

WYROK
z dnia 30 lipca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak
Protokolant: Jakub Banasiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 lipca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 lipca 2012 r. przez wykonawcę **Control Process Electric Sp. z o.o.**, 30-733 Kraków, ul. Obrońców Modlina 16 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Wojewódzki Szpital Podkarpacki im. Jana Pawła II w Krośnie**, 38-400 Krosno, ul. Korczyńska 57

przy udziale wykonawcy **ERBUD S.A., 02-819 Warszawa, ul. Puławska 300A** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazuje unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Control Process Elektric Sp. z o.o. i nakazuje powtórzenie czynności oceny ofert nie podlegających odrzuceniu.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Wojewódzki Szpital Podkarpacki im. Jana Pawła II w Krośnie, 38-400 Krosno, ul. Korczyńska 57 i:**
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr.** (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Control Process Electric Sp. z o.o.**, 30-733 Kraków, ul. Obrońców Modlina 16 tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2 zasądza od zamawiającego Wojewódzki Szpital Podkarpacki im. Jana Pawła II w Krośnie, 38-400 Krosno, ul. Korczyńska 57 na rzecz wykonawcy Control Process Electric Sp. z o.o., 30-733 Kraków, ul. Obrońców Modlina 16 kwotę 13.600 zł 00 gr.**

(słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 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 Krośnie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez zamawiającego – **Wojewódzki Szpital Podkarpacki im. Jana Pawła II w Krośnie na wykonanie robót budowlano instalacyjnych w ramach zadania inwestycyjnego pn. Rozbudowa i modernizacja Wojewódzkiego Szpitala Podkarpackiego im. Jana Pawła II – przebudowa systemu zasilania Szpitala w energię elektryczną w kontekście budowy bloku operacyjnego** (nr postępowania EZ/215/58/2012), wobec czynności odrzucenia oferty **Control Process Elektric Sp. z o.o.**, wykonawca ten wniósł w dniu 16 lipca 2012 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 1510/12). Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 16 lipca 2012 r. O czynności zamawiającego odwołujący

powziął wiedzę z informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty odwołującego przekazanej wykonawcy drogą mailową w dniu 10.07.2012 r.

Postępowanie ogłoszone zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 29.05.2012, poz. 178318-2012 i prowadzone jest według zasad dotyczących postępowań o wartości szacunkowej zamówienia nie przekraczającej kwoty określonej w przepisach wykonawczych do ustawy dla robót budowlanych.

W odwołaniu postawione zostały zarzuty naruszenia:

1. art. 7 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego błędną wykładnię i zastosowanie polegające na błędnym przyjęciu, że oferta odwołującego była niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
2. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty;
3. art. 7 w zw. z art. 91 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędną wykładnię i zastosowanie polegające na wyborze oferty spółki pod firmą Elektromontaż Rzeszów S.A., na skutek błędnego przyjęcia, że oferta odwołującego była niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
4. z ostrożności procesowej naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego błędną wykładnię i zaniechanie wezwania odwołującego do wyjaśnienia dokumentów potwierdzających, że oferowane urządzenia spełniają wymagania zamawiającego;
5. art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego, nakazanie dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów i żądań odwołujący wykazywał interes we wniesieniu odwołania tym, iż w przypadku uwzględnienia odwołania jego oferta będzie mogła być uznana za najkorzystniejszą i będzie możliwe zawarcie umowy z odwołującym. W wyniku podjętych przez zamawiającego czynności niezgodnych z ustawą odwołujący pozbawiony został możliwości uzyskania zamówienia.

W odniesieniu do zarzutu z punktu pierwszego, odwołujący wskazał na wymóg przedłożenia m.in. karty katalogowej kabla H07RN-F 1x240, działającego w napięciu 1 kV, co wynikało z dokumentacji projektowej (str. 7 siwz). Zapisy specyfikacji budziły wątpliwości, czego wyrazem było zapytanie jednego z wykonawców dotyczące wymaganego napięcia kabla H07RN-F, który nie jest produkowany z izolacją na napięciu 1kV, a ponadto cyfra „7” w opisie typu oznacza napięcie 450/750V. Zamawiający wyjaśnił, iż „Wykonawca winien przedłożyć kartę katalogową kabla H07RN-F 1x240 1 kV, gdyż w instalacjach nieruchomych kabel ten ma wytrzymałość 0,6/1 kV” (wyjaśnienia z 13.06.2012 r.). Tym samym zamawiający przyznał, że rzeczywiście kabel co do zasady posiada izolację na napięciu 750 V, lecz w niektórych warunkach (instalacje nieruchome) może osiągnąć 1 kV. Odwołujący przedłożył karty katalogowe kabla H07RN-F 1x240 450/750 V, gdyż kabel ten osiągnie wymagany parametr (izolację na napięciu 1 kV), w tym konkretnym przedmiocie zamówienia (kabel ma funkcjonować w instalacjach nieruchomych – wprowadzenie zasilania z agregatu). Na potwierdzenie tej tezy odwołujący załączył wytyczne stosowania niskonapięciowych przewodów zharmonizowanych, w których zawarty jest zapis mówiący o tym, że kabel może być bezpiecznie stosowany przy napięciu 1000V (str. 29 normy HD 516 S2:1997), oświadczenie pracownika producenta kabla z dnia 10.07.2012 r., a także kartę katalogową kabla w angielskiej wersji językowej. Odwołujący nie ma wpływu na treść zamieszczaną w karcie katalogowej, nie może wymóc na producencie urządzenia, by ten zamieścił wszystkie informacje wymagane przez zamawiającego. Zamawiający nie zwrócił się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy lub art. 26 ust. 4 ustawy i odrzucił ofertę odwołującego, jako niezgodną z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący w tej sytuacji nie miał możliwości złożenia dokumentów, które potwierdzałyby, iż

kabel H07RN-F 1x240 450/750 V spełnia wymogi zamawiającego, tj. jego bezpieczne działanie w instalacjach nieruchomych przy napięciu 1 kV.

Zamawiający nie podjął żadnych działań w celu ustalenia zgodności zaproponowanego urządzenia z siwz i dokumentacją projektową, chociaż w zaistniałej

sytuacji (brak odrzucenia ofert, które zawierały karty katalogowe tego samego kabla) winien w pierwszej kolejności wezwać odwołującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy, a dopiero potem odrzucić ofertę. Z ostrożności procesowej, w sytuacji, gdyby Izba uznała, iż karty katalogowe producenta nie stanowią treści oferty i składane są jedynie na potwierdzenie deklarowanych właściwości oferowanych wyrobów, odwołujący podnosił, że zamawiający nie wezwał go do złożenia wyjaśnień do karty katalogowej, chociaż zaistniały przesłanki umożliwiające zastosowanie art. 26 ust. 4 ustawy.

Na skutek błędnego odrzucenia oferty odwołującego zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem art. 91 ustawy, gdyż to oferta odwołującego była najkorzystniejsza cenowo w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający w sposób uprzywilejowany potraktował spółkę Elektromontaż Rzeszów S.A., dokonując jej wyboru oraz odrzucenia oferty odwołującego.

Będąc świadomym z ograniczonego zakresu zarzutów, jakie Izba może rozpoznać w postępowaniu o wartości nie przekraczającej kwoty określonej na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, odwołujący wskazał na zaniechanie odrzucenia ofert Elektromontaż Rzeszów S.A. oraz Zeto Rzeszów Sp. z o.o., w których zaoferowany został taki sam kabel. Przyczynę różnego potraktowania wykonawców, odwołujący upatrywał w fakcie, iż obaj wykonawcy przedłożyli inną kartę katalogową tego samego urządzenia, co odwołujący. Sytuacja ta obowiązywała zamawiającego do wyjaśnienia w jednym z powyższych trybów z odwołującym okoliczności potwierdzenia spełnienia kryteriów zamawiającego.

W dniu 19.07.2012 r. wpłynęło do Krajowej Izby Odwoławczej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego od wykonawcy ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wyjaśnił, iż w toku oceny ofert kierował się zasadą, że uzupełnieniu podlegają oferty, w których karty katalogowe nie zawierały wymaganych parametrów, ale z których w sposób oczywisty wynikało, że posiadają możliwości prefabrykacji w taki sposób, że będą one spełniały kryteria, jakie dla danych urządzeń wyznaczył w siwz. Karty katalogowe, które zawierają parametry inne niż wymagał zamawiający oraz z których w sposób oczywisty wynikało, że nie posiadają możliwości ich prefabrykacji w taki sposób, aby spełniały wymogi postawione przez zamawiającego w siwz, podlegają odrzuceniu. Zamawiający uznał, iż zapis w karcie katalogowej przedłożonej przez odwołującego dla produktu H07RN-F 1x240 450/750 opisujące napięcie znamionowe 45/750 V nie zawierało potwierdzenia możliwości pracy przy napięciu 1000 V w instalacjach nieruchomych. Ponieważ stosowne zapisy zawierały karty katalogowe przedłożone przez dwóch innych wykonawców zamawiający uznał, iż oferty

wykonawców, w których załączone karty katalogowe nie potwierdzały napięcia znamionowego 1 000 V, podlegały odrzuceniu i zamawiający nie wzywał tych wykonawców o uzupełnienie dokumentów.

Stanowisko Izby

W pierwszej kolejności należało wskazać, iż w przedmiotowej sprawie zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, z uwzględnieniem zmian wprowadzonych dwoma ustawami, tj. z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2009 r., Nr 206, poz. 1591) oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778), zwanej dalej „ustawą”.

W toku posiedzenia Izba nie stwierdziła, aby w odniesieniu do przedmiotowego odwołania zachodziła którakolwiek z przesłanek do jego odrzucenia wskazanych w art. 189 ust. 2 ustawy i skierowała odwołanie na rozprawę. W związku z wartością postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zarzuty w odwołaniu mogły być podnoszone wobec czynności oceny oferty odwołującego, w której wyniku zamawiający odrzucił tę ofertę jako niezgodną z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 180 ust. 2 ustawy). Przy braku opozycji wobec przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego wykonawcy ERBUD S.A., Izba dopuściła tego wykonawcę do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika.

Na podstawie zebranego materiału, stanowiącego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty odwołującego oraz informacji o wyniku postępowania, a także stanowisk stron prezentowanych w pismach i na rozprawie Izba uznała, iż odwołanie podlegało uwzględnieniu.

Zarzuty w odwołaniu dotyczą wyniku oceny oferty odwołującego, którą zamawiający uznał za niezgodną z treścią siwz i w konsekwencji odrzucił ją na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. W uzasadnieniu faktycznym decyzji o odrzuceniu oferty zamawiający wskazał na wymóg zastosowania kabla H07RN-F 1x240 na napięcie 1 kV, tymczasem odwołujący w ofercie zaofertował kabel na napięcie 750 V, co stanowiło o niezgodności z siwz.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w pkt 5 dotyczącym warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu dokonywania oceny spełniania warunków,

wymagał dołączenia do oferty kart katalogowych w języku polskim między innymi dla wskazanego w pkt 5.2 lit. „i” – kabla H07RN-F 1x240. Następnie w pkt 5.3 zamawiający zastrzegł, iż niezgodność parametrów oferowanych urządzeń i aparatury wskazanych w punkcie 5.2 z dokumentacją projektową będzie również skutkować odrzuceniem oferty. Udzielając odpowiedzi na pytania wykonawców w piśmie z dnia 13.06.2012 r. zamawiający sprecyzował, iż należy przedłożyć kartę katalogową kabla H07RN-F 1x240 1 kV, gdyż w instalacjach nieruchomych kabel ten ma wytrzymałość 0,6/1 kV.

Do oferty odwołującego załączona została pierwsza strona karty katalogowej przewodu H07RN-F 450/750V, dla którego opisano napięcie znamionowe 450/750 V.

Izba uznała, iż zapis w specyfikacji wskazujący na wymóg przedłożenia karty katalogowej kabla H07RN-F 1x240 1 KV, należało interpretować w ten sposób, iż zamawiający wymagał zastosowania kabla H07RN-F 1x240, którego napięcie znamionowe określone normą PN-HD 516 S2 wynosi 450/750 V, natomiast w przypadku instalacji nieruchomych posiada wytrzymałość 0,6/1 kV. Zgodnie z przywołaną normą zawierającą wytyczne stosowania niskonapięciowych przewodów zharmonizowanych: „Przewód w powłoce o zwiększonej grubości, polichloroprenowej lub z innego równoważnego elastomeru syntetycznego, do odbiorników ruchomych i przenośnych H07RN-F”. W uwadze na stronie 29 wskazano na „stosowanie przy napięciach do 1 000 V prądu przemiennego jest dopuszczalne w stałych zabezpieczonych instalacjach (w rurce instalacyjnej lub w urządzeniach), a także do połączeń silników dźwigowych lub podobnych. (W przypadku zastosowania przy prądzie stałym patrz podrozdział 5.1)”. W karcie katalogowej przewodu H07RN-F 450/750 przywołana została norma PN-HD 22.4 dotycząca przewodów o izolacji usieciowanej na napięcie znamionowe nie przekraczające 450/750 V, w której symbolem H07RN-F określa się przewód z powłoką o zwiększonej grubości, polichloroprenową lub z innego równoważnego elastomeru syntetycznego, do odbiorników ruchomych i przenośnych o napięciu znamionowym 450/750 V.

Z przywołanych zapisów norm zharmonizowanych wynika, iż oznaczenie H07RN-F identyfikuje przewód typu o napięciu znamionowym 450/750 V, co jest identyfikowane w symbolice przewodu cyframi „07”. Objaśnienie symboliki oznaczenia typu przewodu zostało zamieszczone na pierwszej stronie karty katalogowej producenta kabla „Telefonika (TFkable)”. Zamawiający uznał, iż urządzenie nie spełnia wymagań w zakresie wymaganego napięcia znamionowego 1 kV w stałych zabezpieczonych instalacjach, której to informacji nie zawierała załączona pierwsza strona karty katalogowej.

Izba uznała, iż negatywna ocena zamawiającego wynikała faktycznie z braku informacji w karcie katalogowej produktu o wyższym napięciu pracy w przypadku stałych zabezpieczonych instalacji, która była zawarta w kartach kabli H07RN-F innych

producentów. Pełnomocnik zamawiającego na rozprawie przyznał, iż nie istnieje urządzenie H07RN-F 1x240 1 kV, co jednak nie było wzięte przez niego pod uwagę przy ocenie ofert. Zamawiający faktycznie oczekiwał, aby w karcie katalogowej został zawarty zapis o dopuszczalnym wyższym napięciu pracy w przypadku stałych zabezpieczonych instalacji. Zamawiający uznał, iż zapisy w karcie katalogowej przedstawionej przez odwołującego w sposób jednoznaczny wskazywały na nie spełnienie warunku pracy przy napięciu 1 000 V. W ocenie, iżby z opisu zawartego na pierwszej stronie karty katalogowej nie można wywieść, aby urządzenie to nie mogło być zastosowane przy wyższym napięciu od oznaczonego w symbolice urządzenia 450/750V. Już z samego faktu powołania w karcie normy PN-HD 22.4 wynika, iż urządzenie oznaczone symbolem H07RN-F może być zastosowane wg wytycznych zawartych w normie PN-HD 516 S2, do której odwołuje pkt 5.5 normy PN-HD 22.4, czyli przy napięciach do 1 000 V prądu przemiennego w stałych zabezpieczonych instalacjach (w rurce instalacyjnej lub urządzeniach). Z faktu nie zamieszczenia w karcie katalogowej producenta urządzenia zapisu wynikającego z normy, nie można wywodzić, iż urządzenie nie spełnia tego warunku. Również z okoliczności, iż inni producenci kabli w swoich kartach katalogowych zamieszczają zapis o dopuszczalnym zastosowaniu przewodów w napięciu wyższym nie wynika jeszcze, iż urządzenie jakie zaoferował odwołujący nie spełnia warunku zamawiającego, a na tym zamawiający opierał stanowisko o niezgodności oferty odwołującego ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Skoro urządzenie spełnia wymagania normy, to tym samym należy uznać, iż może być stosowane przy napięciu 1 000 V w stałych zabezpieczonych instalacjach.

Decyzja o odrzuceniu oferty odwołującego, jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynikała z braku informacji w karcie katalogowej, a nie rzeczywistej niezgodności produktu z wymaganiem zamawiającego, którego spełnienie wynika z normy zharmonizowanej wytycznych stosowania niskonapięciowych przewodów zharmonizowanych PN-HD 516 S2. Wykonawca zaoferował produkt spełniający wymagania normy, czego zamawiający nie kwestionował, a zatem brak w treści dokumentu producenta, na którą odwołujący nie ma wpływu, stanowić mógł ewentualną przesłankę do żądania złożenia wyjaśnień lub wezwania do uzupełnienia informacji od producenta. Zamawiający arbitralnie wywodził z informacji o napięciu znamionowym 450/750 V, iż oferta jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co faktycznie odpowiadało treści specyfikacji, w której opisane urządzenie posiada takie napięcie identyfikowane w jego symbolice cyframi „07”. Prowadziło to do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ustawy, a także art. 26 ust. 3 ustawy. Skoro zamawiający wymagał przedłożenia karty katalogowej zawierającej informacje o możliwości pracy przy wyższym napięciu, to wykonawca winien być przed decyzją o odrzuceniu oferty wezwany do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia

dokumentu, co uchroniłoby zamawiającego przed błędną decyzją. W ocenie Izby, uzupełnienie to obecnie miałoby jedynie walor formalny, gdyż urządzenie spełnia wymagania zamawiającego z tytułu zgodności z polską normą, co zostało w sposób dostateczny wykazane dokumentami przedłożonymi na rozprawie, a wcześniej zamawiającemu przy piśmie informującym o niezgodnym z przepisami ustawy czynnościach z dnia 11.07.2012 r.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, iż odwołanie podlegało uwzględnieniu. Ponieważ żądanie przedłożenia karty katalogowej dla produktu oznaczonego H07RN-F 1x240 1 kV w rzeczywistości dotyczyło produktu H07RN-F o napięciu znamionowym 450/750 V, należało przyjąć, iż przedłożony w ofercie dokument spełniał wymaganie zamawiającego i dlatego Izba nie nakazała wezwania wykonawcy do jego uzupełnienia w toku ponownej oceny ofert.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192

ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 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). Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego kwotę wpisu uiszczoną przez odwołującego (10.000,00 zł) oraz wynagrodzenie pełnomocnika i obciążyła nimi zamawiającego.

Przewodniczący: