

WYROK

z dnia 29 lipca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **29 lipca 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 lipca 2014 r.

przez wykonawcę: **ZPUE S.A. z siedzibą we Włoszczowej**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Sprzedaż i dostawa rozłączników napowietrznych SN z telesterowaniem* (nr postępowania P/1/AZL/00097/13)

prowadzonym przez zamawiającego: **Energa-Operator S.A. z siedzibą w Gdańsku**

przy udziale wykonawcy: **ABB sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego – ZPUE S.A. z siedzibą we Włoszczowej i

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego – ZPUE S.A. z siedzibą we Włoszczowej** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od odwołującego – ZPUE S.A. z siedzibą we Włoszczowej na rzecz zamawiającego – Energa-Operator S.A. z siedzibą w Gdańsku kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień

Sygn. akt KIO 1461/14

publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Energa-Operator S.A. z siedzibą w Gdańsku – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego na dostawę pn. *Sprzedaż i dostawa rozłączników napowietrznych SN z telesterowaniem* (nr postępowania P/1/AZL/00097/13).

Ogłoszenie o tym zamówieniu sektorowym zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 5 marca 2014 r. pod nr 2014/S_045-076150, w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej (www.zakupy.energa-operator.pl), na której udostępnił również od tego dnia specyfikację istotnych warunków zamówienia {zwaną również dalej w skrócie „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 14.040.000,00 zł, co stanowi równowartość 3.492.884,86 euro.

7 lipca 2014 r. Zamawiający przesłał drogą elektroniczną Odwołującemu – ZPUE S.A. z siedzibą we Włoszczowej {spółki zwanej również dalej w skrócie „ZPUE”} – informację o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez ABB sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {spółki zwanej również dalej w skrócie „ABB”}.

17 lipca 2014 r. (pismem z tej daty) Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższej czynności Zamawiającego, a także od zaniechania przez Zamawiającego zaniechania przez Zamawiającego następujących czynności: wezwania ABB do przedłożenia oryginałów lub kopii protokołów z badań typu oraz wykluczenia ABB z postępowania i odrzucenia jego oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. z 2013 r. poz. 231); zwanego również dalej „rozporządzeniem o dokumentach”}:

1. Art. 26 ust. 3 w zw. z § 7 ust. 4 oraz rozdziałem X pkt 12 SIWZ – przez zaniechanie wezwania ABB do złożenia wymaganych przez Zamawiającego kopii albo oryginałów dokumentów sporządzonych w języku obcym, o których mowa w rozdziale X pkt 9.10

SIWZ.

2. Art. 26 ust. 3 w zw. z § 7 ust. 1 oraz rozdziałem X pkt 15 SIWZ – przez zaniechanie wezwania ABB do uzupełnienia jego oferty w zakresie poświadczenia za zgodność z oryginałem kopii dokumentów załączonych do oferty.
3. Art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 91 ust. 1 – przez dokonanie wadliwej czynności badania i oceny ofert oraz wadliwej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.
4. Art. 91 ust. 1 w zw. z art. 82 ust. 3 – przez dokonanie wyboru oferty ABB jako najkorzystniejszej, mimo że oferta ta nie odpowiada treści SIWZ.
5. Art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 138c ust. 1 pkt 4 oraz rozdziałem V pkt 6 SIWZ – przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ABB, pomimo zaistnienia określonych tym przepisem przesłanek, tj. niezgodności treści oferty z SIWZ.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Dokonania zaniechanych czynności, tj. wezwania ABB do uzupełnienia oferty przez złożenie kopii albo oryginałów dokumentów sporządzonych w języku obcym, o których mowa w rozdziale X pkt 9.10 SIWZ oraz uzupełnienia jego oferty w zakresie poświadczenia za zgodność z oryginałem kopii dokumentów załączonych do oferty.
3. Dokonania ponownego badania i oceny ofert.
4. Dokonania czynności odrzucenia oferty ABB na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.
5. Ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych wykonawców.

Odwołujący sprecyzował okoliczności prawne i faktyczne uzasadniające wniesienie odwołania w następujący sposób.

{Uzasadnienie naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp w związku z § 7 ust. 1 i ust. 4 Rozporządzenia oraz pkt. X 12 SIWZ}

Odwołujący zrelacjonował, że wobec braków formalnych oferty ABB Zamawiający (pismem z 27 maja 2014 r., znak: EOP-AZL-000335-2014) w trybie art. 26 ust. 3 pzp wezwał tego Wykonawcę do uzupełnienia oferty, przez złożenie wymaganych dokumentów w postaci:

- protokołów badania typu rozłącznika napowietrznego SN, zgodnie z rozdziałem X pkt 9.3.1 SIWZ,
- deklaracji zgodności ograniczników przepięć NN, zgodnie z rozdziałem X pkt 9.5.1 SIWZ,
- deklaracji zgodności rozłącznika bezpiecznikowego instalacyjnego NN, zgodnie z rozdziałem X9.5.2 SIWZ,
- deklaracji zgodności wyłącznika instalacyjnego NN, zgodnie z rozdziałem X pkt 9.5.3 SIWZ,
- deklaracji zgodności gniazda wtyczkowego ze stykiem ochronnym, zgodnie z rozdziałem

X pkt 9.5.4 SIWZ.

Odwołujący podał, że jako uzupełnienie brakujących dokumentów Wykonawca ABB przekazał Zamawiającemu:

- tłumaczenie raportu z badań nr 98-C01, wydanego przez Norweski Instytut Badawczy Energetyki, którego kopia oryginału została wcześniej dołączona do oferty ABB,
- kopię raportu z badań nr 96-C02, wydanego przez Norweski Instytut Badawczy Energetyki, wraz z jego tłumaczeniem na język polski {na marginesie Odwołujący nadmieniał, że w przedmiotowym raporcie parametr techniczny „Prąd znamionowy szczytowy wytrzymywany stanowi wartość 31,5 kA, podczas gdy Zamawiający wymagał w tym zakresie wartość 40 kA},
- tłumaczenie raportu z próby eksploatacyjnej nr 98-C02, wydanego przez Norweski Instytut Badawczy Energetyki (przy czym do oferty nie został dołączony oryginał lub kopia raportu),
- tłumaczenie raportu z badań nr 10234Ra, wydanego przez niemieckie laboratorium badawcze PEHLA (przy czym do oferty nie został dołączony oryginał lub kopia raportu),
- tłumaczenie raportu z badań nr 11111Ra, wydanego przez niemieckie laboratorium badawcze PEHLA (przy czym do oferty nie został dołączony oryginał lub kopia raportu),
- tłumaczenie raportu z badań nr 11188Ra, wydanego przez niemieckie laboratorium badawcze PEHLA (przy czym do oferty nie został dołączony oryginał lub kopia raportu),
- tłumaczenie raportu z badań nr 10218Ra, wydanego przez niemieckie laboratorium badawcze PEHLA (przy czym do oferty nie został dołączony oryginał lub kopia raportu),
- tłumaczenie sprawozdania z prób nr 11-B34, wydanego przez Norweski Instytut Badawczy Energetyki (przy czym do oferty nie został dołączony oryginał lub kopia sprawozdania),
- kopię raportu z próby eksploatacyjnej nr 10-B54, wydanego przez Norweski Instytut Badawczy Energetyki, wraz z jego tłumaczeniem na język polski (przy czym kopia raportu nie została poświadczona za zgodność z oryginałem przez ABB).

Odwołujący zarzucił, że wykonawca ABB uzupełniając swoją ofertę o dokumenty zażądane powyżej opisanym pismem Zamawiającego z 27 maja 2014 r. nie uczynił zadość obowiązkowi wynikającemu z § 7 ust. 1 i 4 rozporządzenia o dokumentach oraz rozdziałowi X odpowiednio pkt 15 i 12 SIWZ.

Po pierwsze – Wykonawca ABB złożył kopię raportu z próby eksploatacyjnej nr 10-B54, wydanego przez Norweski Instytut Badawczy Energetyki, wraz z jego tłumaczeniem na język polski, przy czym kopia raportu nie została poświadczona za zgodność z oryginałem przez wykonawcę ABB, co zgodnie z § 7 ust. 1 rozporządzenia o dokumentach oraz rozdziałem X pkt 15 SIWZ stanowi błąd formalny.

Po drugie – Wykonawca ABB złożył tłumaczenia następujących dokumentów: raportu z próby eksploatacyjnej nr 98-C02 i sprawozdania z prób nr 11-B34, wydanych przez

Norweski Instytut Badawczy Energetyki oraz raportów z badań nr: 10234Ra, 11111Ra, 11188Ra, 10218Ra, wydanych przez niemiecką jednostkę certyfikującą PEHLA – *nie dołączając jednocześnie oryginałów bądź tłumaczeń tychże dokumentów*, co – zestawiając z regulacją § 7 ust. 4 rozporządzenia o dokumentach oraz rozdziałem X pkt 12 SIWZ – oznacza, że oferta Wykonawcy ABB zawiera błąd formalny.

Odwołujący ponadto zauważył, że załączone przez Wykonawcę ABB tłumaczenia raportów wystawionych przez niemiecką jednostkę badawczą PEHLA mogą pozornie wskazywać, że są kopiami oryginalnych raportów. Pomimo opatrzenia ich wstępami oraz pieczęciami jednostki badawczej, brak podpisów osób umocowanych do reprezentowania jednostki badawczej PEHLA oraz sporządzenie dokumentów w języku polskim (raporty wystawiane przez zagraniczne jednostki badawcze są wystawiane w języku państwa siedziby jednostki lub w języku angielskim), w ocenie Odwołującego świadczą o tym, że są to jedynie tłumaczenia raportów. Do takiego wniosku doprowadziło Odwołującego również porównanie z dołączonymi do oferty ABB dokumentami raportów z badań wydanych przez Norweski Instytut Badawczy Energetyki, która zostały sporządzone w języku angielskim i opatrzone je podpisami osób umocowanych przez tą jednostkę badawczą.

Odwołujący podsumował, że powyższe uchybienia formalne oferty wykonawcy ABB w powiązaniu z zaniechaniem Zamawiającego wezwania do ich uzupełnienia, stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 pzp, który obliguje zamawiającego do wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pzp, zawierających błędy formalne.

{Uzasadnienie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w związku z 138c ust. 1 pkt. 4) Pzp oraz pkt. V 6 SIWZ}

Odwołujący podał, że w oparciu o art. 138c ust. 1 pkt 4) pzp Zamawiający w rozdziale V pkt 6 SIWZ przewidział warunek, w myśl którego odrzuceniu z postępowania podlegają oferty, w których udział towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, nie przekracza 50%. Z kolei Wykonawca ABB na potwierdzenie spełnienia tego warunku w swojej ofercie zawarł stosowne oświadczenie

Odwołujący Zarzucił, że oferta Wykonawcy ABB nie wypełnia powyższego warunku, gdyż udział towarów pochodzących z Chińskiej Republiki Ludowej (spoza Hongkongu) stanowi około 70% wartości przedmiotu zamówienia.

Według Odwołującego zarzut znajduje potwierdzenie w samej dokumentacji załączonej do oferty Wykonawcy ABB (raporty z badań wraz z tłumaczeniami raportów z badań), która jednoznacznie wskazuje na ABB Xiamen Electrical Controlgear Co. Ltd z siedzibą w Xiamen w ChRL jako producenta napowietrznych rozłączników znajdujących się

w ofercie Wykonawcy ABB. Zdaniem Odwołującego przy wzięciu pod uwagę cen rynkowych wyrobów składających się na przedmiot zamówienia, udział wartości wyrobów (napowietrznych rozłączników) pochodzących spoza obszaru Unii Europejskiej oraz państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła stosowne umowy przekracza 50% łącznej wartości przedmiotu zamówienia, tj. kształtuje się na poziomie ok 70%.

Odwołujący oświadczył, że swoje stanowisko w tym zakresie oparł na wiedzy i doświadczeniu zdobytych w ramach prowadzonej działalności gospodarczej, które utwierdziły go w przekonaniu, że nie jest możliwe, aby udział wartości rozłączników napowietrznych w całości przedmiotu umowy był niższy niż 50%.

Ponadto w świetle powyższego w ocenie Odwołującego zachodzą podstawy z art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp do wykluczenia Wykonawcy ABB z przedmiotowego postępowania.

Odwołujący podniósł również, że wskazana powyżej okoliczność winna wzbudzić zainteresowanie Zamawiającego, który powinien wezwać Wykonawcę ABB, stosownie do art. 26 ust. 1 oraz art. 87 ust. 1 pzp, do złożenia wyjaśnień. Wobec braku takiego działania Zamawiającego, w ocenie Odwołującego doszło do złamania zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji.

{Uzasadnienie naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z art. 91 ust. 1 Pzp}

Odwołujący wskazał, że zarzuty w tym zakresie wynikają i stanowią konsekwencję okoliczności przytoczonych przez niego w związku z pozostałymi zarzucanymi naruszeniami. W ocenie Odwołującego z uwagi na zakres wyżej wykazanych naruszeń ustawy pzp oraz SIWZ przez Zamawiającego przy dokonywaniu oceny oferty wykonawcy ABB, *zasadnym jest uznanie zaistnienia przesłanek potwierdzających naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z art. 91 ust. 1 Pzp.*

{rekapitulacja zarzutów}

Odwołujący podsumował zarzuty odwołania w ten sposób, że braki formalne oferty Wykonawcy ABB winny skutkować wezwaniem go do ich uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 pzp. Z kolei zaniechania Zamawiającego w tym zakresie oraz wybór oferty Wykonawcy ABB jako najkorzystniejszej, *pomimo jej oczywistej niezgodności z SIWZ, stanowią rażące naruszenie przez Zamawiającego szeregu przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Spośród postawionych przez Odwołującego zarzutów kluczowym pozostaje jednak zarzut w zakresie dopuszczenia przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu oferty wykonawcy ABB, a następnie jej wybór jako najkorzystniejszej pomimo, iż winna zostać ona odrzucona jako niespełniająca warunków SIWZ*

25 lipca 2014 r. Zamawiający przesłał do Izby odpowiedź na odwołanie (pismo z 25 lipca 2014 r.), w której wniósł o jego oddalenie, w następujący sposób odnosząc się

do poszczególnych zarzutów.

{Ad. zarzutu nr 1, tj. zarzut naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy w związku z § 7 ust. 4

Rozporządzenia oraz pkt X 12 SIWZ}

Zamawiający potwierdził, że zgodnie z rozdziałem X pkt 12 SIWZ dokumenty sporządzone w języku obcym muszą być złożone wraz z tłumaczeniem na język polski.

Ponadto Zamawiający potwierdził, że pismem z 27 maja 2014 r. (znak: EOP-AZL-000335-2014 r.) wezwał ABB do uzupełnienia oferty.

Zamawiający zrelacjonował, że Wykonawca ABB w piśmie z 5 czerwca 2014 r. (znak: ABB/FES/022/06.2014) złożył wyjaśnienia oraz uzupełnił brakujące dokumenty.

Według Zamawiającego złożono następujące dokumenty:

1) Deklaracje zgodności:

- deklaracja zgodności rozłącznika bezpiecznikowego SPBT12... (EATON) z normą EN 61643-11/02+A1107 oraz deklaracja zgodności z Dyrektywą Europejską LVD wraz z tłumaczeniem,
- deklaracja zgodności rozłącznika bezpiecznikowego E90 (ABB) z normami EN 60947-1:2007+A1:2011, PN 60947-3:2009+A1:2012 oraz Dyrektywami Europejskimi 2006/95/EC i 2004/108/EC,
- deklaracje zgodności wyłączników nadmiarowo-prądowych typu S200L/2007S200M (ABB) z normami serii EN 608987 oraz serii EN 60947 oraz Dyrektywami Europejskimi 2006/95/EC i 2004/108/EC wraz z tłumaczeniem,
- deklaracja zgodności gniazdka na szynę TH (ETI) z normą PN-IEC 60884-1:2006/A1:2009P oraz z Dyrektywą Europejską 2006/95/EC,

2) Tłumaczenie raportu z badań 98-C01 izolatorów wtykowych typu NXAZJ 2;

3) Kopie protokołów z badań w języku angielskim:

Tom I uzupełnienia – raport z badań:

- RoP 10-B54 (SATS Certification), 183 str. – kopia, przy czym raport jest podpisany na stronie tytułowej przez osoby upoważnione w laboratorium.

Tom II uzupełnienia – raporty z badań (kolejność zgodna z kolejnością dokumentów):

- 96-C02 (SATS Certification), 81 str. – kopia,
- RoP 98-C02 (SATS Certification), 34 str. – kopia,
- RoP 11-B34 (SATS Certification), 11 str. – kopia,
- 11188Ra (PEHLA), 28 str. – kopia,
- 10218Ra (PEHLA), 18 str. – kopia,
- 10234Ra (PEHLA), 18 str. – kopia,
- 11111Ra (PEHLA), 30 str. – kopia,
- 9AFX94-196 (ABB), 29 str. – kopia,

przy czym raporty są podpisane na stronach tytułowych przez osoby upoważnione w laboratorium.

4) Tłumaczenia na język polski protokołów z badań:

Tom III uzupełnienia – tłumaczenie raportu z badań:

– RoP 10-B54 (SATS Certification), 183 str. – tłumaczenie na język polski,

Tom IV uzupełnienia – tłumaczenie raportu z badań

– 96-C02 (SATS Certification), 81 str. – kopia wraz z tłumaczeniem,

Tom V uzupełnienia – tłumaczenie raportu z badań

– RoP 98-C02 (SATS Certification), 34 str. – tłumaczenie na język polski,

Tom VI uzupełnienia – tłumaczenie raportu z badań

– RoP 11-B34 (SATS Certification), 11 str. – tłumaczenie na język polski,

Tom VII uzupełnienie – tłumaczenie raportu z badań

– 11188Ra (PEHLA), 28 str – tłumaczenie na język polski,

Tom VIII uzupełnienia – Tłumaczenie raportu z badań

– 10218Ra (PEHLA), 18 str. – tłumaczenie na język polski,

Tom IX uzupełnienia – tłumaczenie raportu z badań

– 10234Ra (PEHLA), 18 str. – tłumaczenie na język polski,

Tom X uzupełnienia – tłumaczenie raportu z badań

– 11111 Ra (PEHLA), 30 str. – tłumaczenie na język polski.,

Przy czym ww. dokumenty, tj. tłumaczenia zostały podpisane za zgodność z oryginałem przez p. J..... K....., dla którego pełnomocnictwo od Wykonawcy ABB załączono do tych dokumentów.

Zamawiający podał, że dodatkowo wezwał pismem z 12 czerwca 2014 r. (znak: EOP-AZL-000387-2014) Wykonawcę ABB do złożenia wyjaśnień w sprawie próby wytrzymałości zwarciowej dla prądu 50 kA oraz w zakresie badań trwałości mechanicznej dla 5.000 cykli przestawieniowych.

Pismem z 16 czerwca 2014 r. (znak ABB/FES/042/06.2014) Wykonawca złożył wyjaśnienia, wskazując protokoły, które potwierdziły przeprowadzenie ww. badań.

Powyższe wyjaśnienia potwierdzają zdaniem Zamawiającego, że Wykonawca ABB finalnie złożył wymagane dokumenty w formie wymaganej przez Zamawiającego SIWZ.

Ad. zarzutu nr 2, tj. zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp w związku z § 7 ust. 1

Rozporządzenia oraz pkt X 15 SIWZ

W ocenie Zamawiającego złożone przez Wykonawcę ABB kopie protokołów z badań w tomach III - IX uzupełnień są dokumentami spełniającymi wymagania rozdziału X pkt 12 SIWZ, aby dokumenty sporządzone w języku obcym zostały złożone wraz z tłumaczeniem na język polski. Wykonawca ABB potwierdził za zgodność z oryginałem tłumaczenia kopii

protokołów z badań, co Zamawiający uznał za wystarczające. Zamawiający stwierdził, że złożone w uzupełnieniu oferty dokumenty spełniają postawione w tym zakresie wymagania SIWZ.

{Ad zarzutu nr 3 i 4, tj. naruszenia odpowiednio art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z art. 91 ust. 1 Pzp oraz art. 91 ust. 1 Pzp w związku z art. 82 ust. 3 Pzp}

Zamawiający oświadczył, że w odpowiedzi na odwołanie jednoznacznie wyjaśniono, że wszelkie czynności związane z postępowaniem, w tym poprzedzające wybór najkorzystniejszej oferty, zostały prawidłowo przez niego zrealizowane. Wobec tego, że nie potwierdziły się zarzuty odwołania nr 1 i 2, nie można mówić o naruszeniu przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp przytaczanych w zarzutach nr 3 i 4 przez Odwołującego, który również te ostatnie zarzuty traktuje jako związane z wcześniejszymi.

{Ad zarzutu nr 5, tj. zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w związku z 138c ust. 1 pkt 4) Pzp oraz V 6 SIWZ}

Zamawiający podniósł, że preferencje, o których mowa w art. 138c ust. 1 pkt 4 pzp mają aspekt czysto przedmiotowy, a ich weryfikacja następuje w oparciu o dokumenty celne potwierdzające pochodzenie towarów. Ponieważ Zamawiający w SIWZ nie zamieścił wymagań w zakresie składania takich dokumentów, wobec czego nie mógł wezwać ABB do ich uzupełnienia.

Zamawiający dodał, że ponieważ nie miał wątpliwości w zakresie spełnienia przez ABB wymogu sformułowanego w rozdziale V pkt 6 SIWZ, nie skorzystał z prawa wynikającego z art. 138c ust. 1 pkt 4 ustawy pzp.

Zamawiający oświadczył, że wiedzę o wartości poszczególnych elementów oparł o informacje z ABB, dotychczasowe dostawy tego samego typu rozłączników, dotychczasowe dostawy niżej wymienionych elementów składowych rozłączników napowietrznych średniego napięcia z telesterowaniem oraz o ceny rynkowe tych elementów.

Z kolei wiedzę o kraju pochodzenia poszczególnych elementów składowych rozłącznika SN Zamawiający oparł o protokoły badań dostarczone przez ABB, na których jest wskazany producent oraz o wiedzę własnej kadry inżynierjno-technicznej.

Zamawiający podał, że rozłącznik słupowy napowietrzny średniego napięcia w obudowie zamkniętej o izolacji SF6 będący przedmiotem postępowania przetargowego składa się z następujących części składowych:

– rozłącznika SN w obudowie zamkniętej o izolacji SF6 – produkcji ABB Xiamen Electrical Controlgear Co., Ltd. P.R. China – szacunkowa wartość 5.725 zł, zawierający m.in. elementy importowane z krajów Unii Europejskiej, takie jak: 6 izolatorów wtykowych typu NXAZJ 2, produkowanych przez ABB Transmit Oy, kraj pochodzenia Finlandia – szacunkowa wartość 800 zł, miernik gęstości gazu typu NXAP3, kraj pochodzenia Włochy – szacunkowa wartość

300 zł, czujnik gęstości gazu typu ELEGMD 1/0, kraj pochodzenia Włochy – szacunkowa wartość: 600 zł;

– przekładnika napięciowego napowietrznego typu VOL 24, produkowanym przez ABB sp. z o.o. w Polsce – szacunkowa wartość 3.000 zł;

– dwóch ograniczników przepięć typu POLIM-D, DDB, produkowanych przez ABB Switzerland Ltd. – szacunkowa wartość 340 zł;

– sześciu zacisków przyłączeniowych do przewodów linii napowietrznej, produkowanych przez ABB – szacunkowa wartość 160 zł;

– elektrycznej szafki sterowniczej typu UEMC-A2, produkowanej przez ABB sp. z o.o., kraj pochodzenia Polska – nieznana Zamawiającemu wartość szacunkowa;

– konstrukcji wsporczej do montażu rozłącznika na słupie, konstrukcji wsporczej do szafki sterowniczej, produkowane przez ABB sp. z o.o., kraj pochodzenia Polska – nieznana Zamawiającemu wartość szacunkowa;

– przewodów sterowniczych i przyłączeniowych, kraj pochodzenia Polska – nieznana Zamawiającemu wartość szacunkowa.

Dodatkowo według Zamawiającego w cenie należy uwzględnić marżę jaką przewidziało ABB.

Według Zamawiającego biorąc powyższe pod uwagę oraz cenę netto jaką zaoferowało ABB (14.380 zł), można stwierdzić, że udział towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, w rozłącznikach słupowych napowietrznych średniego napięcia w obudowie zamkniętej o izolacji SF6 wynosi nie mniej niż 60%.

Dodatkowo Zamawiający podkreślił, że końcowa kompletacja rozłącznika słupowego napowietrznego średniego napięcia w obudowie zamkniętej o izolacji SF6 odbywa się w Przasnyszu w Polsce. Tam też wykonuje się próby wyrobu, potwierdzone protokołem badania wyrobu, wymagane przez Zamawiającego zgodnie z przedmiotową normą.

W oparciu o powyżej wskazane okoliczności Zamawiający podniósł, że oferta złożona przez Wykonawcę ABB nie może podlegać odrzuceniu, gdyż spełnia wszystkie wymagania postawione przez Zamawiającego w treści SIWZ, a żądanie Odwołującego należy uznać za pozbawione podstaw prawnych i faktycznych.

18 lipca 2014 r. Zamawiający przekazał drogą elektroniczną kopię odwołania wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu.

23 lipca 2014 r. ABB sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłosiło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej – w formie pisemnej (pismo z 18 lipca 2014 r.) – przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania

jako bezzasadnego.

Wobec dokonania zgłoszenia w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania jego kopii Stronom postępowania (art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie stwierdziła podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp, przy czym nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Strony i Przystępujący podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Uczestników (Stron i Przystępującego) postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, zgłoszeniu przystąpienia, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, przeprowadzając dowody z tej dokumentacji w następującym zakresie niezbędnym do rozpoznania zarzutów odwołania: ogłoszenie o zamówieniu, s.i.w.z., oferta ABB, pismo Zamawiającego z 27 maja 2014 r. wzywające do uzupełnienia dokumentów, przesłane w odpowiedzi pismo ABB z 5 czerwca 2014 r. wraz z załączonymi dokumentami, pismo Zamawiającego z 12 czerwca 2014 r. wzywające ABB do wyjaśnień, przesłane w odpowiedzi pismo ABB z 16 czerwca 2014 r., zawiadomienie o wynikach postępowania oraz protokół postępowania.

Izba ustaliła następujące okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołania:

Dokumenty objęte zarzutami odwołania należą do kategorii dokumentów zażądanych przez Zamawiającego w celu wykazania, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia

wymagania techniczne z pkt 9 rozdziału X s.i.w.z. poświęconego dokumentom wymaganym od wykonawców.

Ponadto w pkt 11 tego rozdziału Zamawiający zastrzegł, że m.in. dokumenty z pkt 9 należy złożyć w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę.

Z kolei w pkt 12 tego rozdziału Zamawiający zastrzegł, że dokumenty sporządzone w języku obcym muszą być złożone wraz z tłumaczeniami na język polski.

Pkt 15 rozdziału X dotyczy natomiast formy składania dokumentów, o których mowa w pkt 14, czyli dokumentów związanych z wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia.

W pkt 6 rozdziału V s.i.w.z. Zamawiający wymagał, aby udział przedmiotu zamówienia pochodzącego z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, był na poziomie nie niższym niż 50%, pod rygorem odrzucenia oferty.

W tym celu w załączniku nr 3 do s.i.w.z. – formularzu oferty zamieszone zostało stosowne oświadczenie.

ABB złożyło ofertę na formularzu przygotowanym przez Zamawiającego, w tym złożyło oświadczenie, że *oferowany przedmiot zamówienia co najmniej w 50% pochodzi z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców.* {pkt 6 formularza oferty ABB}

Ponadto ABB oświadczyło, że *poszczególne rozłączniki SN z telesterowaniem wyprodukowane będą przez: przez ABB sp. z o.o.* {pkt 7 formularza oferty ABB}

Izba ustaliła na podstawie oryginalnej dokumentacji {znajdującej odzwierciedlenie w kopii potwierdzonej za zgodność z tą dokumentacją przez Zamawiającego}, że opisana w odwołaniu zawartość dokumentacji uzupełnionej przez ABB nie odpowiada rzeczywistości stanowi rzeczy, gdyż ten przedstawia się dokładnie tak, jak to szczegółowo opisano w odpowiedzi na odwołanie, a co zostało odzwierciedlone powyżej. W szczególności każdy uzupełniony dokument został złożony w postaci: kserokopii dokumentu w języku angielskim, na której widać popisy, wraz z tłumaczeniem na język polski, na którym widnieje adnotacja „Za zgodność z oryginałem”, podpisana przez osobę upoważnioną do tego w imieniu ABB.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu – Izba stwierdziła,

że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

I. zarzuty dotyczące naruszenia art. 26 ust. 3 pzp w zw. z § 7 ust. 1 i 4 rozporządzenia o dokumentach

Ustalony powyżej stan dokumentacji uzupełnionej przez ABB ma kluczowe znaczenie, gdyż czyni oczywiście niezasadnym zarzut przedstawienia wyłącznie tłumaczeń Raportu z próby eksploatacyjnej nr 11-B34 {ang. Raport of Performance No. 11-B34}, wydanego przez Norweski Instytut Badawczy Energetyki w Trondheim {ang. Norwegian Electric Power Research Institute}, działającego w ramach certyfikacji Skandynawskiego Stowarzyszenia Badania Urządzeń Elektrycznych {ang. Scandinavian Association for Testing Electric Power Equipment; "SATS Certification"} oraz raportów z badań nr {Test Report No.:} 10234Ra, 11111Ra, 11188Ra i 10218Ra, wydanych przez laboratorium badawcze PEHLA w Ratingen, czyli zostały one złożone w taki sam sposób jak Raport z próby eksploatacyjnej nr 10-B54 {ang. Raport of Performance No. 10-B54}, co zostało odzwierciedlone w odwołaniu, z wyjątkiem faktu opatrzenia również tego tłumaczenia dopiskiem „Za zgodność z oryginałem”, podpisanym przez osobę upoważnioną do tego w imieniu ABB. Czyni to zadość § 7 ust. 4 zd. 1 rozporządzenia o dokumentach, zgodnie z którym dokumenty sporządzone w języku polskim są składane wraz z tłumaczeniem na język polski.

Pozostaje do rozważenia zasadność zarzutu naruszenia § 7 ust. 1 zd. 1 rozporządzenia o dokumentach, według którego dokumenty należy składać w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. Zarzut opiera się na tym, że rzeczywiście same kopie oryginalnych dokumentów nie zostały potwierdzone za zgodność z oryginałem. W ocenie składu orzekającego Izby nie sposób jednak rozpatrywać tego „błędu formalnego” {używając terminologii odwołania} w oderwaniu od okoliczności opatrzenia każdego z tłumaczeń tych dokumentów adnotacją „Za zgodność z oryginałem” podpisaną przez osobę upoważnioną do tego w imieniu ABB. Co charakterystyczne, w odwołaniu okoliczność ta została zupełnie przemilczana, a na rozprawie Odwołujący nie przedstawił żadnych argumentów przemawiających przeciwko uznaniu, że adnotacja umieszczona na tłumaczeniu dotyczy potwierdzenia zgodności z czymś innym niż oryginał dokumentu.

W konsekwencji taki błąd formalny, polegający na najprawdopodobniej przez omyłkę umieszczeniu potwierdzenia za zgodność z oryginałem nie na samej kopii oryginalnego dokumentu a na jego tłumaczeniu, jest nieistotny, gdyż łącznie rozpatrywane dokumenty tworzą wymagany komplet dokumentu w jęz. obcym potwierdzonego za zgodność z oryginałem przedstawionego wraz z tłumaczeniem na język polski, co należy

ocenić jako czyniące wymaganiom co do formy składania dokumentów, o których mowa w § 7 ust. 1 i 4 rozporządzenia o dokumentach.

Oznacza to, że nie doszło również do naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 pzp.

W odniesieniu do podniesionego w odwołaniu na marginesie zarzutu, że raport z badań nr 96-C02 nie potwierdza spełnienia wymaganego przez Zamawiającego parametru prądu znamionowego szczytowego wytrzymywanego na poziomie 40 kA, Izba na marginesie potwierdza stan rzeczy przedstawiony w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie przez Zamawiającego, że kwestia ta została wyjaśniona przez ABB na wezwanie Zamawiającego, a ostatecznie okazało się, że parametr ten jest spełniony z zapasem, gdyż wynosi 50 kA. Odwołujący pominął tę okoliczność w swojej uwadze zamieszczonej na marginesie w odwołaniu, a na rozprawie w żaden sposób się do niej nie odniósł, co należy uznać za brak zakwestionowania twierdzeń Zamawiającego.

II. zarzuty dotyczące naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp w zw. z art. 138c ust. 1 pkt 4 pzp

Wbrew temu, co zostało zasugerowane w odwołaniu, zarzut, że udział towarów pochodzących z Chińskiej Republiki Ludowej (z wyłączeniem Hongkongu) w ofercie ABB stanowi 70%, nie znajduje potwierdzenia w raportach z badań załączonych do tej oferty, gdyż potwierdzają one pochodzenie napowietrznych rozłączników w izolacji gazu SF₆ poddanych tym badaniom, a nie rozłączników napowietrznych średniego napięcia z telesterowaniem, które zostaną dostarczone w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia. Natomiast z oferty ABB wprost wynika, że, po pierwsze – oferowany przedmiot zamówienia co najmniej w 50% pochodzi z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców {pkt 6 oferty ABB}, po drugie – poszczególne rozłączniki SN z telesterowaniem wyprodukowane zostaną przez ABB sp. z o.o. {pkt 7 oferty ABB}.

Niezależnie od tego, czy adekwatne są za prezentowane w odpowiedzi na odwołanie samodzielne dociekania Zamawiającego na temat wartości i pochodzenia poszczególnych komponentów kompletnego urządzenia, to na Odwołującym ciążył – z mocy art. 190 ust. 1 pzp – ciężar udowodnienia swojego twierdzenia, z którego wywodził negatywne skutki prawne dla oferty Przystępującego. Do zamknięcia rozprawy Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów w tym zakresie, a wręcz oświadczył, że nie może ich przedstawić z uwagi na konieczność dochowania tajemnicy przedsiębiorstwa, do której zachowania się zobowiązał, względnie do której przestrzegania czuje się zobligowany.

Wobec tego zarzut zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 138c ust. 1 pkt 4 pzp należy uznać za niezasadny.

Tym samym bezpodstawną okazała się zawarte w uzasadnieniu odwołania ocena Odwołującego, że *zachodzą podstawy z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp do wykluczenia wykonawcy ABB z przedmiotowego postępowania.*

III. pozostałe zarzuty

Ponieważ wszelkie inne wyliczone na wstępie odwołania naruszenia przepisów ustawy pzp (art. 7 ust. 1 i 3, art. 91 ust. 1, art. 82 ust. 3) wywiedzione zostały z tych samych okoliczności, co powyżej rozstrzygnięte negatywnie zarzuty, tym samym dzielą ich los jako zarzuty wtórne, które mają samoistnego charakteru.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 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) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis oraz uzasadnione koszty Zamawiającego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, które zostały zasądzone na podstawie złożonego przed zamknięciem rozprawy rachunku (faktury VAT).

Przewodniczący: