

WYROK
z dnia 11 sierpnia 2014 r.

Odnis wyroku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 sierpnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 sierpnia 2014 r. przez wykonawcę **SICAME Polska Sp. z o.o., ul. Puławska 366, 02-819 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **PGE Dystrybucja, ul. Garbarska 21A, 20-340 Lublin**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm w składzie: **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe EKTO Sp. z o.o. (lider), Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe ELBUD-IMPEX Sp. z o.o., KWANT Dariusz Kwieciński Sp. j.** z siedzibą dla lidera: **Elewatorska 17/1, 15-620 Białystok**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **uwzględnia odwołania i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zadaniu nr 1 i 2 oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach wezwanie przystępującego do uzupełnienia, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych – w zakresie pozycji 1,3-7 i 10 Załącznika nr 8.1. dla zadania nr 1 oraz w zakresie pozycji 1-6, 9-10, 13-14 i 16-17 Załącznika nr 8.2. dla zadania 2, dokumentów potwierdzających zgodność zaoferowanych w tych pozycjach wyrobów z normą PN-EN 50483:2009 oraz wezwanie przystępującego, na podstawie art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Prawo zamówień publicznych do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia karty katalogowej dla zaoferowanego w zadaniu nr 2 uchwyty przelotowego SO 270.**
2. **kosztami postępowania obciąża PGE Dystrybucja, ul. Garbarska 21A, 20-340 Lublin i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **SICAME Polska Sp. z o.o., ul. Puławska 366, 02-819 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **PGE Dystrybucja, ul. Garbarska 21A, 20-340 Lublin** na rzecz wykonawcy **SICAME Polska Sp. z o.o., ul. Puławska 366, 02-819 Warszawa** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 Lublinie.

Przewodniczący:



.....
[Handwritten signature]

Na oryginalnie złożonej kopii
Za zgodność

PREZES
Krajowej Izby Odwoławczej
[Handwritten signature]
Paweł Hojan

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę osprzętu do linii napowietrznych izolowanych nN oraz linii „gołych” SN”, prowadzonym przez PGE Dystrybucja S.A. (dalej „zamawiający”) w imieniu, której postępowanie prowadzi PGE Dystrybucja S.A. Oddział Białystok wykonawca SICAME Polska Sp. z o.o. z Warszawy (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie wobec czynności zamawiającego polegających na:

1. wyborze jako najkorzystniejszej oferty w zadaniach nr 1 i 2 zamówienia oferty konsorcjum firm w składzie: Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe EKTO Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe ELBUD-IMPEX Sp. z o.o., KWANT Dariusz Kwieciński Sp. j. (dalej „EKTO”),
2. zaniechaniu odrzucenia oferty EKTO jako niezgodnej z treścią SIWZ, ewentualnie
3. zaniechaniu wezwania EKTO do uzupełnienia dokumentów przedmiotowych,
4. zaniechaniu wezwania EKTO do wyjaśnienia w zakresie dokumentów przedmiotowych.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2, poprzez bezzasadne uznanie, iż treść oferty EKTO, w zakresie dotyczącym konieczności zaoferowania wyrobów, których zgodność z wymaganą przez zamawiającego normą, tj. PN-EN 50483:2009 została potwierdzona certyfikatem wydanym przez jednostkę certyfikującą posiadającą akredytację w zakresie danej normy udzieloną przez PCA lub jednostkę akredytującą będącą członkiem porozumienia EA MLA, odpowiada treści SIWZ, a w rezultacie zaniechanie odrzucenia oferty tego Wykonawcy jako niezgodnej z treścią SIWZ,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2, poprzez bezzasadne uznanie, iż treść oferty EKTO na zadanie nr 2 w zakresie parametrów uchwytu przelotowego do trwałego zawieszenia przewodu linii izolowanej dla odcinków prostych (Lp. 15) odpowiada treści SIWZ, a w rezultacie zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy jako niezgodnej z treścią SIWZ,
3. z ostrożności procesowej art. 26 ust. 3, poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów przedmiotowych w postaci certyfikatów zgodności z normą PN-EN 50483:2009 wydanych przez jednostkę posiadającą odpowiedni zakres akredytacji Polskiego Centrum Akredytacji (PCA) lub jednostki będącej

- członkiem porozumienia EA MLA dla oferowanego przez EKTO asortymentu wymienionego w uzasadnieniu odwołania oraz art. 26 ust. 4, względnie art. 87 ust. 1, poprzez zaniechanie wezwania EKTO do wyjaśnienia złożonych dokumentów przedmiotowych, tj. certyfikatów zgodności z normą PN-EN 50483:2009 dla oferowanego przez EKTO asortymentu wymienionego w uzasadnieniu odwołania,
4. art. 7 ust. 1, poprzez rażące naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w procesie badania i oceny ofert.

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zadaniach nr 1 i 2 zamówienia,
3. nakazanie zamawiającemu przeprowadzenia ponownego badania i oceny oferty EKTO w zadaniach nr 1 i 2 zamówienia i w konsekwencji nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty EKTO,
z ostrożności procesowej
4. nakazanie zamawiającemu wezwania EKTO do uzupełnienia dokumentów przedmiotowych w postaci certyfikatu zgodności z normą PN-EN 50483:2009 wydanych przez jednostkę posiadającą odpowiedni zakres akredytacji dla oferowanego przez EKTO asortymentu wymienionego w uzasadnieniu odwołania oraz nakazanie zamawiającemu wezwania EKTO do wyjaśnienia złożonych dokumentów przedmiotowych, tj. certyfikatów zgodności z normą PN-EN 50483:2009 dla oferowanego przez EKTO asortymentu wymienionego w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący podał, że zgodnie z treścią SIWZ (odpowiednio Załącznik nr 1A pkt 4.1.3 dotyczący zadania nr 1 oraz Załącznik 1B pkt 5.1.3 dotyczący zadania nr 2 stanowiącego szczegółowy opis przedmiotu zamówienia dla danego zadania) zamawiający wymagał zgodności zaoferowanych wyrobów z normą PN-EN 50483:2009, co miało być potwierdzone przez jednostkę certyfikującą wyroby, posiadającą akredytację w zakresie danej normy, udzieloną przez PCA lub jednostkę akredytującą będącą członkiem porozumienia EA MLA, tj. żądał, aby do oferty dołączane były:

- a) *certyfikaty zgodności potwierdzające, że oferowane wyroby są zgodne z normami określonymi przez zamawiającego wydane przez jednostkę certyfikującą posiadającą akredytację Polskiego Centrum Akredytacji w zakresie danej normy lub przez jednostkę certyfikującą posiadającą akredytację w zakresie danej normy udzieloną przez jednostkę akredytującą, członka porozumienia EA MLA*

lub

- b) *dokumenty potwierdzające wykonanie dla zaoferowanych wyrobów badań typu na zgodność z daną przedmiotową normą wydane przez jednostkę posiadającą odpowiedni zakres akredytacji udzielony przez Polskie Centrum Akredytacji.*

Wskazał, że fakt, iż dla zamawiającego istotne jest potwierdzenie zgodności oferowanych wyrobów z normą PN-EN 50483:2009 przez jednostkę posiadającą akredytację na normę PN-EN 50483:2009 potwierdza treść udzielanych przez zamawiającego wyjaśnień i modyfikacji SIWZ (wyjaśnienie z dnia 27 stycznia 2014r., pytanie 10 i 13 oraz zmiana SIWZ z dnia 5 marca 2014 r. pkt 1 i 9).

Odwołujący podniósł, że w stosunku do części zaoferowanego przez EKTO asortymentu nie można uznać, że EKTO przedłożyło certyfikaty wydane przez jednostkę certyfikującą posiadającą akredytację w zakresie wymaganej normy PN-EN 50483:2009 – są to tzw. certyfikaty nieakredytowane gdyż zostały wydane przez jednostkę certyfikującą SGS Fimko Ltd. mającą siedzibę w Finlandii (nazwa fińska - SGS Fimko Oy), która w dacie ich wystawienia nie miała akredytacji w wymaganym przez zamawiającego zakresie, tj. normy PN-EN 50483:2009. Wskazał, co wedle wiedzy odwołującego wynika z publicznie dostępnych informacji, że SGS Fimko uzyskało akredytację FINAS – fińskiej jednostki akredytującej, będącej członkiem porozumienia EA MLA – w zakresie normy PN-EN 50483:2009 w dniu 12 marca 2013r.

Odwołujący podał, że chodzi o następujące pozycje w ofercie EKTO 1, 3-7 i 10 (zadanie 1) oraz 1-6, 9-10, 13-14, 16-17 (zadanie 2).

Odwołujący podniósł, że certyfikatu zgodności z normą wystawionego przez jednostkę posiadającą akredytację w zakresie danej normy nie można porównać z certyfikatem jednostki, która takiej akredytacji nie posiadała. Oświadczył, że jednostka certyfikująca wyroby może udzielić certyfikacji zarówno w zakresie posiadanej akredytacji, jak i poza tym zakresem, ale tylko certyfikaty udzielone w zakresie posiadanej akredytacji stanowią certyfikaty udzielone przez jednostkę akredytowaną, co stanowiło wyraźny wymóg zamawiającego.

Odwołujący podał, że zagadnienie akredytacji uregulowane jest w Rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady [WE] z dnia 9 lipca 2008r. Nr 765/2008 ustanawiającym wymagania w zakresie akredytacji i nadzoru rynku (...), (dalej „rozporządzenie 765”), które określa zasady organizacji i prowadzenia akredytacji jednostek oceniających zgodność wykonujących czynności z zakresu oceny zgodności (art. 1 ust. 1 rozporządzenia 765).

Dodał, że zgodnie z art. 2 pkt 10 rozporządzenia 765 akredytacja oznacza poświadczenie przez krajową jednostkę akredytującą, że jednostka oceniająca zgodność spełnia wymagania określone w normach zharmonizowanych oraz – w stosownych

przypadkach – wszelkie dodatkowe wymagania (...), natomiast zgodnie z art. 5 rozporządzenia 765 akredytacja jest zawsze udzielana w zakresie określonych czynności (w przedmiotowym przypadku w zakresie normy EN 50483:20090), a jednostki akredytujące monitorują każdą jednostkę oceniającą zgodność, której udzieliły akredytacji i w razie utraty kompetencji do oceny zgodności zawieszają lub cofają akredytację.

Odnosząc się do braku posiadania przez wystawcę certyfikatów (SGS Fimco Oy) załączonych do oferty EKTO, akredytacji na normę PN-EN 50483:2009 do dnia 12 marca 2013r., odwołujący podniósł, iż fakt ten wynika z dwóch kolejno po sobie wystawionych przez fińską jednostkę akredytującą FINAS dokumentów (tzw. zakresów posiadanych akredytacji), które dotyczą jednostki certyfikującej SGS Fimco Oy, oraz które są publikowane przez FINAS na jej stronie internetowej www.finas.fi. – wskazują one niezbieżnie, iż FINAS udzieliło SGS Fimco Oy akredytacji na przedmiotową normę w dacie 12 marca 2013r.

Na potwierdzenie odwołujący załączył dokument FINAS nr S003/M18/2012 z dnia 8 czerwca 2012r. określający zakres akredytacji SGS Fimco, w którym nie wymieniono normy PN-EN 50483:2009, tj. potwierdzający, że w dacie 8 czerwca 2012r. SGS Fimco nie była akredytowana w wymaganym zakresie oraz dokument FINAS nr S003/M19/2012 z dnia 12 marca 2013r. określający zakres akredytacji SGS Fimco, w którym wymieniono normę PN-EN 50483:2009 (na stronie 2), tj. potwierdzający, że SGS Fimco uzyskało akredytację w wymaganym zakresie od dnia 12 marca 2013r.

Odwołujący podał, że konieczność publikacji przez jednostki akredytujące (w tym przypadku FINAS) zakresów akredytacji udzielonych jednostkom certyfikującym (w tym przypadku SGS Fimco) oraz każdych ich zmian, wynika bezpośrednio z normy EN ISO/IEC 17011:2006 „Wymagania ogólne dla jednostek akredytujących prowadzących akredytację jednostek oceniających zgodność”.

Podsumowując, odwołujący stwierdził, że zgodnie z zakresem akredytacji SGS Fimco jednostka ta do dnia 12 marca 2013r. nie posiadała akredytacji w zakresie normy EN 50483:2009, wpisanej na kwestionowanych certyfikatach, a wymaganej treścią SIWZ, co oznacza, że przedłożone certyfikaty nie spełniają wymagań dotyczącego wystawienia ich przez jednostkę akredytowaną na normę EN 50483:2009 – w zadaniu nr 1 w 7 pozycjach, a w zadaniu 2 w 12 pozycjach asortymentowych EKTO zaoferowało produkty niezgodne z wymaganiem SIWZ.

Podniósł, że skoro zaoferowane wyroby nie były przedmiotem badania na zgodność z normą przez jednostkę posiadającą stosowną akredytację to wyroby te nie odpowiadają treści SIWZ, a brak ten nie może być uzupełniony w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp gdyż wystawca certyfikatu, tj. SGS Fimco, nie posiadający akredytacji fińskiej jednostki

akredytującej FINAS, nie mógł także posiadać akredytacji innej jednostki akredytującej, co – wedle wiedzy odwołującego – wynika z faktu, że zgodnie z rozporządzeniem 765 każde państwo członkowskie wyznacza jedną krajową jednostkę akredytującą (art. 4 ust. 1), a wniosek o akredytację kierowany jest do krajowej jednostki akredytującej w państwie członkowskim, w którym ubiegający się o akredytację prowadzi działalność. Oznacza to, że SGS Fimko, która ma siedzibę w Finlandii i tam prowadzi działalność mogła ubiegać się wyłącznie o akredytację FINAS.

Odwołujący skonstatował, że skoro takiej akredytacji SGS Fimko do dnia 12 marca 2013r. nie uzyskało, to wystawione przez nią przed tą datą certyfikaty nie były wydane przez jednostkę posiadającą akredytację, co powoduje, że oferta EKTO podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż obejmuje produkty, które nie spełniają wymagań przedmiotowych SIWZ.

Z ostrożności, na wypadek uznania przez Izbę, że odrzucenie oferty z powyższych powodów jest przedwczesne, odwołujący wskazał, iż wobec braku wskazania w ofercie, że wymienione w odwołaniu certyfikaty zostały wydane przez jednostkę akredytowaną i wobec wykazania w odwołaniu, że kwestionowane certyfikaty nie pochodzą od podmiotu akredytowanego zamawiający zobowiązany jest skorzystać z dyspozycji art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i wezwać EKTO do uzupełnienia wymaganych w SIWZ dokumentów przedmiotowych w postaci certyfikatów zgodności z normą PN-EN 50483:2009 wydanych przez jednostkę posiadającą odpowiedni zakres akredytacji (dla oferowanego przez EKTO, wymienionego wyżej asortymentu), ewentualnie także skorzystać z dyspozycji art. 26 ust. 4 ustawy Pzp (względnie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp) i wezwać EKTO do wyjaśnienia złożonych dokumentów przedmiotowych, o których mowa w odwołaniu.

Odwołujący podał także, że zgodnie z treścią SIWZ (Załącznik nr 1B stanowiący szczegółowy opis przedmiotu zamówienia dla zadania nr 2 – pkt 3.1.3, Załącznik Nr 8.2. pn.: „Szczegółowa specyfikacja oferowanego osprzętu”, pozycja 15, (z uwzględnieniem modyfikacji z dnia 5 marca 2014r. pkt 10) przedmiotem zamówienia (poz. 15, zadanie nr 2) był uchwyt przelotowy do trwałego zawieszenia przewodu linii izolowanej dla odcinków prostych o następujących parametrach: „2(4)x25-120mm²”.

„2(4)x25-120mm²”.

Wskazał, że zapis „2(4)” oznacza ilość przewodów, jakie ma „pomieścić” uchwyt, bowiem występują sieci jednofazowe (posiadające 2 przewody) oraz trójfazowe (posiadające 4 przewody), zaś zapis „25-120 mm²” odnosi się do przekrojów (przykładowo: występują przewody o przekroju 16, 25, 50, 70, 95, 120 mm²).

Zdaniem odwołującego oznacza to, że zamawiający wymagał, aby zaoferowany

uchwyt przelotowy był uniwersalny, tj. nadawał się do zastosowania do 2 przewodów o przekrojach od 25 do 120mm², jak i do 4 przewodów o przekrojach od 25 do 120mm².

Odwołujący podał, że w zadaniu 2, poz. 15 EKTO zaoferowało uchwyt przelotowy SO 270, którego karta katalogowa znajduje się na stronie 194 oferty, a certyfikat zgodności z normą na stronie 198. Stwierdził, że z dokumentów tych wynika, iż zaoferowany produkt jest przystosowany do następujących ilości i przekrojów przewodów:

2x(25-35) mm² tzn. w przypadku stosowania uchwyty do 2 przewodów mogą one być o przekroju od 25 do 35 mm²,

4x(16-120) mm² tzn. w przypadku stosowania uchwyty do 4 przewodów mogą one być o przekroju od 16 do 120 mm².

Na tej podstawie odwołujący uznał, że w przypadku sieci jednofazowych (2 przewody) zaoferowany uchwyt nadaje się tylko do przewodów o przekroju od 25 do 35 mm², a nie – jak wymagał zamawiający – od 25 do 120mm². Stwierdził, że uchwyt SO 270 nie daje możliwości zamontowania dwóch przewodów o przekrojach większych niż 35 mm², co stanowi niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, skutkującą obowiązkiem odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący oświadczył, że w przedmiotowym zakresie zamawiający nie kierował do EKTO pisma o wyjaśnienie, nie dokonywał poprawek, jednocześnie podniósł, iż niezgodność ta nie nadaje się do usunięcia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, ponieważ wypracowana w orzecznictwie wskazówka zmierzająca do wytyczenia granicy zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp to możliwość samodzielnego poprawienia przez zamawiającego omyłki, bez udziału wykonawcy, co eliminuje ryzyko naruszenia wynikającego z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zakazu prowadzenia negocjacji z wykonawcą na temat złożonej oferty, jak również gwarantuje przestrzeganie zasad równego traktowania wykonawców i przestrzegania uczciwej konkurencji.

Odwołujący uznał, że z całokształtu złożonej oferty nie wynika, aby w zakresie poz. 15 EKTO chciał zaoferować inny uchwyt, o innych parametrach, nie występują w tym zakresie wewnętrzne sprzeczności oferty itp. Podniósł przy tym, że nie można byłoby również mówić o nieistotnej zmianie treści oferty, skoro zamawiający musiałby dokonać zamiany zaoferowanego uchwyty z SO 270 na inny, za inną cenę.

Dodatkowo podniósł, że ewentualne wyjaśnienia EKTO, jakoby uchwyt nadawał się do przewodów opisanych w SIWZ stałyby w sprzeczności nie tylko z kartą katalogową, ale także treścią certyfikatu dla tego produktu, jaki został dołączony do oferty na stronie 198 (wersja w języku angielskim, którego tłumaczenie EKTO uzupełniło w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia z dnia 13 czerwca 2014r.), który jednoznacznie wskazuje na ww., niezgodne z SIWZ parametry oferowanego urządzenia.

Stanął na stanowisku, że nawet gdyby EKTO twierdził, że wbrew informacji z karty katalogowej SO 270 nadaje się do zastosowania 2 przewodów o przekroju 25-120mm² to takie parametry pracy urządzenia nie zostały przebadane i certyfikowane na zgodność z normą przez jednostkę posiadającą akredytację, co stanowi wymaganie zamawiającego określone w SIWZ (Załącznik 1B pkt 5.1.3).

Odwołujący podniósł nadto, że oferta EKTO nie może być porównywana z ofertami pozostałych wykonawców przy zastosowaniu kryterium ceny, ponieważ oferowane są tam produkty, których zgodność z wymaganą normą nie została sprawdzona w sposób wymagany przez zamawiającego (przez jednostkę akredytowaną) oraz produkty o parametrach użytkowych gorszych niż wymagane w SIWZ.

Na podstawie wskazanej poniżej dokumentacji z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożonej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, dokumentów i materiałów złożonych przez strony i przystępującego na rozprawie, a także stanowisk stron i przystępującego zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania, ponieważ wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez odwołującego, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniu czynności i zaniechań zamawiającego.

Skoro zarzuty odwołania zmierzają do nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty przystępującego, odrzucenia oferty przystępującego (ewentualnie wezwania przystępującego do uzupełnienia dokumentów przedmiotowych) w zadaniu nr 1 i nr 2, a w zadaniach tych oferty złożyli jedynie: odwołujący i przystępującego to oznacza to, że uwzględnienie odwołania dałoby odwołującemu szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia publicznego.

Izba dopuściła następujące dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienie publicznego:

1. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia.
2. Wyjaśnienia treści SIWZ z dnia 27 stycznia 2014 r.
3. Modyfikacji treści SIWZ z dnia 5 marca 2014 r.
4. Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej w zadaniu nr 1 i zadaniu nr 2

z dnia 25 lipca 2014 r.

5. Oferta przystępującego wraz z uzupełnieniami.

Izba nie dopuściła dowodu z oględzin uchwytu SO 270 uznając, że w świetle postanowień SIWZ, wykazanie spełnienia żadanego przez zamawiającego parametru jest dopuszczalne jedynie na podstawie karty katalogowej tego wyrobu.

Zarzut bezzasadnego uznania przez zamawiającego w zadaniu nr 1 i 2, że treść oferty przystępującego potwierdza zaoferowanie wyrobów w odniesieniu do których zamawiający wymagał wykazania zgodności z normą PN-EN 50483:2009, poprzez złożenie certyfikatu wydanego przez jednostkę posiadającą akredytację w zakresie tej normy oraz zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów przedmiotowych w tym zakresie, czym zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 1, art. 26 ust. 3 i 7 ust. 1 ustawy Pzp zasługują na uwzględnienie.

Wykaz dokumentów, jakie mieli złożyć wykonawcy na potwierdzenie spełnienia wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia został wskazany przez zamawiającego w Rozdziale IX SIWZ.

Wymóg, co było bezsporne, odnoszący się do zaoferowanych przez przystępującego w pozycji: 1,3-7 i 10 Załącznika nr 8.1. dla zadania nr 1 oraz w zakresie pozycji 1-6, 9-10, 13-14 i 16-17 Załącznika nr 8.2. dla zadania 2 wyrobów został zawarty w pkt. 3 Rozdziału IX SIWZ i powtórzony, a dodatkowo uszczegółowiony, co do normy, odpowiednio w pkt. 4.1.3 Załącznika nr 1A w przypadku zadania nr 1 oraz w pkt. 5.1.3. Załącznika nr 1B w przypadku zadania nr 2.

Poza sporem było także to, że zamawiający zażądał złożenia certyfikatów zgodności z normą PN-EN 50483:2009 oraz, że w przypadku zakwestionowanych przez odwołującego wyrobów z pozycji 1,3-7 i 10 Załącznika nr 8.1. dla zadania nr 1 oraz w zakresie wyrobów z pozycji 1-6, 9-10, 13-14 i 16-17 Załącznika nr 8.2. dla zadania 2 przystępujący złożył certyfikaty wydane przez jednostkę certyfikującą SGS Fimco Oy przed datą uzyskania przez tą jednostkę akredytacji właściwej jednostki akredytującej, tj. FINAS.

W toku rozprawy spornym okazał się sposób rozumienia certyfikatów zgodności wydanych przez jednostkę certyfikującą posiadającą akredytację Polskiego Centrum Akredytacji w zakresie PN-EN 50483:2009 lub przez jednostkę certyfikującą posiadającą akredytację w zakresie danej normy udzieloną przez jednostkę akredytującą, członka porozumienia EA MLA.

Dla porządku odnotować także należy, że zamawiający w odniesieniu do wymogu

potwierdzenia zaoferowania wyrobów zgodnych z normą dopuścił także złożenie dokumentów potwierdzających wykonanie dla zaoferowanych wyrobów badań typu na zgodność z daną normą wydanych przez jednostkę posiadającą odpowiedni zakres akredytacji udzielony przez Polskie Centrum Akredytacji.

Odwołujący utrzymywał, że musi to być certyfikat, który został wydany przez jednostkę certyfikującą, która posiadała akredytację w dniu wydania certyfikatu.

Zamawiający i przystępujący utrzymywali natomiast, że może to być certyfikat wydany przez jednostkę certyfikującą akredytowaną w dacie późniejszej niż data wydania certyfikatu, byleby tylko akredytacji udzielono nie później niż w dniu, w którym upływał termin składania ofert w przedmiotowym postępowaniu.

W ocenie składu orzekającego Izby brzmienie Rozdziału IX pkt 3 SIWZ (oraz pkt. 4.1.3 Załącznika nr 1A w przypadku zadania nr 1 oraz pkt. 5.1.3. Załącznika nr 1B w przypadku zadania nr 2) nie pozwala (nie ma o tym w ogóle żadnej wzmianki), jak chce tego zamawiający i przystępujący, odnieść terminu składania ofert do terminu, w jakim najpóźniej jednostka certyfikująca wydająca składany wraz z ofertą certyfikat mogła uzyskać akredytację, w oderwaniu od terminu wydania tegoż certyfikatu.

Przymiot certyfikatu – „bycia wydanym przez jednostkę certyfikującą posiadającą akredytację” należy rozumieć w ten sposób, iż jednostka certyfikująca, która certyfikat wydała, wydała go, będąc jednostką akredytowaną. Wynika to z celu, jaki przypisać należy żądaniu wydania certyfikatu przez jednostkę certyfikującą akredytowaną, polegającego na oparciu się przy sprawdzeniu zgodności wyrobu z daną normą na badaniach jednostki, która sama została zweryfikowana w zakresie tej normy, czego potwierdzeniem jest udzielenie akredytacji (a co powinno zostać odnotowane przez taką akredytowaną jednostkę certyfikującą w samym certyfikacie – oznaczenie symbolem akredytacji jednostki akredytującej).

W ocenie składu orzekającego Izby brak jest jakichkolwiek regulacji (nie wskazał ich ani zamawiający, ani przystępujący), aby móc przyjąć zaprezentowane przez zamawiającego na rozprawie stanowisko jakoby akredytacja miała moc wsteczną i odnieść by ją należało do certyfikatów wydanych przed akredytacją jednostki certyfikującej, czyniąc te certyfikaty certyfikatami wydanymi przez jednostkę certyfikującą posiadającą akredytację.

Wobec powyższego za bezprzedmiotowe skład orzekający Izby uznał certyfikaty złożone przez przystępującego na rozprawie.

Skład orzekający Izby, odnosząc się do szczególnie mocno akcentowanego przez

zamawiającego na rozprawie znaczenia, jakie przypisywał woli zamawiającego przy interpretacji postanowień SIWZ – w tym na etapie badania i oceny oferty, wskazuje, że obowiązkiem zamawiającego na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest takie opracowanie treści SIWZ, której jasna i jednoznaczna treść w pełni odzwierciedla wolę zamawiającego (ewentualnie w ramach wyjaśnień treści SIWZ), tak aby możliwym było uznanie, że reguły prowadzonego postępowania są znane przed terminem składania ofert i wynikają wyłącznie z wyartykułowanych w SIWZ postanowień. Brak korelacji pomiędzy wolą zamawiającego a treścią SIWZ, skutkującej oceną ofert wedle woli zamawiającego (wedle niewyartykułowanych oczekiwań), nie zaś wedle treści SIWZ urąga zasadzie równego traktowania i uczciwej konkurencji.

Za niewynikające z postanowień SIWZ, pozostające nie do pogodzenia z zasadą równego traktowania i uczciwej konkurencji, a przez to niedopuszczalne skład orzekający Izby uznał własne podjęte przez zamawiającego działania w zakresie ustalenia terminu uzyskania przez jednostkę SGS Fimco Oy akredytacji po tym, jak zamawiający – co oświadczył na rozprawie – nie znalazł na złożonych przez przystępującego certyfikatach dat dotyczących akredytacji jednostki certyfikującej (brak oznaczenia symbolem akredytacji).

Przypomnienia w tym miejscu wymaga, że ocenie zamawiającego pod kątem zgodności treści oferty z treścią SIWZ poddane być mogą wyłącznie dokumenty na ofertę się składające (w tym w wyniku uzupełnienia), a argument łatwego dostępu do niezbędnych do stwierdzenia zgodności informacji (informacje publiczne) nie może reguły tej unicestwiać.

Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby uznał, że złożone przez przystępującego certyfikaty odnoszące się do wyrobów z pozycji 1,3-7 i 10 Załącznika nr 8.1. dla zadania nr 1 oraz w zakresie wyrobów z pozycji 1-6, 9-10, 13-14 i 16-17 Załącznika nr 8.2. dla zadania 2, wydane przez jednostkę certyfikującą, która nie posiadała w momencie ich wydania akredytacji w zakresie normy PN-EN 50483:2009 nie potwierdzają, że wskazane w tych pozycjach wyroby są zgodne z normą PN-EN 50483:2009.

Skład orzekający Izby, abstrahując od prawdopodobieństwa złożenia przez przystępującego innych niż dotychczas dokumentów, nie wykluczając możliwości złożenia dokumentów, o których, poza certyfikatami, mowa w Rozdziale IX pkt 3 SIWZ (oraz w pkt. 4.1.3 Załącznika nr 1A w przypadku zadania nr 1 oraz w pkt. 5.1.3. Załącznika nr 1B w przypadku zadania nr 2) oraz respektując przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nakazał zamawiającemu wezwanie przystępującego do ich uzupełnienia w zakresie pozycji 1,3-7 i 10 Załącznika nr 8.1. dla zadania nr 1 oraz w zakresie pozycji 1-6, 9-10, 13-14 i 16-17 Załącznika nr 8.2. dla zadania 2 PN-EN 50483:2009.

Zarzut bezzasadnego uznania przez zamawiającego w zadaniu nr 2, że treść oferty przystępującego w zakresie uchwytu przelotowego do trwałego zawieszania linii izolowanej dla odcinków prostych odpowiada treści SIWZ, czym zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasługuje na uwzględnienie.

Bezsporny był sposób rozumienia wymogu opisanego przez zamawiającego w odniesieniu do uchwytu przelotowego do trwałego zawieszenia przewodu linii izolowanej dla odcinków prostych, tj. „2(4)x25-120mm²” jako wymogu, aby ww. uchwyt nadawał się do zastosowania 2 przewodów o przekrojach od 25-120mm², jak i do zastosowania 4 przewodów o przekrojach od 25-120mm², (tzw. uchwyt uniwersalny).

Spornym był natomiast fakt, czy przystępujący zaoferował uchwyt spełniający ww. wymóg, tj. czy zaoferowany przez przystępującego uchwyt SO 270 jest uchwytem uniwersalnym.

Odwołujący utrzymywał, że o niezgodności w zakresie ww. wymogu przesądza fakt, że z odnoszącej się do uchwytu SO 270 karty katalogowej załączonej do oferty przystępującego (str. 194) i dodatkowo certyfikatu zgodności (str. 198) wynika – ze względu na opis parametru jako „2x(25-35)mm²” oraz „4x(16-120mm²)”, że przystępujący zaoferował uchwyt, który nadaje się do zastosowania 2 przewodów o przekroju od 25 do 35 mm² lub 4 przewodów o przekrojach od 16-120mm², co oznacza, że parametr uchwytu jest niezgodny z wymogiem zamawiającego.

Zamawiający i przystępujący utrzymywali, że zaoferowane przez przystępującego uchwyty są uchwytem uniwersalnymi.

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności wskazuje, że zgodnie z Rozdziałem IX pkt 1 SIWZ wykonawcy, na potwierdzenie spełnienia wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia, mieli obowiązek złożyć karty katalogowe w języku polskim zawierające wymagane parametry techniczne, co w odniesieniu do zaoferowanego uchwytu SO 270 oznacza, że przystępujący miał obowiązek złożyć wraz z ofertą kartę katalogową, potwierdzającą żądany parametr [„2(4)x25-120mm²”].

Na podstawie znajdującej się na str. 194 oferty przystępującego karty katalogowej skład orzekający Izby ustalił, że uchwyt SO270 opisano jako „Uchwyt przelotowo-narożny 2x(25-35) mm², 4x(16-120) mm²”.

Zamawiający i odwołujący nie kwestionowali, że opis ten oznacza, że zaoferowany produkt jest przystosowany, jak twierdził odwołujący, do następujących ilości i przekrojów przewodów:

2x(25-35) mm² tzn. w przypadku stosowania uchwytu do 2 przewodów mogą one być

o przekroju od 25 do 35 mm²,
4x(16-120) mm² tzn. w przypadku stosowania uchwytu do 4 przewodów mogą one być
o przekroju od 16 do 120 mm².

Zamawiający na rozprawie stwierdził, że „opis parametru uchwytu znajdujący się na str. 194 oferty przystępującego jest mylący co do przekroju”, a nadto że z wiedzy, którą dysponuje, a także z własnego jego doświadczenia wynika (używał już takich uchwytów), że uchwyty SO 270 są uniwersalne i spełniają wymogi zamawiającego.

Przystępujący utrzymywał, że fakt zaoferowania uchwytu SO 270 spełniającego parametr „2(4)x25-120mm²” wynika z tej części złożonej przez niego wraz z ofertą karty katalogowej (str. 194 oferty), która, w ramach specyfikacji technicznej, podaje: „średnica kabla mm: 12-42”.

Na rozprawie zamawiający, przedkładając wydruki ze strony internetowych sklepów internetowych oferujących uchwyt SO 270, a także wydruk ze strony producenta oświadczył, że na tej podstawie mógł stwierdzić, iż zaoferowany przez przystępującego uchwyt spełnia jego wymagania.

Także przystępujący składał dokumenty na potwierdzenie, że zaoferowane przez niego uchwyty są uchwytami uniwersalnymi w tym przedłożył oświadczenie producenta Ensto Finland Oy z dnia 8 sierpnia 2014 r., zajmując stanowisko, że oświadczenie to stanowi poszerzoną wersję karty katalogowej.

W tym miejscu ponownie przypomnienia wymaga, że ocenie zamawiającego pod kątem zgodności treści oferty z treścią SIWZ poddane być mogą wyłącznie dokumenty na ofertę się składające (w tym w wyniku uzupełnienia).

Tymczasem, co wynika z oświadczeń zamawiającego złożonych na rozprawie, oceniał on zgodność treści oferty przystępującego z treścią SIWZ w inny sposób niż sam dopuścił to w SIWZ, tj. inaczej niż na podstawie karty katalogowej, co jest niedopuszczalne i narusza zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji.

Wątpliwość co do sposobu opisu parametru „średnica kabla mm: 12-42”, uznanego przez samego zamawiającego za mylący, powinna być przez zamawiającego w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp wyjaśniona skoro z karty katalogowej wynika, że uchwyt SO 270 jest uchwytem o parametrze: „2x(25-35) mm², 4x(16-120) mm²”, tj. innym niż żądany w SIWZ, tj. „2(4)x25-120mm²”. W dokumentacji postępowania przedłożonej Izbie przez zamawiającego brak jest dokumentów świadczących o wyjaśnieniu tej kwestii przez zamawiającego z wykorzystaniem ustawowo przewidzianego trybu, nie wskazywał na to także zamawiający w toku rozprawy.

Wobec tego skład orzekający Izby uznał, że zamawiający nie mógł na podstawie innej

niż karta katalogowa uchwyty SO 270 (mylącego sposobu opisu parametru w karcie katalogowej, własnego doświadczenia, wydruków ze stron internetowych), a zatem w oderwaniu od wymogu zawartego w Rozdziale IX pkt 1 SIWZ oraz znajdującej się w ofercie przystępującego karty katalogowej odnoszącej się do zaoferowanego przez przystępującego uchwyty SO 270 uznać, że uchwyt spełnia żądany parametr: „2(4)x25-120mm²”

Skład orzekający Izby nakazał zamawiającemu wezwanie przystępującego, na podstawie art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia karty katalogowej dla zaoferowanego w zadaniu nr 2 uchwyty przelotowego SO 270, ponieważ zbadania przez zamawiającego wymaga, jakie znaczenie dla możliwości uznania spełnienia parametru „2(4)x25-120mm²” ma ujęcie w karcie katalogowej informacji: „średnica kabla mm: 12-42” i jak informacja ta ma się do opisu w karcie parametru jako „2x(25-35) mm², 4x(16-120) mm²”, a w przypadku, gdy wynik tego badania nie będzie pozwalał uznać spełnienia parametru „2(4)x25-120mm²”, zamawiający winien wezwać przystępującego do uzupełnienia dokumentu w postaci karty katalogowej (z poszanowaniem przy ocenie tego dokumentu przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp in fine).

Skład orzekający Izby wskazuje, że złożony przez przystępującego certyfikat FI 27961, ze względu na wskazany zakres badań, tj. 2x(25-35 mm²) 4x (16-120 mm, „2(4)x25-120mm²”) nie może stanowić potwierdzenia, że uchwyt SO 270 jest zgodny z normą PN-EN 50483:2009, dlatego też ewentualne wykazanie (uzupełnienie oferty na wezwanie o kartę katalogową), że uchwyt SO 270 jest uchwytem uniwersalnym będzie także w dalszej kolejności powodowało konieczność wezwania przystępującego do uzupełnienia innego niż dotychczas dokumentu (poza certyfikatem), o którym mowa w Rozdziale IX pkt 3 SIWZ oraz w pkt. 5.1.3. Załącznika nr 1B.

Skład orzekający Izby wskazuje, że przepis art. 192 ust. 2 ustawy Pzp nie stanowi podstawy do zastępowania zamawiającego w wykonywaniu czynności (czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach wyjaśniania wątpliwości co do treści oferty), które zamawiający winien był dokonać (wezwanie do złożenia wyjaśnień).

Biorąc pod uwagę powyższe skład orzekający Izby uwzględnił odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 lit. a oraz § 3 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. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....*Grzegorz Maciej*.....



Na oryginalnie złożony podpis
Za zgodność

PREZES
Krajowej Izby Odwoławczej

[Signature]
Paweł Rojan