

Sygn. akt: KIO 2204/13

WYROK
z dnia 1 października 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **30 września 2013 r.** w Warszawie odwołania z dnia **13 września 2013 r.** wniesionego przez wykonawcę **ABB Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Żagańska 1, 04-713 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego TAURON Dystrybucja S.A. z siedzibą w Krakowie, ul. Zawila 65L, 30-390 Kraków, Oddział w Wałbrzychu ul. Wysockiego 11, 58-300 Wałbrzych**,

przy udziale

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **[1] Elektrum Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku, ul. Watykańska 13, 15-638 Białystok [pełnomocnik]** i **[2] UNIBEP S.A. z siedzibą Bielsku Podlaskim, ul. 3 Maja 19, 17-100 Bielsk Podlaski** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **ABB Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Żagańska 1, 04-713 Warszawa**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **ABB Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Żagańska 1, 04-713 Warszawa**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez odwołującego **ABB Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Żagańska 1, 04-713 Warszawa** na rzecz zamawiającego **TAURON Dystrybucja S.A. z siedzibą w Krakowie, ul. Zawila 65L, 30-390 Kraków, Oddział w Wałbrzychu ul. Wysockiego 11, 58-300 Wałbrzych** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228, z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429 **oraz z 2012 r. poz. 769, poz. 951, poz. 1101, poz. 1271 i poz. 1529**) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający **TAURON Dystrybucja S.A. z siedzibą w Krakowie, ul. Zawila 65L, 30-390 Kraków, Oddział w Wałbrzychu ul. Wysockiego 11, 58-300 Wałbrzych** wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »**Modernizację rozdzielni 110 kV stacji 220/110/20 kV R – Świebodzice (GIS) – zadanie nr 000213**«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 16.04.2013 r. pod nrem 2013/S 074-124195.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228, z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429 **oraz z 2012 r. poz. 769, poz. 951, poz. 1101, poz. 1271 i poz. 1529**) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający zawiadomił 04.09.2013 r. o

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] Elektrum Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku, ul. Watykańska 13, 15-638 Białystok [pełnomocnik] i [2] UNIBEP S.A. z siedzibą Bielsku Podlaskim, ul. 3 Maja 19, 17-100 Bielsk Podlaski (dalej Elektrum);
- 2) odrzuceniu oferty wykonawcy **ABB Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Żegańska 1, 04-713 Warszawa.**

Wykonawca **ABB Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Żegańska 1, 04-713 Warszawa**, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł 13.09.2013 r. do Prezesa KIO odwołanie:

- 1) naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – przez niezasadne odrzucenie oferty odwołującego pomimo tego, że treść oferty była zgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej specyfikacji);
- 2) naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 Pzp – przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Elektrum pomimo tego, że cena tej oferty była wyższa od ceny oferty odwołującego, a kryterium wyboru zgodnie z rozdz. XVIII pkt 1 specyfikacji stanowiła cena.

Odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie unieważnienia czynności zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego;
- 2) nakazanie unieważnienia czynności zamawiającego o wyborze oferty wykonawcy Elektrum jako oferty najkorzystniejszej;
- 3) nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Argumentacja odwołującego

Zamawiający określił w rozdz. VIII specyfikacji warunki udziału w postępowaniu, a w rozdz. IX zawarł wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie wykonawcy mają załączyć do składanej oferty.

W rozdz. IX pkt 9 zamawiający zażądał dostarczenia certyfikatów zgodności wydanych w oparciu o ustawę z dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemie oceny zgodności (Dz. U. z 2010 r. Nr 138, poz. 935) przez notyfikowaną jednostkę certyfikującą, mającą siedzibę w państwie członkowskim Europejskiego Obszaru Gospodarczego potwierdzające, że dostarczona w ramach realizacji przedmiotu zamówienia rozdzielnica GIS jest zgodna z zasadniczymi wymaganiami.

Dowód: str. 3-5 specyfikacji.

Odwołujący składając ofertę załączył oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu określonych przez zamawiającego w specyfikacji i wszystkie wymagane przez zamawiającego dokumenty na potwierdzenie spełnienia tych wymogów.

Odnosnie wymogu z rozdz. IX pkt 9 specyfikacji odwołujący złożył do oferty dokumenty sporządzone w języku angielskim wraz z ich tłumaczeniem na język polski przez tłumacza przysięgłego. Dokumenty potwierdzały, że oferowana przez odwołującego rozdzielnica GIS jest zgodna tak z zasadniczymi jak szczegółowymi wymaganiami, w rozumieniu ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemie oceny zgodności, tj.:

Report of performance No. 07-A55

- badanie przyrostu temperatury przy prądzie 3150 A;
- pomiar rezystancji obwodu głównego przed i po badaniu przyrostu temperatury;

Report of performance No. 09-A09

- badanie krótkotrwałym prądem wytrzymywanym i szczytowym prądem wytrzymywanym;

Report of performance No. 07-S27

- dielektryczne badania typu trójfazowej rozdzielnicy typu ELK-04 w izolacji gazowej SF6 obsługującej napięcie 145 kV z szyną zbiorczą na prąd znamionowy 3150 A.

W treści tych dokumentów znajduje się stwierdzenie: „Badany obiekt (rozdzielnica) spełnił wymagania przedmiotowych norm”.

Normy, o których mowa to:

– w przypadku dokumentu Report of performance No. 07-A55/ *Sprawozdanie z badań nr 07- A55* norma IEC 62271-203, 2003 oraz IEC 60694, 1996;

– w przypadku dokumentu Report of performance No. 09-A09/ *Sprawozdanie z badań nr 09- A09* norma IEC 62271-100, 2006 oraz IEC 60694, 2002;

– w przypadku dokumentu Report of performance No. 07-S27/ *Sprawozdanie z badań nr 07- S27* norma IEC 60060-1 1989-11, IEC 62271-1 2007-10, IEC 62271-203 2003-11, IEEE C37. 122-1993.

Badanie dotyczyło m. in. takiego parametru pracy urządzenia jak prąd znamionowy 3150 A.

Dowód: Oferta odwołującego str. 150-162.

Pomimo to zamawiający w piśmie z 5.07.2013 r. zwrócił się do odwołującego m. in. o dostarczenie certyfikatu potwierdzającego badanie rozdzielnicy GIS o prądzie znamionowym szyn zbiorczych 1 = 3150 A (patrz pkt 1 tego pisma).

Dowód: Pismo zamawiającego z 5.07.2013 r.

Odwołujący odpowiadając na to wezwanie złożył ponownie certyfikat zgodności wydany w oparciu o wymagania ustawy z 30 sierpnia 2002 r. o systemie oceny zgodności zatytułowany Report of performance No. 09-A09/ *Sprawozdanie z badań nr 09-A09* wystawiony przez notyfikowaną jednostkę certyfikującą, w którym podkreślił, że badanie oferowanego urządzenia obejmowało spełnienie wymaganego przez zamawiającego parametru: prąd znamionowy 3150 A.

Dowód: Pismo odwołującego z 10.07.2013 r. wraz z załącznikami.

Zamawiający uznał, że odwołujący nie złożył w ofercie wymaganego w myśl rozdz. IX pkt 9 specyfikacji certyfikatu zgodności i odrzucił ofertę odwołującego.

Dowód: Pismo zamawiającego o odrzuceniu oferty z 3.09.2013 r., przesłane do odwołującego faksem 04.09.2013 r.

Informacja zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej z 03.09.2013 r. doręczona odwołującemu faksem 04.09.2013 r.

W ocenie odwołującego odrzucenie jego oferty przez zamawiającego z powodu rzekomej niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji zostało dokonane z naruszeniem przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Naruszenie to ma zasadniczy wpływ na wynik postępowania, ponieważ skutkowało dokonaniem niewłaściwego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający ocenił, że odwołujący nie złożył wymaganego w rozdz. IX pkt 9 specyfikacji certyfikatu zgodności, ponieważ dokumenty złożone przez odwołującego w ofercie i odpowiedzi na wezwanie zamawiającego nie spełniają postanowień specyfikacji i tylko z tego powodu odrzucił ofertę odwołującego.

Ocena tego wymogu specyfikacji dokonana przez zamawiającego nie znajduje oparcia w przepisach ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemie oceny zgodności, która to ustawa została przez zamawiającego przywołana w specyfikacji i dlatego nie można uznać, że jest ona prawidłowa.

Ustawa o systemie oceny zgodności definiuje pojęcie certyfikatu zgodności. Zgodnie z **art. 5 pkt 9 tej ustawy** przez certyfikat zgodności należy rozumieć dokument wydany przez notyfikowaną jednostkę certyfikującą, potwierdzający, że wyrób i proces jego wytwarzania są zgodne z zasadniczymi wymaganiami. Z kolei zgodnie z **art. 5 pkt 7 i 13 tej ustawy** przez notyfikowaną jednostkę certyfikującą należy rozumieć jednostkę dokonującą certyfikacji, o której mowa w pkt 8 czyli taką jednostkę, która została zgłoszona Komisji Europejskiej i państwom członkowskim Unii Europejskiej jako jednostka właściwa do wykonywania czynności określonych w procedurach oceny zgodności.

Zgodnie z **art. 5 pkt 8 tej ustawy** przez certyfikację należy rozumieć działanie jednostki certyfikującej, wykazujące, że należycie zidentyfikowany wyrób lub proces jego wytwarzania są zgodne z zasadniczymi lub szczegółowymi wymaganiami. Przez zasadnicze wymagania w myśl definicji zawartej w **art. 5 pkt 16 i 15 przytoczanej ustawy**, należy rozumieć wymagania w zakresie cech wyrobu, jego projektowania lub wytwarzania, określone w dyrektywach nowego podejścia czyli w dyrektywach Wspólnoty Europejskiej, uchwalonych zgodnie z zasadami zawartymi w uchwale Rady Unii Europejskiej z dnia 7 maja 1985 r., w sprawie nowego podejścia do harmonizacji technicznej oraz normalizacji.

Z **art. 5 przytoczanej ustawy** o systemie oceny zgodności wynika, że każdy dokument, który jest wystawiony przez notyfikowaną jednostkę certyfikującą i potwierdza zgodność wyrobu i procesu jego wytwarzania z zasadniczymi wymaganiami jest certyfikatem zgodności w rozumieniu tego przepisu.

Niezrozumiałe i wadliwe jest zatem stanowisko zamawiającego, że dokumenty złożone przez odwołującego w ofercie i w odpowiedzi na wezwanie z 05.07.2013 r. *nie spełniają zapisów specyfikacji* ponieważ jest całkowicie sprzeczne z przepisami ustawy o systemie oceny zgodności i zarazem z postanowieniami specyfikacji, gdyż te przepisy ustawowe zostały przywołane przez zamawiającego.

Odwołujący uzyskał opracowanie dokonane przez Biuro Studiów i Analiz Stowarzyszenia Elektryków Polskich, w którym to opracowaniu zostało stwierdzone, że przywołane powyżej dokumenty, złożone przez odwołującego w ofercie odpowiadają

ustawowej definicji certyfikatu zgodności, ponieważ są to dokumenty wydane przez notyfikowaną jednostkę certyfikującą SINTEF Energi AS SATS Certification (adres SEM Saelands vei 11 7465 Trondheim) potwierdzającą, że wyrób jest zgodny z zasadniczymi jak i szczegółowymi wymaganiami.

SINTEF Energi AS SATS Certification posiada akredytację nr PROD 016 wydaną przez Norwegian Accreditation 05.11.2004 r. ważną do 05.11.2014 r. Dokument akredytacyjny stwierdza, że SINTEF Energi AS SATS Certification spełnia wymagania normy EN 45011 „Wymagania ogólne dotyczące jednostek prowadzących system certyfikacji wyrobów”. Zakres kompetencji jest określony przez „Short-Circuit testing Liason General Guide” i wg ISO Guide 67 „Ocena zgodności, podstawy certyfikacji wyrobów” jest to program 1b (podstawą oceny wyrobu są badania i ocena jakości projektowej).

Na podstawie ogólnie dostępnych informacji wiadomo jest że Norwegian Accreditation (NA) adres: Fetveien 99, 2007 Kjeller, Norwegia jest jednostką akredytującą, odpowiednikiem polskiego PCA i tak jak PCA należy do międzynarodowej organizacji IAF (International Accreditation Forum). Należy zwrócić uwagę, że Norwegia należy do Europejskiego Obszaru gospodarczego, co jest wymagane przez przywołaną przez zamawiającego ustawę z dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemie oceny zgodności.

Dowód:

- Opracowanie wydane przez Biuro Studiów i Analiz Stowarzyszenia Elektryków Polskich
- Kopia dokumentu akredytacyjnego Akredytacja nr PROD 016
- Kopia tłumaczenia dokonane przez tłumacza przysięgłego Dokumentu akredytacyjnego Akredytacja nr PROD 016 z 15.11.2009 r.

W **art. 13 przytoczanej ustawy** znajduje się domniemanie, że wyrób spełnia określone zasadnicze wymagania, jeżeli jest zgodny z odpowiednimi postanowieniami norm zharmonizowanych lub specyfikacji zharmonizowanych.

Wymienione powyżej normy wskazane w treści ww. dokumentów załączonych przez odwołującego w ofercie są normami zharmonizowanymi w rozumieniu **art. 13 tej ustawy**. Domniemanie to nie zostało w żaden sposób obalone.

Zatem odwołujący wykazał w ofercie w wystarczający sposób, że oferowana przez niego rozdzielnica GIS jest zgodna z zasadniczymi wymaganiami i udowodnił to dokumentami załączonymi do oferty, które spełniają ustawowe wymogi dla certyfikatu zgodności wydanego w oparciu o ustawę z dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemie oceny zgodności.

Potwierdza to także jednoznacznie treść przywołanego powyżej Opracowania wydanego przez Biuro Studiów i Analiz Stowarzyszenia Elektryków Polskich.

Dowód: Opracowanie wydane przez rzeczoznawcę Biura Studiów i Analiz Stowarzyszenia Elektryków Polskich – str. 5/5 pkt 6 *Wnioski*.

Na skutek niezasadnego odrzucenia oferty odwołującego, zamawiający naruszył również przepis **art. 91 ust. 1 Pzp** dokonując wyboru oferty złożonej przez wykonawców Elektrum jako oferty najkorzystniejszej pomimo tego, że cena tej oferty była wyższa od ceny oferty złożonej przez odwołującego i to w sytuacji gdy cena stanowiła jedyne kryterium wyboru zgodnie z rozdz. XVIII pkt 1 specyfikacji.

Zachodzi zatem konieczność unieważnienia tej czynności zamawiającego oraz dokonania ponownej oceny ofert, w wyniku której zostanie wybrana jako najkorzystniejsza oferta odwołującego, ponieważ jej cena jest niższa od ceny oferty wykonawców Elektrum.

Odrzucenie oferty odwołującego i niewybranie jej jako najkorzystniejszej jest tego rodzaju naruszeniem przepisów ustawy, które wpływa bezpośrednio na wynik postępowania.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu **13.09.2013 r.** (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **13.09.2013 r.** (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

16.09.2013 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia [1] Elektrum Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku, ul. Watykańska 13, 15-638 Białystok [pełnomocnik] i [2] UNIBEP S.A. z siedzibą Bielsku Podlaskim, ul. 3 Maja 19, 17-100 Bielsk Podlaski złożyli (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodów złożonych przez odwołującego:

- 1) (dowód nr 1) **dokument prywatny w postaci opracowania wydanego przez Instytut Energetyki w Warszawie akredytacja PCA nr AC117 – na potwierdzenie, że dokumenty złożone w ofercie odwołującego odpowiadają treści specyfikacji;**
- 2) (dowód nr 2) **Certyfikat zgodności 48/2013 z 19.08.2013 r. na potwierdzenie, że oferowane urządzenie przed upływem terminu składania ofert odpowiadało w pełni wymaganiom zamawiającego;**

dowodu złożonego przez przystępującego:

3) (dowód nr 3) tłumaczenie treści stron internetowych podmiotu SATS, o których mowa w piśmie z 16.09.2013 r. o przystąpieniu do postępowania odwoławczego na potwierdzenie, że podmiot SATS rozróżnia dwa rodzaje dokumentów – certyfikaty i raporty z wyników

– Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – przez niezasadne odrzucenie oferty odwołującego pomimo tego, że treść oferty była zgodna z treścią specyfikacji – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający żądał w rozdz. IX pkt 9 specyfikacji cyt. »Na podstawie art. 26 ust. 2a ustawy [Pzp] wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków dostarczenia certyfikatu [...] winni dostarczyć poniższe oświadczenia i dokumenty [...] Certyfikaty zgodności wydane w oparciu o Ustawę z dnia 30.08.2002 r. „O systemie oceny zgodności” przez notyfikowaną jednostkę certyfikującą, mającą siedzibę w państwie członkowskim Europejskiego Obszaru Gospodarczego potwierdzające, że dostarczona w ramach realizacji przedmiotu zamówienia rozdzielnica GIS jest zgodna z zasadniczymi wymaganiami« [pisownia oryginalna].

Odwołujący (wykonawca ABB) w terminie składania ofert – 5 czerwca 2013 r. nie dysponował certyfikatem rozdzielnicy na prąd znamionowy 3150 A. Dlatego odwołujący (wykonawca ABB) zamiast wymaganego certyfikatu na instalowaną rozdzielnicę na prąd znamionowy 3150 A złożył w ofercie Certyfikat nr 32/596/EP/09 z 15.09.2009 r. oraz:

Report of performance No. 07-A55

- badanie przyrostu temperatury przy prądzie 3150 A;
- pomiar rezystancji obwodu głównego przed i po badaniu przyrostu temperatury;

Report of performance No. 09-A09

- badanie krótkotrwałym prądem wytrzymywanym i szczytowym prądem wytrzymywanym;

Report of performance No. 07-S27

- dielektryczne badania typu trójfazowej rozdzielnicy typu ELK-04 w izolacji gazowej SF6 obsługującej napięcie 145 kV z szyną zbiorczą na prąd znamionowy 3150 A.

W treści tych dokumentów znajduje się stwierdzenie: „Badany obiekt (rozdzielnica) spełnił wymagania przedmiotowych norm”.

Zamawiający, zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp, który brzmi: »Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 [Pzp], lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 [Pzp], 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«, wezwał 05.05.2013 r. wykonawcę ABB do dostarczenia cyt. »certyfikatu potwierdzającego badanie rozdzielnicy GIS o prądzie znamionowym szyn zbiorczych I=3150 A«. Jednocześnie zamawiający przytoczył postanowienie rozdz. IX pkt 9 specyfikacji (zamawiający nazywa tę jednostkę redakcyjną – punktem IX ust 9, jednak właściwie przytacza jej pełne brzmienie) i zamawiający wskazał, że na stronach 50 i 51 oferty znajduje się certyfikat i ocena techniczna dotyczące cyt. »badania rozdzielnicy GIS o prądzie znamionowym szyn zbiorczych do 2500 A natomiast wymagany w SIWZ i PF-U znamionowy prąd szyn zbiorczych powinien wynosić I=3150 A«.

W odpowiedzi na to wezwanie odwołujący (wykonawca ABB), w wymaganym terminie, 10.07.2013 r. przekazał cyt. »W załączeniu przesyłamy certyfikat wystawiony przez akredytowaną jednostkę (SATS Certification) mającą siedzibę w państwie członkowskim Unii Europejskiej, potwierdzającą badanie oferowanej rozdzielnicy GIS typu ELK-04 o prądzie znamionowym 3150 A. [...] Załączniki: 1. Certyfikat SATS dla rozdzielnicy GIS na 3150 A«. Jednak odwołujący (wykonawca ABB) do pisma załączył jedynie sprawozdania z badań, które były dołączone do oferty.

Wobec niespełnienia przez odwołującego (wykonawcę ABB) wymogu rozdz. IX pkt 9 (zamawiający nazywa tę jednostkę redakcyjną – punktem IX ust 9, jednak właściwie

przyczą jej pełne brzmienie) zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy ABB, gdyż uznał, że wykonawca ABB nie złożył w ofercie wymaganego w myśl rozdz. IX pkt 9 specyfikacji certyfikatu zgodności. Zamawiający zawiadomił o tym odwołującego (wykonawcę ABB) 03.09.2013 r.

Skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiający wyraźnie w rozdz. IX pkt 9 specyfikacji wskazał, że wymaga załączenia do oferty certyfikatów zgodności wydanych w oparciu o ustawę z dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemie oceny zgodności (Dz. U. z 2010 r. Nr 138, poz. 935 ze zm.). Natomiast odwołujący rozumiał to postanowienie jako wymóg spełnienia wymagań do uzyskania certyfikatu.

Odwołujący załączył do oferty, a później do wyjaśnień i uzupełnień oferty na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp – zamiast żądanego w specyfikacji certyfikatu – sprawozdania z badań (report of performance). Są to dokumenty cząstkowe, na których podstawie (i wielu innych) jednostka certyfikująca wydaje certyfikat, a sprawozdania te nie są certyfikatami. Dlatego zamawiający nie mógł uznać, że załączone do oferty i wyjaśnień dokumenty są certyfikatami i w związku z tym zamawiający był zobligowany uznać, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji, czyli podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Skład orzekający Izby zauważa także, że wykonawcy mogą w trakcie procedury zwracać się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji, zgodnie z art. 38 ust. 1 zdanie pierwsze Pzp, które brzmi: „Wykonawca może zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia”.

W praktyce częstokroć takie wyjaśnienia prowadzą do zmiany treści specyfikacji. Jednak musi się to odbywać przed upływem terminu składania ofert, co wynika z art. 38 ust. 4 zdanie pierwsze Pzp, które brzmi: „W uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia”. W rozpoznawanej sprawie odwołujący próbował zasugerować inne rozumienie postanowienia niż wynika to z jego treści zawartej w rozdz. IX pkt 9 specyfikacji, przytoczonego powyżej. Jednak odwołujący wskazywał na odmienną możliwość rozumienia postanowień specyfikacji już po upływie terminu składania ofert, co zgodnie z przytoczonym przepisem art. 38 ust. 4 Pzp jest niedopuszczalne.

Jednocześnie zamawiający nie wykazał, w żaden sposób, że jego wyrób posiada wymagany certyfikat, chociaż w rzeczywistości oferowana rozdzielnica GIS spełniała wymagania do uzyskania certyfikatu, czego dowodem jest znajdujący się w dokumentacji i złożony jako dowód nr 2 Certyfikat zgodności nr 048/2013 wystawiony 19.09.2013 r. przez Instytut Energetyki Instytut Badawczy, ul. Mory 8, 01-330 Warszawa. W związku z datą wystawienia tego dokumentu (oraz faktem, że właściwy certyfikat nie został złożony zamawiającemu w terminie wynikającym z wyżej wspomnianego żądania zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp) zamawiający nie mógł wziąć dokumentu pod uwagę w trakcie

badania ofert. Wobec tego zamawiający był zobligowany odrzucić ofertę odwołującego, gdyż musiał stwierdzić, że treść przedmiotowej oferty nie zawiera wymaganego dokumentu, czyli treść nie odpowiada treści specyfikacji. Wymóg takiego postępowania jest zawarty w art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, który brzmi: „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 [Pzp]”. W rozpoznawanym postępowaniu nie wystąpił przypadek unormowany w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, który brzmi: „Zamawiający poprawia w ofercie [...] 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”.

Wobec powyższego skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiający zasadnie odrzucił ofertę odwołującego i w związku z tym zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – przez niezasadne odrzucenie oferty odwołującego – nie może zasługiwać na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut dokonania naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 Pzp – przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Elektrum pomimo tego, że cena tej oferty była wyższa od ceny oferty odwołującego, a kryterium wyboru zgodnie z rozdz. XVIII pkt 1 specyfikacji stanowiła cena – nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący nie wykazał, że jego oferta nie powinna zostać odrzucona, a z tego względu zamawiający nie naruszył żadnego przepisu dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty spośród pozostałych ofert, które zostały złożone w rozpoznawanym postępowaniu.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę dowody złożone przez strony.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3 600, 00 zł zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: