

WYROK
z dnia 4 września 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **4 września 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 sierpnia 2013 r. przez **Odwolującego** - Elmess Metering Sp. z o.o. ul. Szczawińska 42c 95-100 Zgierz, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Energia-Operator S.A. ul. Marynarki Polskiej 130 80-557 Gdańsk

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obcią a **Odwolującego** - Elmess Metering Sp. z o.o., i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwolującego** - Elmess Metering Sp. z o.o., tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2013 r., poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

Przewodniczący:

1

Sygn. akt KIO 1992/13

Uzasadnienie

I. Energa Operator S.A. z siedzibą w Gdańsku (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. dostawa czterokwadrantowych liczników energii elektrycznej wraz z modułami komunikacyjnymi.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 2 maja 2013 r., i Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2013 r., poz. 907; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 16 sierpnia 2013 r. Elmess Metering Sp. z o.o. z siedzibą w Zgierzu (dalej: Odwołujący) wniosła odwołanie, w którym zakwestionowała prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej i zarzuciła Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych z uwagi na fakt przeprowadzenia postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców,

2) art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych ze względu na odrzucenie oferty Odwołującego, która jest zgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz ze względu na nieodrzucenie oferty Energa - Operator Techniczna Obsługa Odbiorców Sp. z o.o., mimo jej niezgodności z treścią SIWZ,

3) art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych ze względu na zró nicowanie prawne dwóch ró nych Wykonawców w związku z art. 7 ust 1 Prawa zamówień publicznych w sytuacji wystąpienia tych samych okoliczności faktycznych,

4) art. 91 ust 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych ze względu na wybór jako najkorzystniejszej oferty która winna podlegać odrzuceniu

W konsekwencji Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu dokonania

następujących czynności:

- 1) unieważnienia dokonanej czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej;
 - 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
 - 3) odrzucenia oferty Wykonawcy - Energa- Operator Techniczna Obsługa Odbiorców Sp. z o.o. z postępowania,
 - 4) wyboru i uznania oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej,
- względnie wezwania Odwołującego do uzupełnienia w trybie art. 26 ust 3 ustawy Prawa

2

zamówień publicznych i wyznaczenia w tym względzie odpowiedniego terminu w zakresie dostarczenia modułów komunikacyjnych obsługujących transmisję CSD/GPRS/EDGE/UMTS/HSPA bądź ewentualnie unieważnienia przedmiotowego postępowania z uwagi na ziszczenie się okoliczności o których mowa w art. 93 ust 1 pkt 1 ustawy Prawa zamówień publicznych.

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

W przeciągu ostatnich trzech lat Zamawiający wszczął trzy postępowania, których przedmiotem była (w uproszczeniu) dostawa liczników, stawiając wymagania, niewynikające z obiektywnych potrzeb Zamawiającego, z jednej strony eliminujące wszystkich pozostałych Wykonawców, z drugiej umożliwiający uzyskanie zamówienia wyłącznie przez swoją spółkę zależną. Tak jest również w tym wypadku a przykładem takiego wymagania jest żądanie w treści SIWZ (dz. VII pkt 9.2 SIWZ) decyzji zatwierdzenia typu zgodnej z Rozporządzeniem Ministra Gospodarki w sprawie wymagań, którym powinny odpowiadać liczniki energii elektrycznej czynnej prądu przemiennego, oraz szczegółowego zakresu sprawdzeń wykonywanych podczas prawnej kontroli metrologicznej tych przyrządów pomiarowych (Dz.U z dnia 23 stycznia 2008 r.).

Problem ten był sygnalizowany Zamawiającemu w formie pytań kierowanych także przez innych potencjalnych dostawców.

Odwołujący zaoferował liczniki AS1440 legitymując się wskaźnikiem klasy C wg w/w Dyrektywy, a więc o najdokładniejszej przewidywanej dyrektywą dokładności. Nie jest zatem zgodne ze stanem faktycznym jakoby „wraz z ofertą zostały złożone liczniki w klasie dokładności 0,5”, co wynika z pisma stanowiącego informację o wynikach postępowania (punkt IV.2 litera b). Dodatkowo w treści uzupełnienia z 10 lipca 2013 r. Odwołujący złożył deklarację (mimo i wymóg ten nie wynikał z SIWZ) celem rozwiania wszelkich wątpliwości, i ka dy z dostarczonych liczników spełniający SIWZ dla zadania 4 na etapie realizacji umowy będzie posiadał świadectwo wzorcowania wydane przez akredytowane przez GUM polskie laboratorium potwierdzające spełnienie wymagań dotyczących dokładności pomiarów dla klasy 0,2. Mimo powyższych okoliczności Zamawiający podjął decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego co nie jest zrozumiałe i nie może zasługiwać na aprobatę.

Najciekawszy jest jednak zdaniem Odwołującego fakt, i w zakresie zadania 4 wybrany oferent zaproponował liczniki niezgodne z treścią SIWZ, w tym załączając decyzję z zatwierdzenia typu urządzenia potwierdzającą tą niezgodność. Zgodnie bowiem z punktem 9.2 Załącznika nr 1 Zamawiający postawił następujący wymóg: „Prąd nominalny 1A/prąd maksymalny 6A. (...)”. Skrócony zapis to 1(6)A. Tymczasem zatwierdzenie typu PLT 0518 wydane przez Główny Urząd Miar takiego zapisu nie przewiduje: 4. Prąd bazowy (maksymalny): 1(1,2) A albo 1(1,5) A albo 1(2) A albo 5(6) A albo 5(7.5) A.

3

Niezgodność zaoferowanego urządzenia potwierdza także dołączona karta katalogowa w której próba szukać spełnienia wymogu wskazanego w punkcie 9.1 Załącznika nr 1 do SIWZ.

Dodatkowo wskazać należy i oferta firmy Energa- Operator Techniczna Obsługa Odbiorców Sp. z o.o. jest niezgodna z SIWZ także z jeszcze innego powodu. Zgodnie z punktem IV. 2.4 SIWZ Zamawiający wymagał dostarczenia liczników czterokwadrantowych, klasy 0,2, wielotaryfowych, z zegarem wewnętrznym, o zasilaczu szerokopasmowym, a zaoferowany licznik posiada co prawda zasilacz szerokopasmowy, ale jedynie jako awaryjny, który również był wymagany.

Odnosnie nieuzupełnienia w terminie licznika wzorcowego, Odwołujący wskazywał,

e zmiana w zakresie konieczności dostarczenia wraz ze wzorcowymi licznikami modułów komunikacyjnych obsługujących standardy CSD/GPRS/EDGE/UMTS/HSPA nastąpiła dopiero w treści odpowiedzi na pytanie (pytanie nr 5) zadane przez jednego z Wykonawców udzielonej 27 lipca 2013 r. [data w odwołaniu podana omyłkowo, faktycznie odpowiedzi udzielono w dniu 25 maja 2013 r.], a więc jedynie 15 dni przed wyznaczonym terminem na składanie ofert. Nie można zgodzić się z twierdzeniem, jakoby wyraźna zmiana tego wymagania była jedynie omyłką Zamawiającego. Brak przesunięcia terminu na składanie ofert mimo zaistnienia okoliczności określonych w 38 ust 6 Prawa zamówień publicznych spowodował brak możliwości zaoferowania wzorcowych liczników wyposażonych

o ile w dodatkowo zdefiniowane

standardy transmisji. Wskazać bowiem należy, iż

wyposażenie liczników wzorcowych w moduły komunikacyjne nie powoduje wadliwej

licznika sposób zmiany

funkcjonalności innych elementów dostarczanego

(zaimplementowanie modułu jest jedynie zwiększeniem funkcjonalności licznika), o tyle wiąże się to z procesem przetestowania i certyfikacji urządzeń pracujących na dodatkowej częstotliwości co wymaga dodatkowego czasu, który przez zaniechanie Zamawiającego nie mógł zostać dochowany.

Dalsze działania Zamawiającego polegające na wezwaniu Odwołującego do przedłożenia odpowiednich modułów komunikacyjnych w terminie 5 dni (a de facto 3 dni roboczych) od momentu wezwania nie mogły spowodować innego rezultatu, niż odrzucenie oferty Odwołującego. Działaniem Odwołującego działania te były skierowane wyłącznie w celu wyeliminowania podmiotu rywalizującego ze spółką-córką Zamawiającego.

Na rozprawie Odwołujący oświadczył, że wyszedł z założenia, że po stronie Zamawiającego będzie wola akceptacji urządzenia takiego, jak zaoferował, ponieważ jest technicznie równoważne. Zauważył, że tylko 40 liczników, spośród 4600 będących

nie jest w stanie przedmiotem zamówienia, jest

objęte sporem. Miał świadomość,

przedstawić licznika z zatwierdzeniem typu, dlatego prosił Zamawiającego o podzielenie

4

zamówienia na części. Zwraca uwagę, że Zamawiający nie musiał kupować liczników objętych sporem, ponieważ obowiązek ten spoczywa na użytkownikach.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - je eli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałaby dokonana powtórna ocena ofert, wówczas Odwołujący miałby realną szansę na uzyskanie zamówienia, jako że jego cena była na pierwszym miejscu w rankingu ofert. Niemniej jednak Odwołujący nie ma powyższej legitymacji w podnoszeniu zarzutów wobec ofert droższych od niego (wyeliminowanie wykonawcy, który złożył ofertę droższą, niż oferta Odwołującego, nie doprowadzi do uzyskania przez Odwołującego zamówienia) i wnioskowaniu o unieważnienie postępowania (je eli postępowanie zostanie unieważnione, Odwołujący nie uzyska zamówienia).

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie nie może zostać uwzględnione.

Izba ustaliła, co następuje:

W postępowaniu złożył dwie oferty – ofertę Odwołującego z ceną 9 225 000,00 zł i ofertę Energa - Operator Techniczna Obsługa Odbiorców Sp. z o.o., z ceną 9 937 508,25 zł. Oferta Odwołującego została przez Zamawiającego odrzucona.

Nie było sporne, że Odwołujący nie załączył do oferty kompletnego licznika wzorcowego w moduł obsługujący technologie CSD/GPRS/ (wyposażonego EDGE/UMTS/HSPA). Na rozprawie oświadczył, że świadomie złożył licznik w postaci zgodnej

z wymaganą w pierwotnej wersji specyfikacji (GSM/GPRS) wiedząc, że Zamawiający wezwie go do uzupełnienia. Jednak – twierdził Odwołujący - wyznaczony termin, tj. realnie 3 dni robocze był oczywiście za krótki, a Zamawiający nie przychylił się do wniosku o przedłużenie czasu na dostarczenie wzorcowych urządzeń o 14 dni. W konsekwencji Odwołujący nie przedstawił wzorcowego licznika, zgodnego z wymaganiami SIWZ. W takiej sytuacji oferta Odwołującego podlega odrzuceniu. Dla powyższego irrelevantne jest, czy zmiana SIWZ z 25 maja 2013 r., precyzująca wymagania wobec licznika, była modyfikacją SIWZ, czy jej

5

wyjaśnieniem – Odwołujący w odpowiednim terminie jej nie zakwestionował. Twierdził, że na dostosowanie licznika do nowych wymagań Zamawiającego są potrzebne 4 tygodnie (zatem powinien podjąć kroki w tym celu już od 25 maja 2013 r.), termin złożenia ofert mijał 12 czerwca 2013 r., tymczasem nie był w stanie złożyć licznika w terminie wyznaczonym w dniu 5 lipca 2013 r. Kolejne wezwanie o uzupełnienie licznika wzorcowego, o co wnioskuje Odwołujący, jest niedopuszczalne, ponieważ naruszałoby zasadę równego traktowania wykonawców.

Skoro oferta Odwołującego podlega odrzuceniu, ponieważ nie załączył ani do oferty, ani w wyniku wezwania do uzupełnienia odpowiedniego licznika (wzoru w module obsługującym wymagane technologie transmisji), nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia, czy Odwołujący zaoferował licznik w klasie dokładności 0,5 czy 0,2 (jaka była wymagana przez Zamawiającego). Należy jednak zauważyć, że sam Odwołujący na rozprawie oświadczył, że miał świadomość, że nie jest w stanie przedstawić licznika z zatwierdzeniem typu, dlatego prosił Zamawiającego o podzielenie zamówienia na części, a Zamawiający nie przychylił się do tej prośby. Odwołujący twierdził, że Zamawiający nie musiał kupować liczników objętych zadaniem 4, ponieważ obowiązek ich zapewnienia spoczywa na użytkownikach, a poza tym liczników tych jest niewiele, więc nie powinny mieć decydującego znaczenia o losach oferty. Skoro Odwołujący kwestionował w istocie opis przedmiotu zamówienia i dokumenty wymagane na potwierdzenie posiadanych przez niego właściwości – powinien był złożyć odwołanie na postanowienia ogłoszenia i SIWZ; podnoszenie zarzutów tego rodzaju na tym etapie jest spóźnione.

Jak wskazano wcześniej, Odwołujący nie ma interesu w uzyskaniu zamówienia w kwestionowaniu oferty drugiej. Gdyby Odwołujący wskazywał, że jego oferta została odrzucona ze względu na podstawy faktyczne, które były identyczne bądź bardzo podobne w ofercie konkurencyjnej, która nie została odrzucona, to można byłoby taki wywód potraktować jako argumentację uzasadniającą zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Jednak w sytuacji niniejszego postępowania, oferta Odwołującego została odrzucona w związku z zupełnie innymi okolicznościami, niż te, które Odwołujący wskazuje jako potencjalne podstawy odrzucenia w ofercie konkurencyjnej. Niezależnie od powyższego, w ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, że licznik w ofercie konkurencyjnej nie ma zasilacza szerokopasmowego (sam Odwołujący w odwołaniu podaje, że zasilacz taki jest elementem licznika z oferty konkurencyjnej), ani nie wykazał, że urządzenie o parametrze określonym „Prąd bazowy (maksymalny): 1(1,2) A albo 1(1,5) A albo 1(2) A albo 5(6) A albo 5(7.5) A” nie spełnia parametru wymaganego przez Zamawiającego.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że nie doszło do naruszenia przepisów Prawa zamówień publicznych, wskazywanych w odwołaniu, dlatego orzeczono, jak w sentencji.

6

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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:

.....

7