

WYROK

z dnia 28 lutego 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Stanisław Sadowy

**Członkowie: Klaudia Szczytowska - Maziarz
Renata Tubisz**

Protokolant: Magdalena Sierakowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28.02.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **ELEKTROBUDOWA S.A., Katowice, ul. Porcelanowa 12** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Elektrownia "Kozienice" Spółka Akcyjna, Kozienice 1, Świerże Górne** protestu z dnia 17.01.2008 r.

przy udziale **Elektromontaż - Poznań S.A., Poznań, ul. Wieruszowska 12/16** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego * .

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **ELEKTROBUDOWA S.A., Katowice, ul. Porcelanowa 12**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **ELEKTROBUDOWA S.A., Katowice, ul. Porcelanowa 12.**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **ELEKTROBUDOWA S.A., Katowice, ul. Porcelanowa 12** na rzecz **Elektrownia "Kozienice" Spółka Akcyjna, Kozienice 1, Świerże Górne**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa prawnego.
- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **ELEKTROBUDOWA S.A., Katowice, ul. Porcelanowa 12.**

2

Uzasadnienie

Zamawiający – ELEKTROWNIA SA „Kozienice” wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, na „Modernizację rozdzielni 6kV P6”, nr sprawy 22/RPN/07/ZP.

W piśmie z dnia 16.01.2008 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, złożonej przez ELEKTROMONTAŻ - Poznań SA.

W dniu 17.01.2008 r. Wykonawca – ELEKTROBUDOWA SA Katowice, zwany dalej „Odwołującym”, wniósł do Zamawiającego protest na:

1) zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia ofert wykonawców: ELEKTROMONTAŻ Poznań SA i PPHU „ELEKTROPAKS”- Kolonia Łuszczów, pomimo iż, w ocenie Odwołującego, oferty te należało odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2,3 i 4

ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej „Pzp”), z uwagi:

- na niezgodność treści ofert tychże wykonawców z treścią Specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej „SIWZ”,
- na to, że ich złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
- na to, że oferta ELEKTROMONTAŚ - Poznań zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

2) czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonaną z naruszeniem art. 91 pkt 1 Pzp, gdyż Zamawiający uwzględnił w dokonaniu tej czynności również oferty wykonawców, których oferty podlegały odrzuceniu z przyczyn wskazanych powyżej, w ten sposób naruszając jednocześnie art. 7 ust. 1 Pzp.

Składający protest wniósł o :

- 1) dokonanie ponownej oceny oferty wykonawców ELEKTROMONTAŚ- Poznań SA i PPHU „ELEKTROPAKS”, a następnie ich odrzucenie,
- 2) ponowne dokonanie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący podniósł, iż w ofertach złożonych przez ELEKTROMONTAŚ- Poznań SA i PPHU „ELEKTROPAKS” występuje niezgodność mostów szynowych typu EHON 12/2,5 z warunkami technicznymi określonymi załączniku A do SIWZ pkt 4.2.1, o treści „Wykonanie mostów z możliwością konserwacji na poziomie izolatorów (demontowane kieszenie rewizyjne).” Most typu EHON 12/2,5 nie posiada włazów rewizyjnych umożliwiających dostęp do izolatorów, na dowód czego Odwołujący załączył do protestu ogólnodostępne dane techniczne mostów EHON, w postaci karty katalogowej mostów typu EHON.

3

Ponadto, Odwołujący podniósł, iż czynem nieuczciwej konkurencji jest wprowadzenie do treści oferty rodzaju wyrobu (most szynowy), którego oznaczenie wprowadza w błąd, bo sugeruje, że chodzić może o wyrób zgodny z SIWZ. Tymczasem wyrób ten jest niezgodny z SIWZ, mimo, iż Zamawiający w SIWZ w sposób precyzyjny i jednoznaczny określił jego cechy użytkowo-eksploatacyjne.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący podniósł także, iż po dokonanej analizie cenowo-technicznej ofert wykonawców ELEKTROMONTAŚ- Poznań SA i PPHU „ELEKTROPAKS”, cyt. „oferują towary i usługi poniżej kosztów ich wytworzenia i faktycznie o cechach użytkowo-eksploatacyjnymi niezgodnymi z SIWZ” .

Wskazując na określony w art. 91 ust. 1 Pzp nakazujący Zamawiającemu wybrać ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ, Odwołujący stwierdził, iż w związku z zaniechaniem odrzucenia ofert złożonych przez wskazanych wyżej wykonawców, dokonaną czynność wyboru oferty najkorzystniejszej należy, zdaniem Odwołującego, uznać za wadliwą.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przystąpił ELEKTROMONTAŚ –Poznań SA, po stronie Zamawiającego.

Rozstrzygnięciem z dnia 31.01.2008 r. Zamawiający oddalił protest, uznając zarzuty protestu za nieuzasadnione i nie znajdujące uzasadnienia w stanie faktycznym sprawy. Stwierdził, iż treść ofert złożonych przez ELEKTROMONTAŚ Poznań SA i PPHU „ELEKTROPAKS” nie jest niezgodna z treścią SIWZ. W złożonych ofertach Wykonawcy, o których mowa, zobowiązali się wykonać przedmiot zamówienia na warunkach określonych w SIWZ, a tym samym zobowiązali, zgodnie z oświadczeniem zawartym w pkt 3 formularza ofertowego, zastosować mosty szynowe zgodnie z zapisami pkt 4.2.1 załącznika nr A do SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia”.

Od rozstrzygnięcia protestu przez Zamawiającego, Odwołujący złożył w dniu 05.02.2008 r. odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, podtrzymując w całości zarzuty protestu. Odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu odrzucenie ofert wykonawców ELEKTROMONTAŚ- Poznań SA i PPHU „ELEKTROPAKS”,

2) nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

4

Pismem z dnia 11.02.208 r. ELEKTROMONTAŚ-Poznań S.A. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego.

Skład orzekający Izby, biorąc pod uwagę treść podnoszonych zarzutów oraz dokumentację z postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego, a także wyjaśnienia i oświadczenia uczestników postępowania złożone na rozprawie ustalił i zważył co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się do pierwszego z podniesionych zarzutów – naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, z powodu niezgodności treści oferty złożonej przez ELEKTROMONTAŚ- Poznań SA z treścią SIWZ, skład orzekający Izby ustalił, iż zarzut ten nie potwierdził się. Rozpatrując zarzut niezgodności mostów szynowych typu EHON 12/2,5 z warunkami technicznymi określonymi w załączniku A do SIWZ pkt 4.2.1, o treści „Wykonanie mostów z możliwością konserwacji na poziomie izolatorów (demontowalne kieszenie rewizyjne)”, w wyniku uznania przez Odwołującego, że zaoferowany przez tego Wykonawcę most typu EHON 12/2,5 nie posiada włazów rewizyjnych umożliwiających dostęp do izolatorów nie znajduje potwierdzenia w stanie faktycznym sprawy.

Spółka ELEKTROMONTAŚ- Poznań SA. oświadczyła w pkt 3 Formularza ofertowego, że przedmiot zamówienia wykona na warunkach określonych w SIWZ. Zgodnie z postanowieniami SIWZ wykonawcy nie zostali zobligowani do przedkładania jakichkolwiek dokumentów na potwierdzenie prawdziwości złożonego w formularzu ofertowym oświadczenia.

W związku z tym brak jest przesłanek, które uzasadniałyby zarzut, iż zaoferowany przez tego Wykonawcę most szynowy nie będzie posiadać wymaganych włazów (kieszeni), zgodnie z określonymi przez Zamawiającego warunkami technicznymi.

Informacje zawarte na stronie internetowej producenta mostów szynowych typu EHON, firmy Holduct Sp. z o.o. nie stanowią oferty, w świetle art. 66 KC; przeciwnie mogą być, w myśl art. 71 kc, jedynie zaproszeniem do zawarcia umowy. Wobec tego, nie jest możliwe przyjęcie, iż o szczegółowych parametrach produktu przesadza informacja zawarta na stronie internetowej producenta.

Nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp z powodu nie odrzucenia oferty ELEKTROMONTAŚ- Poznań SA, której złożenie stanowi, w ocenie Odwołującego, czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.). Przeprowadzone na rozprawie postępowanie dowodowe nie wykazało, iż zarzut dopuszczenia się przez

5

Zamawiającego czynu nieuczciwej konkurencji poprzez wprowadzenie do treści oferty rodzaju wyrobu (most szynowy), którego oznaczenie wprowadza w błąd, jest zasadny.

Zarzut, iż ELEKTROMONTAŚ- Poznań SA zasugerowała, że chodzić może o wyrób zgodny z SIWZ, podczas, gdy – zdaniem Odwołującego – zaoferowany wyrób jest niezgodny z SIWZ nie znajduje potwierdzenia w stanie faktycznym sprawy. W szczególności nie potwierdził się bowiem zarzut, iż wykonawca ten zaoferował produkt o parametrach odmiennych od żądanych w SIWZ, który w rzeczywistości nie istnieje.

Odnosnie zarzutu trzeciego tj. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp polegającego na nieodrzuceniu oferty ELEKTROMONTAŚ- Poznań SA, pomimo, iż zdaniem Odwołującego złożona przez tego wykonawcę oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia ustalono na rozprawie, iż zarzut ten jest niezasadny. Odwołujący nie wykazał, że cena zaproponowana przez ELEKTROMONTAŚ- Poznań SA, jest ceną nierealną, tj. ceną, za którą nie można zrealizować przedmiotowego zamówienia. Tylko wówczas, zdaniem składu orzekającego Izby, mielibyśmy do czynienia z ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Dokonane przez Odwołującego ustalenie, iż w ofercie ELEKTROMONTAŚ- Poznań SA określono w zaniżonej wysokości koszty dostawy i montażu

rozdzielni i nie obejmują one kosztów innych dostaw i robót z wykonaniem tego zadania nie został wykazany. Podniesiony także zarzut, iż Odwołujący nie dopatrył się, również kosztów dostaw części zamiennych, a także, iż oferta złożona przez ELEKTROMONTAŚ- Poznań SA nie zawiera kosztów demontażu mostu szynowego nie zostały wykazane w sposób potwierdzający, iż wykonawca ten wskazanych wyżej kosztów nie ujął w kalkulacji cenowej. Stopień szczegółowości zestawienia cen według pozycji zakresu robót narzucił Zamawiający obligując wykonawców do podania cen zgodnie z Formularzem cenowym. W sporządzonych przez wykonawców formularzach cenowych, wykonawcy wyszczególnili, żądane przez Zamawiającego, zestawienie cen w szczególności wynikających z tego formularza.

Stwierdzenie, iż w formularzu cenowym w zestawieniu cen według pozycji i zakresu robót występują różnice cenowe w ofertach różnych wykonawców nie uprawnia do twierdzenia, iż oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Chodzi bowiem o odniesienie ceny do całego przedmiotu zamówienia nie zaś do niektórych tylko pozycji. Skład orzekający Izby ustalił, iż zaoferowana przez ELEKTROMONTAŚ- Poznań SA, cena ofertowa nie odbiegała znacząco ani od wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego, ani od cen zaoferowanych przez innych wykonawców, w tym postępowaniu.

6

Skład Orzekający Izby ustalił, iż w sytuacji, gdy oferta wykonawcy PPHU „ELEKTROPAKS” została sklasyfikowana niżej niż oferta Odwołującego, Odwołujący nie posiadał interesu prawnego w kwestionowaniu tej oferty, ponieważ to nie ta oferta zamykała Odwołującemu drogę do uzyskania zamówienia. W świetle bowiem art. 171 ust. 1 Pzp interes prawny polega na możliwości uzyskania zamówienia w konkretnym, toczącym się postępowaniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, uwzględniając za uzasadnione koszty pełnomocnika Zamawiającego - Elektrownia "Kozienice" Spółka Akcyjna w wysokości 3600 zł.

7

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, 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 **Radomiu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

** niepotrzebne skreślić*

8