

**Sygn. akt: KIO/UZP 1870/09**

**WYROK**

**z dnia 29 stycznia 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

<b>Przewodniczący:</b>	<b>Emil Kuriata</b>
<b>Członkowie:</b>	<b>Sylwester Kuchnio</b>
	<b>Izabela Kuciak</b>
<b>Protokolant:</b>	<b>Patrycja Kaczmarska</b>

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 stycznia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **JM-TRONIC sp. z o.o., ul. Wybrzeże Kościuszkowskie 31/33; 00-379 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **PGE Zespół Elektrociepłowni Bydgoszcz S.A. ul. Energetyczna 1, 85 - 950 Bydgoszcz** protestu z dnia 25 listopada 2010 r.

**orzeka:**

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnić czynność odrzucenia oferty odwołującego, unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie czynności powtórnego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.**

2. Kosztami postępowania obciąża **PGE Zespół Elektrociepłowni Bydgoszcz S.A., ul. Energetyczna 1, 85 - 950 Bydgoszcz** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **JM-TRONIC sp. z o.o., ul. Wybrzeże Kościuszkowskie 31/33; 00-379 Warszawa;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 8 044 zł 00 gr (słownie: osiem tysięcy czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **PGE Zespół Elektrociepłowni Bydgoszcz S.A. ul. Energetyczna 1, 85 - 950 Bydgoszcz** na rzecz **JM-TRONIC sp. z o.o., ul. Wybrzeże Kościuszkowskie 31/33; 00-379 Warszawa,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu do odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- ~~3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;~~
- 4) dokonać zwrotu **15 556 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **JM-TRONIC sp. z o.o., ul. Wybrzeże Kościuszkowskie 31/33; 00-379 Warszawa.**

## Uzasadnienie

Zamawiający – PGE Zespół Elektrociepłowni Bydgoszcz S.A. ul. Energetyczna 1, 85 - 950 Bydgoszcz prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*Modernizację rozdzielni ROR 1 (6kV)*”, w trybie przetargu ograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 14 sierpnia 2009 r. pod numerem 2009/S 155-226654.

Dnia 16 listopada 2009 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, która została złożona przez wykonawcę Elektrobudowa S.A. z siedzibą przy ul. Porcelanowej 12, 40-246 Katowice oraz o odrzuceniu oferty JM-TRONIC sp. z o.o., ul. Wybrzeże Kościuszkowskie 31/33; 00-379 Warszawa, na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Jako przyczyny faktyczne odrzucenia wskazał na dwa elementy oferty które, w jego opinii świadczą o niezgodności treści oferty JM-TRONIC z treścią SIWZ, tj.:

1. Z dokumentacji załączonej JM-TRONIC do oferty (Certyfikat nr 0720/NBR/09) wynika, iż proponowana rozdzielnia SN typ MultiCell-12 posiada stopień ochrony IP-4X, co oznacza, że wykonawca nie zapewnia wymaganego w pkt 1.20 załącznika nr 1 do s.i.w.z. pn. Informacje dodatkowe (wymagania dotyczące rozdzielni ROR1) stopnia ochrony jako stopnia ochrony zewnętrznej – IP-41.

2. Z dokumentacji załączonej przez JM-TRONIC do oferty (Certyfikat nr 0720/NBR/09] nie wynika dotrzymanie parametru dotyczącego możliwości pracy w jednym przedziale, nawet jeżeli inne są pod napięciem, tj. zgodnie z normą PN-EN 62271-200 wykonanie w klasie LSC2B. Parametr określony w pkt 6.3. Załącznika nr 1 do s.i.w.z.

Dnia 25 listopada 2009 roku, wykonawca JM-TRONIC sp. z o.o., ul. Wybrzeże Kościuszkowskie 31/33; 00-379 Warszawa, wniósł protest wobec czynności podjętych przez Zamawiającego, polegających na:

- 1) odrzuceniu oferty Protestującego z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

2) wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Elektrobudowa S.A. z siedzibą Katowicach,

Oprotestowanym czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp,
- art. 91 ust. 1 ustawy Pzp;
- art. 7 ust. 1 ustawy Pzp,

oraz innych wskazanych w treści niniejszego protestu.

Na skutek wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez firmę Elektrobudowa S.A. i odrzuceniu oferty Protestującego jego interes prawny doznał uszczerbku. Biorąc pod uwagę fakt, iż jedynym kryterium oceny ofert określonym przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu jest cena, po przywróceniu Protestującego do udziału w postępowaniu jego oferta jako najtańsza, powinna zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą.

Z uwagi na powyższe żądał powtórzenia oprotestowanych czynności i dokonania:

- 1) ponownego badania i oceny ofert;
- 2) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 3) w konsekwencji czynności, o której mowa w pkt 1 unieważnienie czynności odrzucenia oferty Protestującego;
- 4) wyboru jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez JM-TRONIC sp. z o.o.

Uzasadniając wskazał, iż zgodnie z załącznikiem nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, opisującym przedmiot zamówienia, Zamawiający wymagał aby wykonawca wraz z ofertą przedłożył atest lub inny certyfikat potwierdzający wykonanie pełnych prób typu w Polsce. W związku z tym wymaganiem Protestujący przedłożył jako załącznik do oferty Certyfikat nr 0720/NBR/09. W s.i.w.z. Zamawiający nie określił na jaką okoliczność zażądał przedłożenia przedmiotowego certyfikatu. W związku z powyższym Protestujący przedłożył certyfikat wydany przez uprawnioną jednostkę i potwierdzający, iż wykonano w Polsce pełne próby typu, a wyrób spełnia wymagania stawiane urządzeniom przeznaczonym do stosowania w elektroenergetyce. Protestujący, mając na uwadze postanowienia s.i.w.z. oraz cel żądania certyfikatu nie załączył do oferty aneksu wydanego do przedmiotowego certyfikatu, który załączył do niniejszego protestu. Przedmiotowy aneks potwierdza prawdziwość oświadczenia woli wyrażonego w formularzu oferty oraz spełnienie przez rozdzielnię, oferowaną przez Protestującego, wymagań Zamawiającego. W szczególności potwierdza on posiadanie przez oferowaną rozdzielnię stopnia ochrony na

poziomie IP-41 oraz możliwość pracy w jednym przedziale, nawet jeżeli inne są pod napięciem, tj. zgodnie z normą PN-EN 62271-200 wykonanie w klasie LSC2B.

Biorąc pod uwagę cel żądania certyfikatu określony w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dokonywanie oceny oferty na podstawie przedłożonego dokumentu uznać należy za nieuprawnione lub co najmniej wątpliwe. Oceniając ofertę Zamawiający zobowiązany jest ocenić ją na podstawie wszystkich dokumentów, oświadczeń oraz okoliczności w których zostało oświadczenie woli stanowiące ofertę złożone.

Dnia 7 grudnia 2009 roku Zamawiający protest rozstrzygnął, przez jego oddalenie.

Uzasadniając poniósł, iż Zamawiający podał, iż w załączniku nr 1 do s.i.w.z. - Informacje dodatkowe (Wymagania dotyczące rozdzielni ROR1) w pkt. 1.20 - określił wymagany stopień ochrony, który mają zapewnić Wykonawcy jako: „*Stopień ochrony obudowy zewnętrznej IP-41*”. Z dokumentacji załączonej przez Protestującego do oferty tj. CERTYFIKATU nr 0720/NBR/09 z dnia 12/10/2009 r. jednoznacznie wynika, iż proponowana rozdzielnia SN typ MultiCell-12 posiada stopień ochrony IP-4X. Wymagany przez Zamawiającego stopień osłony urządzeń elektroenergetycznych (rozdzielni) IP-41 oznacza zapewnienie ochrony przed dotknięciem, przedostaniem się ciał obcych o średnicy większej niż 1 mm oraz zapewnienie ochrony przed przedostaniem się wody w postaci pionowo spadających kropeł. Zaproponowany przez Protestującego stopień ochrony rozdzielni IP-4X oznacza, iż rozdzielnia nie posiada zabezpieczenia przed przedostaniem się wody w postaci pionowo spadających kropeł. Tym samym nie spełnia jednego z kluczowych parametrów wynikających ze stopnia zabezpieczenia wskazanego przez Zamawiającego. Ponadto ze względu na fakt, że przedmiotowe rozdzielnie są rozdzielniami wieloprzdziałowymi, Zamawiający zawarł warunek zastosowania takiego rozwiązania konstrukcyjnego, które pozwoli na prowadzenie prac konserwacyjno - remontowych w każdym z przedziałów danego pola z osobna, niezależnie od tego, czy pozostałe przedziały tego pola są pod napięciem, czy też nie. Powyższy wymóg zawarty został przez Zamawiającego w załączniku nr 1 do s.i.w.z. - Inne wymagania - w pkt. 6.3 w sposób następujący: „*Możliwość pracy w jednym przedziale, nawet jeżeli inne są pod napięciem, tj. zgodnie normą PN-EN 62271-200 wykonanie w klasie LSC2B*”. Zgodnie z zapisem załącznika nr 1 do SIWZ - Inne wymagania - pkt. 6.5, Wykonawcy zobowiązani byli do przedłożenia wraz z ofertą w oryginale lub w odpisie atestu lub innego certyfikatu potwierdzającego wykonanie pełnych prób typu w Polsce, tj. stosownym atestem lub certyfikatem, z którego treści wynika jednoznacznie, iż urządzenie zaproponowane przez Protestującego posiada stopień ochrony IP-41 oraz wykonane jest

w klasie LSC2B zgodnie normą PN-EN 62271-200. Dokumenty te składane są w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy, usługi i roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, zgodnie z dyspozycją przepisu art. 25 ust. 1 pkt 2 Prawa Zamówień Publicznych.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Protestujący i dnia 16 grudnia 2009 roku wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, oraz inne wskazane w treści odwołania - przez uznanie, iż treść oferty Odwołującego jako niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia podlega odrzuceniu, co powoduje naruszenie interesu prawnego Odwołującego.

W związku z powyższymi zarzutami wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) dokonania ponownej oceny ofert;
- 2) w konsekwencji czynności, o której mowa w pkt 1 unieważnienie odrzucenia oferty Odwołującego oraz unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 3) wyboru jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Odwołującego.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby stwierdził, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.**

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

**Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia

przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza w pełni popiera stanowisko Odwoływającego wskazane w treści protestu, jak i odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w załączniku Nr 1 – Opis przedmiotu zamówienia wskazał, co następuje:

- 1) Informacje dodatkowe (wymagania dotyczące rozdzielni ROR1): pkt 1.3 Rozdzielnica zabudowana, wieloprzedziałowa (...) w klasie PM zgodnie z normą dla rozdzielnic średnich napięć PN-EN 62271-200:2007,
- 2) Pkt 1.20 Stopień ochrony obudowy zewnętrznej – IP41,
- 3) Inne wymagania: pkt 6.3. Możliwość pracy w jednym przedziale, nawet jeżeli inne są pod napięciem, tj. zgodnie z normą PN-EN 62271-200 wykonanie w klasie LSC2B oraz pkt 6.5. Atest lub inny certyfikat potwierdzający wykonanie pełnych prób typu w Polsce, który wykonawca zobowiązany jest przedłożyć wraz z ofertą w oryginale lub odpisie.

W odpowiedzi na tak postawione wymogi Zamawiającego, Odwoływający do oferty załączył Certyfikat Nr 0720/NBR/09 z dnia 12 października 2009 roku, który Zamawiający uznał za niewystarczający. W ocenie Zamawiającego treść w/w Certyfikatu nie dopowiada treści wymaganej specyfikacją istotnych warunków zamówienia, tj. nie potwierdza parametrów wymaganych przez Zamawiającego, co z kolei upoważniało go do odrzucenia oferty Odwoływającego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

W ocenie Izby, z treści w/w Certyfikatu nie wynika wprost, czy oferowany przedmiot oferty – Rozdzielnica SN typu MultiCell-12, posiada wymagane przez Zamawiającego parametry techniczne, co jednak nie upoważniało Zamawiającego do odrzucenia oferty.

Zamawiający stwierdzając, iż Certyfikat przedstawiony w ofercie, nie potwierdza parametrów wymaganych załącznikiem Nr 1 do s.i.w.z., winien w trybie art. 26 ust. 4 lub 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienie treści złożonych oświadczeń lub dokumentów bądź też o uzupełnienie oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Przepis art. 26 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych stanowi, iż 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. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

Z kolei przepis art. 25 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych formułuje dwa rodzaje dokumentów lub oświadczeń, które wykonawca składający swoją ofertę, bądź odpowiadający na ogłoszenie musi złożyć, w celu potwierdzenia odpowiednio warunków podmiotowych (art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp) oraz warunków przedmiotowych (art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp).

Zamawiający, zarówno w decyzji oddalającej protest, jak i na rozprawie potwierdził, iż wymagał złożenia Certyfikatu w celu potwierdzenia, iż oferowana dostawa, potwierdza spełnienie wymagań technicznych (warunków przedmiotowych) określonych przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Tym samym dziwi fakt, iż Zamawiający kwalifikuje Certyfikat i informacje w nim zawarte, jako błąd co do treści oferty uznając jednocześnie jw.

Z całą pewnością, w ocenie Izby, Zamawiający zobowiązany był wezwać Odwołującego, w trybie przepisu art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych do odpowiednio uzupełnienia brakującego dokumentu lub wyjaśnienia treści już dokumentu złożonego.

Jednakże, z uwagi na okoliczność, iż Odwołujący, do protestu załączył wymagany Certyfikat o numerze 0720/NBR/09 z dnia 12 października 2009 roku wraz z aneksem (uzupełnieniem) z dnia 22 października 2009 roku, które to dokumenty jednoznacznie potwierdzają spełnianie parametrów wymaganych przez Zamawiającego, czemu Zamawiający nie zaprzeczył, w ocenie Izby czynność wezwania w trybie przepisu art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w odniesieniu do oferty Odwołującego, nie jest konieczna.

Podsumowując, Izba stwierdziła, iż Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 ust. 1 oraz art. 26 ust. 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

W konsekwencji powyższych naruszeń, zaistniała przesłanka określona w przepisie art. 191 ust. 1 a ustawy - Prawo zamówień publicznych, pozwalająca Izbie na uwzględnienie odwołania, gdyż Izba stwierdziła naruszenie powyższych przepisów ustawy, która mają istotny wpływ na wynik postępowania.

Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza, na podstawie przepisu art. 191 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego, w kwocie 3 600,00 zł, na podstawie kopii faktury VAT złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zmianami).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Bydgoszcy**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....