

Sygn. akt: KIO 900/10

WYROK
z dnia 27 maja 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 maja 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 14 maja 2010 r. przez **ABB Sp. z o.o., ul. Żegańska 1, 04-713 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **ENION S.A., ul. Zawia 65L, 30-390 Kraków**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **ABB Sp. z o.o., ul. Żegańska 1, 04-713 Warszawa** i nakazuje

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **ABB Sp. z o.o., ul. Żegańska 1, 04-713 Warszawa**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego,
- 2) zasądza od **ABB Sp. z o.o., ul. Żegańska 1, 04-713 Warszawa** na rzecz **ENION S.A., ul. Zawia 65L, 30-390 Kraków** koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości **3 600 zł 00 gr.** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy).

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Krakowie**

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – ENION Spółka Akcyjna Oddział w Będzinie w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie zadania „Dostawa aparatury łączeniowej – wyłączniki SN dla ENION S.A. w 2010 r.” (nr postępowania OBD/RUL/2/2010/D), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 lutego 2010 r., 210/S 24-034653, wobec czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty P.P.H.U. „PROSPER” Sp. z o.o. (dalej PROSPER), w dniu 14 maja 2010 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł wykonawca ABB Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (odwołujący). Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 14 maja 2010 r. oraz w dniu 17 maja 2010 r. po otrzymaniu informacji od zamawiającego, o niekompletności przekazanej wcześniej kopii odwołania.

O czynności zamawiającego odwołujący został powiadomiony w dniu 5 maja 2010 r. na podstawie informacji o wyborze ofert najkorzystniejszych dla zadania nr 1.

W odwołaniu odwołujący wskazał na naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 82 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PrZamPubl, do których miało dojść na skutek zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy PROSPER jako niezgodnej z treścią siwz w zakresie wymagania technicznego określonego w punkcie 1.1 załącznika nr 1 do siwz w 10 i dotyczącego parametru „trwałość łączeniowa przy prądzie znamionowym min: 10.000 cykli”. Wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonanie ponownej oceny ofert i w jej wyniku odrzucenia oferty wykonawcy PROSPER w zakresie zadania nr 1 oraz dokonanie wyboru oferty odwołującego.

Odwołujący swój interes we wniesieniu odwołania uzasadniał możliwością uzyskania przedmiotowego zamówienia, gdyż jego oferta została wskazana przez zamawiającego jako druga, a na skutek naruszenia przepisów ustawy poniósłby szkodę na skutek nie uzyskania zamówienia w zakresie zadania nr 1.

Odwołujący wskazał, iż zaoferowane przez wybranego wykonawcę wyłączniki w zadaniu nr 1 (61 sztuk na 117 – str. 110 oferty) nie spełniają wymagań dla klasy elektrycznej E2, która jest wymagana normą PN-EN 62271-100, wskazującej na: „wyłącznik nie wymagający konserwacji elementów obwodu głównego wyłączających prąd przez oczekiwany czas życia, przy minimalnej konserwacji pozostałych elementów (wyłącznik o zwiększonej trwałości elektrycznej)”. Certyfikat zgodności NR 004/2007 załączony do oferty w uwagach (zawartych na trzeciej stronie, która nie została załączona do oferty) zawiera zastrzeżenie, że następującym wyłącznikom: 3AH5 214-1, 3AH5 214-2, 3AH5 133-1 można

przypisać co najwyżej klasę elektryczną E1, opisaną w normie jako: „wyłączniki o podstawowej trwałości elektrycznej nie należący do klasy E2 zdefiniowanej w 3.4.113”. Zgodnie z aktualną normą PN-EN 62271-100 wyłącznikom, które są przedmiotem postępowania należy przypisać klasy: mechaniczną M2 i elektryczną E2. Ponieważ oferta nie spełnia wymogu technicznego opisanego w załączniku nr 1 do siwz, pkt 1.1 – trwałość łączeniowa przy prądzie znamionowym min: 10.000 cykli”, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PrZamPubl podlega odrzuceniu.

W dniu 20 maja 2010 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca PPHU PROSPER Sp. z o.o. Strony nie zgłosiły opozycji przeciw przystąpieniu wykonawcy do postępowania odwoławczego.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, kierując się okolicznościami ustalonymi w toku rozprawy na podstawie dokumentacji postępowania, a także stanowiskami stron złożonymi w pismach i ustnie na rozprawie.

Odwołanie będące przedmiotem rozpoznania wniesione zostało do Krajowej Izby Odwoławczej na zasadach obowiązujących po wejściu w życie przepisów ustawy 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), a zatem do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy PrZamPubl w brzmieniu znowelizowanym.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy PrZamPubl, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłankę istnienia interesu prawnego odwołującego w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy PrZamPubl.

Stanowisko Izby zapadło w oparciu o poczynione na podstawie dokumentacji postępowania ustalenia faktyczne.

Odwołujący w dniu 14 maja 2010 r. przekazał do zamawiającego kopię odwołania, wraz z załącznikami wskazanymi w jego treści. Na podstawie złożonej do akt sprawy dokumentacji postępowania Izba ustaliła, iż kopia odwołania przekazana zamawiającemu w dniu 14 maja 2010 r. nie zawierała drugiej strony pisma z dnia 14 maja 2010 r. (odwołania), zawierającej część uzasadnienia zarzutu. Kopia ta została przekazana zamawiającemu za pomocą faksu, w czasie transmisji oznaczonej godziną 12:36 – 12:41. (faks zarejestrowany w dzienniku wpływu pod numerem 356). Zamawiający 17 maja 2010 r. (poniedziałek) zwrócił

się do wykonawcy z pismem informującym, iż odwołanie przesłane w dniu 14.05.2010 r. było niekompletne, gdyż nie zawierało strony nr 2, co uniemożliwiło zamawiającemu zaznajomienie się z jego treścią. Zamawiający zaznaczył również, iż załączone do odwołania dokumenty były mało czytelne. Zamawiający zwrócił się o ponowne przesłanie kopii odwołania. Która została mu przekazana tego samego dnia faksem. Z treści odwołania przekazanego zamawiającemu w dniu 14 maja 2010 r. zamawiający mógł powziąć informację o zarzutach i żądaniach odwołującego oraz części uzasadnienia. Zdaniem Izby nie stanowiło to podstawy do odrzucenia odwołania.

W zakresie zgłoszonych zarzutów konieczne był rozstrzygnięcie, czy wybrana przez zamawiającego oferta podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PrZamPubl. Odwołujący kwestionował zgodność zaoferowanych wyłączników próżniowych 3AH5 z wymaganiami opisanymi przez zamawiającego w załączniku nr 1 do siwz pkt 1.1 – Szczegółowe wymagania techniczne dla wyłączników wewnętrznych próżniowych do 24 kV, dotyczącego trwałości łączeniowej przy prądzie znamionowym min: 10 000 cykli. Zarzut ten opierał na treści certyfikatu zgodności o numerze 004/2007 wystawionego w dniu 07.05.2007 r. i załączonego na stronach 108 i 109 oferty P.P.H.U. PROSPER Sp. z o.o.

Zamawiający wymagał od wykonawców, w celu potwierdzenia spełniania wymagań technicznych, kart katalogowych (w języku polskim) oferowanych wyłączników lub innego dokumentu (pkt 12.3.1. pkt 3 lit. m siwz). Wskazane w załączniku nr 1 do siwz, pkt 1.4 dokumenty: deklaracje zgodności i certyfikaty wydane przez notyfikowane jednostki badawcze, miały być dostarczone zamawiającemu w dniu dostarczenia wyłączników, których dotyczą.

Zgodnie z wymaganiami zamawiającego, oferowane wyłączniki 3AH5 miały spełniać wymagania normy PN-EN-62271-100:2006, która określa wymaganą klasę elektryczną (E2) i mechaniczną (M2), co nie było kwestionowane przez żadną ze stron postępowania odwoławczego.

Istota sporu sprowadzała się do ustalenia, czy oferowane podtypy wyłącznika próżniowego 3AH5, wskazane przez PROSPER w ofercie na stronie 110, tj. 3AH5 214-1, 3AH5 214-2, 3AH5 133-1, spełniają wymagania klasy E2.

Izba uznała, iż odwołujący nie przedstawił dowodu na okoliczność braku spełnienia przez wskazane podtypy wyłącznika próżniowego 3AH5 normy klasy elektrycznej E2 i na tej podstawie odwołanie oddaliła. Ciężar udowodnienia tej okoliczności spoczywał na odwołującym, który swoje twierdzenia opierał wyłącznie na ocenie treści certyfikatu zgodności o nr 004/2007 wystawionego przez Instytut Energetyki w Warszawie, dotyczącego wyłączników 3AH5, załączonego do oferty PROSPER. Dokument ten, chociaż załączony do oferty, w ocenie Izby nie mógł stanowić podstawy do oceny zgodności oferowanego

przedmiotu z wymaganiami zamawiającego. Ocena ta, zgodnie z pkt 12.3.1 ppkt 3 lit. m siwz, miała być dokonana na podstawie karty katalogowej lub innych dokumentów potwierdzających spełnianie wymagań technicznych określonych przez zamawiającego. Zamawiający wymagał dostarczenia deklaracji, czy też certyfikatów zgodności dopiero w dniu dostarczenia wyłączników, a zatem dokument ten nie miał stanowić podstawy weryfikacji zgodności oferowanych wyłączników z wymaganiami zamawiającego. Certyfikat potwierdza spełnianie przez badany wyrób wymagań zawartych w normach, w tym przypadku normy PN-EN 62271-100:2006. Ponieważ wykonawca załączył kart katalogowe dotyczące wyłącznika 3AH5, które nie były kwestionowane przez odwołującego, Izba uznała, iż były one wystarczające dla potwierdzenia spełniania wymagań technicznych. Dodatkowo Izba przyjęła za wiarygodne wyjaśnienia PROSPER – uczestnika postępowania odwoławczego, złożone na rozprawie, dotyczące sposobu przeprowadzania certyfikacji wyrobu. Odwołujący nie zaprzeczył prawdziwości oświadczeń składanych przez wykonawcę i dotyczących określania w certyfikacie zakresu podtypów urządzenia, dla których potwierdzona została klasa elektryczna E2. Na tej podstawie Izba uznała, iż uwagi zamieszczone na trzeciej stronie certyfikatu zgodności o nr 004/2007, wystawionego w dniu 07.05.2007 r. i dotyczącego typu wyłącznika próżniowego 3AH5, zakreślające konkretne podtypy wyłącznika, dla których potwierdzona została klasa elektryczna E2, wynikały z zakresu dokumentów, przedłożonych przez producenta urządzenia do jednostki certyfikującej, a nie z negatywnej oceny pozostałych podtypów wyłącznika (dla których nie przedstawiono dokumentacji potwierdzającej klasę elektryczną E2). Stanowisko to znajduje dodatkowo potwierdzenie w dokumentach złożonych na rozprawie, tj. informacji Instytutu Energetyki Jednostki Badawczo-Rozwojowej (wystawcy certyfikatu zgodności nr 004/2007), a także certyfikacie zgodności nr 010/2010, dotyczącego wyłącznika próżniowego 3AH5, wystawionego w dniu 18.05.2010 r. Z dokumentów tych wynika, iż wszystkie podtypy wyłącznika 3AH5 spełniają wymagania klasy E2, już od maja 2007 r.

W oparciu o powyższe ustalenia, Izba uznała, iż zaoferowane przez wybranego wykonawcę wyłączniki posiadają klasę elektryczną E2, a zatem oferta PROSPER jest zgodna w tym zakresie z wymaganiami zamawiającego i nie podlega odrzuceniu.

Na tej podstawie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238), znajdującego

zastosowanie, zgodnie z § 7 rozporządzenia, do odwołania dotyczącego postępowania wszczętego po 29 stycznia 2010 r. i wniesionego po wejściu w życie przepisów rozporządzenia, Izba obciążyła kosztami postępowania odwoławczego odwołującego. Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony przez odwołującego wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....