

Sygn. akt: KIO 2335/14

WYROK
z dnia 21 listopada 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 listopada 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 listopada 2014 r. przez TELE-FONIKA Kable S.A. w Krakowie, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez TAURON Dystrybucja S.A. w Krakowie,

przy udziale EKSA Sp. z o.o. w Sokołowie zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża TELE-FONIKA Kable S.A. w Krakowie i:**
 - 2.1.** zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez TELE-FONIKA Kable S.A. w Krakowie tytułem wpisu od odwołania.
 - 2.2.** zasądza od TELE-FONIKA Kable S.A. w Krakowie na rzecz TAURON Dystrybucja S.A. w Krakowie 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 (tj. 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 Krakowie.

UZASADNIENIE

Zamawiający, TAURON Dystrybucja S.A. w Krakowie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę kabli elektroenergetycznych na potrzeby TAURON Dystrybucja S.A.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 8 sierpnia 2014 r. w Dz. Urz. UE Nr 2014/S 151-272190.

W dniu 29.10.2014 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o jego wynikach.

W dniu 07.11.2014 r. TELE-FONIKA Kable S.A. w Krakowie wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem następujących czynności i zaniechań Zamawiającego:

1. Zaniechanie odrzucenia w zakresie Zadania nr 1 zamówienia (Kable elektroenergetyczne nN z żyłami aluminiowymi i żyłami miedzianymi o izolacji z polietylenu usieciowanego i powłoce polwinitowej) oferty złożonej przez wykonawcę działającego pod firmą EKSA Sp. z o.o. z siedzibą w Sokołowie (dalej „EKSA”) pomimo, iż oferta tegoż wykonawcy nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej także SIWZ) albowiem zaoferowano inne kable (YAKXS-żo oraz YKXS-żo) niż wymagał Zamawiający (YAKXS oraz YKXS);
ewentualnie
2. Zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę EKSA w zakresie Zadania 1 zamówienia („Kable elektroenergetyczne nN z żyłami aluminiowymi i żyłami miedzianymi o izolacji z polietylenu usieciowanego i powłoce polwinitowej”) pomimo, iż wykonawca ten nie wykazał spełnienia przez oferowane przez EKSA kable wymagań określonych przez Zamawiającego w SIWZ albowiem przedłożone przez EKSA oświadczenia producentów kabli dotyczą innych kabli niż oferowanych przez EKSA;
i w konsekwencji

3. Dokonanie wyboru oferty EKSA w zakresie Zadania nr 1 zamówienia („Kable elektroenergetyczne nN z żyłami aluminiowymi i żyłami miedzianymi o izolacji z polietylenu usieciowanego i powłoce polwinitowej”) jako najkorzystniejszej, podczas gdy oferta tego wykonawcy powinna była zostać uznana za odrzuconą na podstawie wskazanej w pkt. 1 lub 2 powyżej;

Na wypadek uznania, iż oferta EKSA odpowiada jednak treści SIWZ:

4. Zaniechanie wezwania wykonawcy EKSA w zakresie Zadania 1 zamówienia („Kable elektroenergetyczne nN z żyłami aluminiowymi i żyłami miedzianymi o izolacji z polietylenu usieciowanego i powłoce polwinitowej”) do uzupełnienia dokumentów dotyczących wykazania spełnienia przez oferowane przez EKSA kable wymagań określonych przez Zamawiającego w SIWZ albowiem przedłożone dokumenty dotyczą innych kabli (oznaczonych jako YAKXS i YKXS) niż oferowanych przez EKSA (oznaczenia YAKXS-żo i YKXS-żo), a oznaczenia te nie są tożsame i dotyczą innych kabli,

i w konsekwencji

5. Dokonanie wyboru oferty EKSA w zakresie Zadania nr 1 zamówienia („Kable elektroenergetyczne nN z żyłami aluminiowymi i żyłami miedzianymi o izolacji z polietylenu usieciowanego i powłoce polwinitowej”) jako najkorzystniejszej, pomimo, iż wykonawca ten nie wykazał, iż oferowane przez niego kable spełniają wymagania określonych przez Zamawiającego w SIWZ;

oraz niezależnie od powyższych, na:

6. Zaniechanie unieważnienia Postępowania w zakresie Zadania nr 1 zamówienia („Kable elektroenergetyczne nN z żyłami aluminiowymi i żyłami miedzianymi o izolacji z polietylenu usieciowanego i powłoce polwinitowej”) pomimo występowania niemożliwej do usunięcia wady Postępowania uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego polegającej na niejednoznacznym i wewnątrznie sprzecznym opisie przedmiotu zamówienia w zakresie Zadania nr 1 zamówienia (niejasność czy Zamawiający zamawia kable YAKXS i YKXS czy też kable YAKXS-żo i YKXS-żo), co stanowiło naruszenie przepisów ustawy Prawo o zamówieniach publicznych i miało (bądź co najmniej mogło mieć) wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 82 ust. 3 Pzp polegające na ich niezastosowaniu i zaniechaniu odrzucenia oferty EKSA, w zakresie Zadania nr 1, w sytuacji gdy oferta

tegoż wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ albowiem zaoferowano kable oznaczone YAKXS-żo oraz YKXS-żo, zaś Zamawiający w SIWZ wskazał, iż zamawia kable o oznaczeniu YAKXS oraz YKXS, a oznaczenia te nie są tożsame i dotyczą innych kabli;

2. art 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art 82 ust. 3 Pzp w zw. z art 25 ust 1 pkt 2 Pzp, polegające na ich niezastosowaniu i zaniechaniu odrzucenia oferty EKSA, w zakresie Zadania nr 1, w sytuacji gdy oferta tegoż wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ albowiem wykonawca ten nie wykazał spełnienia przez oferowane przez EKSA kable wymagań określonych przez Zamawiającego w SIWZ w postaci przedłożenia oświadczenia producentów kabli o zapewnieniu produkcji oferowanych kabli i zabezpieczeniu dostaw dla potrzeb EKSA, podczas gdy oświadczenia złożone przez producentów kabli dotyczą innych kabli niż oferowanych przez EKSA;
3. art. 26 ust 3 Pzp w zw. z art. 25 ust 1 pkt 2 Pzp poprzez ich niezastosowanie polegające na zaniechaniu wezwania wykonawcy EKSA w zakresie Zadania 1 zamówienia do uzupełnienia dokumentów dotyczących wykazania spełnienia przez oferowane przez EKSA kable wymagań określonych przez Zamawiającego w SIWZ albowiem przedłożone przez EKSA dokumenty w postaci Certyfikatu zgodności nr 054/2013 oraz Certyfikatu zgodności nr 055/2013 dotyczą kabli oznaczonych jako YAKXS oraz YKXS, podczas gdy oferowane przez EKSA kable są oznaczone jako YAKXS-żo i YKXS-żo, a oznaczenia te nie są tożsame i dotyczą innych kabli;
4. art. 91 ust 1 Pzp w związku z art. 7 ust 3 Pzp, polegające na dokonaniu wyboru oferty EKSA jako najkorzystniejszej w zakresie Zadania numer 1 niezgodnie z przepisami ustawy, albowiem oferta EKSA podlegała w zakresie tego zadania odrzuceniu w oparciu o podstawę wymienioną w pkt 1 lub 2 zarzutów powyżej, bądź jako niekompletna nie pozwalała na dokonanie pełnej jej oceny (zarzut z pkt. 3 powyżej).
5. art 93 ust. 1 pkt. 7 Pzp w zw. z art 146 ust 6 Pzp w zw. z art 29 ust 1 Pzp oraz art. 30 ust 1 Pzp poprzez ich niezastosowanie polegające na braku unieważnienia Postępowania w zakresie Zadania nr 1 zamówienia («Kable elektroenergetyczne nN z żyłami aluminiowymi i żyłami miedzianymi o izolacji z polietylenu usieciowanego i powłoce polwinitowej») pomimo występowania niemożliwej do usunięcia wady Postępowania uniemożliwiającej zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego polegającej na niejednoznacznym i wewnętrznie sprzecznym opisie przedmiotu zamówienia w zakresie Zadania nr 1 zamówienia, poprzez niejednoznaczne określenie czy Zamawiający zamawia kable YAKXS oraz YKXS czy też kable YAKXS-żo oraz YKXS-żo, w szczególności poprzez nieprawidłowe określenie typu kabla w odwołaniu do polskiej normy PN-HD 603

S1:2006/A3:2009 co stanowiło naruszenie przepisów ustawy Prawo o zamówieniach publicznych i miało (bądź co najmniej mogło mieć) wpływ na wynik postępowania i tym samym może stanowić podstawę do unieważnienia umowy na wniosek Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia dokonania w dniu 29 października 2014 r. wyboru oferty EKSA Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w zakresie Zadania nr 1 zamówienia („Kable elektroenergetyczne nN z żyłami aluminiowymi i żyłami miedzianymi o izolacji z polietylenu usieciowanego i powłoce polwinitowej);
2. ponownego dokonania czynności badania i oceny ofert w zakresie Zadania 1 zamówienia (Kable elektroenergetyczne nN z żyłami aluminiowymi i żyłami miedzianymi o izolacji z polietylenu usieciowanego i powłoce polwinitowej) po uprzednim odrzuceniu oferty EKSA Sp. z o.o.,

ewentualnie

3. ponownego dokonania czynności badania i oceny ofert w zakresie Zadania 1 zamówienia (Kable elektroenergetyczne nN z żyłami aluminiowymi i żyłami miedzianymi o izolacji z polietylenu usieciowanego i powłoce polwinitowej) po uprzednim wezwaniu Eksa Sp. z o.o. do uzupełnienia oferty,

ewentualnie

4. unieważnienia postępowania w zakresie Zadania 1 zamówienia („Kable elektroenergetyczne nN z żyłami aluminiowymi i żyłami miedzianymi o izolacji z polietylenu usieciowanego i powłoce polwinitowej”) z uwagi na występowanie wady postępowania mającej wpływ na jego wynik w postaci niejednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia

W uzasadnieniu odwołania wskazano m.in.:

„[...]”

I. Zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Eksa Sp. z o.o. z uwagi na sprzeczność oferty z zapisami SIWZ (art 89 ust 1 pkt 2) PZP w zw. z art. 82 ust 3 PZP).

Zamawiający w SIWZ wskazał w zakresie Zadania nr 1 („Kable elektroenergetyczne nN z żyłami aluminiowymi i żyłami miedzianymi o izolacji z polietylenu usieciowanego i powłoce polwinitowej), iż przedmiotem dostaw mają być kable elektroenergetyczne w następującym asortymencie:

Lp.	Typ
1	Kabel 1kV YAKXS 4x35 mm ² SE
2	Kabel 1kVYAKXS4x70 mm ² SE
3	Kabel 1 kV YAKXS 4x120 mm ² SB
4	Katwl 1kV YAKXS 4x240 mm ² SM
5	Kabel 1kV YKXS 1x120 mm ² RMC
6	Kabel 1kV YKXS 1x240 mm ² RMC
7	Kabel 1kV YKXS 4x35 mm ² SM
8	Kabel 1KVYKXS 4x70 mm ² SM
9	Kabel 1kV YKXS 4x120 mm ² SM
10	Kabel 1kV YKXS 4x240 mm ² SM

Dowód: 5. pkt 2.2.1.1. SIWZ (str. 7) - w aktach Zamawiającego

Podobnie przedmiot zamówienia opisany jest (poprzez wskazanie na oznaczenie zamawianych kabli jako YAKXS i YKXS) w Formularzu cenowym stanowiącym załącznik nr 1 do Formularza Oferty (załącznik nr 1 do SIWZ).

Dowód: 6. Formularz cenowy stanowiący załącznik nr 1 do Formularza Oferty (załącznik nr 1 do SIWZ) (str. 40-41) - w aktach Zamawiającego

Wykonawca Eksa Sp, z o.o. składając ofertę w zakresie Zadania nr 1 złożył ofertę, w której zaoferował Zamawiającemu inne kable - oznaczone jako YAKXS-żo i YKXS-żo.

Co więcej EKSA dokonała zmiany w Formularzu cenowym, stanowiącym załącznik nr 1 do Formularza Oferty, poprzez wprowadzenie zmian w kolumnie „Typ (oznaczenie) kabla lub inny równoważny” z oryginalnych opisów YAKXS i YKXS z formularza przygotowanego przez Zamawiającego, na własne opisy podane przez EKSA - YAKXS-żo i YKXS-żo.

Dowód: 7. Formularz cenowy stanowiący załącznik nr I do Formularza Oferty EKSA (str. 7-8 oferty) - dokument w aktach Zamawiającego

Należy podkreślić, iż kable YAKXS oraz YKXS są to inne kable niż YAKXS-żo oraz YKXS-żo.

Oferowane przez EKSA kable różnią się budową od kabli będących przedmiotem zamówienia w zakresie żyły ochronnej. W kablach o symbolach YAKXS oraz YKXS nie występuje żyła ochronna żółto-zielona, a w kablach o symbolach YAKXS-żo oraz YKXS-żo jest taka żyła ochronna. W konsekwencji dla kabli o tej samej ilości żył, dla kabli YAKXS oraz

YKXS kolory poszczególnych żył to: czarna, brązowa, szara i niebieska, a dla kabli YAKXS-žo oraz YKXS-žo kolory żył to: czarna, brązowa, szara i żółto-zielona.

Inne też jest zastosowanie kabli YAKXS oraz YKXS niż kabli YAKXS-žo oraz YKXS-žo. Kable YAKXS-žo oraz YKXS-žo stosuje się dla symetrycznych odbiorów sieci w układzie TN-S (zasilanie nie wymaga przewodu neutralnego), natomiast kable YAKXS oraz YKXS stosuje się dla niesymetrycznych odbiorów w sieci w układzie TN-C, gdzie rolę przewodu ochronno-neutralnego pełni przewód o kolorze żyły neutralnej. Przenikanie się tych systemów grozi poważnymi konsekwencjami dla życia i zdrowia użytkowników.

Na rozróżnienie kabli YAKXS-žo i YKXS-žo oraz YAKXS i YKXS wskazuje już sama EKSA wymieniając oba te typy kabla obok siebie w złożonych wraz z ofertą deklaracjami zgodności nr PRRO/CE/O16/T/14 oraz PRHU/CE/026/T/14.

Dowód: 8. deklaracja zgodności nr PRRO/CE/O16/T/14 - załącznik nr XXIV do oferty EKSA (str. 60-61 oferty) - dokument w aktach Zamawiającego 9. deklaracja zgodności nr PRHU/CE/026/T/14 - załącznik nr XXIV do oferty EKSA (str. 62-63 oferty) - dokument w aktach Zamawiającego

Tym samym kable oferowane przez EKSA, tj. YAKXS-žo oraz YKXS-žo nie są kablami zamawianymi przez Zamawiającego i tym samym oferta EKSA nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W konsekwencji oferta EKSA jako niezgodna z SIWZ winna była być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) PZP w zw. z art. 82 ust. 3 PZP 1 nie powinna być brana pod uwagę przy ocenie dokonywanej przez Zamawiającego i tym samym nie mogła być wybrana.

II. Zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Eksa Sp. z o.o. z uwagi na brak wykazania spełnienia przez oferowane przez EKSA kable wymagań określonych przez Zamawiającego w SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2) PZP w zw. z art. 82 ust 3 PZP w zw. z art 25 ust 1 pkt 2) PZP).

Zamawiający w zakresie potwierdzenia spełnienia wymagań dla dostaw (pkt. 3.3 SIWZ) wymagał w przypadku -wykonawców nie będących producentami oferowanych kabli złożenia oświadczenia producenta oferowanych kabli o zapewnieniu produkcji oferowanych kabli i zabezpieczeniu dostaw dla potrzeb wykonawcy (pkt. 3.3.1.3. SIWZ).

Dowód: 10. pkt. 3.3.1.3. SIWZ (str. 15) - w aktach Zamawiającego

Eksa Sp. z o.o. w zakresie oferowanych w ramach Zadania nr 1 kabli nie jest ich producentem.

Dowód: 11 .Formularz cenowy stanowiący załącznik nr I do Formularza Oferty

EKSA (str. 7-8 oferty) - oryginał w aktach Zamawiającego

EKSA wraz z ze swoją ofertą złożyła kopie oświadczeń producenta kabli, a to Prysmian Cabluri SI Systeme, po czym na skutek wezwania Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów przedłożyła oświadczenie Prysmian MKM Magyar Kabeli Muvek Kft.

W oświadczeniach zarówno Prysmian Cabluri SI Systeme, jak i Prysmian MKM Magyar Kabeli Muvek- Kft. producenci oferowanych kabli wskazują, iż zapewniają dostawy dla kabli oznaczonych tylko jako YAKXS oraz YKXS, nie ma mowy o kablach YAKXS-žo bądź YKXS-žo.

Dowód: 12. oświadczenia Prysmian Cabluri SI Systeme z dnia 02.09.2014r. załączniki nr XXVI do oferty EKSA (str. 67-68 oferty) - dokument w aktach Zamawiającego

13. oświadczenia Prysmian MKM Magyar Kabeli Muvek Kft. z dnia 02.09.2014r. załączniki nr XXVI do oferty EKSA (uzupełnienie za pismem z dnia 14.10.2014r.) - dokument w aktach Zamawiającego

Jednocześnie jak wyżej wskazano (przy omawianiu zarzuty I) EKSA oferuje Zamawiającemu kable oznaczone jako YAKXS-žo oraz YKXS-žo.

Tym samym EKSA nie wykazała, iż producenci, u których EKSA będzie zaopatrywać się w kable dostarczą EKSA kable oferowane Zamawiającemu, tj. YAKXS-žo oraz YKXS-žo.

Co istotne EKSA nie będąc producentem oferowanych przez siebie kabli jest w 100% zdana, na dostawy od wskazanych producentów. Skoro producenci ci nie zapewniają EKSA dostaw oferowanych kabli (bo będą dostarczać inne kable) to nie został spełniony wymóg Zamawiającego dotyczący zapewnienia pewności dostaw.

W konsekwencji EKSA nie wykazała, iż spełnia wymagania dla dostaw stawiane przez Zamawiającego w SIWZ.

Jednocześnie mając na uwadze, iż Zamawiający pismem z dnia 13.10.2014r. wzywał EKSA o uzupełnienie oświadczeń producentów kabli oferowanych przez EKSA, to w świetle zasady jednokrotnego wzywania do uzupełnienia dokumentów nie jest możliwe ponowne wezwanie EKSA do uzupełnienia oświadczeń producentów kabli, tak by oświadczenia te były zgodne z rodzajem kabli oferowanym przez EKSA.

Dowód: 14. wezwanie Zamawiającego z dnia 13.10.2014r. - dokument w aktach Zamawiającego

Tym samym oferta EKSA jako niewykazująca spełnienia warunków stawianych przez Zamawiającego w zakresie dostaw winna zostać odrzucona. Zamawiający nie dokonując tej czynności dopuścił się zatem naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2) PZP w zw, z art. 82 ust. 3 PZP w zw. z art. 25 ust 1 pkt 2) PZP.

III. Zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Eksa Sp. z o.o. z uwagi na brak wykazania spełnienia przez oferowane przez EKSA kable wymagań określonych przez Zamawiającego w SIWZ (art. 26 ust. 3 PZP w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2) PZP).

Zamawiający w pkt. 3.3.1.1. SWIZ wskazał, iż wymaga by dla potwierdzenia spełnienia wymagań dla oferowanych kabli wykonawcy przedłożyli:

1. certyfikaty zgodności wydane przez akredytowaną jednostkę certyfikującą potwierdzającą wykonanie kabli nN będących przedmiotem postępowania zgodnie normą PN-HD 603 S1:2006/A3:2009 „Kable elektroenergetyczne na napięcie znamionowe 0,6/1 kV. Certyfikat zgodności musi być wydany przez jednostkę certyfikującą posiadającą akredytację PCA w zakresie normy PN-HD 603 S1:2006/A3:2009 „Kable elektroenergetyczne na napięcie znamionowe 0,6/1 kV.

2. deklaracje zgodności potwierdzające wykonanie przedmiotu postępowania PN-HD 603 S1:2006/A3:2009 „Kable elektroenergetyczne na napięcie znamionowe 0,6/1 kV

Dowód: 15. pkt. 3.3.1.1. SIWZ (str. 14) - w aktach Zamawiającego

EKSA wraz ze swoją ofertą przedłożyła co prawda powyższe dokumenty tym niemniej dokumenty w postaci Certyfikatu zgodności nr 054/2013 oraz Certyfikatu zgodności nr 055/2013 odnoszą się do innych kabli niż oferowane przez EKSA.

Dokumenty te, tj. Certyfikatu zgodności nr 054/2013 oraz nr 055/2013 odnoszą się bowiem do kabli VAKXS oraz YKXS, podczas gdy EKSA oferuje Zamawiającemu inne kable, tj. YAKXS-żo oraz YKXS-żo.

Dowód: 16. Certyfikat zgodności nr 054/2013 - załącznik nr XIX do oferty EKSA (str. 40-42 oferty) - dokument w aktach Zamawiającego 17. Certyfikat zgodności nr 055/2013 - załącznik nr XIX do oferty EKSA (str. 43*45 oferty) - dokument w aktach Zamawiającego

Z powyższego jednoznacznie wynika, iż Certyfikaty zgodności nr 054/2013 oraz nr 055/2013 przedłożone przez EKSA, a wymagane przez Zamawiającego, nie dotyczą kabli oferowanych przez EKSA.

Tym samym koniecznym było wezwanie EKSA (w trybie art. 26 ust. 3 PZP) do przedłożenia prawidłowych dokumentów wymaganych przez Zamawiającego, czego Zamawiający nie uczynił, przez co naruszył treść art. 26 ust. 3 PZP w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2) PZP.

IV. Zarzut dotyczący dokonania wyboru oferty EKSA jako najkorzystniejszej w zakresie Zadania nr 1 pomimo tego, że oferta ta podlegała odrzuceniu bądź jako niekompletna nie nadawała się do oceny (art. 91 ust. 1 PZP w związku z art 7 ust 3 PZP).

Mając na uwadze treść uzasadnienia wszystkich wyżej wskazanych zarzutów należy uznać, że Zamawiający dokonując wyboru oferty EKSA w zakresie Zadania nr 1 jako najkorzystniejszej, pomimo tego, iż ta oferta podlegała odrzuceniu bądź nie nadawała się w ogóle do oceny jako niekompletna, dopuścił się naruszenia art. 91 ust. 1 PZP w związku z art. 7 ust. 3 PZP. Wyżej wskazane działanie Zamawiającego stanowiło bowiem niewątpliwie przejaw nierównego traktowania wykonawców.

V. Zarzut dotyczący zaniechania unieważnienia Postępowania w zakresie Zadania nr 1 (art. 93 ust 1 pkt 7) PZP w zw. z art. 146 ust. 6 PZP w zw. z art. 29 ust 1 PZP oraz art. 30 ust 1 PZP).

Powyższe zarzuty wskazują również na występowanie w zakresie opisu przedmiotu zamówienia dla Zadania nr 1 niejasności co do opisu przedmiotu zamówienia.

Świadczy o tym m.in. złożenie przez EKSA oferty na kable oznaczone jako YAKXS- żo oraz YKXS-żo, w sytuacji gdy Zamawiający wskazał, iż oczekuje kabli o oznaczeniu YAKXS oraz YKXS.

Nomenklatura wprowadzona polskimi normami, w tym normą PN-HD 603 S1:2006/A3:2009 rozróżnia bowiem kable YAKXS od kabli YAKXS-żo oraz kable YKXS od kabli YKXS-żo.

Dowód: 18. wyciąg z normy PN-HD 603 S1:2006/A3:2009

Tym samym nie jest możliwym spełnienie wymagań stawianych przez Zamawiającego by dostarczyć kable YAKXS i YKXS (jak w tabelach na stronie 7 oraz 40 SIWZ) jednocześnie z kolorami żył jak w pkt. 6 Załącznika do wzoru Umowy (str. 64 SIWZ), albowiem wskazanie wymogu kolorystyki żyły żółto-zielonej implikuje, iż przedmiotowy kabel będzie miał oznaczenie YAKXS-żo, bądź YKXS-żo - zgodnie z przytaczaną wyżej normą.

Dowód: 19. SIWZ - dokument w aktach Zamawiającego

Przedmiot zamówienia w zakresie Zadania nr 1 nie został zatem opisany w sposób jednoznaczny jak wymaga tego art. 29 ust. 1 PZP.

Potwierdza powyższe odwołanie się przez Zamawiającego (zgodnie z art. 30 ust. 1 PZP) do przytaczanej już Polskiej Normy PN-HD 603 S1:2006/A3:2009, która to norma jednoznacznie rozróżnia kable YAKXS od kabli YAKXS-żo oraz kable YKXS od kabli YKXS- żo.

W konsekwencji powyższego w ocenie Odwołującego w niniejszym Postępowaniu w zakresie Zadania nr 1 występują naruszenia przepisów PZP, które miały (a co najmniej mogły mieć) wpływ na wynik postępowania - albowiem nie jest możliwa jednoznaczna ocena oferowanych przez wykonawców rodzajów kabli w zakresie ich zgodności z SIWZ. Tym

samym istnieje realna możliwość złożenia przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wniosku do Sądu o unieważnienie zawartej umowy (w trybie art. 146 ust. 6 PZP).

Zatem Postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, co wyczerpuje hipotezę art. 93 ust. 1 pkt. 7) PZP i nakłada na Zamawiającego obowiązek unieważnienia Postępowania w zakresie Zadania nr 1.

[...]"

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

Stan faktyczny sprawy został wyczerpująco i zgodnie z rzeczywistością przytoczony w treści odwołania (zreferowanej powyżej) i jest właściwie pomiędzy stronami bezsporny. Strony różnią się jedynie w jego interpretacji oraz co do wniosków wyciąganych z zastanych okoliczności faktycznych, szczególnie ich ocenie prawnej.

Odnośnie okoliczności faktycznych istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy, a nie przytoczonych w treści odwołania, Izba dodatkowo ustaliła:

Na opis przedmiotu zamówienia zamieszczony w treści SIWZ składały się nie tylko oznaczenia zamawianych przewodów zawarte w tabelach wstępnego opisu przedmiotu zamówienia zamieszczonych w rozdz. 2 SIWZ oraz we wzorze Formularza cenowego, ale również „Szczegółowa specyfikacja przedmiotu umowy” stanowiąca zał. nr 7 do SIWZ, gdzie w rozdz. „Wymagane parametry techniczne”, w pkt 6, odnośnie zamawianych przewodów wskazano: „Wymagane barwy izolacji żył: czarna, brązowa, szara, żółto-zielona”.

W oświadczeniach producentów przewodów, o których mowa w pkt 3.3.1.3. SIWZ, załączonych do oferty ESKA (lub uzupełnianych) wskazano, iż producenci zobowiązują się do produkcji oraz zabezpieczenia dostaw kabli objętych przedmiotowym zamówieniem (z podaniem jego nazwy) oznaczonych w piśmie według wskazań SIWZ (bez „żo”).

Zamawiający nie wzywał ESKA do uzupełnienia ww. oświadczeń producentów ze względu na ich odnoszenie się do innego asortymentu niż oferowany.

W trakcie wyrokowania uwzględniono i oceniono wszystkie dowody wnioskowane przez strony.

Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, a których naruszenie przez Zamawiającego zarzucał Odwołujący, wskazać należy, iż zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Natomiast przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi, iż zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem poprawienia niezgodności oferty i SIWZ wskazanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Ponadto według art. 87 ust. 1 w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Następnie według ust. 2 tego przepisu zamawiający poprawia w ofercie:

- 1) oczywiste omyłki pisarskie,
 - 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,
 - 3) 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.

Ponadto zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp 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.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie; tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami siwz (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania siwz dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu bądź jakości zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również tradycyjnie są pomieszczane w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ.

Reasumując powyższe, można generalnie przyjąć, iż niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ; ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie (nawet przy jego materialnej zgodności z wymaganiami zamawiającego). Elementem sporządzanej i przedstawianej przez wykonawcę oferty są w tym kontekście również tzw. dokumenty przedmiotowe potwierdzające zgodność oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami zamawiającego, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy. Konsekwentnie ich nieprzedstawienie albo przedstawienie dokumentów nieprawidłowych spowoduje niezgodność treści oferty z SIWZ.

W rozpatrywanym przypadku nie stwierdzono tego typu niezgodności treści oferty z SIWZ.

W świetle szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający zamawiał kable o barwach izolacji żył: czarna, brązowa, szara, żółto-zielona, a więc kable zawierające żyłę

ochronną (zielono-żółtą). Prawidłowym skrótowym oznaczeniem symbolicznym ww. kabli czterożyłowych, stosowanym przez normę PN-HD 603, jest: YAKXS-żo (dla przewodów aluminiowych) oraz YKXS-żo (dla przewodów miedzianych).

Tego typu kable zaoferował w części I zamówienia wykonawca EKSA, oznaczone prawidłowo według ww. normy.

W związku z powyższym oddalono zarzut niezgodności oferty EKSA z SIWZ – opisany w pkt I uzasadnienia odwołania.

Za niezasadny uznano również zarzut opisany w pkt II uzasadnienia odwołania.

Wykonawca EKSA w sposób wystarczający i zgodnie z wymaganiami SIWZ, wykazał przy pomocy złożonych oświadczeń producentów, iż posiada gwarancję ciągłości dostaw dla kabli objętych przedmiotem zamówienia. Na podstawie całokształtu okoliczności sprawy można tak zinterpretować treść ww. oświadczeń i przyjąć, że producenci posługując się oznaczeniami skrótowymi stosowanymi w rozdz. 2 SIWZ potwierdzili możliwość produkcji kabli zamawianych w ramach tego postępowania. Zresztą w tym przypadku kable „żo” i kable bez tego oznaczenia są konstrukcyjnie właściwie takimi samymi kablami, traktowanymi przez producentów jako ten sam asortyment produkowany w dwóch różnych wariantach (vide: karty katalogowe załączone do oferty EKSA i Odwołującego).

Zarzut opisany w pkt III uzasadnienia odwołania jest niezasadny z uwagi na fakt, iż wskazane w odwołaniu, załączone do oferty certyfikaty zgodności potwierdzające zgodność z odpowiednimi normami kabli YAKXS i YKXS, potwierdzają jednocześnie zgodność kabli YAKXS-żo oraz YKXS-żo. Jak już wskazano, rzeczony kable w świetle stosowanych norm nie różnią się parametrami, właściwościami ani konstrukcją. Różnią się jedynie kolorem „plastiku” na jednej z żył, co nie jest przedmiotem badań w zakresie objętym normowaniem.

Zarzuty opisane w pkt IV uzasadnienia odwołania są wtórne w stosunku do zarzutów wyżej rozpoznanych.

Oddalono również zarzuty odwołania opisane w pkt V jego uzasadnienia.

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Ponadto zgodnie z art. 146 ust. 6 ustawy Prezes Urzędu może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub

zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Natomiast w świetle art. 29 ust. 1 Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Według art. 30 ust. 1 zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą cech technicznych i jakościowych, z zachowaniem Polskich Norm przenoszących normy europejskie lub norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących te normy.

W rozpatrywanym przypadku Zamawiający rzeczywiście w tabelach Formularza cenowego i rozdz. II SIWZ posłużył się nieprawidłowymi oznaczeniami zamawianych kabli stosowanymi w normie PN-HD 603, wskazując oznaczenie kabli bez żyły ochronnej, gdy w świetle całości opisu przedmiotu zamówienia, zamawiał kable z żyłą ochronną (oznaczane dodatkowo skrótem „żo”), w czym można upatrywać pewnego naruszenia art. 29 ust. 1 i art. 30 ust. 1 ustawy.

Jednakże powyższa okoliczność – z uwagi na specyfikę zamawianego asortymentu i jego zastosowanie, a także rzeczywiste różnice pomiędzy kablami czterożyłowymi z żyłą ochronną i bez tej żyły (przez Odwołującego wyolbrzymiane) – nie stanowi poważnej wady postępowania uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W szczególności w żaden sposób nie utrudniło wykonawcom złożenia ważnych i niepodlegających odrzucenia ofert. (np. sam Odwołujący deklarował, iż dla niego, jako producenta kabli, nieistotne było, czy oferuje kable YAKXS-żo i YKXS-żo, czy te same kable z pokolorowaną na niebiesko powłoką izolacyjną jednej z żył).

Ponadto można domniemywać, iż w przypadku gdyby stwierdzona rozbieżność pomiędzy opisem i oznaczeniem kabli była dla wykonawców istotna, to skorzystaliby z procedur wyjaśniania SIWZ w tym zakresie albo skorzystali ze środków ochrony prawnej w stosownym, przewidzianym na to czasie.

Odnosnie powyższego należy podkreślić i wskazać, że różnice pomiędzy ww. kablami („żo” i bez „żo”) sprowadzają się jedynie do koloru tworzywa, z której wykonana jest izolacja jednej z żył. Poza tym kable te są identyczne konstrukcyjnie, mają identyczne parametry i właściwości, a tym samym, takie same walory użytkowe.

Tego typu i takiej wagi „niedoskonałości” opisu przedmiotu zamówienia, nie stanowią wady postępowania skutkującej koniecznością jego unieważnienia.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i § 5 ust. 2 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).

.....