

WYROK

z dnia 10 sierpnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bogdan Artymowicz

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 sierpnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 sierpnia 2011 r. przez wykonawcę **ABB Sp. z o.o., 04-713 Warszawa, ul. Żegańska 1** w postępowaniu prowadzonym przez **ENEA Operator Sp. z o.o., 61-470 Poznań, ul. Strzeszyńska 58** przy udziale:

- A. wykonawcy **Schneider Electric Energy Poland Sp. z o.o., 43-190 Mikołów, ul. Żwirki i Wigury 52** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego
- B. wykonawcy **Ormazabal Polska Sp. z o.o., 95-100 Zgierz, ul. Dąbrowskiego 6/8** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie badania i oceny ofert z uwzględnieniem procedury określonej w art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) wobec wykonawcy **Ormazabal Polska Sp. z o.o., 95-100 Zgierz, ul. Dąbrowskiego 6/8;**
2. kosztami postępowania obciąża **Ormazabal Polska Sp. z o.o., 95-100 Zgierz, ul. Dąbrowskiego 6/8** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **ABB Sp. z o.o., 04-713 Warszawa, ul. Żegańska 1** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Ormazabal Polska Sp. z o.o., 95-100 Zgierz, ul. Dąbrowskiego 6/8** na rzecz **ABB Sp. z o.o., 04-713 Warszawa, ul. Żegańska 1** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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 Poznaniu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - ENEA Operator Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest dostawa transformatorów SN/nn dla Enea Operator Sp. z o. o. na potrzeby programu wymiany transformatorów o zawyżonych stratach.

Pismem z dnia 22 lipca 2011 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty wskazując jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy ORMAZABAL Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Zgierzu.

Wobec takiej czynności zamawiającego w dniu 1 sierpnia 2011 r. odwołanie złożył wykonawca ABB Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie zarzucając zamawiającemu:

- 1) zaniechanie odrzucenia na podst. art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 Nr 113, poz. 759 ze zm.) [dalej „ustawa p.z.p.”] oferty złożonej przez Ormazabal Polska sp. z o.o., mimo że oferta ta nie odpowiadała treści SIWZ;
- 2) dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Ormazabal Polska Sp. z o. o., mimo że oferta ta podlegała odrzuceniu.

Odwołujący wnosił o:

- 1) unieważnienie decyzji z dn. 22.07.2011 o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Ormazabal Polska sp. z o.o.;
- 2) odrzucenie oferty Ormazabal Polska Sp. z o.o.;
- 3) dokonanie ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty.

W uzasadnieniu odwołujący wskazywał, że przedmiotem zamówienia była dostawa m. in. transformatorów rozdzielczych o mocy 400kVA i grupie połączeń Dyn5. Ponadto odwołujący stwierdził, iż przedmiotem oferty złożonej przez Ormazabal Polska była m.in. dostawa transformatorów o mocy 400kVA, ale o grupie połączeń Dyn11, co wyraźnie wynikało z załączonej do jego oferty karty katalogowej. Powyższe w ocenie odwołującego stanowi o niezgodności treści oferty wybranego wykonawcy z treścią SIWZ. Podnosił dodatkowo, że zgodnie z treścią SIWZ Formularz Załącznika nr 1 do oferty zamieszczony w SIWZ wskazywał tylko na część parametrów określonych w Rozdz. II SIWZ. W pozostałym zakresie uzupełnienie tego załącznika stanowiła karta katalogowa, której złożenia żądał

zamawiający w Rozdz. II pkt.2.2. str. 25 SIWZ. Dopiero zestawienie tych dwóch dokumentów razem pozwalało uzyskać pełny opis przedmiotu zamówienia. W ocenie odwołującego należało zatem kartę katalogową traktować, jako integralną część oferty, bez której nie można stwierdzić, co jest przedmiotem zamówienia. Zatem oferta bez karty katalogowej nie zawierałaby podstawowego elementu, tj. jej przedmiotu. W ocenie odwołującego nie można było przyjąć, że wykonawca Ormazabal Polska, wpisując w treść oferty grupę połączeń Dyn11, popełnił błąd, ale że zaoferował inne transformatory niż wymagał zamawiający. Odwołujący podnosił, iż wyjaśnienia złożone przez wybranego wykonawcę skutkowały w istocie zaoferowaniem innego urządzenia niż zostało zaoferowane pierwotnie co w konsekwencji doprowadziło do nieuprawnionej zmiany treści oferty.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający - ENEA Operator Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu prowadzi postępowanie, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest dostawa transformatorów SN/nn dla Enea Operator Sp. z o. o. na potrzeby programu wymiany transformatorów o zawyżonych stratach.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21 kwietnia 2011 r. pod numerem 2011/S 78-128750.

Zgodnie z Rozdziałem II SIWZ *Opis przedmiotu zamówienia*, w punkcie 1.2 *Wymagane parametry znamionowe transformatorów zależne od mocy znamionowej* zamawiający wymagał, aby transformatory o mocy 400 kVA posiadały wartość parametru *Grupa połączeń Dyn 5*. Ponadto w Rozdziale I SIWZ, w punkcie 7.6, w którym Zamawiający wskazał dokumenty, które wykonawcy zobowiązani są załączyć do oferty, wraz z ofertą należało przedstawić karty katalogowe poszczególnych pozycji asortymentowych w formie wydrukowanej załączone do odpowiednich tabeli asortymentowych, a także komplet tych samych dokumentów w formie elektronicznej na płycie CD. Jednocześnie zgodnie z pkt. 2 Rozdziału II SIWZ *Opis przedmiotu zamówienia*, zamawiający w ramach dokumentacji technicznej która miała umożliwić mu ocenę oferty transformatorów i zgodności z Wymogami Technicznymi, wymagał dołączenia do oferty m.in. kart katalogowych oferowanych transformatorów zawierające podstawowe dane techniczne, rysunki gabarytowe oraz specyfikację wyposażenia dla wykonania tradycyjnego i specjalnego.

Izba ustaliła ponadto, iż do upływu terminu składania ofert swoje oferty złożyli:

- 1) Schneider Electric Energy Poland Sp. z o.o. na kwotę 14.348.910,00 zł netto;

- 2) ABB Sp. z o. o. na kwotę 14.303.035,00 zł netto;
- 3) Ormazabal Polska Sp. z o. o. na kwotę 13.423.00,00 zł netto.

Ponadto Izba ustaliła, iż na stronie 175 oferty wykonawca Ormazabal Polska zawarł kartę katalogową transformatora o mocy znamionowej kVA 400 gdzie grupę połączeń określono na Dyn 11.

Pismem z dnia 7 czerwca 2011 r. zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy p.z.p. zwrócił się do wykonawcy Ormazabal Polska o wyjaśnienie czy ujęte w ofercie transformatory o mocy 400 kVA spełniają wymogi SIWZ w zakresie parametru grupy połączeń, a określony w ofercie parametr Dyn11 jest błędny.

W odpowiedzi z dnia 15 czerwca 2011 r. wykonawca Ormazabal Polska wyjaśnił, że ujęte w ofercie transformatory o mocy 400kVA spełniają wymogi SIWZ w zakresie parametru grupy połączeń, a określony w ofercie parametr ((Dyn11) został omyłkowo wpisany – prawidłowy parametr to Dyn5. Jednocześnie do wyjaśnień wykonawca ten załączył prawidłową kartę katalogową.

Pismem z dnia 22 lipca 2011 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty wskazując jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy ORMAZABAL Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Zgierzu.

Czynność ta leży u podstaw przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła również, iż zamawiający w dniu 2 sierpnia 2011 r. wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego. W terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy p.z.p. swoje przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Ormazabal Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Zgierzu, natomiast po stronie odwołującego wykonawca Schneider Electric Energy Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie stając się uczestnikami przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Pismem z dnia 9 sierpnia 2011 r. zamawiający w całości uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia stron i uczestników złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zważył, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy p.z.p., jak również Izba uznała, iż odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy p.z.p. gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania jego oferta może być uznana za najkorzystniejszą.

Mimo uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba rozpoznała merytorycznie odwołanie zgodnie z dyspozycją art. 186 ust. 4 ustawy Pzp, w związku ze zgłoszeniem sprzeciwu co do tego uwzględnienia przez wykonawcę Ormazabal Polska Sp. z o. o., który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Izba uwzględniła odwołanie stwierdzając, że przystępujący – którego oferty dotyczyły zarzuty podniesione w odwołaniu – nie wykazał w sposób należyty, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego. Jednakże mając na względzie okoliczności przedmiotowej sprawy żądanie odrzucenia oferty przystępującego należało uznać za co najmniej przedwczesne. W ocenie Izby oferta przystępującego winna zostać oceniona ponownie, po wezwaniu tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy p.z.p. tj. w tym konkretnym przypadku karty katalogowej dla transformatorów o mocy 400 kVA. Wobec nie wyczerpania przez zamawiającego dyspozycji art. 26 ust. 3 ustawy p.z.p. żądanie odrzucenia oferty wykonawcy Ormazabal Polska Sp. z o. o. należało uznać za przedwczesne, gdyż dopiero nieprzedłożenie prawidłowych dokumentów z których wynikałoby iż oferowany wyrób nie spełnia wymogów określonych przez zamawiającego mogło by stanowić podstawę do odrzucenia oferty. Jednocześnie w tym miejscu Izba wskazuje, iż przedłożenie przez wykonawcę Ormazabal Polska Sp. z o. o. wraz z wyjaśnieniami nowej karty katalogowej należało uznać za nieskuteczne. Zgodnie z art. 26 ust. 3 uzupełnienie oświadczeń i dokumentów o których mowa w art. 25 ust. 1 może nastąpić wyłącznie na wezwanie zamawiającego w terminie przez niego wyznaczonym. Bezspornym jest iż zamawiający nie wzywał tego wykonawcy do przedłożenia nowej karty katalogowej, która miałaby potwierdzać parametry oferowanych transformatorów o mocy 400 kVA. Co prawda wykonawca Ormazabal Polska Sp. z o. o.

złożył wyjaśnienia w zakresie parametru grupa połączeń wskazując na błąd jednakże wbrew stanowisku zamawiającego, Izba uznała, że w trybie wyjaśnień doszło jedynie do zidentyfikowania przyczyny błędnego określenia parametru w dokumentach ofertowych. W ocenie Izby stan niezgodności między treścią złożonych dokumentów a wymaganiami zamawiającego nie został poprzez te wyjaśnienia wyeliminowany, wykonawca nie złożył bowiem prawidłowych dokumentów, które potwierdzałyby spełnianie wymagań zamawiającego.

Izba uznała, że sporne karty katalogowe są dokumentami, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy p.z.p. Celem ich przedłożenia było wykazanie, że oferowane dostawy, spełniają wymagania zamawiającego. Sam zakres tych dostaw został określony w formularzu oferty i doprecyzowany w załączniku zatytułowanym *Zestawienie ilości, cen i podstawowych parametrów technicznych oferowanych transformatorów*. O tym, że karta katalogowa mieści się w katalogu dokumentów o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy p.z.p. w tym konkretnym przypadku przesądził również zamawiający wymieniając ją wśród dokumentów które umożliwią mu dokonanie technicznej oceny oferty transformatorów i zgodności oferty z wymaganiami technicznymi (pkt 2.2 rozdziału II SIWZ). Zatem w przypadku, gdy treść dokumentów złożonych w ofercie jest niezgodna z wymaganiami, zamawiający zobowiązany był wezwać wykonawcę do ich uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy p.z.p. Przedłożenie nowych kart katalogowych, potwierdzających wymaganą wartość parametru „Grupa połączeń”, nie będzie prowadzić do niedozwolonej zmiany treści oferty, gdyż nie spowoduje zaoferowania innych niż pierwotnie transformatorów. Należy tylko zaznaczyć, że uzupełnione dokument winny dotyczyć transformatorów pierwotnie zaoferowanych. Przedmiot i zakres oferty wynika z innych dokumentów i nie ulegnie zmianie, wykonawca nie zmieniając oferowanych transformatorów potwierdzi jedynie ich zgodność z wymaganiami zamawiającego.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy p.z.p. oraz § 5 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....