

Sygn. akt: KIO 796/14

WYROK

z dnia 7 maja 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 maja 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 kwietnia 2014 r. przez ZPUE Silesia Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez PGE Dystrybucja S.A. z siedzibą w Lublinie,

przy udziale:

- Incobex Sp. z o.o. w Bielsku-Białej,
- Zakład Usługowo Produkcyjny EMITER Sp. j. S..... B..... P..... L.. w Limanowej

- zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ASAJ Sp. z o.o. i JAKMET Sp. j. A..... J..... K..... J..... w postępowaniu na dostawę złączy kablowych nN.
2. Kosztami postępowania obciąża PGE Dystrybucja S.A. z siedzibą w Lublinie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez ZPUE Silesia Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od PGE Dystrybucja S.A. z siedzibą w Lublinie na rzecz ZPUE Silesia Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie:

osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 Lublinie.

Sygn. akt: KIO 796/14

UZASADNIENIE

Zamawiający, PGE Dystrybucja S.A. z siedzibą w Lublinie, Oddział w Rzeszowie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę złączy kablowych nN.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 2 stycznia 2014 r. w Dz. Urz. UE Nr 2014/S 001-001088.

W dniu 11.04.2014 r. zamawiający poinformował wykonawców o odrzuceniu oferty ZPUE Silesia Spółka z o.o. z siedzibą w Katowicach (w zakresie obu zadań – części zamówienia) oraz zakwalifikowaniu pozostałych wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu, do udziału w aukcji elektronicznej.

W dniu 22.04.2014 r. ZPUE Silesia Spółka z o.o. z siedzibą w Katowicach wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem:

1. Odrzucenia oferty odwołującego,
2. Zakwalifikowania pozostałych wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej.

Odwołujący zarzucił, że ww. czynności zamawiającego naruszają art. 7, art. 26 ust. 3 i 4, art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt. 2, art. 91 ust. 1 pkt. 1 ustawy.

Wskazując na powyższe naruszenia przepisów Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania ofert.

Odwołujący wskazał, że posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy we wniesieniu odwołania. Co do zarzutów dotyczących odrzucenia oferty odwołującego interes prawny jest oczywisty albowiem złożenie odwołania w tym zakresie zmierza do umożliwienia Odwołującemu dalszego udziału w postępowaniu i

uzyskania zamówienia, jeżeli w toku aukcji elektronicznej Odwołujący złożyłby najkorzystniejszą ofertę.

W konsekwencji zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie winno być merytorycznie rozpatrzone w całości (tak. wyrok KIO z dnia 05.02.2013r, KIO 2911/12; KIO 2914/12; KIO 2915/12; KIO 2917/12 LEX nr 1286345).

Z ostrożności procesowej Odwołujący wskazał, że posiada również interes prawny, co do zarzutów sprzecznego z ustawą dopuszczenia do udziału w aukcji pozostałych wykonawców. W odwołaniu podniesione zostały zarzuty dotyczące ofert wszystkich pozostałych wykonawców. W przypadku uwzględnienia odwołania jedynie w tym zakresie, a nie uwzględnienia zarzutów co do bezzasadnego odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 1 ustawy będzie zobligowany do unieważnienia postępowania. W przypadku wszczęcia nowego postępowania o zamówienia publicznego Odwołujący będzie mógł ubiegać się o udzielenie zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania wskazano m.in.:

„[...]”

W pierwszej kolejności Odwołujący podnosi, iż brak było podstaw do odrzucenia jego oferty zarówno w zadaniu nr 1 jak i zadaniu nr. 2. W związku z tym odrzucenie oferty Odwołującego nastąpiło z naruszeniem przepisu art, 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy. Nadto odrzucenie oferty Odwołującego nastąpiło z naruszeniem przepisów art. 26 ust. 3 i 4 i 87 ust. 1 Ustawy.

Odwołujący nie dokonał niedozwolonej zmiany treści oferty.

Odwołujący w wykonaniu wezwania Zamawiającego uzupełnił wykaz „Aparaty zastosowane w oferowanych złączach” zgodnie z treścią wezwania. Pierwotnie w wykazie załączonym do oferty wskazał dla każdej z pozycji tabeli kilku producentów. Odwołujący zapis SIWZ „Wykonawca składając ofertą może dla każdej pozycji (L.p) asortymentu wskazać tylko jednego producenta” odniósł nie do przedmiotowego wykazu (str. 31 SIWZ) lecz do tabeli ze strony 30 SIWZ. Dopiero z treści wezwania Odwołujący zorientował się, że Zamawiający w/w zapis odnosi do wykazu i w związku z tym dokonał odpowiedniej jego korekty. Nie oznacza to jednak niedozwolonej zmiany oferty albowiem nie doszło do zmiany oferowanych przez Odwołującego złączy.

Jednocześnie Odwołujący podnosi, że w jego ocenie treść pisma Zamawiającego z dnia 19.02.2014r. jest niejasna, nie wiadomo czy Zamawiający wzywa Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 i ust. 4 Ustawy do uzupełnienia dokumentów, czy też na podstawie art. 87 ust. 1 Ustawy do wyjaśnienia treści oferty. Taka niejednoznaczność wezwania Zamawiającego w ocenie Odwołującego stanowi sama w sobie naruszenie w/w przepisów Ustawy. Tym bardziej naruszeniem tych przepisów było odrzucenie oferty w następstwie wykonania przez Odwołującego wezwania Zamawiającego.

Nadto Odwołujący wskazuje, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej niejasne postanowienia SIWZ nie mogą być interpretowane na niekorzyść wykonawców biorących udział w postępowaniu. Przykładowo Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia KIO 2513/13 LEX nr 1415462 stwierdziła, iż „Trudno zarzucać wykonawcom, iż oferty są niezgodne z SIWZ jeżeli jej treść, a zwłaszcza odpowiedzi na pytania, jest trudna do rozszyfrowania”. Skoro zapis SIWZ był niejednoznaczny to błędne wypełnienie załącznika, a następnie jego skorygowanie w wykonaniu wezwania Zamawiającego, nie może być podstawą do odrzucenia oferty odwołującego.

Oferowane wyłączniki nadmiarowo-prądowe firmy CHINT spełniają wymóg znamionowej zwarciowej zdolności wyłączeniowej na poziomie 10.000 A, co potwierdza certyfikat Intertek z 28.11.2011r., z którego jednoznacznie wynika, że wyłączniki NB1- 63H posiadają znamionową zwarciową zdolności wyłączeniowej na poziomie 10.000 A.

Dowód. Certyfikat Intertek z 28.11.2011 r.

Odwołujący nie kwestionuje, że do oferty omyłkowo został dołączony inny certyfikat wystawiony przez Instytut Elektrotechniki kwestionowany przez Zamawiającego. Certyfikat ten dotyczył jednak całej grupy wyłączników NB 1, a nie tylko NB1-63H.

Zamawiający wzywając Odwołującego pismem z 19.02.2014r. do wyjaśnienia treści oferty co do spełnienia przedmiotowego wymogu SIWZ nie wskazał, że kwestionuje przedmiotowy certyfikat lecz wskazał jedynie, że warunek ten nie jest spełniony.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Odwołujący przedstawił oświadczenie producenta z dnia 21.02.2014r. wraz z kartami katalogowymi, które potwierdzają spełnienie przedmiotowego warunku SIWZ. Gdyby Zamawiający wezwał Odwołującego wprost do wyjaśnienia treści spornego certyfikatu lub przedłożenia certyfikatu potwierdzającego spełnienie warunku wówczas Odwołujący przedłożyłby

stosowny dokument tzn. certyfikat załączony do odwołania. Ponieważ z pisma Zamawiającego nie wynikało, że kwestionuje on certyfikat Odwołujący złożył inne dokumenty potwierdzające spełnienie warunku. Co istotne dla drugiego wymogów, których spełnienie budziło wątpliwości, tj. temperatury pracy aparatów, Zamawiający uznał wyjaśnienia producenta za wystarczające.

Nadto w ocenie Odwołującego biorąc pod uwagę treść oferty oraz przedłożone dokumenty, Zamawiający z uwagi na sprzeczność pomiędzy treścią certyfikatu a deklaracją zgodności producenta winien na podstawie art. 87 ust. 1 Ustawy wezwać Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty. Dopiero w przypadku niewyjaśnienia rozbieżności Zamawiający winien odrzucić ofertę. Zasadność takiego stanowiska potwierdzona została orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, która wskazała między innymi, że:

„Zamawiający jest zobligowany do prowadzenia postępowania z należytą starannością i dlatego nie może pozostawić żadnych elementów treści oferty do końca niewyjaśnionych. Zamawiający, u którego zrodziły się jakiegokolwiek wątpliwości co do treści oferty jest wprost zobowiązany (ze względu na regułę należytej staranności), a nie tylko uprawniony, do żądania wyjaśnień” (wyrok KIO z dnia 23.07.2013 KIO 1619/13 LEX nr 1395908). „Przesłanek do odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 p.z.p. nie można interpretować rozszerzająco, a zamawiający nie może - odrzucając ofertę - opierać się na ewentualnych przypuszczeniach, gdyż to na nim - w przypadku podjęcia decyzji o odrzuceniu oferty - spoczywa obowiązek wykazania okoliczności, z których wywodzi skutki prawne w postaci odrzucenia oferty wykonawcy oraz pozbawienia go możliwości uzyskania i realizacji w przyszłości przedmiotu zamówienia ” (wyrok KIO z dnia 09.12.2013 KIO 2251/13 LEX nr 1388695)

Odwołujący podnosi również, że oferty pozostałych wykonawców winny być odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2, względnie Zamawiający winien na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 wezwać tych wykonawców do złożenia dokumentów lub wyjaśnienia treści dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz spełnienia przez oferowane dostawy wymagań SIWZ lub na podstawie art. 87 ust. 1 do wyjaśnienia treści oferty.

Oferty złożone przez pozostałych wykonawców są zdaniem Odwołującego w następującym zakresie niezgodne z SIWZ lub Ustawą:

1) Oferta złożona przez Zakład Produkcyjno - Usługowy EMITER Sp. j S.....
B..... P..... L..... .

Zgodnie z wymaganiami SIWZ Zał. nr 1 Specyfikacja Techniczna dane znamionowe Punkt 4.5 prąd znamionowy szczytowy wytrzymywany I_{pk} winien wynosić minimum 40 kA. W przedstawionym przez wykonawcę certyfikacie nr DN /228/ 2013 prąd znamionowy szczytowy wytrzymywany I_{pk} określony dla szyn zbiorczych na poziomie 44 kA natomiast dla szyny PEN 24 kA co jest niezgodne z wymaganiami SIWZ,. Nadto, jako że szyna PEN jest również przewodem roboczym, prądy te powinny być jednakowe, lub szyna PEN w rozwiązaniu firmy Emitter jest wykonana z gorszego materiału (strona oferty 195 - 196). Identyczny zapis widnieje w certyfikacie DN/229/2013 (strona oferty 197-198).

Załączony certyfikat ETI nr DN/056/2013 nie posiada wymaganych parametrów dla pełnego typoszeregu zastosowanej aparatury ETIMAT 10. Zgodnie z odpowiedziami udzielonymi do wyjaśnień SIWZ pytanie 24 o zdolności zwarciowej, dla wymaganej w SIWZ charakterystyki C- punkt 8 c wyposażenie złącz kablowych i zestawów kablowo - pomiarowych od 50-63A znamionowa zdolność zwarciowa winna wynosić 10 kA, a z certyfikatu załączonego do oferty wynika, że wynosi ona 6 kA,

W związku z powyższym przedstawione certyfikaty nie spełniają wymogów SIWZ, a oferta EMITER Sp. j. winna być odrzucona.

2) Oferta złożona przez INCOBEX Sp. z o.o.

Załączony do oferty certyfikat ETI nr DN/056/2013 nie posiada wymaganych parametrów dla pełnego typoszeregu zastosowanej aparatury ETIMAT 10 zgodnie z odpowiedziami udzielonymi do wyjaśnień SIWZ pytanie 24 o zdolności zwarciowej, dla wymaganej w SIWZ charakterystyki C- punkt 8 c wyposażenie złącz kablowych i zestawów kablowo - pomiarowych, od 50-63A znamionowa zdolność zwarciowa wymagana 10 kA, a z certyfikatu załączonego do oferty wynika, że wynosi ona 6 kA. W związku tym przedstawiony certyfikat nie spełniają wymogów SIWZ.

Nadto w dokumentacji technicznej (str. 21 pkt 1):

- brak kart katalogowych dla rozwiązań do zabudowy (w ogóle nie zostały załączone do oferty);
- brak wymiarów na kartach katalogowych na stronach oferty: 45, 48, 50, 51 56, 94, 134;
- schematy kart katalogowych załączonych do oferty zawierają błędy strony oferty: 61, 75, 76, 117,116,115, 114,113, 112,111,

W związku z powyższym oferta wykonawcy winna być odrzucona.

3) Oferta złożona przez PELMET Sp. j K..... P..... E..... P..... .

W formularzu ofertowym do zadania 2 zawierającym wykaz producentów nie jest wskazany w ogóle producent aparatury modułowej, w wyjaśnieniach do uzupełnienia oferty zostaje wskazana firma ETI oraz Noark, W pozycjach zestawienia oferowanych złączy nie jest powiązany producent aparatury modułowej z określoną Lp. tak jak w wymaganiach SIWZ formularz ofertowy zadanie 2 strona 31 (wykonawca składając ofertę może dla jednej pozycji Lp. asortymentu zaoferować asortyment tylko jednego producenta).

W dokumencie załącznik nr 2 do uzupełnienia oferty - potwierdzenie spełniania parametrów technicznych złączy kablowych i kablowo pomiarowych dla prąd znamionowy szczytowy wytrzymywany Ipk nie jest w ogóle określony na przywołanym certyfikacie CE/12/086/08. (strona 38 oferty).

W załączonych badaniach do certyfikatu od strony 39 - LA - 08.149/1 prąd znamionowy szczytowy wytrzymywany Ipk nie jest w ogóle określony (brak określonej wartości) - strona 6/33 sprawozdania punkt 4.4.

W uzupełnieniu do oferty firmy PELMET pkt 3 wyjaśnień - wykonawca informuje, że dołączył do uzupełnienia certyfikaty zgodności dla firmy ETI i NOARK.

W deklaracjach zgodności ETI występują 2 typy aparatury ETIMAT 10 oraz ETIMAT P 10 - certyfikat uwzględnia tylko aparaturę ETIMAT 10.

Załączony certyfikat ETI nr DN/056/2013 nie posiada wymaganych parametrów dla pełnego typoszeregu zastosowanej aparatury ETIMAT 10 zgodnie z odpowiedziami udzielonymi do wyjaśnień SIWZ pytanie 24 o zdolności zwarciowej, dla wymaganej w SIWZ charakterystyki C - punkt 8 c wyposażenie złącz kablowych i zestawów kablowo - pomiarowych, od 50-63A znamionowa zdolność zwarciowa winna wynosić 10 kA, a z certyfikatu załączonego do oferty wynika, że wynosi ona 6 kA.

Dla aparatury NOARK jest dołączona deklaracja zgodności oraz certyfikat nie posiadający tłumaczenia na język polski. W ofercie na stronie nr 88 przywołano kartę charakterystyki zastosowanego tworzywa termoutwardzalnego na wyroby PELMET typ; HUP 17/25 RB - 7035 - PL wydaną przez firmę POLYNT - wykonawca deklaruje klasę palności obudowy HB 40/V0 - karta charakterystyki nie zawiera w ogóle parametru palność - brak wartości.

W związku z powyższym oferta wykonawcy winna być odrzucona.

4) Oferta złożona przez SAKS-POL Sp. j.

Załączony certyfikat ETI nr DN/056/2013 nie posiada wymaganych parametrów dla pełnego typoszeregu zastosowanej aparatury ETIMAT 10 zgodnie z odpowiedziami udzielonymi do wyjaśnień SIWZ pytanie 24 o zdolności zwarciowej, dla wymaganej w SIWZ charakterystyki C - punkt 8 c wyposażenie łącz kablowych i zestawów kablowo - pomiarowych, od 50-63A znamionowa zdolność zwarciowa winna wynosić 10 kA, a z certyfikatu załączonego do oferty wynika, że wynosi ona 6 kA.

Dodatkowo firma SAKSPOL przedłożyła certyfikat DN/056/2013 na ETIMAT 10 strona w ofercie 166, wg którego aparat w całym typoszeregu nie spełnia wymagań SIWZ (zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 24), został dołączony również certyfikat DN/193/2013 na ETIMAT P10, który spełnia wymagania zamawiającego - strona oferty 165.

W załączonym do ofert formularzu strona 8 oferty nie sprecyzowano konkretnego typu zastosowanego aparatu. Zamawiający nie wezwał wykonawcy do uzupełnienia podania typu konkretnego modelu aparatu (brak w uzupełnieniu oferty).

Zgodnie z SIWZ Zał. nr 1 specyfikacja techniczna dane znamionowe Punkt 4,5 prąd znamionowy szczytowy wytrzymywany I_{pk} minimum 40 kA, w przedstawionym certyfikacie nr DN/001/2013 firmy SAKSPOL prąd znamionowy szczytowy wytrzymywany I_{pk} określony dla szyn zbiorczych na poziomie 52,5 kA natomiast dla szyny PEN 30 kA, co oznacza, że nie został spełniony wymóg SIWZ. Nadto ponieważ że szyna PEN jest również przewodem roboczym prądy te powinny być jednakowe, lub szyna PEN w rozwiązaniu firmy SAKSPOL jest wykonana z gorszego materiału - strona oferty 152 - 153

Identyczne parametry jak powyżej, są wpisane w certyfikat DN/005/2013 - strona oferty 154-155,

W związku z powyższym oferta wykonawcy winna być odrzucona.

5) Oferta złożona przez Konsorcjum ASAJ Sp. z o.o. JAKMET Sp. j A.....
J..... K..... J..... .

W formularzu ofertowym do zadania 1 i 2 załączonym do oferty zawierającym wykaz producentów są wskazani określeni producenci aparatury : APATOR, EFEN, PRONUTEC. Po wezwaniu przez Zmawiającego do uzupełnienia określonych producentów aparatury w Lp. zgodnie z formularzem ofertowym SIWZ zawierającym wykaz producentów w powiązaniu z pozycjami zestawienia oferowanych złączy nieobejmujący wcześniej wskazanych producentów takich jak: EFEN, PRONUTEC. Pomimo to Zamawiający nie odrzucił oferty tego wykonawcy choć z podobnego powodu oferta Odwołującego została odrzucona.

Załączony certyfikat ETI nr DN/056/2013 nie posiada wymaganych parametrów dla pełnego typoszeregu zastosowanej aparatury ETIMAT 10 zgodnie z odpowiedziami udzielonymi do wyjaśnień SIWZ pytanie 24 o zdolności zwarciowej, dla wymaganej w SIWZ charakterystyki C - punkt 8 c wyposażenie złącz kablowych i zestawów kablowo - pomiarowych od 50-63A znamionowa zdolność zwarciowa winna wynosić 10 kA, a z certyfikatu załączonego do oferty wynika, że wynosi ona 6 kA.

W związku z powyższym oferta wykonawcy winna być odrzucona.

[...]

W szczególności Odwołujący zwraca uwagę, że Oferta złożona przez Konsorcjum AS AJ Sp. z o.o. JAKMET Sp. j A..... J..... K..... J..... nie została odrzucona, a zmiana wskazanych przez wykonawcę producentów aparatury nie została potraktowana jako niedopuszczalna zmiana oferty, podczas gdy oferta Odwołującego z tego powodu została odrzucona. Zdaniem Odwołującego jest to jaskrawy przypadek nierównego traktowania wykonawców biorących udział w postępowaniu o zamówienie publiczne.

[...]”

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron

złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Badany w tym przypadku interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody przez Odwołującego jest związany z odrzuceniem oferty Odwołującego oraz zaniechaniem odrzucenia ofert pozostałych wykonawców, którzy mogą w tym przypadku wziąć udział w aukcji elektronicznej i konkurować z Odwołującym o uzyskanie zamówienia. Niezrozumiałe jest stanowisko Zamawiającego, według którego interes w uzyskaniu zamówienia, a tym samym związane z tym uprawnienie do podnoszenia w ramach środków ochrony prawnej określonych zarzutów, miałyby zależeć od merytorycznego rozstrzygnięcia innych zarzutów tego samego odwołania, a tym samym podlegać modyfikacji w trakcie wyrokowania.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, których naruszenie przez Zamawiającego zarzucił Odwołujący, i które w odniesieniu do wskazanej podstawy faktycznej zarzutów odwołania, jako jedyne mogą w tym przypadku znaleźć zastosowanie do eliminacji z postępowania oferty Odwołującego oraz pozostałych ofert objętych zarzutami odwołania, wskazać należy, iż art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem poprawienia niezgodności oferty i SIWZ wskazanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Natomiast powołany w art. 89 ust. 1 pkt 2 przepis art. 87 ust. 1 stanowi w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji

dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Natomiast zgodnie z art. 87 ust. 2 ustawy zamawiający poprawia w ofercie:

- 1) oczywiste omyłki pisarskie,
- 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,
- 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty

- niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Według art. 26 ust. 3 Pzp zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Dokumenty, o których mowa w art. art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy, to dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego.

Izba wskazuje również na formalne podstawy wyrokowania w danej sprawie – zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Według art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tak samo zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wyrażoną w art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na wywodzącym zeń skutki prawne. Powyższe jest skorelowane z ekonomią postępowania odwoławczego z założenia realizującego postulat szybkości procesowej (art. 189 ust. 1 Pzp).

Zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Ponadto w myśl dyspozycji art. 192 ust. 7 Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie; tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami siwz (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również tradycyjnie są pomieszczane w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ, ewentualnie uzupełniającymi treść SIWZ modyfikacjami, wyjaśnieniami i odpowiedziami zamawiającego.

Reasumując powyższe, można generalnie przyjąć, iż niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ; ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie, w tym braku wymaganego w SIWZ sposobu potwierdzenia właściwości czy jakości oferowanego świadczenia (np. przez brak przedłożenia tzw. dokumentów przedmiotowych, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp). Ponadto zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 2 jest możliwe jedynie w sytuacji niemożliwości wyjaśnienia treści oferty i potwierdzenia w ten sposób jej zgodności z treścią SIWZ (na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, z zastrzeżeniem generalnego zakazu zmian w jej treści wynikającym ze zdania drugiego tego przepisu) lub przeprowadzenia dopuszczalnych, ograniczonych zmian w treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, ewentualnie uzupełnienia lub wyjaśnienia tzw. dokumentów przedmiotowych, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp, potwierdzających, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania zamawiającego (na podstawie art. 26 ust. 3 i 4).

W związku z przywołanymi powyżej instytucjami wyjaśnienia i zmian treści oferty (rozumianej cywilistycznie, jako odpisanie zakresu zaciąganego ofertą zobowiązania, w tym opisanie oferowanego świadczenia), do których odnosi się art. 87 Pzp, a także instytucją uzupełniania dokumentów przedmiotowych (art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2), Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje na znaczenie klarownego rozróżnienia na gruncie każdego postępowania o udzielenie zamówienia, treści oferty (jej przedmiotu, ustalenia tego co jest oferowane) od dokumentów przedmiotowych potwierdzających jedynie właściwości przedmiotu świadczenia (np. oferowane dostawy czy usługi posiadają określone parametry, jakość, są wykonywane w określony sposób i przy zachowaniu określonych standardów, etc.). Powyższe związane jest z koniecznością ustalenia możliwości dokonywania stosownych uzupełnień dokumentów przedmiotowych i określeniem dopuszczalnego zakresu takiego uzupełniania, a z drugiej strony ustaleniem możliwości wyjaśnień i modyfikacji treści oferty. Innymi słowy: w każdym przypadku uzupełnienia dokumentów przedmiotowych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający będzie musiał rozstrzygnąć (przynajmniej w dorozumiany sposób) kwestię, czy dane uzupełnienie lub nawet wezwanie do takiego uzupełnienia jest prawidłową realizacją dyspozycji art. 26 ust. 3 Pzp, czy też stanowi naruszenie generalnego zakazu modyfikacji treści oferty, o którym mowa w art. 87 ust. 1 zd. 2 ustawy.

Oczywiście przeprowadzenie pewnych dystynkcji i ustaleń tego typu jest możliwe jedynie w odniesieniu do konkretnej sytuacji, z uwzględnieniem wszystkich indywidualnych okoliczności danego przypadku (przeważanie związanych z kształtem danej oferty oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia). Niemniej jednak można wskazać pewne wstępne oraz ogólne kryteria kwalifikacji oraz rozróżniania dokumentów przedmiotowych i treści oferty.

I tak dokumenty odnoszące się bezpośrednio do przedmiotu przyszłego zobowiązania wykonawcy, dookreślające i uszczegóławiające jego zakres czy sposób wykonania, co do zasady są w znaczeniu zarówno materialnym, jak i formalnym, częścią oferty rozumianej jako oświadczenie woli wyrażające zobowiązanie do określonego wykonania zamówienia. W żadnym razie nie mogą zostać zakwalifikowane jedynie jako dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego – nawet jeśli w treści SIWZ formalnie przypisuje im się taki status

oraz funkcjonalnie dostarczają również informacji tego typu. Decydującym kryterium różniącym i przesądającym o odmiennej kwalifikacji tego typu dokumentów jest w tym przypadku cel ich składania oraz zakres informacji wynikający z ich treści. Z jednej strony jest to wskazane wyżej zdefiniowanie i dookreślenie realizowanego zobowiązania, które składa się na treść oferty. Natomiast dokumenty przedmiotowe generalnie potwierdzają, iż oferowane rozwiązania czy nawet szerzej – prowadzona działalność, organizacja pracy wykonawcy, etc. – spełniają wymagania zamawiającego określone w SIWZ i nie odnoszą się przy tym bezpośrednio do proponowanego sposobu wykonania zamówienia.

Skład orzekający Izby dostrzega trudności mogące zaistnieć przy jednoznacznej kwalifikacji niektórych dokumentów żądanych i składanych w praktyce udzielania zamówień publicznych jako potwierdzających okoliczności wskazanych w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy, czy też jako odnoszących się bezpośrednio do treści oferty i przesądzających o zastosowaniu dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2. Tym bardziej, iż biorąc pod uwagę dosłowną treść powoływanych przepisów, podnosić można, iż jakikolwiek dokument wyrażający (dookreślający) treść oświadczenia woli wykonawcy (oferty) jest jednocześnie dokumentem przedmiotowym w rozumieniu art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp – potwierdza bowiem, że np. zaoferowana w postępowaniu usługa jest zgodna (odpowiada) z treścią SIWZ (wymaganiom zamawiającego). Tym samym utożsamiona zostaje postulowana i wymagania w świetle art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zgodność treści oferty z SIWZ, czyli zgodność świadczenia oferowanego oraz zamawianego, z kwestią potwierdzenia okoliczności odpowiadania oferowanej usługi, dostawy czy roboty budowlanej wymaganiom opisanym przez zamawiającego (art. 25 ust. 1 pkt 2). Konsekwentnie, należałoby uznać za dopuszczalne sanowanie i uzupełnianie oferty w pełnym zakresie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy, który odnosi się m.in. do konieczności uzupełniania ww. dokumentów (np. w przypadku gdy zawierają błędy). W skrajnym przypadku, doprowadzając *ad absurdum*, wnioski wypływające z przyjęcia takiego stanowiska, należałoby uznać, iż również „dokument” zawierający podstawową treść zobowiązania, którym zazwyczaj jest formularz ofertowy, podlega uzupełnieniu na podstawie ww. przepisu.

Powyższe konsekwencje tego typu stanowiska są nie do przyjęcia i nie do pogodzenia z dyspozycją art. 87 ust. 1 Pzp, w której ustawodawca zakazuje jakichkolwiek zmian w treści oferty za wyjątkiem okoliczności wskazanych w

dalszych jednostkach redakcyjnych tego artykułu. Tym samym, w zgodzie z leżącym u podstaw procesu wykładni i stosowania prawa założeniem i nakazem utrzymania niesprzeczności regulacji ustawowej należało zastosować takie reguły interpretacji przepisów oraz reguły kolizyjne, które pozwolą uzyskać racjonalny kształt i zakres normowania adekwatnych norm prawnych. W szczególności, przyjęć należało, iż art. 25 ust. 1 pkt 2 oraz art. 87 wraz z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy dotyczą zagadnień odrębnych, tzn. zakres regulacji ww. przepisów jest różny, a rozdzielenie i określenie przypadków ich zastosowania jest możliwe, np. w oparciu o zastosowanie wskazanych wyżej kryteriów.

W konsekwencji, w przypadku gdy na skutek kształtu SIWZ i zadekretowanego tam sposobu przygotowania oferty, jej treść będzie rekonstruowana na podstawie dokumentów przedmiotowych przedstawionych przez wykonawcę, dokumenty te oraz informacje w nich zawarte podlegały będą regulacji art. 87 i zakazom tam zawartym, a tym samym ich uzupełnianie, w tym wymiana i modyfikowanie, będą dopuszczalne tylko w ograniczonym zakresie. I na odwrót, w przypadku gdy dokumenty przedmiotowe załączone do oferty potwierdzały będą jedynie właściwości przedmiotu świadczenia wynikającego z oferty, a nie określały co jest jej przedmiotem, będzie możliwe ich pełne uzupełnienie, wymienienie, zmodyfikowanie, etc., w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Dla przykładu: w przypadku gdy z dokumentów przedmiotowych wynika, że oferowane jest urządzenie X oraz wynika z nich, że urządzenie to nie spełnia wymagań zamawiającego, nie jest możliwa zamiana ww. dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 na takie, z których wynikało będzie, że jest oferowane urządzenie Y, które wymagania SIWZ będzie już spełniać, ponieważ stanowiło to będzie zasadniczą zmianę przedmiotu oferty. Możliwe będzie natomiast uzupełnienie ww. dokumentów przedmiotowych w taki sposób, że potwierdzały będą, iż oferowane urządzenie X jednak wymagania zamawiającego spełnia. Oczywiście powyższe stanowi przykład skrajnie uproszczony, służący jedynie ilustracji pewnych zasad ogólnych, od którego zaistnieć może szereg wyjątków i odstępstw związanych ze specyfiką danego stanu faktycznego.

Określając zakres rozpoznania zarzutów przedmiotowych odwołań podnieść należy, iż zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Wynikającą z powyższej normy prawnej kognicję KIO ujęto w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 25 maja 2012 r., sygn. XII Ga 92/12, w następujący sposób: „Zgodnie z upoważnieniem wynikającym z treści

art. 192 ust. 7 ustawy p.z.p., Izba władna jest rozpatrywać odwołanie w granicach podnoszonych w jego treści zarzutów. Izba nie może zatem orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy.” Ponadto jak wskazał Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18.04.2012 r., sygn. I Ca 117/12 „Granice orzekania przez KIO i Sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej”.

Właśnie rzeczona podstawa faktyczna, wskazana w odwołaniu w sposób konkretny i precyzyjny, wyznacza zarzut zawarty w odwołaniu podniesiony, który nadaje się do uwzględnienia przez zamawiającego (w ramach instytucji uwzględnienia odwołania, o której mowa w art. 186 Pzp), a także do rozpoznania przez Izbę.

Ustawa nie definiuje pojęcia zarzutu, użytego w ww. przepisie. Niemniej jednak, w świetle całokształtu regulacji ustawowej, zwłaszcza w powiązaniu z instytucją uwzględniania odwołania przez zamawiającego, przyjąć należy, że zarzutu nie tworzy samo wskazanie naruszonych przepisów prawa, ale przede wszystkim wskazanie okoliczności faktycznych, na których zarzut polega i na których się zasadza. W orzecznictwie powyższe rozpoznane i opisywane jest najpełniej właśnie w odniesieniu do najczęściej podnoszonych w odwołaniach zarzutów niezgodności ofert z SIWZ. W prezentowanym ujęciu zarzutem nie jest wcale wskazanie na naruszenie przez zamawiającego określonego przepisu, albo samo podniesienie, że dana oferta jest niezgodna z treścią SIWZ, nawet w jakimś ogólnie wskazanym wymiarze czy miejscu. W ramach zarzutów odwołania, w jego treści, należy wskazać co konkretnie w danej ofercie jest niezgodne z SIWZ (z którymi jej wymaganiami) oraz z jakich względów i w jakim zakresie. Innymi słowy, należy podać i opisać na czym zarzucana niezgodność polega. Bardzo rzadko samo wskazanie na określony fragment oferty czy parametr oferowanego przedmiotu dostawy jest zrozumiałe samo przez się, tzn. może być zakwalifikowane jako zrozumiała, zarzucana niezgodność oferty z treścią SIWZ.

W ramach przedmiotowego przetargu, zgodnie z rozdz. VII SIWZ „Opis sposobu przygotowania oferty”, ppkt 3 „Zawartość oferty”, lit a) - Zamawiający wymagał złożenia oferty na stanowiącym załącznik do specyfikacji Formularzu ofertowym. Żadnych innych dokumentów w wyżej wymienionym pkt 3, czy całym rozdz. VII SIWZ, które mogłyby odnosić się do oferowanego przedmiotu dostawy, nie wymieniono (wskazywano jedynie na oświadczenia i dokumenty podmiotowe potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz oświadczenie o zapoznaniu się z treścią SIWZ, jako składające się na zawartość oferty). Również w rzeczonym Formularzu ofertowym stanowiącym zał. nr 1/5 do SIWZ nie wskazano, iż do oferty należy dołączyć jakiegokolwiek inne dokumenty określające przedmiot dostawy – oferowane złącza.

Dopiero w Załączniku nr 1 do SIWZ „Specyfikacja techniczna” zawierającym opis przedmiotu zamówienia, na str. 21, w rozdz. „Dokumentacja techniczna” wskazano:

Dokumenty dołączane do oferty.

- 1) ***Karty katalogowe*** w języku polskim zawierające w niniejszym dokumencie wymagane parametry techniczne wraz z rysunkami.
- 2) ***Wzór deklaracji zgodności*** dla wszystkich zaoferowanych wyrobów, zgodnie z definicją zawartą w Ustawie z dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemie oceny zgodności (t.j. Dz. U. z 2004 r. Nr 204, poz. 2087, z późn. zm.), spełniające wymagania określone w PN-EN ISO/IEC 17050-1.
- 3)
 - a) ***Certyfikaty zgodności*** potwierdzające, że oferowane wyroby są zgodne z normami określonymi przez zamawiającego wydane przez jednostkę certyfikującą posiadającą akredytację Polskiego Centrum Akredytacji w zakresie danej normy lub przez jednostkę certyfikującą posiadającą akredytację w zakresie danej normy udzieloną przez jednostkę akredytującą, członka porozumienia EA MLA,
 - lub
 - b) ***Dokumenty potwierdzające wykonanie*** dla zaoferowanych wyrobów badań typu na zgodność z daną przedmiotową normą wydane przez jednostkę

posiadającą

odpowiedni zakres akredytacji udzielony przez Polskie Centrum Akredytacji.

Uwaga: Zamawiający nie wymaga zamieszczania w ramach oferty całego sprawozdania (raportu) z badań typu lecz tylko dokumentu końcowego będącego

oceną wyrobu np. certyfikat, ocena techniczna.

Badanie typu zgodne z normami:

- **PN-EN 61439-5:2011**
- *PN-EN 61439-1:2011*
- **PN-EN 60439-1:2003+A1:2006:**
- **PN-EN 60439-5:2008**
- **PN-EN 60529:2003**
- **PN-EN 62262:2003 (PN-EN 50102:2001)**
- *PN-EN 60695-11-10:2002/A1:2005*
- *PN-EN 60947-1:2010/A1:2011*

- 4) *W sytuacji kiedy dokument końcowy (certyfikat, ocena techniczna, itp.) nie zawiera wymaganych przez zamawiającego parametrów technicznych należy dołączyć do oferty raport z badań typu.*
- 5) *W przypadku wykonania badań typu w oparciu o starsze wersje w/w norm należy dostarczyć oświadczenie jednostki certyfikującej, że nie zaszły znaczące zmiany w wykonywaniu badań typu.*

W Formularzu ofertowym, zarówno dla „Zadania 1: Złącza kablowe nN”, jak i „Zadania 2: Złącza kablowo-pomiarowe nN” Zamawiający wymagał podania, odpowiednio w tabeli „Złącza kablowe bez kieszeni kablowej. Wolnostojące” i tabeli „Złącza kablowo-pomiarowe bez kieszeni kablowej. Wolnostojące”, dla wskazanych przezeń typów złącz (w kolejnych pozycjach tabeli – Lp.), m.in. producenta i typ oferowanego złącza. Wymagania podania modelu oferowanego złącza w formularzu ofertowym nie sformułowano.

W następnej tabeli Formularza ofertowego (dla obu zadań) zatytułowanej „Aparaty zastosowane w oferowanych złączach, w kolejnych pozycjach tabeli (Lp.) wymagano podania typu i producenta oferowanych aparatów. Pod ww. tabelą wskazano:

„Należy załączyć karty katalogowe oraz certyfikaty zaofertowanych aparatów zastosowanych w złączach kablowych i kablowo-pomiarowych”. I dalej: „Wykonawca składając ofertę może dla jednej pozycji (Lp.) asortymentu zaofertować asortyment tylko jednego producenta”.

W piśmie Zamawiającego z dnia 29.01.2014 r., dotyczącym treści SIWZ, w odpowiedzi na pytanie nr 9, wskazano:

Pytanie nr 9

W formularzu ofert wskazano, iż Wykonawca może składając ofertę na którekolwiek zadanie wskazać tylko jednego producenta aparatów w danej pozycji. Zwracamy się o zmianę i umożliwienie wpisania po dwóch producentów spełniających wymagania SIWZ. Uzasadnione jest to koniecznością wykonania zamówienia w terminie aby nie ponosić odpowiedzialności z tytułu kar umownych. Tymczasem mogą wystąpić różne czynniki np. rynkowe niezależne od wykonawcy które nie pozwolą na otrzymanie aparatów od jednego wskazanego producenta ale byłoby możliwe ich otrzymanie od innego który spełnia wymagania SIWZ. Przykładowo dany producent w połowie realizacji zamówienia może odmówić sprzedaży danych aparatów lub wycofać się z ich produkcji. Ma do tego pełne prawo. Natomiast niemożliwe jest ich zmagazynowanie wcześniej ponieważ nie wiemy kiedy i w jakich ilościach poszczególne oddziały Zamawiającego będą zamawiać złącza. W odpowiedziach z 14.01 napisali Państwo także, że aparatura może pochodzić od różnych producentów dlatego zatem w poszczególnej pozycji nie można podać dwóch producentów.

Odpowiedź:

Zamawiający podtrzymuje zapis SIWZ, zawady w formularzu ofertowym: „Wykonawca składając ofertę może dla jednej pozycji (Lp.) asortymentu zaofertować asortyment tylko jednego producenta”. Poprzez asortyment jednego producenta należy rozumieć główne elementy składowe gotowego wyrobu, tj. obudowa, podstawa bezpiecznikowa listwowa i rozłącznik bezpiecznikowy. Pozostałe elementy składowe mogą pochodzić od różnych producentów.

W odpowiedzi na pytanie nr 16 dot. treści SIWZ („Czy do oferty należy dołączyć kopie certyfikatów dla aparatów np. rozłączników listwowych czy tylko certyfikaty dotyczący złączy kablowych i złączy kablowo-pomiarowych”) w piśmie z dnia

29.01.2014 r. Zamawiający wyjaśnił, iż do oferty należy dołączyć kserokopie certyfikatów:

- ✓ złącz kablowych
- ✓ pomiarowych
- ✓ zainstalowanych aparatów.

W kontekście powyższego, odnosząc się kolejno do zarzutów odwołania, Izba stwierdza, co następuje.

Zarzuty dotyczące odrzucenia oferty odwołującego.

W ofercie Odwołującego (w Formularzu ofertowym) odnośnie zadania nr 1, w tabeli dotyczącej aparatów zastosowanych w złączach podanych tam typów, wskazano, iż oferowana jest aparatura produkcji: Chint, Efen, Apator, Pronutec, Jean Muller. Dokumentów przedmiotowych (certyfikatów zgodności) dotyczących rozłączników i podstaw produkcji Apator do oferty nie załączono.

Odnośnie zadania nr 2 do oferty (str. 114 i 115) załączono Certyfikat zgodności nr DN/073/2013 dot. urządzeń typu/odmiany konstrukcyjnej NB1-..., w którym stwierdzono, iż znamionowa zwarciowa zdolność wyłączenia wynosi 6000 A.

Pismem z dnia 19.02.2014 r. Zamawiający skierował do Odwołującego wezwanie następującej treści:

W związku ze złożeniem przez Państwa oferty w postępowaniu przetargowym „Dostawa złączy kablowych nN” wzywam do uzupełnienia następujących dokumentów wymaganych w SIWZ: zadanie 1:

- 1. Uzupełnić ofertę o wykaz dostaw.*
- 2. Dostarczyć certyfikat zgodności w zakresie oferowanych rozłączników i podstaw produkcji APATOR.*
- 3. Wskazać producentów aparatów jakie zostaną dostarczone w poszczególnych pozycjach Lp.*
- 4. Dostarczyć dokument potwierdzający wymaganą grubość ścianek i zawartość włókna szklanego w oferowanych obudowach.*
- 5. Dostarczyć dokument potwierdzający klasę palności dla aparatów*

APATOR i PRONUTEC

[..]

zadanie 2:

- 1. Oferowane wyłączniki nadmiarowo-prądowe nie spełniają wymogów zamawiającego -
informacja nr 3 o pytaniach do SIWZ - odpowiedź nr 24:
temperatura pracy wymagana: -25;+50 °C, oferowana: -5;+40 °C*
- 2. zdolność zwarciova wyłącznika: wymagana 10 kA, oferowana: 6 kA.*
- 3. Brak wykazu podobnych dostaw.*

W odpowiedzi na powyższe, pismem z dnia 28 lutego 2014 r. Odwołujący uzupełnił Formularz ofertowy dla zadania nr 1 w taki sposób, że wskazał, iż dla poszczególnych złączy oferuje jedynie aparaty produkcji Pronutec i Efen. Certyfikatów zgodności dotyczących rozłączników i podstaw produkcji firmy Apator nie uzupełniono.

Ponadto odnośnie zadania nr 2 przedstawił oświadczenie Chint Poland Sp. z o.o. w Łodzi z dnia 21 lutego 2014 r., że zaoferowana aparatura NB1 posiada zdolność zwarciową 10 kA co zostało potwierdzone stosownym certyfikatem zgodności. Do oświadczenia załączono plik nieprzetłumaczonych dokumentów sporządzonych w języku angielskim. Certyfikatu zgodności, powoływanego w treści oświadczenia i potwierdzającego powyższy parametr, nie przedstawiono.

W piśmie z dnia 11 kwietnia 2014 r. stanowiącym czynność odrzucenia oferty odwołującego, Zamawiający wskazał, że postanawia:

Odrzucić ofertę nr 4 złożoną przez ZPUE SILESIA Sp. z o.o., 40-135 Katowice, ul. Słoneczna 50, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, ze względu na to, że:

- w zadaniu nr 1:*

Wykonawca wezwany do uzupełnienia i wyjaśnienia treści oferty nie dostarczył wymaganego certyfikat zgodności dla oferowanej aparatury produkcji Apator oraz przedłożył zmodyfikowaną część formularza ofertowego zawierającą wykaz producentów w powiązaniu z pozycjami zestawienia

oferowanych złączy, nieobejmujący wcześniej wskazanych producentów takich, jak:

Chint

Aparator,

Jean Muller

W związku z powyższym Zamawiający uznał, że Wykonawca dokonał niedopuszczalnej zmiany oferty i nie udzielił wymaganych wyjaśnień.

- *w zadaniu nr 2:*

Wykonawca zaoferował wyłączniki nadmiarowo-prądowe CHINT, które zgodnie z przedstawionym certyfikatem (strona 115 złożonej oferty) posiadają znamionową zwarciovą zdolność wyłączenia na poziomie 6000 A.

Zamawiający określił w przedmiotowym postępowaniu (Informacja nr 3 o pytaniach do SIWZ - odpowiedź na pytanie nr 24) ten parametr na poziomie 10000 A. W związku z czym przedmiot oferty nie spełnia wymogów SIWZ.

Należy przyznać rację Odwołującemu co do podnoszonej kwestii formalnej nieprawidłowości czy niejasności wezwania Zamawiającego w przedmiocie wskazania producentów aparatów jakie zostaną dostarczone w poszczególnych pozycjach (Lp.). Zamawiający w tym zakresie wzywał raczej do wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1, a nie uzupełnienia dokumentów, na które wskazywał literalnie w treści swojego pisma (generalnie formularza ofertowego się nie uzupełnia, a co najwyżej poprawia na podstawie art. 87 ust. 2). Zamawiający w jednym piśmie, a nawet w jednym zdaniu i liście pozycji, co do których uzupełnienia dokumentów wzywał, pomieszał opisywane wyżej, różne instytucje ustawowe (wyjaśnianie treści oferty i uzupełnianie dokumentów przedmiotowych i podmiotowych). Powyższe nie miało jednak znaczenia dla oceny niezgodności oferty z SIWZ w zakresie oferowanych aparatów, która w tym przypadku pozostawała ewidentna, a ewentualne naruszenia przepisów art. 26 ust. 3 lub 87 ust. 1 Pzp nie mają w tym przypadku wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Tym samym nie mogą stanowić również podstawy do uwzględnienia odwołania w związku z dyspozycją art. 192 ust. 2 Pzp.

Wymagania SIWZ, co do zaoferowania aparatów tylko jednego producenta w poszczególnych złączach oraz podania tego w stosownej tabeli Formularza

ofertowego pozostawały jasne, a odpowiedź na cytowane wyżej pytanie nr 9 dotycząca treści SIWZ nie pozostawiała żadnych wątpliwości w tym zakresie. W świetle powyższego niewiarygodnie brzmią wyjaśnienia Odwołującego jakoby za możliwe i dopuszczalne uznawał zaoferowania aparatów różnych producentów niejako na zapas, tj. na wypadek trudności z dostawami aparatów poszczególnych producentów.

Oferta Odwołującego w zadaniu nr 1 pozostawała więc niezgodna z SIWZ, a niezgodność ta polegała na braku stosownego sprecyzowania w ofercie przedmiotu dostawy (w zakresie jakim było to wymagane w SIWZ).

Ponadto jeżeli wykonawca podał w ofercie, że oferuje aparaturę firmy Apator (rozłączniki i podstawy produkcji), to powinien przedstawić wymagane w treści SIWZ dokumenty przedmiotowe (certyfikaty zgodności) potwierdzające, iż oferowane urządzenia spełniają wymagania zamawiającego.

Późniejsze twierdzenia, że aparaty tego typu nie są wcale oferowane, stanowi niedopuszczalną zmianę treści oferty, w zakresie aparatów zastosowanych w złączach. Podkreślić przy tym należy, iż aparaty stosowane w złączach stanowiły istotną część świadczenia, która w zakresie podania producenta i określenia typu oferowanych aparatów, miała być oddzielnie opisana w treści oferty.

Odnosnie podstaw odrzucenia oferty Odwołującego w zadaniu nr 2 Izba wskazuje, iż wezwanie Zamawiającego z dnia 19 lutego 2014 r. dotyczące oferowanych wyłączników nadmiarowo-prądowych, jakkolwiek dość lakoniczne, pozostawało jasne. Na podstawie treści ww. wezwania stwierdzić można, iż według Zamawiającego oferowany wyłącznik nie spełniał wymagań SIWZ co do 10 kA zdolności zwarciowej, ale charakteryzuje się taką zdolnością na poziomie 6 kA. (Wymóg 10000 A zdolności zwarciowej był pomiędzy stronami bezsporny). Powyższe zamawiający nie mógł stwierdzić inaczej niż na podstawie dokumentów przedmiotowych załączonych do oferty, przy czym Odwołujący nie miał żadnych wątpliwości o który wyłącznik Zamawiającemu chodzi. W związku z powyższym zamawiający prawidłowo wzywał do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie, czyli przedstawienia takich dokumentów, które potwierdzą wskazane parametry oferowanego włącznika. Dla przypomnienia: powinny to być dokumenty przedmiotowe wskazane w Załączniku nr 1 do SIWZ „Specyfikacja techniczna”, na str. 21, w rozdz. „Dokumentacja techniczna”.

Odwołujący odpowiednich dokumentów przedmiotowych wraz z ofertą nie przedstawił, nie przedstawił ich również w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego. Przedstawione w ramach uzupełnienia oświadczenie polskiej spółki-córki producenta wyłącznika, nie stanowiło zgodnego z SIWZ potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom zamawiającego. Natomiast dokumenty przedłożone w języku angielskim bez tłumaczenia, nie mogły zostać wzięte pod uwagę przez Zamawiającego w związku z art. 9 ust. 2 Pzp.

W związku z wypracowaną w orzecznictwie zasadą jednokrotności wzywania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, należało orzec, iż Odwołujący w trakcie postępowania nie potwierdził w sposób wymagany w treści SIWZ, że oferowane dostawy (wyłączniki nadmiarowo-prądowe) spełniają wymagania zamawiającego co do zdolności zwarciowej. Powyższe stanowi jedną z opisanych powyżej postaci niezgodności oferty z SIWZ, kwalifikującą ofertę do odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W związku ze wskazanym brakiem potwierdzenia spełniania przez oferowane dostawy wymagań zamawiającego w przewidzianej przepisami formie i czasie, bez znaczenia pozostawało wykazywanie rzeczywistych właściwości i parametrów oferowanego wyłącznika w trakcie postępowania odwoławczego. W związku z powyższym pominięto dowód z Certyfikatu Intertek powołany przez Odwołującego w treści odwołania, a właściwie dowód z tłumaczenia tego certyfikatu i raportu z badań przedłożonych na rozprawie. Jedynie więc na marginesie Izba dodaje, iż ww. certyfikat nie stanowił certyfikatu opisanego w cytowanych wyżej Załączniku nr 1 do SIWZ „Specyfikacja techniczna”, na str. 21, w rozdz. „Dokumentacja techniczna”, pkt 3.

Uwzględniając powyższe oddalono zarzuty odwołania dotyczące odrzucenia oferty Odwołującego oraz utrzymano w mocy czynność Zamawiającego w tym zakresie.

*Zarzuty dotyczące oferty Zakładu Produkcyjno - Usługowego EMITER Sp. j S.....
B..... P..... L..... .*

Zarzut dotyczący niespełniania przez zastosowaną szynę PEN w oferowanym urządzeniu Emiter wymagania dotyczącego wytrzymywanego znamionowego prądu szczytowego na poziomie min. 40 kA (spełniane jedynie 24kA) uznano za niezasadny.

Zarzut oparty jest o błędną wykładnię wymagań SIWZ w tym zakresie. W ocenie Izby pkt 1 ppkt 5) Załącznika nr 1 do SIWZ (w odwołaniu błędnie wskazano pkt 4.5) i wskazana tam wartość odnosi się jedynie do szyny głównej, nie odnosi się natomiast i nie może odnosić do szyny neutralnej. O powyższym przesądza wykładnia systemowa i celowościowa całości SIWZ, służąca ustaleniu racjonalnej i sensownej treści tego dokumentu, m.in. przez usuwanie sprzeczności w nim zawartych. W związku z faktem, iż w pkt 7) lit a) (str. 19 Zał. nr 1 do SIWZ) Zamawiający wyraźnie wymagał, że oferowane szyny PEN mają być wykonane z aluminium, nie mógł odnosić się do nich wymóg wytrzymywania znamionowego prądu szczytowego na poziomie 40 kA. Takiego obciążenia przewody wykonane z aluminium wytrzymać nie mogą – co było pomiędzy stronami bezsporne.

W związku z powyższą interpretacją postanowień SIWZ i stwierdzonym brakiem wymagań dotyczących wytrzymywanego znamionowego prądu szczytowego przez szynę PEN zbędne stało się uwzględnianie w charakterze dowodu i ocenianie pisma Instytutu Elektrotechniki w Warszawie z dnia 5 maja 2014 r, przedłożonego przez Przystępującego EMITER na rozprawie oraz badanie norm obowiązujących w zakresie przewodów szynowych.

Za niezasadny uznano również zarzut dotyczący niezgodności oferowanej aparatury ETIMAT 10 z SIWZ ze względu na niewypełnianie wymogów co do znamionowej zdolności zwarciowej dla wszystkich zakresów prądowych.

Zgodnie z pkt 8) lit c) (str. 19 Zał. nr 1 do SIWZ) w części pomiarowej dla każdego układu pomiarowego winien być zainstalowany wyłącznik nadmiarowo-prądowy (którego prąd znamionowy zostanie określony na etapie zamówienia) o charakterystyce „C” (jedno lub trójfazowy) jako zabezpieczenie przedlicznikowe.

W wyjaśnieniach dotyczących treści SIWZ z dnia 31.01.2014 r. Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 24 (*Jaką zdolność zwarciową powinny mieć zastosowane wyłączniki nadmiarowo prądowe – 6kA czy 10kA?*) wskazał: *Wyłączniki nadmiarowo prądowe powinny mieć zdolność zwarciową 10 kA (...).*

Jak słusznie wskazywali przeciwnicy procesowi Odwołującego, w treści SIWZ nie określono wymaganych zakresów prądowych wyłączników, do których odnosi się wymóg wskazanej zdolności zwarciowej. Zgodnie z postulatem interpretacji postanowień SIWZ i wykładania wszelkich niejasności w jej treści na korzyść wykonawców (w celu nie obarczania ich konsekwencjami błędów zamawiającego)

należy uznać, iż wymagania SIWZ, co do zdolności zwarciowej będą spełnione jeżeli oferowany wyłącznik nadmiarowo-prądowy będzie posiadał wskazaną zdolność zwarciową w jakimkolwiek, nawet minimalnym zakresie prądowym. Natomiast certyfikaty wskazywane w treści odwołania potwierdzały, iż oferowane przez EMITER wyłączniki nadmiarowo-prądowe posiadają wymaganą zdolność zwarciową (10kA) w innych zakresach prądowych niż wskazywany w odwołaniu 50-63A. Powyższe wystarczało do stwierdzenia ich zgodności z SIWZ w zakresie wymagań dotyczących zdolności zwarciowej. Oferowane wyłączniki literalnie spełniają wymóg posiadania zdolności zwarciowej na poziomie 10 kA.

Na marginesie można dodać, iż brak określenia wymaganych zakresów prądowych pozostawał w tym wypadku ryzykiem zamawiającego, przejawiającym się możliwością, iż zakupi wyłączniki, które nie do wszystkich celów będzie mógł używać. Przy czym, w tym przypadku, zgodnie z deklaracjami zamawiającego dotyczącymi jego planów i potrzeb związanych z typami przyłączy, w których wykorzystywał będzie przedmiot zamówienia, oferowane wyłączniki gwarantują zachowanie wymaganej zdolności zwarciowej dla wystarczającego zakresu prądowego.

Zarzuty dotyczące oferty INCOBEX Sp. z o.o.

Zarzut dotyczący oferowanej aparatury ETIMAT 10 oddalono z identycznym uzasadnieniem faktycznym i prawnym, jak w przypadku analogicznego zarzutu stawianego w stosunku do oferty EMITER – zarzut zasadzał się na takich samych okolicznościach faktycznych.

Ponadto Izba uznał, że innych nadających się do rozpoznania zarzutów w rozumieniu art. 192 ust. 7 Pzp w treści odwołania nie sformułowano. Natomiast wszelkie okoliczności faktyczne, które dookreślały na czym stawiane zarzuty miały polegać, podawane przez Odwołującego na rozprawie, uznano za rozszerzenie zarzutów odwołania – niedopuszczalne na podstawie ww. przepisu.

W odwołaniu nie wskazano z jakich względów brak kart katalogowych dla rozwiązań dla zabudowy lub brak wymiarów na kartach katalogowych ma stanowić niezgodność treści oferty z SIWZ, nie podano również jakie błędy w kartach katalogowych załączonych do oferty Odwołujący stwierdził, a także w jaki sposób błędy te stanowią o niezgodności treści oferty z SIWZ.

Powyższe, proste wskazania na wystąpienie pewnych niedookreślonych faktów, nie może zostać zakwalifikowane jako zrozumiały i nadający się do rozpoznania zarzut niezgodności treści oferty z SIWZ w świetle postulatów odnośnie powinnego kształtu zarzutów tego typu, opisanych we wstępnej części niniejszego uzasadnienia.

Zarzuty dotyczące oferty PELMET Sp. j K..... P..... E..... P.....

Rozpoznano jedynie zarzut dotyczący aparatury ETIMAT 10, który oddalono z identycznym uzasadnieniem faktycznym i prawnym, jak w przypadku analogicznego zarzutu stawianego w stosunku do oferty EMITER – zarzut zasadzał się na takich samych okolicznościach faktycznych.

W pozostałym zakresie Odwołujący żadnych zrozumiałych i nadających się do rozpoznania zarzutów w odwołaniu nie sformułował. W pierwszej kolejności wskazywał jedynie hasłowo na okoliczności, które według czynionych przezeń rozważań dotyczących jego oferty, nie stanowiły o niezgodności treści oferty z SIWZ. Następnie wskazywał na fakty i okoliczności, które w bliżej nieokreślony sposób miały stanowić nie wiadomo na czym polegającą niezgodność treści oferty z SIWZ.

Zarzuty dotyczące oferty SAKS-POL Sp. j.

Zarzut dotyczący oferowanej aparatury ETIMAT 10 oddalono z identycznym uzasadnieniem faktycznym i prawnym, jak w przypadku analogicznego zarzutu stawianego w stosunku do oferty EMITER – zarzut zasadzał się na takich samych okolicznościach faktycznych.

Zarzut dotyczący niespełniania przez zastosowaną w oferowanych urządzeniach szynę PEN wymagania dotyczącego wytrzymywanego znamionowego prądu szczytowego uznano za niezasadny z identycznym uzasadnieniem faktycznym i prawnym, jak w przypadku analogicznego zarzutu stawianego w stosunku do oferty EMITER.

Na podstawie treści odwołania Izba nie była w stanie stwierdzić jakiej części oferowanej dostawy dotyczy zarzut dotyczący certyfikatów załączonych „dodatkowo” i na czym zarzut ten w ogóle polega. Izba nie była również na podstawie treści odwołania ustalić na czym polegać ma zarzut nie sprecyzowania konkretnego typu zastosowanego aparatu – w czym przejawia się we wskazanym zakresie niezgodność opisu oferowanego świadczenia z wymaganiami SIWZ, tym bardziej, iż

zamawiający nie wymagał podawania w Formularzu ofertowym konkretnych modeli oferowanych urządzeń.

W związku z powyższym ww. zarzuty uznano za nienadające się do rozpoznania, a ich dookreślenie na rozprawie za niedopuszczalne na podstawie art. 192 ust. 7 Pzp.

*Zarzuty dotyczące oferty Konsorcjum ASAJ Sp. z o.o. JAKMET Sp. j A.....
J..... K..... J.....*

Zarzut dotyczący oferowanej aparatury ETIMAT 10 oddalono z identycznym uzasadnieniem faktycznym i prawnym, jak w przypadku analogicznego zarzutu stawianego w stosunku do oferty EMITER – zarzut zasadzał się na takich samych okolicznościach faktycznych.

Natomiast za oczywiście zasadny uznano zarzut naruszenia zasady równego traktowania wykonawców oraz zaniechania odrzucenia oferty ww. Konsorcjum pomimo jej niezgodności z SIWZ oraz dopuszczeniem jej zmiany.

W treści odwołania zgodnie z rzeczywistością, a także w sposób wystarczający i zrozumiały opisano okoliczności faktyczne związane z powyższym. W Formularzu ofertowym, zarówno dla zadania nr 1, jak i zadania nr 2, Konsorcjum ASAJ i JAKMET wskazało, iż oferuje aparaturę producentów: Apator S.A., Efen Polska sp. z o.o. oraz Pronutec Polska Sp. z o.o. Natomiast w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 19.02.2014 r. (o treści analogicznej jak w wezwaniu skierowanym do Odwołującego), pismem z dnia 27.02.2014 r. wykonawca wskazał, iż oferuje jedynie aparaturę Apator S.A. W analogicznych okolicznościach, a właściwie z takich samych powodów, Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego.

W związku z potwierdzeniem zasadności odrzucenia oferty Odwołującego w zadaniu nr 1, zasadne było również orzeczenie o niezgodnym z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum ASAJ Sp. z o.o. JAKMET Sp. j A.....
J..... K..... J..... – z uzasadnieniem analogicznym jak w stosunku do odrzucenia oferty Odwołującego. Ponadto potwierdzono zarzut naruszenia przez Zamawiającego zasad wynikających z art. 7 ust. 1 Pzp przejawiającego się różnym traktowaniem wykonawców w tożsamych okolicznościach faktycznych.

Stwierdzone zaniechanie odrzucenia oferty ww. Konsorcjum, ze względu na możliwość wzięcia przez wykonawcę udziału w aukcji elektronicznej, mogło mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia w rozumieniu art. 192 ust. 2

Pzp. Z tego względu, i tylko w związku z potwierdzeniem powyższego zarzutu, odwołanie uwzględniono i nakazano odrzucenie wskazanej oferty.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 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).