z o.o. jest Generalnym Przedstawicielem koncernu Honda Motor Co. Ltd. W Polsce.
2. Pismo z dnia 15 czerwca 2016 r. skierowane przez Arkom do firmy Aries Power Equipment Sp. z o.o., dotyczące agregatu prądotwórczego Honda EU20i.
3. Pismo z dnia 21 czerwca 2016 r. podpisane przez Pana P.C., specjalistę firmy Aries Power Equipment Sp. z o.o., w którym podano m. in. moc maksymalną (2,0 kW/kVA $\cos \varphi = 1$) oraz moc znamionową (1,6 kW/kVA $\cos \varphi = 1$) agregatu prądotwórczego Honda EU20i.
4. Wydruki ze strony www.encyklopedia.pwn.pl zawierające definicję pojęć: „moc znamionowa” oraz „wartość znamionowa”.
5. Uwierzytelnione tłumaczenie z języka angielskiego tabliczki znamionowej seryjnie wyprodukowanego agregatu prądotwórczego Honda EU20i, gdzie podano: „współczynnik mocy znamionowej 1,0”.
6. Wyciąg z instrukcji obsługi agregatu prądotwórczego Honda EU20i, w którym na str. 26 oraz na str. 50 podano: „Limit czasu poboru mocy maksymalnej to 30 minut, moc znamionowa 1,6 kVA”.
7. Opinię Stowarzyszenia Elektryków Polskich, Oddział Warszawski im. Kazimierza Szpotańskiego Ośrodek Rzeczoznawstwa i Usług Technicznych, gdzie w pkt. 6 Wniosek podano „Agregaty EU20i nie osiągną mocy równej 2000VA (2,0 kVA). W treści opinii podano także: „Wydając niniejszą opinię nie kierujemy się danymi zamieszczonymi na stronach internetowych firm sprzedających agregaty prądotwórcze, ponieważ rozważamy tylko jeden konkretny typ agregatów. Umieszczona na nim tabliczka znamionowa powinna rzetelnie określać parametry techniczne urządzenia. Jeżeli na stronach internetowych podawane są inne dane niż

na tabliczce znamionowej, za prawdziwe musimy przyjąć dane z tabliczki znamionowej. Różnice powinien wyjaśnić producent/dostawca agregatu”.

W pkt. 3 opinii „Dokumenty związane” pod słowem UWAGA! podano: „Zleceniodawca nie podał informacji ile odbiorników i jakiej mocy w (W) lub (kW) będą przyłączane do przedmiotowego agregatu EU20i a które są podawane na tabliczce znamionowej”.

Na wstępie Izba stwierdza, że nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 Pzp.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba rozpoznała zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia ofert wykonawców S. i Zamet - Głowono w trybie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp jako niezgodnych z siwz, z uwagi na fakt, zaoferowania przez obu wykonawców agregatu prądotwórczego Honda EU20i. Zatem przedmiot sporu sprowadza się do odpowiedzi na pytanie, czy zaoferowane urządzenia są zgodne z treścią specyfikacji w postaci pkt. 2.5 załącznika nr 1 do siwz ? Izba stanęła na stanowisku, że na tak zadane pytanie należy odpowiedzieć przecząco.

Izba wyjaśnia, że Zamawiający w specyfikacji w rozdziale 3 w pkt. 7 ppkt 4 jasno wskazał, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, w tym parametry wyposażenie kontenera przeciwpowodziowego określa załącznik nr 1 do siwz „Minimalne wymagania kontenera przeciwpowodziowego z pompami do wody zanieczyszczonej”. W pkt. 2.5 ww. załącznika wprost wskazano: „Agregat prądotwórczy tzw. walizkowy o napięciu 230 V, mocy nominalnej minimum 2 kVA i stopniu ochrony minimum IP 23”.

Na potwierdzenie spełnienia wymagań Zamawiającego, wykonawcy powinni byli złożyć wypełniony załącznik nr 1, w którym w pkt. 2.5 należało podać nie tylko producenta oferowanego urządzenia ale też jego typ i model.

Z ustaleń Izby wynika, że wykonawcy S. i Zamet – Głowono w złożonych ofertach zaoferowali agregat prądotwórczy Honda EU20i.

Izba stwierdziła, że zgromadzony w sprawie materiał dowodowy potwierdza, że agregat prądotwórczy Honda EU20i nie jest w stanie osiągnąć żądanej przez Zamawiającego mocy nominalnej minimum 2 kVA.

W zakresie rozpoznawanego sporu niezwykle istotne jest rozstrzygnięcie kwestii związanej z wartością współczynnika $\cos \varphi$. W omawianej kwestii Izba w pełni podziela stanowisko prezentowane przez Odwołującego oraz wnioski zawarte w przedstawionej przez niego opinii. Po pierwsze wskazać należy, że w rozpoznawanej sprawie obaj wykonawcy zaoferowali konkretne urządzenie, ściśle określonego producenta, tj. agregat prądotwórczy Honda EU20i, dla którego producent określił współczynnik $\cos \varphi = 1$. Informacja ta znajduje przede wszystkim na tabliczce znamionowej agregatu prądotwórczego Honda EU20i, której kopia została przesłana Zamawiającemu przez wykonawcę S. już wraz z wyjaśnieniami z dnia 3 czerwca 2016 r. Również pismo z dnia 21 czerwca 2016 r. podpisane przez Pana P.C., specjalistę firmy Aries Power Equipment Sp. z o.o. potwierdza, dla ww. agregatu wielkość współczynnika $\cos \varphi$ na poziomie 1. Tym samym za błędną należy uznać argumentację Zamawiającego oraz Przystępującego, którzy dowodzili, iż w omawianym przypadku dopuszczalne jest zastosowanie współczynnika $\cos \varphi = 0,8$. Izba zwraca uwagę, że opisana sytuacja zapewne byłaby możliwa, gdyby brak było w omawianym zakresie ustaleń producenta. Wówczas za trafna i dopuszczalną należałoby uznać argumentację prezentowaną przez Zamawiającego, a zasadzającą się na tym, że w rozpoznawanym postępowaniu Zamawiający nie podał informacji na temat charakteru obciążenia, tj. ile odbiorników i jakiej mocy będzie przyłączonych do agregatu. Jednak w tym przypadku ww. sytuacja nie ma miejsca, bowiem producent ściśle określił współczynnik $\cos \varphi$, który dla agregatu prądotwórczego Honda EU20i jest równy 1. Wobec tego zaprezentowane stanowisko Zamawiającego nie znajduje zastosowania w rozpatrywanej kwestii. Powyższe rozważania prowadzą natomiast do wniosku, że rację ma Odwołujący twierdząc, że przyjmując ustalony dla agregatu prądotwórczego Honda EU20i współczynnik $\cos \varphi = 1$ moc nominalna agregatu prądotwórczego będzie niższa, niż ta ustalona przez Zamawiającego, na minimalnym poziomie 2,0 kVA.

Odnosząc się zaś do opinii przedłożonej przez Zamawiającego Izba zwraca uwagę, że autor opinii oparł się na danych technicznych pozyskanych z Internetu na co wskazują informacje podane we wniosku końcowym, tj. „w oparciu o dane techniczne uzyskane przez Internet dla agregatu prądotwórczego Honda EU20i, 2.0kW, zaproponowanego przez jednego z wykonawców (...)”. W tym zakresie Izba za właściwą i słuszną uznała argumentację zawartą w opinii przeciwnej, w której podano: „Wydając niniejszą opinię nie kierujemy się danymi zamieszczonymi na stronach internetowych firm sprzedających

agregaty prądotwórcze, ponieważ rozważamy tylko jeden konkretny typ agregatów. Umieszczona na nim tabliczka znamionowa powinna rzetelnie określać parametry techniczne urządzenia. Jeżeli na stronach internetowych podawane są inne dane niż na tabliczce znamionowej, za prawdziwe musimy przyjąć dane z tabliczki znamionowej. Różnice powinien wyjaśnić producent/dostawca agregatu”.

W zakresie pozostałych dowodów, opisanych powyżej w pkt. 1, 4 i 6 Izba zwraca uwagę, że nie mają one znaczenia dla rozpoznania sprawy, bowiem ani Zamawiający ani Przystępujący nie kwestionowali pozycji firmy Aries Aries Power Equipment Sp. z o.o. jako Generalnego Przedstawiciela koncernu Honda Motor Co. Ltd. w Polsce, jak również nie było sporu między stronami co do rozumienia pojęć opisanych w pkt. 4.

Biorąc pod uwagę powyższe w ocenie Izby bezsporna jest niezgodność oferty zarówno wykonawcy S. jak również wykonawcy Zamet - Głowno ze specyfikacją w aspekcie realizacji nałożonego na wykonawców obowiązku zaoferowania agregatu prądotwórczego o mocy nominalnej minimum 2 kVA. Wystąpienie opisanych w ustaleniach Izby okoliczności kwalifikuje oferty wykonawców S. oraz Zamet – Głowno (ich treść) do oceny jako niezgodne z treścią siwz w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, co obliguje konieczność ich odrzucenia.

Reasumując, Izba potwierdza naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez Zamawiającego w związku z zaniechaniem odrzucenia ofert wykonawców: S. i Zamet – Głowno. W konsekwencji ww. naruszenia ustawy Izba stwierdziła nierespektowanie przez zamawiającego postanowień art. 7 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie przedmiotowego postępowania w sposób nie zapewniający równego traktowania wykonawców.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i art. 192 ust. 2 ustawy, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 pkt 2 lit. b) § 5 ust. 2 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).

Przewodniczący:

.....