

Sygn. akt: KIO 2252/11

WYROK
z dnia 2 listopada 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu w Warszawie na rozprawie w dniu **2 listopada 2011 r.** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 października 2011 r. przez **Odwołującego** – ACEL J.M. Ciskowscy sp.k., ul. Twarda 6c, 80-871 Gdańsk, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Energa - Operator S.A. - Oddział w Gdańsku, ul. Marynarki Polskiej 130, 80-557 Gdańsk,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe i Handlowe ELUS K.Hinc, L.Kuźma Sp.j., Fabryka Kabli Elpar Sp. z o.o., ul. Kościarska 1A, 83-300 Kartuzy, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** - ACEL J.M. Ciskowscy sp.k., ul. Twarda 6c, 80-871 Gdańsk, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** -

ACEL J.M. Ciskowscy sp.k., ul. Twarda 6c, 80-871 Gdańsk, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Odwołującego** - ACEL J.M. Ciskowscy sp.k., ul. Twarda 6c, 80-871 Gdańsk, na rzecz **Zamawiającego** - Energa - Operator S.A. - Oddział w Gdańsku, ul. Marynarki Polskiej 130, 80-557 Gdańsk, kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 **Gdańsku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Energa - Operator S. A. , Oddział w Gdańsku, ul. Marynarki Polskiej 130, 80-557 Gdańsk wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Sprzedaż i dostawa kabli i przewodów elektroenergetycznych, zgodnych z załączoną specyfikacją, wraz z kompleksową obsługą logistyczną i handlową” prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie w przedmiotowej sprawie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich pod numerem 2011/S 151-251322.

O wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy - Konsorcjum w składzie: 1. Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe i Handlowe Elus Kazimierz Hinc, Leszek Kuźma sp. j. 2) Fabryka Kabli Elpar Sp. z o.o. Odwołujący - Acel J.M. Ciskowscy sp. k. z siedzibą w Gdańsku (80-871) przy ul. Twardej 6c został poinformowany przez Zamawiającego w dniu 10 października 2011r.

Z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący się nie zgodził i w dniu 20.10.2011r.wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Zaskarżonej czynności Zamawiającego zarzucił:

- 1) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy konkurencyjnego w związku z ze złożeniem przez niego oferty, która nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- 2) naruszenie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu z postępowania, z powodu nie potwierdzenia przez tego wykonawcę posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia;
- 3) naruszenie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu z postępowania, z powodu złożenia przez wykonawcę w ofercie nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

W związku z powyższym wnosil o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) ponownej oceny ofert;

- 2) wykluczenie Wykonawcy z postępowania;
- 3) odrzucenie oferty Wykonawcy.

Odwołujący zarzucił w zakresie wskazania sprzeczności treści oferty z treścią załącznika nr 1 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zawierającego specyfikację techniczną dla kabli i przewodów elektroenergetycznych SN i NN, iż wybrany wykonawca zaoferował przedmiot zamówienia oparty o deklaracje zgodności dla kabli elektroenergetycznych typu YAKXS, YKXS, XRUHAKXS, w których przywołane są inne normy w stosunku do norm których wymagał Zamawiający treścią SIWZ.

Wskazał, że Wykonawca ten zaoferował wykonanie kabli wg norm: YAKXS według normy IEC 60502:2004, NF-EP-24:2009, YKXS według normy IEC 60502:2004, NF-EP-24:2009, XRUHAKXS według normy IEC 60502-2:1998, podczas gdy Zamawiający żądał spełniania wytycznych: YAKXS według normy PN-HD 603 S1:2006 „Kable elektroenergetyczne na napięcie znamionowe 0,6/1 kV, PN-HD 603 S1:2006/Ap1:2007 „Kable elektroenergetyczne na napięcie znamionowe 0,6/1 kV”, PN-HD 603 S1:2006/A3:2009 „Kable elektroenergetyczne na napięcie znamionowe 0,6/1 kV”, YKXS według normy PN-HD 603 S1:2006 „Kable elektroenergetyczne na napięcie znamionowe 0,6/1 kV, PN-HD 603 S1:2006/Ap1:2007 „Kable elektroenergetyczne na napięcie znamionowe 0,6/1 kV”, PN-HD 603 S1:2006/A3:2009 „Kable elektroenergetyczne na napięcie znamionowe 0,6/1 kV”, XRUHAKXS według normy PN-HD 620 S1:2002/A2:2006 „Kable energetyczne o izolacji wytłaczanej na napięcie znamionowe od 3,6/6 (7,2) kV do 20,8/36 (42) kV (oryg.)”, PN-HD 620 S1:2002/A3:2007 „Kable energetyczne o izolacji wytłaczanej na napięcie znamionowe od 3,6/6 (7,2) kV do 20,8/36 (42) kV (oryg.)”.

Przyznał, że wykonawca konkurencyjny w deklaracjach zgodności wystawionych przez różnych producentów przywołuje normy, które wprawdzie swoim zakresem częściowo obejmują techniczne aspekty konstrukcji kabli, ale nie są normami równoważnymi ani tożsamymi z normami, które przywołuje Zamawiający w specyfikacji technicznej. W związku z czym powoływane w ofercie normy IEC 60502:2004, IEC 60502-2:1998, nie potwierdzają spełniania wymagań zawartych w normach wymienionych przez Zamawiającego.

Ponadto zwrócił uwagę iż przywoływana norma IEC 60502-2:1998 jest już normą nieaktualną i została zastąpiona w 2005 roku.

Zauważył również, że dodatkowym wymogiem określonym przez Zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia jest spełnianie przez wyroby wszystkich norm

oraz wymagań techniczno-eksploatacyjnych, które zostały określone w specyfikacji technicznej, będących integralną częścią SIWZ.

Kolejny zarzut dotyczył naruszenia art. 24 ust. 4 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy podlegającego wykluczeniu z postępowania, z powodu nie potwierdzenia przez tego Wykonawcę posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia stosownie do rozdz. VIII ppkt 1.1.1. SIWZ, który stanowił, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają wiedzę i doświadczenie niezbędne do realizacji zamówienia, w szczególności wykonywali w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert (...) dostawy kabli i przewodów elektroenergetycznych o łącznej wartości netto co najmniej 5.000.000 złotych.

Zwrócił uwagę, że na stronie 16 i 17 oferty konkurencyjnego wykonawcy został złożony wykaz wykonywanych dostaw w ostatnich 3 latach, w którym ostatnim odbiorcą dostawy na łączną kwotę 2.800.000 zł jest Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe „ELKABEL” Szczygielski sp. j.

Zauważył, że odbiorca ten jest podmiotem ściśle powiązany z drugim z konsorcjantów wykonawcy, tj. z Fabryką Kabli ELPAR Sp. z o.o., a z aktualnego odpisu KRS Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Handlowego „Elkabel” Szczygielski sp. j. wynika, że współnikami tej spółki są Andrzej Szczygielski i Marek Szczygielski. Natomiast aktualny KRS Fabryki Kabli Elpar Sp. z o.o. wskazuje na to, że Andrzej Szczygielski i Marek Szczygielski są członkami zarządu tej Spółki oraz jej udziałowcami. Sam zaś list referencyjny od Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Handlowe „Elkabel” Szczygielski sp. j. został wystawiony w dniu 19.09.2011r. (str. 35 oferty).

Podkreślił, iż bez ostatniej ze wskazanych dostaw wykonanej bezpośrednio na rzecz podmiotu powiązanego, bezpośrednio przed złożeniem oferty konkurent nie udowodniłby wymaganego doświadczenia, tj. wykonania dostaw kabli i przewodów elektroenergetycznych o łącznej wartości netto co najmniej 5.000.000 złotych.

Odwołujący na tle powyższych okoliczności miał wątpliwości, iż przedmiotowa dostawa nie wykazywała rzeczywistej, rynkowej transakcji, a w konsekwencji nie zostało udowodnione wymagane doświadczenie.

Ostatni zarzut wskazywał na naruszenie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu z postępowania, z powodu złożenia przez wykonawcę w ofercie nieprawdziwych

informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Nadmienił, że stosownie do rozdz. IV pkt 2 SIWZ, kable i przewody dostarczone przez wykonawców powinny pochodzić od producentów wskazanych przez danego wykonawcę w Formularzu cen (Załącznik nr 6 do SIWZ).

Natomiast wybrany wykonawca w swoim Formularzu cen (str. 13 oferty), wskazał w pozycji 16 kabel typu Excel, którego producentem jest jakoby firma Ensto, podczas gdy faktycznie ten typ kabla nie jest produkowany przez firmę Ensto, a przez firmę Ericsson. Tak więc zawarta w ofercie informacja nie jest zgodna ze stanem faktycznym, a wykonawca ten nie mógłby zagwarantować dostaw kabla od firmy, która nie jest jego producentem.

Zauważył również, iż wypełniając Formularz cen, Wykonawca nie podał faktycznie z jakich krajów pochodzą kable wymienione w 4 ostatnich pozycjach.

Według Odwołującego samo wskazanie „EU” jako Unii Europejskiej nie spełnia wymogów Formularza, który wyraźnie wymaga podania „Kraju pochodzenia oferowanego asortymentu”, a brak podania kraju pochodzenia uniemożliwia rzeczową weryfikację oferowanych przez Wykonawcę kabli.

W dniu 24.10.2011r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca - Konsorcjum w składzie: 1. Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe i Handlowe Elus Kazimierz Hinc, Leszek Kuźma sp. j. 2) Fabryka Kabli Elpar Sp. z o.o. wnosząc o oddalenie odwołania, również Zamawiający w piśmie z dnia 28.10.2011r. udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o jego oddalenie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia i jej załączników, ofertę Przystępującego, jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez uczestnika i strony wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Uwzględniając powyższe Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko, a Zamawiający i Przystępujący zgodnie wnosili o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art. 24 ust.2 pkt 3 i 4, ust. 4, art.89 ust.1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 z póź. zm.).

Przedmiotem rozstrzygnięcia niniejszego postępowania odwoławczego było zagadnienie czy Zamawiający zaniechał dokonania czynności odrzucenia oferty Przystępującego z powodu sprzeczności jej treści z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia niezgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych oraz wykluczenia tego wykonawcy z powodu złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, a także z powodu nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że Odwołujący nie udowodnił braku równoważności lub tożsamości międzynarodowych norm IEC wymienionych przez Przystępującego w certyfikacie zgodności i deklaracji zgodności załączonych do oferty w stosunku do tych norm polskich określonych w wymaganiach ogólnych specyfikacji technicznej dla kabli i przewodów elektroenergetycznych SN i nn. W odwołaniu częściowo nawet przyznał, że Przystępujący w deklaracjach zgodności wystawianych przez różnych producentów przywołuje normy, które swoim zakresem częściowo obejmują techniczne aspekty konstrukcji kabli. Próba jednak udowodnienia powyższych okoliczności nie powiodła się Odwołującemu.

Przedłożone na rozprawie kopie dokumentów dotyczące norm międzynarodowych IEC zostały złożone przez Odwołującego w języku angielskim, a zgodnie z § 19 ust.3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie.

Z powyższych względów Izba nie mogła dać wiary argumentacji Odwołującego opierającej się na tekście obcojęzycznym spornej normy międzynarodowej.

Jednocześnie w ocenie Izby Przystępujący zadośćuczynił żądaniu Zamawiającego, o którym mowa w rozdziale IX pkt 6.1 i 6.2 SIWZ - złożenia wraz z ofertą certyfikatu zgodności wystawionego przez notyfikowaną, niezależną jednostkę certyfikującą w zakresie badań próby długoterminowej wg normy PN-HD 620 S1 lub innej odpowiedniej normy będącej wdrożeniem dokumentu zharmonizowanego HD 620 S1 dla kabli średnich napięć oraz certyfikatów wydanych przez niezależną jednostkę akredytującą, posiadającą odpowiedni zakres akredytacji dla oferowanych typów. Dokumenty te znajdują się na stronach 76 – 83 złożonej przez Przystępującego oferty.

Izba przyjęła również, iż wymagania Zamawiającego z załącznika nr 1 do SIWZ w zakresie norm miały charakter jedynie ogólny, co oznacza, że nie wykluczał on również możliwości zastosowania norm międzynarodowych zawierających w sobie uregulowania, które zapewniały stosowanie odpowiednich norm polskich, powołane zaś w załączonych do oferty dokumentach normy IEC mają charakter norm międzynarodowych tworzonych przez Międzynarodową Komisję Elektrotechniczną będącą światową organizacją normalizacyjną.

Na tle rozpoznawanej sprawy Izba przyjęła zapatrywanie, że o istocie wymagań Zamawiającego w zakresie przedmiotu zamówienia przesądzały jego wymagania techniczne i jakościowe opisane w załączniku nr 1 do SIWZ. Odwołujący w złożonym odwołaniu nie podważał oferty Odwołującego z powodu sprzeczności jej treści z powyższymi postanowieniami ust.2 załącznika nr 1 do SIWZ, które miały charakter szczegółowy.

W zakresie drugiego zarzutu Odwołujący – według Izby - nie wykazał, że istnienie powiązań kapitałowych pomiędzy wystawcą dokumentu potwierdzającego spełnianie danego warunku udziału w postępowaniu a Przystępującym oznacza nie wykazanie spełniania tego warunku. Przepisy prawa zamówień publicznych w sposób zamknięty określają sytuacje skutkujące wykluczeniem wykonawcy, nie zalicza się do nich okoliczności występowania wątpliwości, że przedmiotowa dostawa może nie wykazywać rzeczywistej, rynkowej transakcji.

Ostatni zarzut również nie potwierdził się, bowiem Izba uznaje za omyłkę niepowodującą istotnych zmian w treści oferty sytuację podania innego podmiotu jako producenta.

Dodatkowo należy zauważyć, że informacja o producencie zawarta jest w załączonej do oferty deklaracji zgodności z dnia 6.12.2011r. na kabel Excel, w której wymieniono producenta Ericsson Network Technologies AB(strona 83 oferty). Zatem nie można mówić o złożeniu przez Przystępującego nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących

mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, lecz co najwyżej o omyłce. Dodatkowo należy wskazać, że przepis art.24 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp ma zastosowanie w warunkach celowego, zawinionego i zamierzonego zachowania wykonawcy, a nie w okolicznościach niekwalifikowanych wewnętrznym zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia Zamawiającego w błąd i wyzyskania tego błędu dla uzyskania zamówienia publicznego.

Podobnie sytuacja przedstawia się, jeżeli chodzi o podanie w ofercie przez Przystępującego kraju pochodzenia UE.

W ocenie Izby wskazanie w ofercie kraju pochodzenia jako UE precyzyjnie określa obszar na którym produkuje się zaoferowane kable. Natomiast deklarowanie kraju pochodzenia w warunkach, gdy produkt może być wytworzony w jednym lub nawet kilku miejscach na obszarze Unii Europejskiej nie znajduje uzasadnienia w kontekście wymagań SIWZ.

Reasumując Izba reprezentuje pogląd, że Odwołujący formułując zarzuty odwołania nie przedłożył dostatecznych dowodów dla ich potwierdzenia zgodnie z regułą wynikającą z art.6 kodeksu cywilnego.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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).

Przewodniczący:

.....