

POSTANOWIENIE
z dnia 28 września 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania w dniu 28 września 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 września 2016 r. przez Odwołującego: S. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą S. J. Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe ELEKTROPAKS, Kolonia Łuszczów 95, 21-010 Łęczna w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: PGE Dystrybucja S.A. Oddział Warszawa, ul. Marsa 95, 04 - 470 Warszawa, który działa w imieniu i na rzecz: PGE Dystrybucja S.A. w Lublinie

przy udziale:

A. wykonawcy - Konsorcjum: Elektro Montaż Wschód sp. z o.o. i Pracownia Projektowa Enspro sp. z o.o. zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,

B. wykonawcy – Electrum sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

postanawia:

1. odrzuca odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego: S. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą S. J. Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe ELEKTROPAKS, Kolonia Łuszczów 95, 21-010 Łęczna i: zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego: S. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą S. J. Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe ELEKTROPAKS, Kolonia Łuszczów 95, 21-010 Łęczna tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający: PGE Dystrybucja S.A. Oddział Warszawa, ul. Marsa 95, 04 - 470 Warszawa, który działa w imieniu i na rzecz: PGE Dystrybucja S.A. w Lublinie wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem aukcji elektronicznej, pn. „Roboty budowlane w zakresie budowy dwutorowej linii kablowej 110kV Łomianki-Czosnów, jednotorowej linii kablowej 15kV, traktem światłowodowym w oparciu o opracowaną dokumentację z ostateczną decyzją zatwierdzającą projekt budowlany i udzielającą pozwolenia na budowę wraz z opracowaniem dokumentacji technicznej oraz wykonaniem na jej podstawie prac na terenie GPZ Łomianki i systemu liniowego pomiaru temperatury- system DTS - numer postępowania 470/16/GZ.”.

Przedmiotowe zamówienie zostało ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2016/S087-154274 z dnia 4 maja 2016 r.

Po dokonaniu badania złożonych ofert Zamawiający drogą elektroniczną w dniu 18 sierpnia 2016 r. przesłał Odwołującemu: S. J. prowadzącemu działalność gospodarczą pod firmą S. J. Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe ELEKTROPAKS, Kolonia Łuszczów 95, 21-010 Łęczna zaproszenie do aukcji elektronicznej z dnia 17 sierpnia 2016r. wskazując termin otwarcia aukcji na dzień: 19 sierpnia 2015 r. - aukcja testowa i 22 sierpnia 2015 r. - aukcja właściwa.

W piśmie tym była zawarta również informacja o odrzuceniu oferty Electrum sp. z o. o. z siedzibą w Białymstoku, zwanego dalej Przystępującym Electrum z przedmiotowego przetargu na zasadzie art.89 ust.1 pkt. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp z podaniem szczegółowego uzasadnienia do tej czynności.

W związku z powyższą czynnością Przystępujący Electrum w dniu 22 sierpnia 2016 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na bezpodstawne uznanie, iż oferta Przystępującego Electrum jest niezgodna z treścią SIWZ (mimo, iż oferowany przez Wykonawcę kabel XRUHKXS- 1T4FS 1x1000RMC/240 jest dokładnie takiego samego typu jak wymagany przez Zamawiającego), tj.: posiada tubę stalową z modułem optycznym z czterema włóknami światłowodowymi, co wynika wprost z typu oferowanego kabla oraz

wersji angielskiej w karcie katalogowej oferowanego kabla (str. 57 oferty Przystępującego Electrum);

2. art. 26 ust. 4 w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 87 ust. 1 i 2 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Przystępującego Electrum do wyjaśnienia oferty i załączonego do niej dokumentu - Karty katalogowej oferowanego kabla XRUHKXS-1T4FS 64/110 kV 1 * 1000/240 produkcji Yuzhcable Works, PJSC, w odniesieniu do rozbieżności w zakresie ilości włókien światłowodowych wynikającej jednoznacznie z podanego typu kabla oraz wersji angielskiej karty katalogowej (strona 57 oferty Przystępującego Electrum) a ilości określonej w treści polskiej karty katalogowej (strona 57 oferty Przystępującego Electrum), zwłaszcza, że typ oferowanego kabla jednoznacznie wskazuje, że posiada on cztery włókna światłowodowe oraz zaniechanie poprawienia omyłki pisarskiej w tłumaczeniu na język polski w/w parametru kabla, co w konsekwencji spowodowało odrzucenie oferty Wykonawcy.

Z ostrożności, w przypadku uznania przez Izbę, że omyłka w ofercie była inną omyłką niż pisarska, Przystępujący Electrum zarzucił naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie w sytuacji, gdy oferta Przystępującego Electrum zawiera inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty;

3. art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i w konsekwencji naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ocenę oferty Wykonawcy z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, tj.: zaniechanie podczas analizy oferty pisma Wykonawcy z dnia 18 sierpnia 2016 r. pt.: „Wyjaśnienie oczywistej omyłki pisarskiej”, zaniechanie wyjaśnienia przez Zamawiającego oczywistej omyłki w treści oferty i potraktowanie jej wybiórczo bez odniesienia do treści całej oferty.

Przystępujący Electrum wnosił o:

1. uwzględnienie odwołania w całości zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp;
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej, a w przypadku rozstrzygnięcia odwołania po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej i/lub wyborze najkorzystniejszej oferty nakazanie Zamawiającemu unieważnienie wyniku aukcji elektronicznej i/lub czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
3. nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności ponownej oceny i badania ofert, unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Wykonawcy;
4. nakazanie Zamawiającemu uwzględnienia oferty Wykonawcy w dalszym postępowaniu przetargowym, w szczególności dopuszczenie Wykonawcy do udziału w aukcji elektronicznej zmierzającej do wyłonienia najkorzystniejszej oferty.

W przedmiotowym postępowaniu odwoławczym występował, jako wykonawca zgłaszający swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego – S. J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą S. J. Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe ELEKTROPAKS z siedzibą w Łęcznej.

Wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 września 2016 r., sygn. akt KIO 1565/16 uwzględniono odwołanie i nakazano Zamawiającemu unieważnienie czynności zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej wykonawców i czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, w tym poprawienie w tej ofercie innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty w zakresie wskazanym w uzasadnieniu orzeczenia w odniesieniu do typu oferowanego kabla.

W dniu 13 września 2016r. do aukcji zostali zaproszeni między innymi Odwołujący i Przystępujący Electrum sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego w zakresie zaproszenia Przystępującego Electrum sp. z o.o. Odwołujący w dniu 16 wrześnian 2016r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec:

1) zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy Electrum sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku, z powodu niezgodności oferty z SIWZ i niepotwierdzenia zaoferowania rozwiązania równoważnego do wymaganego w SIWZ, pomimo istnienia podstawy faktycznej, jak i prawnej;

2) zaniechania wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Wykonawcy Electrum sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku, z powodu złożenia nieprawdziwych informacji, a w konsekwencji nieodrzućenia oferty Electrum sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku, pomimo istnienia podstawy faktycznej, jak i prawnej;

3) dopuszczenia do udziału w aukcji elektronicznej Wykonawcy Electrum sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku, pomimo istnienia przesłanek do odrzucenia oferty tego Wykonawcy;

4) przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 30 ust. 5 ustawy Pzp, poprzez brak odrzucenia oferty Wykonawcy Electrum sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku, z powodu niewykazania przez Wykonawcę, że oferowana przez niego linia kablowa (jako rozwiązanie

równoważne do przewidzianego w STWiORB), spełnia wymagania Zamawiającego w zakresie posiadania wydanego przez akredytowaną jednostkę certyfikatu zgodności z normą IEC 60840:2004;

2) art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez nieuprawnione niewykluczenie wykonawcy Electrum sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w konsekwencji nieodrzućenie oferty tego wykonawcy, z powodu złożenia nieprawdziwych informacji, które miały wpływ lub mogą mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, pomimo istnienia uzasadnienia faktycznego, jak i prawnego do dokonania tej czynności przez Zamawiającego;

3) art. 91 b ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej Wykonawcy Electrum sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku., pomimo istnienia okoliczności uzasadniających odrzućenie oferty tego Wykonawcy, a w konsekwencji - zamiar przeprowadzenia aukcji elektronicznej niezgodnie z dyspozycją art. 91 b ust. 1 ustawy Pzp,

4) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, jako pochodna naruszenia przepisów wskazanych w pkt 1-3 powyżej, poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców, w tym brak wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Wykonawcy Electrum sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku.

Odwołujący wnosil o:

1) uwzględnienie odwołania w całości zgodnie z art. 192 ust.2 ustawy Pzp;

2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej Wykonawcy Electrum sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku, a także - ewentualnie - w przypadku rozpoznania odwołania po dokonaniu aukcji elektronicznej i wyborze najkorzystniejszej oferty, którą nie byłaby oferta Odwołującego - unieważnienie aukcji elektronicznej i czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;

3) nakazanie Zamawiającemu wykluczenia Wykonawcy Electrum sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w konsekwencji uznanie oferty tego Wykonawcy za odrzuconą;

4) nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności ponownego badania oraz oceny ofert bez uwzględniania oferty Wykonawcy Electrum sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku;

5) dopuszczenie i przeprowadzenie postępowania odwoławczego z uwzględnieniem dowodów załączonych do niniejszego pisma i na wskazane w nim okoliczności;

6) zobowiązanie Zamawiającego do przedstawienia wszystkich wyjaśnień i uzupełnień złożonych do oferty Wykonawcy Electrum sp. z o.o. dokonanych po terminie składania ofert w tym, także w zakresie posiadanego oświadczenia firmy Pfisterer.

7) zobowiązanie Instytutu Energetyki - Instytut Badawczy 01-330 Warszawa, ul. Mokry 8 do złożenia :

a) oryginału Certyfikatu Zgodności Nr 047/2016 Wydanie nr 1 z dnia 13.06.2016 roku wydanego na rzecz posiadacza certyfikatu ELECTRUM SP. ZO.O. ul. Watykańska 13, 15-638 Białystok na Kabel i system kablowy 64/110/123 kV typ XRUH(A) KXS 1x 1000,64/110(123) kV wyprodukowany przez firmę : PJC YUZH CABLE WORKS ul. Avtogen naya 7, 61099 Charków, Ukraina

b) raportów z badań prób typu nr DZC/88c/E/2016-1, wskazanych w treści certyfikatu, które stanowiły podstawę wystawienia przez Instytut powyższego certyfikatu.

8) z ostrożności - dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu sieci oraz instalacji elektrycznych i elektroenergetycznych na okoliczność autentyczności certyfikatu zgodności nr 047/2016 wydanego przez Instytut Energetyki Instytut Badawczy, w tym raportów z badań DZC/88c/E2016-1 na podstawie których wyrób uzyskał ww. certyfikat oraz na okoliczność potwierdzenia faktu, że kabel nie został przebadany w zakresie normy IEC 60840 i nie spełnia tej normy.

9) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

W dniu 19 września 2016 r. zgłosili swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego wykonawca - Konsorcjum: Elektro Montaż Wschód sp. z o.o. i Pracownia Projektowa Enspro sp. z o.o. po stronie Odwołującego i wykonawca – Electrum sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku po stronie Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dokumentacyjnego przedmiotowego postępowania przetargowego, w tym akt sprawy odwoławczej o sygn. akt KIO 1565/16 Izba postanowiła odwołanie odrzucić.

Na posiedzeniu niejawnym Izba doszła do przekonania, że zachodzi przesłanka do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust.2 pkt. 3 ustawy Pzp.

Izba zważyła, że zgodnie z art.182 ust.3 pkt. 1 ustawy Pzp odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp – w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

Izba uznała, że Odwołujący mógł powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania już w dacie przesłania wykonawcom pierwszego zaproszenia do aukcji elektronicznej (tj. 18 sierpnia 2016r.), która została zorganizowana już po dokonanej ocenie ofert, w tym przypadku Przystępującego Electrum sp. z o.o.

Według zapatrywania Izby Odwołujący mógł na tamtym etapie postępowania przetargowego zapoznać się z aktami postępowania przetargowego, działając we własnym interesie, zachowując należyłą staranność i wnieść odwołanie o analogicznej treści jak obecnie z zachowaniem ustawowego terminu.

Poza tym, zdaniem Izby Odwołujący w tamtym czasie powinien pozostawać w uzasadnionym przekonaniu, że ocena Zamawiającego złożonych ofert została dokonana i może nastąpić jedynie polepszenie sytuacji jego konkurenta w warunkach wniesienia odwołania.

Izba stanęła na stanowisku, że możliwa do uzyskania wiedza na temat złożonego wraz z ofertą Certyfikatu Zgodności nr 047/2016 z dnia 13 czerwca 2016r. dawała podstawę Odwołującemu do ewentualnego sformułowania zarzutów jak w obecnym odwołaniu.

Natomiast, Izba stwierdziła, że Odwołujący wniósł odwołanie dopiero w dniu 16 września 2016 r., co potwierdza prezentata Izby znajdująca się na tym dokumencie.

Z powyższego wynika, że odwołanie zostało wniesione po terminie, skoro Odwołujący mógł zapoznać się z ofertą konkurencyjną już w dniu 18 sierpnia 2015 r. (data zaproszenia do pierwszej aukcji elektronicznej z informacją o podstawie odrzucenia oferty Przystępującego wraz z uzasadnieniem faktycznym i prawnym), gdzie Zamawiający dokonał już badania i oceny oferty Przystępującego Electrum sp. z o.o.

Stosownie do przepisu art.189 ust.2 pkt. 3 ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 zd.2 ustawy Pzp postanowiła odrzucić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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:.....