

Sygn. akt KIO/UZP 1421 /08

WYROK
z dnia 18 grudnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Stanisław Sadowy

Członkowie: Małgorzata Stręciwilk

Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **18 grudnia 2008 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **„Elektromontaż-Poznań” S.A. ul. Wieruszowska 12/16, 60-166 Poznań** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Elektrociepłownie Wybrzeże S.A. ul. Swojska 9, 80-867 Gdańsk** protestu z dnia **13 listopada 2008 r.**

przy udziale XXX zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się oraz XXX - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert, w tym wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty Odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy

2. Kosztami postępowania obciąża Elektrociepłownie Wybrzeże S.A. ul. Swojska 9, 80-867 Gdańsk i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy)

z kwoty wpisu uiszczanego przez **„Elektromontaż-Poznań” S.A. ul. Wieruszowska 12/16, 60-166 Poznań;**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Elektrociepłownię Wybrzeże S.A. ul. Swojska 9, 80-867 Gdańsk** na rzecz **„Elektromontaż-Poznań” S.A. ul. Wieruszowska 12/16, 60-166 Poznań** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania;
- 3) dokonać wpłaty kwoty **XXX** (słownie: XXX) przez **XXX** na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 936 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **„Elektromontaż-Poznań” S.A. ul. Wieruszowska 12/16, 60-166 Poznań.**

U z a s a d n i e

Zamawiający – Elektrociepłownia Wybrzeże S.A. z siedzibą w Gdańsku, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Modernizację rozdzielni 6 kV RO5 i RO6 w Elektrociepłowni Gdańskiej w Gdańsku przy ul. Wiślniej 6”- nr rej. nadany sprawie przez Zamawiającego: ZP/67/2008.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 26.07.2008 r., nr 2008/S 144-194252.

Pismem z dnia 05.11.2008 r., znak: LZ/JS1630-1633/2008 Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty OPA-ROW Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku oraz o odrzuceniu oferty ELMOR S.A. z siedzibą w Gdańsku oraz oferty złożonej przez „Elektromontaż-Poznań” S.A. z siedzibą w Poznaniu, zwany dalej „Protestującym” lub „Odwołującym”.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający podał, że jej treść „nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, - nie dołączono do oferty certyfikatu stycznika potwierdzającego spełnienie parametrów wymaganych punktem XXV

ppkt 5 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Wobec powyższego oferta podlega odrzuceniu zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych”.

Informację tę Protestujący otrzymał w dniu 07.11.2008 r.

W dniu 13.11.2008 r. Protestujący złożył, za pomocą faksu, protest do Zamawiającego”, na czynność odrzucenia przez Zamawiającego w toku przedmiotowego postępowania o zamówienie oferty Protestującego jako nie spełniającej wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej „SIWZ”, z powodu nie dołączenia do oferty certyfikatu stycznika potwierdzającego spełnienie parametrów wymaganych punktem XXV ppkt 5 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, czym – w ocenie Protestującego - Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Jednocześnie, Protestujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie określonej w art. 7 Pzp zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Elektrobudowa S.A., która również nie zawiera certyfikatu stycznika.

Protestujący wniósł o:

- 1) Powtórzenie czynności oceny oferty złożonej przez Protestującego,
- 2) Powtórzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

W uzasadnieniu protestu Protestujący podniósł:

Pismem z dnia 05.11.2008 r., doręczonym Protestującemu dnia 07.11.2008 r., Zamawiający zawiadomił o odrzuceniu oferty Protestującego jako niezgodnej z treścią SIWZ, z powodu nie dołączenia do oferty certyfikatu stycznika potwierdzającego spełnienie parametrów wymaganych punktem XXV ppkt 5 SIWZ. Jako podstawę prawną odrzucenia oferty, Zamawiający wskazał art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp.

W ocenie Protestującego treść jego oferty odpowiada treści SIWZ, nadto w świetle przyjętego w pkt XIV SIWZ kryterium wyboru oferty, złożona przez Protestującego oferta jest najkorzystniejszą.

Protestujący podniósł, iż Zamawiający odrzucił ofertę Protestującego, bowiem rzekomo nie spełniała ona wymagań zawartych w SIWZ, tj. nie zawierała certyfikatu stycznika potwierdzającego spełnienie parametrów wymaganych punktem XXV ppkt 5 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Jednakże treść SIWZ w żadnym punkcie nie wskazuje, iż dołączenie certyfikatu stycznika jest wymagane przez Zamawiającego, nie wskazują na to również odpowiedzi na pytania Wykonawców, stanowiące załącznik do SIWZ.

Wymagania zawarte w pkt. XXV ppkt 1 tiret 12 dotyczą ogólnych wymagań stawianych rozdzielnic i zostały one potwierdzone przez Protestującego certyfikatami dotyczącymi rozdzielnic jako całości. Na konieczność dołączenia do oferty innych, niż wyżej wymienione, certyfikatów dotyczących rozdzielnic, Zamawiający wskazał w odpowiedziach na pytania Wykonawców cz. 2 stanowiących załącznik do SIWZ. Odpowiedzi te w sposób jednoznaczny wskazują, iż Zamawiający wymaga odrębnych certyfikatów dla wyłączników oraz blokady uziemnika (odpowiedzi na pytania 6 i 7). W żadnym miejscu, ani w SIWZ ani też w odpowiedziach na pytania Wykonawców, Zamawiający nie określił, iż wymaga certyfikatu stycznika.

Zatem bezpodstawne jest odrzucenie oferty Protestującego, na podstawie braku w jego ofercie dokumentu, którego Zamawiający nie żądał w SIWZ. Wezwanie do uzupełnienia dokumentu, którego dołączenie do oferty nie było wymagane w SIWZ, stanowi de facto modyfikację SIWZ, co po otwarciu ofert nie jest już dopuszczalne i stanowi naruszenie zasad udzielania zamówień publicznych.

Zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji (art. 7 Pzp), gdyż odrzucił ofertę Protestującego z powodu nie dołączenia certyfikatu stycznika, a jednocześnie nie odrzucił oferty spółki Elektrobudowa S.A., która również nie dołączyła certyfikatu stycznika. Świadczy to o nierównym traktowaniu wykonawców, a tym samym stanowi naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych.

W piśmie z dnia 14.11.2008 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wpłynięciu protestu i wezwał ich do przystąpienia do postępowania protestacyjnego.

W dniu 20.11.2008 r. do postępowania protestacyjnego przystąpiła OPA-ROW Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku- zwana dalej „Przystępującym”, wnosząc o oddalenie protestu jako bezpodstawnego.

Rozstrzygnięciem z dnia 24.11.2008 r. Zamawiający oddalił protest jako niezasadny. W uzasadnieniu rozstrzygnięcia Zamawiający podniósł, przede wszystkim. Zamawiający uznał zarzuty Protestującego w części dotyczącej odrzucenia jego oferty za niezasadne. Zgodnie z punktem XXV Założeń do SIWZ w zakresie zabezpieczeń i systemu wizualizacji rozdzielni, ppk1. „Ogólne wymagania stawiane rozdzielnic”, Zamawiający określił, iż parametry prądowe, napięciowe i stopnia ochrony IP rozdzielni mają zostać potwierdzone załączonymi do oferty aktualnymi certyfikatami jednostek akredytowanych: Jednocześnie SIWZ jednoznacznie wymagała dla stycznika spełnienia parametru technicznego w postaci prądu znamionowego szczytowego większego lub równego 15kA.

Dokumenty przedłożone przez Protestującego wskazywały, iż jego oferta nie spełniła warunku dotyczącego tego parametru stycznika. Jednocześnie, Protestujący złożył oświadczenie, iż zakres prac przewidzianych do wykonania jest zgodny z zakresem objętym SIWZ. Należało uznać zatem, iż wszystkie dokumenty złożone przez Protestującego składają się na ofertę w rozumieniu przepisów ustawy prawo zamówień publicznych. Jednocześnie wobec stwierdzenia, iż Wykonawca oferuje towar o innych parametrach technicznych aniżeli żądane przez Zamawiającego w SIWZ, Zamawiający miał nie tylko prawo, ale i obowiązek zbadania dokumentów złożonych Protestującego pod kątem zgodności z SIWZ. W tej sytuacji zaszyły przesłanki dla skorzystania przez Zamawiającego z art. 26 ustawy Prawo zamówień publicznych i zażądania od Protestującego wyjaśnień dotyczących złożonych parametrów stycznika. Protestujący nie odniósł się do tego żądania w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie, wobec czego odrzucenie jego oferty było w pełni uzasadnione. Zamawiający wskazał również, iż w odpowiedzi na pytania Wykonawców jednoznacznie wyjaśnił, że certyfikaty, o których mowa w SIWZ, mają potwierdzać spełnienie parametrów przez wyłączniki i blokady uziemnika. Stycznik jest zaś składnikiem rozdzielni równorzędny dla powyższych elementów, zatem brak podstaw by odstąpić od warunku załączenia tego certyfikatu w odniesieniu do tego tylko składnika.

Odnosząc się do drugiego z podniesionych przez Protestującego zarzutów, Zamawiający uznał, iż Protestujący nie posiada interesu prawnego w jego podniesieniu. Zamawiający przyznał, iż oferta Elektrobudowy S.A., jako nie spełniająca wymogów SIWZ winna być, podobnie jak oferta Protestującego odrzucona. W tym zakresie zatem Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp. W takim stanie faktycznym najistotniejsze jest zagadnienie sprowadzające się do pytania, czy Protestujący doznał lub mógł doznać uszczerbku w interesie prawnym w następstwie powyższego naruszenia. Jest to przesłanka sine qua non wnoszenia środków zaskarżenia. Tylko wykonawcy, uczestnicy konkursu oraz inne osoby wskazane w ustawie, które wykażą doznanie uszczerbku w interesie prawnym lub możliwość doznania takowego uszczerbku są uprawnione do złożenia protestu. Przesłanka ta winna być wykazana już w proteście i nie podlega domniemaniu. W niniejszej sprawie Protestujący nie wykazał przedmiotowej przesłanki. Oferta Elektrobudowy S.A. nie została wybrana, a jej nieodrzućenie nie wpłynęło w żaden sposób na ostateczny wynik postępowania. Należało zatem uznać, że interes prawny Protestującego nie mógł doznać i nie doznał żadnego uszczerbku.

W dniu 03.12.2008 r. (data złożenia odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego)

Odwołujący wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu przez Zamawiającego.

Odwołujący podtrzymał zarzuty zawarte w proteście i wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert i unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty firmy OPA - ROW Sp. z o.o.,
- 2) nakazanie uznania, że oferta Protestującego jest ofertą najkorzystniejszą w niniejszym postępowaniu,
- 3) orzeczenie o kosztach postępowania.

U uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł, że:

Zgadza się ze stwierdzeniem Zamawiającego zawartym w rozstrzygnięciu protestu, że Zamawiający wskazał w pkt XXV Założeń do SIWZ w zakresie zabezpieczeń i systemu wizualizacji rozdzielni, pkt 1 „Ogólne wymagania stawiane rozdzielniczy” iż spełnienie parametrów prądowych, napięciowych i stopnia ochrony IP musi zostać potwierdzone załączonymi do oferty aktualnymi certyfikatami jednostek akredytowanych. Odwołujący podniósł jednakże, iż przywołany przywołany pkt XXV ppkt 1 tiret 12 SIWZ dotyczy -jak sama nazwa punktu wskazuje -ogólnych wymagań stawianych rozdzielniczy rozumianej jako całe urządzenie, nie zaś wymagań dotyczących części składowych rozdzielniczy jaką stanowi m. in. stycznik. Wskazuje na to nie tylko samo literalne brzmienie przywołanego punktu SIWZ, ale również fakt, iż Zamawiający w pkt. XXV ppkt. 4 i 5 SIWZ, w których to określił jakie wymagania mają spełniać poszczególne części składowe rozdzielniczy, tj. wyłącznik (pkt. XXV ppkt 4) i stycznik (pkt. XXV ppkt. 5), nie wskazał jaki stopień ochrony IP winny one posiadać, a wymóg taki w sposób precyzyjny postawił w pkt. XXV ppkt. 2 w tabeli określającej podstawowe parametry techniczne rozdzielniczy jako całości, w tym w szczególności stopień ochrony IP rozdzielniczy.

Zamawiający nie wskazał jaki stopień ochrony IP winien spełniać wyłącznik i stycznik, zatem nielogicznym i nie znajdującym żadnej podstawy w treści SIWZ byłoby wymaganie certyfikatu potwierdzającego parametr, który nie został w żaden sposób określony. Skoro więc certyfikat miał potwierdzić posiadany stopień ochrony IP, a został on określony przez Zamawiającego jedynie dla rozdzielniczy jako całości, a nie dla wyłącznika i stycznika, to oczywistym jest, że ów certyfikat miał potwierdzać spełnianie wymogu stopnia IP wyłącznie dla rozdzielniczy jako całości. W tym zaś zakresie Odwołujący spełnił wymagania SIWZ i do oferty załączył certyfikat dla rozdzielniczy -strona 57 oferty Odwołującego.

Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu, w uzasadnieniu swojego stanowiska podniósł również, że „odpowiedzi na pytania Wykonawców jednoznacznie wyjaśnił, że certyfikaty,

o których mowa w SIWZ mają potwierdzać spełnienie parametrów przez wyłączniki i blokady uziemnika. Stycznik jest zaś składnikiem rozdzielni równorzędnym dla powyższych elementów, zatem brak podstaw by odstąpić od warunku załączenia certyfikatu do tego składnika” Wynika z tego, iż Zamawiający przeprowadzając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego stosuje zasadę analogii, wedle której Wykonawca winien domyślać się jakich dokumentów, oprócz tych wyraźnie wyspecyfikowanych w SIWZ, może jeszcze oczekiwać Zamawiający. Ustawa Prawo zamówień publicznych nie przewiduje stosowania tej zasady, przewiduje natomiast, że SIWZ ma jednoznacznie (nie zaś per analogiam) wskazywać czego żąda Zamawiający.

Brak precyzyjnego opisu nie może działać na niekorzyść wykonawców. Gdyby przyjąć wywód Zamawiającego za logiczny i zgodny z Obowiązującymi przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, należałoby żądać od Wykonawców również certyfikatów na przekładnik prądowy oraz uziemnik -są one bowiem składnikami rozdzielni równorzędnymi do wyłącznika i blokady uziemnika. Dla tychże składników rozdzielni Zamawiający nie zażądał certyfikatów w wezwaniu do uzupełnienia oferty. Skoro więc stycznik miał posiadać certyfikat, analogicznie do wyłącznika i blokady uziemnika, Zamawiający winien był wezwać do uzupełnienia oferty nie tylko o certyfikat na stycznik, ale również na przekładnik prądowy i uziemnik, czego nie uczynił, jak również nie zakwalifikował braku tych certyfikatów jako przyczyny dyskwalifikującej ofertę Odwołującego.

Ponadto Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu, w nie dający się usprawiedliwić sposób rozminął się z prawdą, podając że oferta Odwołującego nie spełnia warunku dotyczącego prądu znamionowego szczytowego stycznika. Zgodnie z pkt. XXV ppkt 5 prąd szczytowy stycznika winien posiadać wartość ~15kA. W swojej ofercie Odwołujący zobowiązał się do wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, a tym samym do zastosowania stycznika o prądzie szczytowym ~15kA. Dodatkowo w odpowiedzi z dnia 03.11.2008 r. na wezwanie do uzupełnienia oferty z dnia 31.10.2008 r. Odwołujący przedstawił szczegółowe karty katalogowe przedmiotowego stycznika, które w sposób jednoznaczny potwierdzają, że wartość prądu znamionowego stycznika wynosi ~15kA (uzupełnienie oferty z dnia 03.11.2008 r., strona 12). Zatem twierdzenie Zamawiającego, że Odwołujący "oferuje towar o innych parametrach technicznych aniżeli żądane przez Zamawiającego w SIWZ" nie jest zgodne z prawdą, podobnie jak twierdzenie jakoby Odwołujący nie odniósł się do żądania Zamawiającego w zakresie wyjaśnień dotyczących parametrów stycznika. Dokumenty wyjaśniające tę kwestię zostały przez Odwołującego dostarczone Zamawiającemu.

Dowód: wezwanie do uzupełnienia oferty z dnia 31.10.2008 r. oraz uzupełnienie oferty z dnia 03.11.2008 r. -str. 12 -w dokumentacji przetargowej.

Ponadto dopiero w rozstrzygnięciu protestu Odwołującego Zamawiający określił, że oferta Odwołującego nie spełniła parametru "prądowego znamionowego szczytowego", o którym to parametrze nie było mowy w SIWZ.

W odniesieniu do uwagi Zamawiającego, iż Odwołujący nie ma interesu prawnego w podniesieniu zarzutu, iż Zamawiający nie odrzucił oferty firmy Elektrobudowa S.A. mimo, iż nie spełniła ona tego samego warunku co oferta Odwołującego, pragniemy wyjaśnić iż podniesienie tej kwestii w proteście, nie miało na celu spowodowania odrzucenia oferty firmy Elektrobudowa S.A., a jedynie zwrócenie uwagi na wybiórcze i dowolne stosowanie przez Zamawiającego zarówno przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, jak i własnych zasad (tj. wskazanej w rozstrzygnięciu protestu zasady, że SIWZ wymaga certyfikatu na stycznik, nie wprost, ale analogicznie do żądania certyfikatu na wyłącznik i blokadę uziemnika). Tym samym zaś miało na celu wskazanie, że w trakcie tego postępowania Zamawiający naruszył ustawowe zasady równego traktowania wszystkich jego uczestników, w wyniku czego interes Odwołującego doznał uszczerbku, ponieważ gdyby Zamawiający w taki sam sposób potraktował Odwołującego, to jego oferta nie zostałaby odrzucona i w konsekwencji Odwołujący mógłby zrealizować przedmiotowe zamówienie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ, a także treść oferty złożonej przez Odwołującego oraz oświadczenia i stanowiska stron postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w wyniku uznania przez Zamawiającego, iż treść oferty Odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ z powodu nie załączenia do oferty certyfikatu dla stycznika potwierdzającego spełnienie parametrów wymaganych przez Zamawiającego.

W informacji o wyniku postępowania o zamówienie, doręczonej Odwołującemu w dniu 07.11.2008 r. (pismo z dnia 05.11.2008 r.) Zamawiający podał, iż odrzucił ofertę Odwołującego, gdyż jej treść, cyt.: „nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, - nie dołączono do oferty certyfikatu stycznika potwierdzającego spełnienie parametrów wymaganych punktem XXV ppkt 5 Specyfikacji Istotnych Warunków

Zamówienia. Wobec powyższego oferta podlega odrzuceniu zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych”.

Skład orzekający Izby ustalił, iż podana w uzasadnieniu odrzucenia oferty okoliczność polegająca na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ nie stanowi przesłanki odrzucenia z art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp, jest przesłanką odrzucenia oferty określoną w art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W SIWZ w pkt XXV „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia. Założenia do SIWZ w zakresie zabezpieczeń i systemu wizualizacji rozdzielni” w ppkt 1 „Ogólne wymagania stawiane rozdzielniczy”, tiret 12 Zamawiający zawarł wymóg: „Spełnienie parametrów prądowych, napięciowych i stopnia ochrony IP musi zostać potwierdzone załączonymi do oferty aktualnymi certyfikatami jednostek akredytowanych”.

W pkt XXV ppkt 5 „Wymagania stawiane zestawom stycznikowym” określony został m.in. wymagany parametr prądu szczytowego „ ≥ 15 kA”.

Odwołujący zakwestionował, by z postanowień SIWZ wynikał obowiązek załączenia do oferty certyfikatu stycznika, gdyż wymóg zawarty w pkt XXV ppkt 1 tiret 12 SIWZ odnosi się do wymagań stawianych rozdzielniczy jako całości, dlatego brak jest wymogu załączenia do oferty certyfikatu dla stycznika, który stanowi element rozdzielniczy. W szczególności wymóg ten nie został określony przez Zamawiającego w udzielonych odpowiedziach na pytania dotyczące SIWZ.

W wyniku analizy odpowiedzi na pytania nr 6 i 7 – o wyjaśnienie treści SIWZ, skład orzekający Izby uznał, iż z udzielonych przez Zamawiającego odpowiedzi nie wynika obowiązek załączenia do oferty certyfikatu stycznika. Obowiązek ten dotyczy dołączenia odrębnych certyfikatów dla wyłączników oraz blokady uziemnika.

Treści SIWZ, w tym udzielonych przez Zamawiającego wyjaśnień treści SIWZ nie można rozszerzać, gdyż wskazany wymóg dotyczy konkretnych elementów rozdzielni. Dlatego nie można domniemywać, że warunek załączenia certyfikatu dotyczy także stycznika.

W świetle powyższego, treść oferty Odwołującego jest zgodna w tym zakresie z treścią SIWZ, a żądanie Zamawiającego załączenia do oferty certyfikatu dla stycznika Izba uznała za nieuprawnione.

Jednocześnie, skład orzekający Izby stwierdził, że informacje dotyczące prądu szczytowego zawarte w SIWZ oraz zamieszczone w wyjaśnieniach Odwołującego na str. 102 i 179 wymagają wyjaśnienia. W SIWZ w pkt XXV ppkt 5 Zamawiający określił wymaganie dotyczące „prądu szczytowego”, który musi być równy lub większy niż 15 kA. Z kolei w wyjaśnieniach Odwołującego, z dnia 22.10.2008 r., na str. 102 wykonawca podał: „Prąd znamionowy szczytowy wytrzymywany 12 kA, zaś na str. 179 – „Maksymalny

znamionowy prąd zwarciový dla ½ okresu (wartość szczytowa) [A] 55 000” dla stycznika V7 oraz stycznika V12. Wskazując na powyższe, w ocenie składu orzekającego Izby Zamawiający powinien ustalić, czy któraś z tych wartości odpowiada żądanemu przez Zamawiającego parametrowi, tj. winien ustalić rzeczywistą wartość prądu szczytowego.

W wyniku ustalenia przez Izbę, że z SIWZ (również po wyjaśnieniach) nie wynika obowiązek załączenia do oferty certyfikatu stycznika, bez znaczenia pozostaje niezłożenie tego certyfikatu. Argument Zamawiającego, iż Odwołujący nie zaskarżył wezwania do uzupełnienia dokumentu jest słuszny, wykonawca bowiem w momencie wezwania go do uzupełnienia niewymagalnego w SIWZ dokumentu powinien zaskarżyć tę czynność. Jednakże brak zaskarżenia tej czynności Zamawiającego przez Odwołującego nie może skutkować odrzuceniem oferty Odwołującego, w sytuacji gdy podstawą takiego działania Zamawiającego jest bezprawne żądanie uzupełnienia dokumentu.

Skład orzekający Izby uznał za niezasadny zarzut odwołania dotyczący zaniechania, odrzucenia oferty Elektrobudowy S.A, gdyż Odwołujący nie posiada interesu prawnego do jego wniesienia, w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, Odwołujący nie posiada interesu prawnego w jego podniesieniu. Odwołujący nie wykazał, iż w wyniku tego zaniechania Zamawiającego doznał uszczerbku w interesie prawnym lub wystąpiła możliwość doznania takiego uszczerbku. Przesłanka ta winna być wykazana już w proteście i nie podlega domniemaniu. Oferta Elektrobudowy S.A. nie została wybrana, a jej nieodrzućenie nie wpłynęło w żaden sposób na ostateczny wynik postępowania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp. Jednocześnie też skład orzekający Izby nie uwzględnił wniosku Odwołującego o zasądzenie kosztów zastępstwa prawnego przed Izbą na podstawie norm przypisanych. Stosownie bowiem do przepisów rozporządzenia z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 , ze zm.) skład orzekający Izby może orzec o uzasadnionych kosztach strony postępowania, w tym wynagrodzeniu pełnomocnika, wyłącznie na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy.

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 **Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....