

Sygn. akt: KIO/UZP 1174/10
KIO/UZP 1175/10
KIO/UZP 1208/10

WYROK
z dnia 28 czerwca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Członkowie: Emil Kuriata
Jolanta Markowska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 czerwca 2010r. w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 czerwca 2010 r. do łącznego rozpoznania, wniesionych przez:

A wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego:
Trakcja Polska S.A, Przedsiębiorstwo „EL – IN” Tomasz Wach i Wspólnicy sp. j.,
00-828 Warszawa, ul. Jana Pawła II 11,

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego:
JM – Tronic Sp. z o.o., Start – Engineering S.A, 00-379 Warszawa, ul. Wybrzeże
Kościuszkowskie 31/33,

C. ELEKTROBUDOWA S.A, 40-246 Katowice, ul. Porcelanova 12,
od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Tramwaje Warszawskie Sp. z o.o., 01-232**
Warszawa, ul. Siedmiogrodzka 20 protestów:

A wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego:
Trakcja Polska S.A, Przedsiębiorstwo „EL – IN” Tomasz Wach i Wspólnicy sp. j.,
00-828 Warszawa, ul. Jana Pawła II 11 z dnia 21 maja 2010 r.

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego:
JM – Tronic Sp. z o.o., Start – Engineering S.A, 00-379 Warszawa, ul. Wybrzeże
Kościuszkowskie 31/33 z dnia 21 maja 2010 r.

C. ELEKTROBUDOWA S.A, 40-246 Katowice, ul. Porcelanova 12 z dnia 18 maja 2010 r.

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Trakcja Polska S.A, Przedsiębiorstwo „EL – IN” Tomasz Wach i Wspólnicy sp. j., 00-828 Warszawa, ul. Jana Pawła II 11** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawach o sygn. akt KIO/UZP 1174/10 i KIO/UZP 1208/10.

orzeka:

1. Oddala odwołania.

2. Kosztami postępowania obciąża:

A wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego:
Trakcja Polska S.A, Przedsiębiorstwo „EL – IN” Tomasz Wach i Wspólnicy sp. j.,
00-828 Warszawa, ul. Jana Pawła II 11,

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego:
JM – Tronic Sp. z o.o., Start – Engineering S.A, 00-379 Warszawa, ul. Wybrzeże
Kościuszkowskie 31/33,

C. ELEKTROBUDOWA S.A, 40-246 Katowice, ul. Porcelanova 12

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:

A koszty w wysokości 1 481 zł 34 gr (słownie: jeden tysiąc czterysta osiemdziesiąt jeden złotych trzydzieści cztery grosze) z kwoty wpisu uiszczanego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Trakcja Polska S.A, Przedsiębiorstwo**

B. koszty w wysokości **1 481 zł 33 gr** (słownie: jeden tysiąc czterysta osiemdziesiąt jeden złotych trzydzieści trzy grosze) z kwoty wpisu uiszczanego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: JM – Tronic Sp. z o.o., Start – Engineering S.A., 00-379 Warszawa, ul. Wybrzeże Kościuszkowskie 31/33,**

C. koszty w wysokości **1 481 zł 33 gr** (słownie: jeden tysiąc czterysta osiemdziesiąt jeden złotych trzydzieści trzy grosze) z kwoty wpisu uiszczanego przez **ELEKTROBUDOWA S.A., 40-246 Katowice, ul. Porcelanowa 12,**

2) dokonać zwrotu kwoty **55 556 zł 00 gr** (słownie: pięćdziesiąt pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:

A. kwoty **18 518 zł 66 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy pięćset osiemnaście złotych sześćdziesiąt sześć groszy) na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Trakcja Polska S.A., Przedsiębiorstwo „EL – IN” Tomasz Wach i Wspólnicy sp. j., 00-828 Warszawa, ul. Jana Pawła II 11,**

B. kwoty **18 518 zł 67 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy pięćset osiemnaście złotych sześćdziesiąt siedem groszy) na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: JM – Tronic Sp. z o.o., Start – Engineering S.A., 00-379 Warszawa, ul. Wybrzeże Kościuszkowskie 31/33,**

C. kwoty **18 518 zł 67 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy pięćset osiemnaście złotych sześćdziesiąt siedem groszy) na rzecz **ELEKTROBUDOWA S.A., 40-246 Katowice, ul. Porcelanowa 12.**

Uzasadnienie

Zamawiający – Tramwaje Warszawskie Sp. z o.o. prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie przebudowy podstawy trakcyjnych „Goleszowska”, „Grzybowska”, „Jagiellońska”, „Kawęczyńska” wraz z urządzeniami.

W dniu 12 maja 2010 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach oceny ofert, w tym:

1. O wyborze jako najkorzystniejszej:

a. dla Zadania 1 i 3 oferty Przedsiębiorstwa Produkcyjno – Handlowo – Usługowego Elester-PKP Sp. z o.o.,

b. dla Zadania 2 i 4 oferty wykonawcy Andrzej Święcki prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „ŚWIĘCKI” Andrzej Święcki,

2. O odrzuceniu oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Trakcja Polska S.A., Przedsiębiorstwo „EL – IN” Tomasz Wach i Wspólnicy sp. j. zwanych dalej Konsorcjum Trakcja Polska na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) zwanej dalej ustawą Pzp.

a. Zamawiający stwierdził, że zaoferowana w Zadaniach 1 i 3 jako wyrób równoważny rozdzielnica typu MRT-06 produkcji Trakcja Polska S.A. nie spełnia wymagań dotyczących parametrów technicznych i funkcjonalnych określonych w dokumentacji projektowej:

- wymaganie: indywidualne układy próby linii dla każdego z zasilaczy umieszczone na wózkach wyłączników – w zaoferowanej rozdzielnicy urządzenia tego układu znajdują się w wydzielonym przedziale próby linii z dostępem do tego przedziału od tyłu rozdzielnicy,
- wymaganie: montaż kabli trakcyjnych od przodu rozdzielnicy – w ofercie przedział odłącznikowo-szynowy, do którego podłączone są kable trakcyjne nie jest dostępny od przodu rozdzielnicy,

- wymaganie: szerokość pola zasilacza trakcyjnego rozdzielnic 1 000 mm, szerokość przedział kablowego 400 mm, głębokość rozdzielni nie więcej niż 1 500 mm – zaoferowana rozdzielnica ma szerokość pola zasilacza trakcyjnego 600 mm i głębokość 1 700 mm,

- wymaganie: odłączniki szynowy i obejściowy z szybkim napędem elektrycznym o ruchu skokowym – zaoferowano rozwiązanie polegające na zastąpieniu odłącznika szynowego wysuwaną szufladą z wyłącznikiem o czasie wysuwu 10 s.,

- wymaganie: zakres nastaw wyłączników trakcyjnych nie mniejszy niż 1 500 – 5 000 A z podziałką co 200 A – zaoferowano wyłącznik o zakresach 1.4 – 2.7 kA lub 2.0-8 kA,

- wymaganie: wyłączniki wyposażone w wyzwalacz podnapięciowy – zaoferowano wyłącznik nie wyposażony w wyzwalacz podnapięciowy,

- wymaganie: napięcie znamionowe wyłącznika szybkiego co najmniej 1 000 V – zaoferowano wyłącznik szybki o napięciu znamionowym 900 V,

- wymaganie: wyłącznik o prądach przeciążeniowych wytrzymywanych: przez 120 min – co najmniej 3 150 A, przez 2 min – co najmniej 5 200 A, przez 20 s

– co najmniej 7 800 A – wykonawca podał inne punkty charakterystyki wytrzymywanego prądu przeciążeniowego,

- wymaganie: wyłączniki: przemienne napięcie wytrzymywane 50 Hz

– co najmniej 10 kV – zaoferowano wyłącznik o wytrzymywanym napięciu 3 600 V,

- wymaganie: wyłączniki: zwarciova zdolność łączenia eksploatacyjna

– co najmniej 60 kV – wykonawca nie wykazał spełnienia wymagania.

b. Zdaniem Zamawiającego, rozdzielnica RPS typu TrakCell produkcji JM-Tronic zaoferowana w ramach Zadania 2 i 4 jako wyrób równoważny nie spełnia wymagań dotyczących parametrów technicznych i funkcjonalnych określonych w dokumentacji projektowej, bowiem do oferty nie dołączono dokumentów potwierdzających, że oferowana rozdzielnica spełnia wymagania określone w dokumencie „Wymagania w zakresie parametrów technicznych i funkcjonalnych wyrobów (urządzenia, materiały)”. Na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane roboty budowlane wymagań Zamawiającego w zakresie oferowanych wyrobów równoważnych wykonawca podał tylko jeden parametr tj. prąd pola zespołowego.

3. O wykluczeniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego JM – Tronic Sp. z o.o., Start – Engineering S.A. zwanych dalej Konsorcjum JM-Tronic na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oraz o odrzuceniu oferty złożonej przez ww. wykonawców na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

a. w ocenie Zamawiającego, Konsorcjum JM-Tronic nie wykazało spełniania warunku doświadczenia, a wobec faktu, że mimo uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oferta Konsorcjum JM-Tronic podlegałaby odrzuceniu, Zamawiający zaniechał wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

b. Zamawiający stwierdził, że oferta Konsorcjum JM-Tronic złożona w ramach Zadania 3 podlega odrzuceniu jako niezgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia z uwagi na zaniechanie złożenia wykazów robocizny, materiałów i sprzętu z cenami, zaoferowanie w kosztorysie ofertowym dla Zadania 2 w pozycji 77 drabin wewnętrznych pionowych o długości do 3 m, podczas gdy należało zaoferować balustrady schodowe z prętów stalowych osadzone i zabetonowane w co trzecim stopniu o masie ponad 16 kg, a także z uwagi na zaoferowanie w kosztorysie ofertowym dla Zadania 3 w pozycji 114 obsadzenia ościeżnic stalowych o powierzchni otworu ponad 2,0 m² w ścianach z cegieł, podczas gdy należało zaoferować skrzydła drzwiowe płytowe wewnętrzne jednodzielne pełne o powierzchni ponad 1,6 m² fabrycznie wykończone.

4. O odrzuceniu oferty złożonej przez wykonawcę Elektrobudowa S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie złożenia wykazów robocizny, materiałów

i sprzętu z cenami.

Sprawa o sygn. akt KIO/UZP 1174/10:

W dniu 21 maja 2010 r. protest wobec czynności Zamawiającego z dnia 12 maja 2010 r. wniosło Konsorcjum Trakcja Polska zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez złamanie zasady równego traktowania wykonawców,
- art. 7 ust. 3 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty z rażącym naruszeniem przepisów ustawy Pzp oraz postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia,
- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty Konsorcjum Trakcja Polska pomimo braku ku temu podstaw faktycznych oraz prawnych,
- art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy Andrzej Świącki prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „ŚWIĘCKI” Andrzej Świącki.

Konsorcjum Trakcja Polska podniosło, że Zamawiający nie określił minimalnych parametrów technicznych i funkcjonalnych dla wyrobów równoważnych, nie wskazał, które wymagania i parametry będą brane pod uwagę przy ocenie ofert. Brak w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wymagań w powyższym zakresie upoważniał wykonawców, w ocenie Konsorcjum Trakcja Polska, do zaoferowania takich produktów, które wykonawca uzna za równoważne pod względem technicznym i funkcjonalnym produktom opisanym przez Zamawiającego tj. takich, które umożliwiają wypełnienie celu, jakim jest zasilanie trakcji elektrycznej. Konsorcjum Trakcja Polska stwierdziło, że nie może ponosić przez wykonawcę negatywnych konsekwencji zaniechania Zamawiającego wskazania wymagań dotyczących kluczowych parametrów, które będzie brał pod uwagę oceniając równoważność zaoferowanych rozwiązań.

Konsorcjum Trakcja Polska zwróciło również uwagę na fakt, że pomimo zaoferowania przez wykonawcę Andrzeja Świąckiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „ŚWIĘCKI” Andrzej Świącki rozdzielnic prądu stałego 660V TrakCell firmy JM-Tronik, a zatem tego samego urządzenia, które zaoferowało Konsorcjum Trakcja Polska, oferta ww. wykonawcy nie została odrzucona.

Konsorcjum Trakcja Polska wniosło o:

- unieważnienie czynności Zamawiającego z dnia 12 maja 2010 r. dotyczącej wyboru najkorzystniejszej oferty,
- ponowne dokonanie badania i oceny złożonych ofert z uwzględnieniem oferty Konsorcjum Trakcja Polska,
- uznanie, iż oferta złożona przez Konsorcjum Trakcja Polska w Zadaniu nr 1 i 3 jest ofertą najkorzystniejszą.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 1 czerwca 2010 r. przez jego oddalenie w całości. Wskazał, że wymagania techniczne i funkcjonalne, które muszą spełniać wyroby równoważne Zamawiający dokładnie opisał w kolumnie 4 w dokumencie „Wymagania w zakresie parametrów technicznych i funkcjonalnych wyrobów (urządzenia, materiały)” stanowiącym załącznik do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (jako część dokumentacji projektowej). Zamawiający zwrócił uwagę na fakt, że zgodnie z art. 30 ust. 5 ustawy Pzp to wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez Zamawiającego, jest zobowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez Zamawiającego.

Zamawiający podniósł również, że wezwał Konsorcjum Trakcja Polska w dniu 16 marca 2010 r. do uzupełnienia opisu zaoferowanych wyrobów równoważnych tj. dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane roboty budowlane wymagań

określonych przez Zamawiającego w zakresie oferowanych wyrobów równoważnych: rozdzielnic RPS (rozdzielnice MRT-06 oraz TrakCell) oraz rozdzielnic Szafy Kabli Powrotnych SKP. W odpowiedzi na ww. wezwanie w zakresie Zadań 2 i 4 Konsorcjum Trakcja Polska nie dokonało uzupełnienia dokumentów, zaś w zakresie Zadań 1 i 3 przedstawiło obszerne informacje na temat zaoferowanej rozdzielnicy MRT-06, na podstawie których Zamawiający stwierdził, że rozdzielnica ta nie spełnia wymagań określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego oferty złożonej przez wykonawcę Andrzeja Święckiego prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „ŚWIĘCKI” Andrzej Święcki Zamawiający stwierdził, że obie oferty zasadniczo różnią się w zakresie opisu wyrobów równoważnych. Zamawiający uznał, że wykonawca Andrzej Święcki prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „ŚWIĘCKI” Andrzej Święcki przedstawił dokumenty pozwalające na stwierdzenie, że zaoferowane przez niego urządzenie spełnia wszystkie wymagania określone w stosunku do wyrobów równoważnych. Zdaniem Zamawiającego, na podstawie samej tylko nazwy nie można wnioskować o wyposażeniu i poszczególnych parametrach rozdzielnic, nie można np. określić typu i parametrów wyłącznika szybkiego, jaki miałby być w niej zainstalowany. Zamawiający wyjaśnił, że wyłączniki UR26 produkcji Secheron oferowane są w różnych wykonaniach, z których część spełnia określone przez Zamawiającego wymagania.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodziło się Konsorcjum Trakcja Polska wnosząc w dniu 11 czerwca 2010 r. odwołanie, w którym zarzuciło Zamawiającemu naruszenie:

- art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez złamanie zasady uregulowanej równego traktowania wykonawców,
- art. 7 ust. 3 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty z rażącym naruszeniem przepisów ustawy Pzp oraz postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia,
- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty Konsorcjum Trakcja Polska mimo braku ku temu podstaw,
- art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Andrzej Święcki prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „ŚWIĘCKI” Andrzej Święcki.

Konsorcjum Trakcja Polska wniosło o:

- merytoryczne rozpoznanie przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania i jego uwzględnienie,

-
- nakazanie przez Krajową Izbę Odwoławczą unieważnienia czynności Zamawiającego z dnia 12 maja 2010 r. polegającej na odrzuceniu oferty Konsorcjum Trakcja Polska i wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „Elster-PKP” Sp. z o.o.,
 - nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
 - uznanie, że oferta złożona przez Konsorcjum Trakcja Polska w Zadaniu 1 i 3 jest ofertą najkorzystniejszą.

Sprawa o sygn. akt KIO/UZP 1175/10:

Protest wobec czynności Zamawiającego polegających na wykluczeniu Konsorcjum JM-Tronic w zakresie Zadania 1 i 3, błędnej ocenie oferty Konsorcjum JM-Tronic przez jej odrzucenie oraz na wyborze jako najkorzystniejszej w zakresie Zadań 1 i 3 oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „Elster-PKP” Sp. z o.o. wniosło w dniu 21 maja 2010 r. Konsorcjum JM-Tronic zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 26 ust. 3, art. 87 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Konsorcjum JM-Tronic nie zgodziło się z twierdzeniem Zamawiającego, że nie złożenie przez wykonawcę wykazów robocizny, materiałów i sprzętu z cenami stanowi wypełnienie przesłanki odrzucenia oferty określonej w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W opinii Konsorcjum JM-Tronic, Zamawiający nie wskazał celu, jakiemu wykazy te mają służyć, nie określił też konsekwencji, które poniesie wykonawca w przypadku zaniechania załączenia do oferty przedmiotowych wykazów. Zdaniem Konsorcjum JM-Tronic, podstawą oceny treści oferty jest kosztorys ofertowy, a wykazy robocizny, materiałów i sprzętu, jako nie mające walorów merytorycznej treści oferty, a tym samym zbędne w procedurze, nie mogą być traktowane jako element treści oferty, o którym stanowi art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu zamieszczenia w kosztorysie ofertowym dla części architektoniczno - budowlanej, w pozycji 114 obsadzenia ościeżnic stalowych o powierzchni otworu ponad 2,0m² w ścianach z cegieł zamiast opisu pozycji „skrzydła drzwiowe płytowe wewnętrzne jednodzielne pełne o powierzchni ponad 1,6 m² fabrycznie wykończone” Konsorcjum JM-Tronic stwierdziło, iż przedmiotowe uchybienie stanowi omyłkę podlegającą poprawie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Konsorcjum JM-Tronic zwróciło

uwagę, że w wyjaśnieniach złożonych w dniu 27 kwietnia 2010 r. złożyło oświadczenie, że składając ofertę zdawało sobie sprawę w pełni z wymagań Zamawiającego określonych

w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz stanowiącej jej integralną część dokumentacji, w kosztorysie ofertowym uwzględniło wszelkie wymagane prace i ich koszt. Tym samym, jak zauważyło Konsorcjum JM-Tronic, zobowiązało się ono do wykonania zamówienia zgodnie z dokumentacją projektową i wymogami Zamawiającego. W ww. wyjaśnieniach wykonawca wskazał również, że „Do wyliczenia kosztu prac przyjęte zostały ujęte w dokumentacji założenia, zgodnie z pozycją zamawiającego, dlatego też nie wprowadzenie zmiany opisu pozycji kosztorysowej nie ma merytorycznego znaczenia dla treści tej pozycji.” Konsorcjum JM-Tronic wyjaśniło, że z uwagi na fakt, że w kosztorysie ofertowym umieszczone zostały pomyłkowo pozycje nie dotyczące przedmiotowego zakresu robót, które nie miały wpływu na zakres prac (ich obmiar był równy zero), ani na cenę oferty (wartość pozycji była równa zero), nastąpiło przesunięcie w numerowaniu pozycji o jedną pozycję, i tak poz. 115 kosztorysu ofertowego odpowiada poz. 114 przedmiaru i nastąpiła w niej omyłka w podstawie wyceny i opisie robót. Konsorcjum JM-Tronic podkreśliło jednocześnie, że ilość i cena zostały określone właściwie a prace zostaną wykonane zgodnie z STWiOR oraz projektem.

Ponadto Konsorcjum JM-Tronic podniosło, z uwagi na brak podstaw do odrzucenia oferty, że Zamawiający zobowiązany jest do wezwania wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Konsorcjum JM-Tronic wniosło o:

- ponowne badanie i ocenę ofert z uwzględnieniem dyspozycji art. 26 ust. 3 ustawy Pzp,
- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w Zadaniach 1 i 3,
- unieważnienie czynności wykluczenia Konsorcjum JM-Tronic i odrzucenia oferty ww. wykonawcy w zakresie Zadań 1 i 3.

Zamawiający oddalił protest w dniu 1 czerwca 2010 r. stwierdzając, że brak wykazów robocizny, materiałów i sprzętu z cenami uniemożliwi Zamawiającemu sprawdzenie czy oferta obejmuje wszystkie materiały i urządzenia niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia oraz rozliczenie robót zamiennych, o których mowa w § 10 ust 10 projektu umowy. W ocenie Zamawiający, przedmiotowe wykazy nie stanowią formalnego uzupełnienia oferty, gdyż zawierają informacje merytoryczne. Zamawiający zwrócił uwagę, że złożenie ww. wykazów jest również istotne z uwagi na wymóg złożenia kosztorysu uproszczonego, który nie zawiera cen materiałów, sprzętu i robocizny. Zestawienie stawek robocizny, materiałów i sprzętu nie jest konieczne dla zobrazowania kalkulacji kosztorysowej, lecz stanowić ma podstawę do ustalenia wynagrodzenia za roboty zamienne.

W zakresie błędu w kosztorysie Zamawiający wskazał, że pozycja 115 kosztorysu ofertowego złożonego przez Konsorcjum JM-Tronic odpowiada pozycji 113 przedmiaru robót (zgodność podstawy, opisu i jednostki). Korzystając z przesłanek z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający poprawił jedynie obmiar w ww. pozycji, o czym Konsorcjum JM-Tronic zostało poinformowane i wyraziło zgodę na taką poprawkę. Zamawiający stwierdził, że z uwagi na wyjaśnienia wykonawcy, rozbieżność w podstawie, rozbieżność w opisie nie wynikająca z zastosowania ogólnego, katalogowego opisu oraz rozbieżność w ilości Zamawiający nie znalazł podstaw do poprawienia treści oferty w tym zakresie.

W dniu 11 czerwca 2010 r. Konsorcjum JM-Tronic wniosło odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie: art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 26 ust. 3, art. 87 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Konsorcjum JM-Tronic podtrzymało zarzuty w zakresie Zadania 1.

Konsorcjum JM-Tronic wniosło o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem dyspozycji art. 26 ust. 3 ustawy Pzp,
- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie Zadania nr 1,
- unieważnienia czynności odrzucenia oferty Konsorcjum JM-Tronic i wykluczenia wykonawcy z postępowania w zakresie Zadania 1.

Sprawa o sygn. akt KIO/UZP 1208/10:

W dniu 18 maja 2010 r. wykonawca Elektrobudowa S.A. wniósł protest wobec czynności odrzucenia oferty Elektrobudowa S.A., wyboru jako najkorzystniejszej w Zadaniu 1 i 3 oferty Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Handlowo-Uslugowego „Elester-PKP” Sp. z o.o., wyboru jako najkorzystniejszej w Zadaniu 2 i 4 oferty wykonawcy Andrzej Świącki prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „ŚWIĘCKI” Andrzej Świącki. Wykonawca Elektrobudowa S.A. zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej w Zadaniach 1 i 3 oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Uslugowe „Elester-PKP” Sp. z o.o., która w kryterium oceny ofert (100% cena) nie jest ofertą najkorzystniejszą, oraz przez zaniechanie wyboru oferty Elektrobudowa S.A. jako najkorzystniejszej,

- art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy Andrzej Świącki prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „ŚWIĘCKI” Andrzej Świącki jako najkorzystniejszej, zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy i uznanie jej za ważną w rozumieniu ustawy Pzp, mimo że oferta ta jest sprzeczna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie rozwiązań równoważnych, oraz zaniechanie wyboru oferty Elektrobudowa S.A. jako najkorzystniejszej w Zadaniach 2 i 4,

- art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty Elektrobudowa S.A. w konsekwencji uznania, że oferta ta nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Wykonawca Elektrobudowa S.A. stwierdził, że wykaz robocizny, materiałów i sprzętu jest dokumentem akcesoryjnym, o czym świadczy okoliczność, że ceny oferty w poszczególnych zadaniach zostały wskazane w samym kosztorysie ofertowym uproszczonym oraz w formularzu ofertowym przez podanie dla każdego zadania osobno ceny netto, VAT i ceny brutto. Wykonawca Elektrobudowa S.A. podniósł również wątpliwość co do skuteczności żądania przez Zamawiającego ww. wykazu, którą wywiódł z odpowiedzi Zamawiającego na pytanie nr 16, gdzie Zamawiający przyznał, że „nie posiada przedmiarów zawierających w pozycjach nakłady robocizny, materiałów i sprzętu”. Elektrobudowa S.A. wskazała, że w wyjaśnieniach z dnia 26 kwietnia 2010 r. złożyła oświadczenie, że cena oferty nie ulega zmianie, tj. cena wskazana za każde zadanie w formularzu ofertowym i wynikająca z kosztorysu uproszczonego. Wobec powyższego, wykonawca Elektrobudowa S.A. uznał, że sam brak w ofercie spornego wykazu nie stanowi o sprzeczności oferty z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Odnosząc się do oceny przez Zamawiającego oferty wykonawcy Andrzej Świącki prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „ŚWIĘCKI” Andrzej Świącki w Zadaniu 2 i 4 wykonawca Elektrobudowa S.A. wskazał, że w oferowanej przez ww. wykonawcę rozdzielnicy TrakCell rolę odłącznika szynowego pełni człon wysuwany wyłącznika oraz zastosowano tu odłączniki obejściowe typu SWS produkcji Secheron, w których przestawienie styków odbywa się w sposób płynny, podczas gdy Zamawiający wymaga odłączników szynowych i obejściowych z szybkim napędem elektrycznym o ruchu skokowym. Powyższe, zdaniem wykonawcy Elektrobudowa S.A., wskazuje na niezgodność oferty wykonawcy Andrzej Świącki prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „ŚWIĘCKI” Andrzej Świącki z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie wymagań odnośnie równoważności urządzeń.

Wykonawca Elektrobudowa S.A. wniosła o:

- unieważnienie czynności odrzucenia oferty Elektrobudowa S.A.,

- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w Zadaniach 1, 2, 3 i 4,

- powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Elektrobudowa S.A.,

- odrzucenie oferty wykonawcy Andrzej Świącki prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „ŚWIĘCKI” Andrzej Świącki i wybór oferty Elektrobudowa S.A. jako najkorzystniejszej w Zadaniach 2 i 4,

- dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Elektrobudowa S.A. w Zadaniach 1 i 3.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 1 czerwca 2010 r. przez jego oddalenie stwierdzając, że brak wykazów robocizny, materiałów i sprzętu z cenami uniemożliwi Zamawiającemu sprawdzenie czy oferta obejmuje wszystkie materiały i urządzenia niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia oraz rozliczenie robót zamiennych, o których mowa w § 10 ust 10 projektu umowy. W ocenie Zamawiający, złożenie ww. wykazów jest również istotne z uwagi na wymóg złożenia kosztorysu uproszczonego, który nie zawiera cen

materiałów, sprzętu i robocizny. Zestawienie stawek robocizny, materiałów i sprzętu nie jest konieczne dla zobrazowania kalkulacji kosztorysowej, lecz stanowić ma podstawę do ustalenia wynagrodzenia za roboty zamienne.

W zakresie zarzutu dotyczącego zgodności z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oferty wykonawcy Andrzej Świącki prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „ŚWIĘCKI” Andrzej Świącki Zamawiający wskazał, że zaoferowana rozdzielnica wyposażona została w odłączniki obejściowe typu SWS produkcji Secheron o czasie przestawiania styków poniżej 1 s, co spełnia wymaganie funkcjonalne ruchu skokowego, natomiast funkcję odłącznika szynowego spełnia mechanizm wysuwu wózka wyłącznika o czasie przesuwu wynoszącym <3 s, co oznacza, że cechy funkcjonalne odłącznika polegające na szybkości działania oraz widocznej przerwie izolacyjnej zostały zachowane.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się wykonawca Elektrobudowa S.A. wnosząc w dniu 11 czerwca 2010 r. odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru jako oferty najkorzystniejszej w Zadaniach 1 i 3 oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „Elester-PKP” Sp. z o.o., która w kryterium oceny ofert nie jest najkorzystniejsza, a tym samym zaniechanie wyboru oferty Elektrobudowa S.A. w Zadaniu 1 i 3 jako najkorzystniejszej,
- art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy Andrzej Świącki prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „ŚWIĘCKI” Andrzej Świącki jako najkorzystniejszej, zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy i uznanie jej za ważną w rozumieniu ustawy Pzp, mimo że jest sprzeczna

z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, a tym samym zaniechanie wyboru oferty Elektrobudowa S.A. jako najkorzystniejszej w Zadaniach 2 i 4,

- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w stosunku do Elektrobudowa S.A. przez odrzucenie oferty ww. wykonawcy i uznanie, że oferta ta nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Wykonawca Elektrobudowa S.A. wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności odrzucenia oferty Elektrobudowa S.A.,
- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w Zadaniach 1, 2, 3 i 4,
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Elektrobudowa S.A.

Na rozprawie Strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Izba dokonała następujących ustaleń:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 grudnia 2009 r. pod numerem 2009/S 240-343661.

W Rozdziale I Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia pkt 4B ppkt 4.14 Zamawiający wymagał dołączenia do oferty uproszczonych kosztorysów ofertowych z załączonymi wykazami robocizny, materiałów i sprzętu z cenami – sporządzonych zgodnie z przedmiarami robót – odpowiednio dla zadań, które obejmuje oferta (modyfikacja Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia z dnia 8 stycznia 2010 r., odpowiedź na pytanie nr 16).

W Rozdziale II, pkt 7 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Zamawiający dopuścił ujęcie w ofercie i zastosowanie w realizacji zamówienia wyrobów równoważnych do wskazanych w dokumentacji projektowej i szczegółowych specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót (ppkt 7.1). Jednocześnie Zamawiający zaznaczył, że warunkiem oferowania wyrobów równoważnych jest spełnienie przez nie parametrów technicznych i funkcjonalnych określonych w dokumentacji projektowej (ppkt 7.2), przy czym proponowane wyroby równoważne należy wskazać w formularzu oferty i dołączyć do oferty opis techniczno-funkcjonalny pozwalający stwierdzić spełnienie warunku równoważności (ppkt 7.3). Zamawiający zobowiązał również wykonawców, w przypadku oferowania wyrobów równoważnych, do wykazania, że oferowane wyroby spełniają wymagania określone przez Zamawiającego (ppkt 7.4). Dołączenia do oferty opisu techniczno-funkcjonalnego

oferowanych wyrobów równoważnych Zamawiający wymagał ponadto w pkt 4.15 Rozdziału I Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wraz z załącznikami, treść złożonych ofert, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, przed dniem 29 stycznia 2010 r., tj. przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu dotychczasowym - sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymują się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Interes prawny Odwołujących w uzyskaniu zamówienia, jako wykonawców, którzy zostali wykluczeniu z postępowania bądź ich oferty zostały odrzucone, mógłby doznać uszczerbku w sytuacji potwierdzenia się naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

W ocenie Izby, nie znalazł potwierdzenia zarzut Konsorcjum Trakcja Polska dotyczący braku podstaw do odrzucenia jego oferty jako niezgodnej z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Na wstępie rozważań w zakresie przedmiotowego zarzutu wskazać należy, że Konsorcjum Trakcja Polska nie kwestionuje w złożonym proteście i odwołaniu oceny oferty dokonanej przez Zamawiającego w dniu 12 maja 2010 r. w pkt II ppkt 5.1. i 5.2. co do poszczególnych wymagań. Zarzut Konsorcjum Trakcja Polska opiera się na założeniu, że Zamawiający nie określił kryteriów równoważności, z czego wykonawca wywodzi, że sam wykonawca uprawniony był do oceny czy zaoferowane przez niego produkty są równoważne pod względem technicznym i funkcjonalnym produktom opisanym przez Zamawiającego. Izba nie przychyliła się do twierdzeń Konsorcjum Trakcja Polska. W treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Zamawiający przewidział, że warunkiem oferowania wyrobów równoważnych będzie spełnienie przez nie parametrów technicznych i funkcjonalnych określonych w dokumentacji projektowej (Rozdział I, pkt 7.2

Specyfikacji). Jednocześnie Zamawiający zamieścił w treści dokumentacji tabelę zatytułowaną „Wymagania w zakresie parametrów technicznych i funkcjonalnych wyrobów (urządzenia, materiały)”, której kolumna czwarta nosi tytuł „Wymagania techniczne i funkcjonalne, które muszą spełniać wyroby równoważne”. Ww. wymagania zostały określone przez wskazanie parametrów minimalnych (np. prąd znamionowy pola – co najmniej 630 A), maksymalnych (np. wymiary maksymalne pola: wysokość 2200 mm), bądź przez wskazanie wymaganego wyposażenia. Wobec powyższego nie budzi wątpliwości, że Zamawiający w sposób jednoznaczny określił parametry i funkcjonalności wyrobów, które uzna za równoważne opisanym w dokumentacji projektowej. Jednocześnie postawione wymagania, przez określenie minimalnych lub maksymalnych wymagań, pozwalają wykonawcom na pewną dowolność co do wyboru oferowanych wyrobów. Dodatkowo wskazać należy, że ustanowione wymagania nie zostały zakwestionowane przez wykonawców w terminach na złożenie środków ochrony prawnej.

Za bezzasadny Izba uznała podniesiony przez Konsorcjum JM-Tronic i wykonawcę Elektrobudowa S.A. zarzut braku podstaw do odrzucenia ofert w przypadku nie dołączenia wykazów robocizny, materiałów i sprzętu. W przedmiotowej sprawie bezsporne między stronami jest, że Zamawiający żądał w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia złożenia uproszczonego kosztorysu wraz z wykazami robocizny, materiałów i sprzętu. Spór w niniejszej sprawie osadza się wyłącznie na celu, jakiemu ww. wykazy miały służyć oraz konsekwencjach nie dołączenia do oferty przedmiotowych dokumentów. W pierwszej kolejności wskazać należy, że przedmiotowe wymaganie wprowadzone zostało przez Zamawiającego do treści Specyfikacji w dniu 8 stycznia 2010 r. i nie zostało oprotestowane przez wykonawców w stosownym terminie, zatem kwestionowanie jego zasadności na obecnym etapie postępowania uznać należy za spóźnione. Ponadto, obaj Odwołujący tj. Konsorcjum JM-Tronic i wykonawca Elektrobudowa S.A. nie wskazali podstaw uzasadniających twierdzenie, że wykazy robocizny, materiałów i sprzętu są jedynie dokumentem dodatkowym, formalnym oraz że wymaganie złożenia kosztorysu uproszczonego wyklucza żądanie ww. wykazów. Izba stwierdziła, że brak jest podstaw

prawnych, które zostałyby naruszone przez Zamawiającego przez żądanie wykazów wraz z kosztorysem uproszczonym. Podstaw takich nie wskazali też ww. wykonawcy. Przeciwnie, Zamawiający uprawniony jest do postawienia wymagań w zakresie wykazania przez wykonawców przy nakładzie jakich materiałów, sprzętu czy norm robocizny zostanie zrealizowane zamówienie. Powyższe znajduje swoje uzasadnienie tym bardziej, że charakter wynagrodzenia został określony jako kosztorysowy, a wynagrodzenie wykonawcy rozliczane będzie m.in. na podstawie faktur częściowych (§10 projektu umowy – Rozdział III Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia). Zasadności żądania wykazów nie przeczy

treść §10 pkt. 10 zd. drugie projektu umowy, w którym przewidziano przyjęcie średnich cen z zeszłtu Sekocenbud, bowiem dotyczy ono wyceny materiałów nie wycenionych w kosztorysie. Jednocześnie zauważyć należy, że sporne wykazy, z uwagi na fakt, że ich treść określa przedmiot zamówienia zaoferowany przez poszczególnych wykonawców, stanowi treść oferty, stąd ich brak powinien stać się podstawą do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Wobec powyższego, Izba za zasadne uznała zaniechanie wezwania Konsorcjum JM-Tronic do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Dyspozycja art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jednoznacznie daje Zamawiającemu uprawnienie do zaniechania wezwania w sytuacji, gdy oferta wykonawcy, mimo złożenia dokumentów, podlega odrzuceniu.

Jednocześnie, z uwagi na zasadność odrzucenia oferty wykonawcy Elektrobudowa S.A., zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp nie znajduje oparcia w przepisach prawa – Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej cenowo spośród ofert ważnych.

W ocenie Izby, nie znajduje również uzasadnienia zarzut braku równoważności rozdzielnic zaoferowanej przez wykonawcę Andrzej Świącki prowadzący działalność pod nazwą „ŚWIĘCKI” Andrzej Świącki z wymaganiami Zamawiającego podniesiony przez wykonawcę Elektrobudowa S.A. Zamawiający wyjaśnił, że zaoferowana przez ww. wykonawcę rozdzielnica wyposażona została w odłączniki obejściowe typu SWS produkcji Secheron o czasie przestawiania styków poniżej 1 s, co spełnia wymaganie funkcjonalne ruchu skokowego, natomiast funkcję odłącznika szynowego spełnia mechanizm wysuwu wózka wyłącznika o czasie przesuwu wynoszącym <3 s, co oznacza, że cechy funkcjonalne odłącznika polegające na szybkości działania oraz widocznej przerwie izolacyjnej zostały zachowane. Wykonawca Elektrobudowa S.A., zobowiązany na podstawie art. 6 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.), nie przedstawił dowodów potwierdzających brak równoważności.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 wyroku.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....