

Sygn. akt: KIO 2532/11

**WYROK**  
**z dnia 8 grudnia 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak**

**Protokolant: Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 grudnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 listopada 2011 r. przez wykonawcę Grundfos Pompy Sp. z o.o., 62-081 Przeźmierowo, Baranowo, ul. Klonowa 23 w postępowaniu prowadzonym przez Stołeczne Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej S.A., 02-591 Warszawa, ul. Stefana Batorego 2

przy udziale wykonawcy Jagny Cieśli-Zadrożnej prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „CIEŚLA” Jagna Cieśla-Zadrożna, 83-010 Straszyn k/Gdańska, ul. Szafranowa 11 zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2532/11 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Grundfos Pompy Sp. z o.o., 62-081 Przeźmierowo, Baranowo, ul. Klonowa 23 w postępowaniu prowadzonym przez Stołeczne Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej S.A., 02-591 Warszawa, ul. Stefana Batorego 2 i
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Grundfos Pompy Sp. z o.o., 62-081 Przeźmierowo, Baranowo, ul. Klonowa 23 tytułem wpisu od odwołania;

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 Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

### Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez zamawiającego – Stołeczne Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej S.A z siedzibą w Warszawie na *dostawę pomp do c.o.* - numer postępowania 298/RS/PN/D/11- wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawca Grundfos Pompy Sp. z o.o. wniósł w dniu 28 listopada 2011 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 2532/11). Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 28 listopada 2011 r. Informację o okoliczności stanowiącej podstawę do wniesienia odwołania odwołujący powziął z treści zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 18 listopada 2011 r. Postępowanie prowadzone jest według procedury obowiązującej dla postępowań przekraczających kwoty określonej w rozporządzeniu wykonawczym do ustawy dla robót budowlanych.

W odwołaniu postawiony został zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, wynikający z zaniechania odrzucenia oferty wybranej złożonej przez PHU „Cieśla” Jagna Cieśla-Zadrożna, jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazanie odrzucenia oferty PHU „Cieśla” i dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu faktycznym zarzutu odwołujący wskazał na niezgodność w treści oferty wybranej z zapisem specyfikacji dotyczącym wymagania technicznego przedmiotu zamówienia, w którym określono jako przedmiot zamówienia dostawę 16 rodzajów pomp, których wydajność (Q) i wysokość podnoszenia (H) winny być uzyskane na pośrednim (nie maksymalnym) biegu pompy (pkt 3.2 siwz „Opisu przedmiotu zamówienia”). Niezgodność z tym zapisem dotyczyć ma rodzajów pomp wskazanych w pozycjach 12, 14 i 15 formularza oferty.

Wskazana w pozycji 12 formularza pompa miała cechować się wydajnością (Q) na poziomie  $4\div 9\text{ m}^3/\text{h}$  oraz wysokością podnoszenia wody (H) na poziomie  $70\div 50\text{ kPa}$ , które to parametry miały być uzyskiwane na pośrednim (nie maksymalnym) biegu pompy (pkt II.2 opisu przedmiotu zamówienia). W oparciu o dane techniczne zaoferowanej pompy TOP-S 40/7 (nr katalogowy 2080042) produkcji WILLO, odwołujący wskazał, iż wymagane parametry zostaną osiągnięte dopiero na maksymalnym biegu i do tego z deficytem zarówno wydajności (-1,7 %), jak i wysokości podnoszenia wody (-3,5 %). Odwołujący odwołał się do powszechnie przyjętych i stosowanych zasad pomiaru wydajności pomp, w myśl których,

punkt pracy, aby uznać go za osiągnięty na pośrednim biegu pompy, powinien każdorazowo być umiejscowiony, na załączonych wydrukach z programu WILO Select, poniżej linii charakterystyki pompy dla biegu pośredniego, a nie powyżej jej, jak ma to miejsce w wypadku pompy TOP-S 40/7. Informacje dotyczące charakterystyki pompy mają pochodzić z danych katalogowych pomp, jak i z powszechnie dostępnego programu WILO Select stworzonego przez producenta na potrzeby doboru pomp, a także opinii biegłego z zakresu mechaniki pomp.

Wskazana w pozycji 14 formularza oferty pompa miała cechować się wydajnością (Q) na poziomie  $10 \div 25 \text{ m}^3/\text{h}$  oraz wysokością podnoszenia wody (H) na poziomie  $70\div 50 \text{ kPa}$ , które to parametry miały być uzyskiwane na pośrednim (nie maksymalnym) biegu pompy (pkt II.2 opisu przedmiotu zamówienia). W oparciu o dane techniczne zaoferowanej pompy TOP-S 65/10 (nr katalogowy 2080059) produkcji WILO, odwołujący wskazał, iż wymagane parametry zostaną osiągnięte dopiero na maksymalnym biegu. Ponownie odwołał się do powszechnie przyjętych i stosowanych zasad pomiaru wydajności pomp, w myśl których, punkt pracy, aby uznać go za osiągnięty na pośrednim biegu pompy, powinien każdorazowo być umiejscowiony, na załączonych wydrukach z programu WILO Select, poniżej linii charakterystyki pompy dla biegu pośredniego, a nie powyżej jej, jak ma to miejsce w wypadku pompy TOP-S 65/10. Informacje dotyczące charakterystyki pompy mają pochodzić z danych katalogowych pomp, jak i z powszechnie dostępnego programu WILO Select stworzonego przez producenta na potrzeby doboru pomp, a także opinii biegłego z zakresu mechaniki pomp.

Wskazana w pozycji 15 formularza oferty pompa miała cechować się wydajnością (Q) na poziomie  $15 \div 35 \text{ m}^3/\text{h}$  oraz wysokością podnoszenia wody (H) na poziomie  $100\div 50 \text{ kPa}$ , które to parametry miały być uzyskiwane na pośrednim (nie maksymalnym) biegu pompy (pkt II.2 opisu przedmiotu zamówienia). W oparciu o dane techniczne zaoferowanej pompy TOP-S 65/13 (nr katalogowy 2080060) produkcji WILO, odwołujący wskazał, iż wymagany parametr Q zostanie osiągnięty dopiero na maksymalnym biegu. Ponownie odwołał się do powszechnie przyjętych i stosowanych zasad pomiaru wydajności pomp, w myśl których, punkt pracy, aby uznać go za osiągnięty na pośrednim biegu pompy, powinien każdorazowo być umiejscowiony, na załączonych wydrukach z programu WILO Select, poniżej linii charakterystyki pompy dla biegu pośredniego, a nie powyżej jej, jak ma to miejsce w wypadku pompy TOP-S 65/13. Informacje dotyczące charakterystyki pompy mają pochodzić z danych katalogowych pomp, jak i z powszechnie dostępnego programu WILO Select stworzonego przez producenta na potrzeby doboru pomp, a także opinii biegłego z zakresu mechaniki pomp.

Odwołujący swoją argumentację uzupełnił tezami z orzecznictwa Izby, w których wskazuje się na obowiązek odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, w

przypadku kiedy treść oferty w jakiegokolwiek części jest niezgodna z siwz. W ocenie odwołującego w przedmiotowym stanie faktycznym nie może znajdować zastosowania przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, gdyż nie można uznać za omyłkowe wskazanie trzech pomp, które nie spełniają wymogów siwz, jak również ewentualna korekta prowadziłyby do istotnych zmian w ofercie.

W dniu 2 grudnia 2011 r. do postępowania odwoławczego skutecznie przystąpił po stronie zamawiającego wykonawca Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „CIEŚLA” Jagna Cieśla-Zadrożna.

### **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 Pzp”.

Podniesiony w odwołaniu zarzut dotyczy zaniechania odrzucenia oferty wybranej, jako najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „CIEŚLA” Jagna Cieśla-Zadrożna. Odwołujący kwestionował zgodność oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w części zaoferowanych urządzeń, które nie osiągają parametrów wymaganych przez zamawiającego, opisanych w załączniku nr 1 do siwz – Opis przedmiotu zamówienia. Odwołujący wskazał na trzy pompy opisane w formularzu ofertowym w pozycjach, 12, 14 i 15, które na biegu pośrednim nie osiągają parametrów Q (wydajność) i H (wysokość podnoszenia). W celu wykazania zasadności zarzutu, odwołujący przedłożył na rozprawie przygotowaną na jego zlecenie przez Instytut Klimatyzacji i Ogrzewnictwa Politechniki Wrocławskiej, opinię zawierającą ocenę spełniania wymagań opisu przedmiotu zamówienia.

W ofercie wybranej wykonawca zaproponował w pozycji 12 formularza pompę TOP-S 40/7 1x230 V - 2 080 042, w pozycji 14 formularza pompę TOP-S 65/10 3x 400 V – 2 080 059, a w pozycji 15 formularz pompę TOP-S 65/13 3x400 V – 2 080 060. Jak wynika z argumentacji zawartej w opinii, jak i stanowiska prezentowanego w toku rozprawy, wnioski odwołującego wynikają z analizy charakterystyki urządzeń przeprowadzonej dla skrajnych punktów zakresu zmienności określonych przez zamawiającego, tj. minimalnego Q i

odpowiadającego mu minimalnego H oraz maksymalnego Q i maksymalnego H. W ocenie odwołującego, punkty te wyznaczały przebieg charakterystyki pompy, która spełniać będzie minimalne wymagania podane przez zamawiającego.

Zamawiający i przystępujący uznali taki sposób oceny charakterystyki urządzeń za sprzeczny z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w której zamawiający nie wymagał, aby urządzenie osiągało zarówno wartości minimalne i maksymalne w całym obszarze zadanym parametrami Q i H.

Izba ustaliła, iż różnica w stanowiskach stron wynikała z odmiennej interpretacji postanowienia zamieszczonego w załączniku nr 1 do siwz – Opis przedmiotu zamówienia, w którym zamawiający wskazał, iż „Parametry Q i H dla pomp standardowych CO winny być uzyskane na pośrednim (nie maksymalnym) biegu pompy” (pkt II.2). Zamawiający jednocześnie w tabeli poprzedzającej ten zapis określił wymagania dla poszczególnych pomp: Q - 4÷9 m<sup>3</sup>/h i H -70÷50 kPa (dla pozycji 12); Q - 10÷25 m<sup>3</sup>/h i H -70÷50 kPa (dla pozycji 14) i 15÷35 m<sup>3</sup>/h i H -100÷50 kPa (dla pozycji 15).

Załączona do oferty charakterystyka pracy oferowanych pomp została zaprezentowana za pomocą wykresów oraz opisów, w których opisano zaznaczone na wykresach dane wyjściowe oraz punkty pracy urządzeń.

W ocenie składu orzekającego, o ustaleniu czy oferta wybrana była zgodna z siwz decydowała interpretacja postanowienia załącznika nr 1 do siwz – pkt II.2. Nie były bowiem sporne między stronami charakterystyki pracy oferowanych urządzeń, które pochodziły z tego samego źródła, tj. katalogów i charakterystyki pomp TOP-S, a ich dobór został dokonany z wykorzystaniem takiego samego narzędzia, tj. programu doboru pomp producenta - WILO. Zarówno w treści oferty, jak i materiale złożonym przez odwołującego podane parametry pracy urządzeń są identyczne i wskazują w odniesieniu do pompy TOP-S 40/7 (poz.12), iż na biegu pośrednim pompa przy przepływie Q - 4 m<sup>3</sup>/h nie osiąga wysokości podnoszenia H -7 m (po przeliczeniu jednostek ciśnienia z „Pa” na „mH<sub>2</sub>O”), natomiast przy wysokości podnoszenia H – 5 m, przepływ Q wynosi poniżej 8 m<sup>3</sup>/h. W odniesieniu do pompy TOP-S 65/10 (poz. 14), na biegu pośrednim pompa przy wysokości podnoszenia H – 5 m, przepływ Q wynosi poniżej 25 m<sup>3</sup>/h, a przy wydajności Q - 10 m<sup>3</sup>/h, wysokość podnoszenia H wynosi poniżej 7 m. Natomiast pompa TOP-S 65/13 (poz. 15) na biegu pośrednim, przy wydajności Q – 15 m<sup>3</sup>/h, wysokość podnoszenia H ma mniejszą od zadanej – 10 m. Mając na uwadze identyczny stan wyjściowy urządzeń, strony odmiennie oceniały ofertę w kontekście zapisu specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący twierdził, iż urządzenia musiały spełniać parametry w całym obszarze zadanym, natomiast zamawiający i przystępujący stali na stanowisku, iż wystarczającym było, aby charakterystyka pracy pompy na biegu pośrednim, mieściła się w przedziale wartości

wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia, a zatem nie było konieczne spełnienie wartości skrajnych (minimalnych i maksymalnych). Różny sposób rozumienia postanowienia siwz prowadził do odmiennych wniosków w przedmiocie zgodności oferty z opisem przedmiotu zamówienia. Na tej podstawie Izba uznała, iż spór nie odnosił się do kwestii technicznych urządzeń, lecz do interpretacji siwz, co stanowiło podstawę nie uwzględnienia wniosku odwołującego o powołanie biegłego w sprawie.

W ocenie Izby, wskazane w opisie przedmiotu zamówienia parametry Q i H określały przedział zakresu pracy pompy bez jednoznacznego wskazani, iż wskazane wartości należy rozumieć, jako minimalne i maksymalne. Wskazanie w pkt II.2 wymogu, aby parametry Q i H były osiągane na pośrednim (nie maksymalnym) biegu pompy, nie oznaczało, iż zamawiający oczekiwał doboru pompy, która osiągałaby punkt pracy we wszystkich skrajnych wartościach. Podanie przedziału wydajności i wysokości podnoszenia, w ocenie składu orzekającego oznaczało, iż rzeczywisty punkt pracy pompy na biegu pośrednim miał mieścić się w zadanym obszarze pracy, co nie oznacza, iż musiał obejmować całego obszar wyznaczonego wartościami skrajnymi. Skoro zamawiający nie wskazał wprost w treści siwz, że wymaga uzyskania wartości minimalnych i maksymalnych parametrów na biegu pośrednim, to samo wskazanie na przedział wartości oznaczał, iż wystarczające jest aby punkt pracy urządzenia znajdował się w zadanym obszarze. Zamawiający w załączniku nr 1 do siwz nie określił, iż podane wymagania należy rozumieć, jako wartości minimalne i maksymalne konieczne do osiągnięcia, wskazywał jedynie na ich przedział. Argumentacja odwołującego w zasadzie prowadziła do sytuacji, w której, aby spełnić wymaganie w taki sposób, jak to przedstawiał w raporcie złożonym na rozprawie, rzeczywisty punkt pracy urządzenia musiałaby znajdować się powyżej linii wyznaczonej na przecięciu skrajnych wartości, co oznaczałoby konieczność zaoferowania urządzenia o wyższych parametrach. W ocenie Izby, prowadziły to do zaostreniu warunków w stosunku do literalnej wykładni postanowienia specyfikacji. Przyjęcie takiej interpretacji, jaką prezentował odwołujący wymagało wcześniejszego doprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia, tak aby nie budziło wątpliwości wykonawców, jakie są oczekiwania zamawiającego. Zamawiający nie wskazywał, aby punkt doboru urządzenia wyznaczały wartości skrajne parametrów Q i H, a zatem przyjęta przez odwołującego metodologia oceny spełniania wymagania zamawiającego wykraczała poza treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia (pkt II.2 załącznika nr 1 do siwz).

W świetle powyższego, Izba uznała, iż czynność wyboru oferty najkorzystniejszej nie naruszała przepisów ustawy, w tym art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, co prowadziło do oddalenia odwołania.

Izba orzekła o kosztach postępowania na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku sprawy i obciążyła kosztami postępowania odwołującego.

**Przewodniczący:** .....