

WYROK

Odpis wyroku

z dnia 24 października 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Andrzej Niwicki**

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 24 października 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 października 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) P.P.H.U. PROSPER Sp. z o.o. (pełnomocnik wykonawców), (2) Janusz Lizak, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą F.H.U. ELIOT Janusz Lizak, (3) ENERGO-MARKET ZET Sp. z o.o., (4) RUTEX Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Będzińska 15,41-200 Sosnowiec w postępowaniu prowadzonym przez TAURON Dystrybucja S.A., ul. Jasnogórska 11, 31-358 Kraków

przy udziale wykonawcy Ensto Pol Sp. z o.o., ul. Starogardzka 17a, 83-010 Straszyn zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie „Zadania nr 1 – Osprzęt linii napowietrznych izolowanych nN” i nakazuje dokonanie powtórnej czynności oceny i badania ofert, w toku której zamawiający:
 - a/ przeprowadzi procedurę przewidzianą w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp: wobec odwołującego w zakresie wykazania spełnienia przez oferowane zaciski wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie elektrycznej próby starzeniowej,
a wobec przystępującego w zakresie parametrów zaoferowanego uchwytu GUKo1 (poz. 55 formularza wyceny) oraz deklaracji zgodności dla wyrobów wskazanych w poz. 53 i 64 formularza wyceny;
 - b/ uzna oferty wykonawcy Elektroskandia Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu oraz wykonawców Eltrans Sp. z o.o. w Chorzowie i El-Plus z siedzibą

w Chorzowie za podlegające odrzuceniu.

2. Kosztami postępowania obciąża **Ensto Pol Sp. z o.o. z siedzibą w Straszynie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) P.P.H.U. PROSPER Sp. z o.o. siedzibą w Sosnowcu (pełnomocnik wykonawców), (2) Janusz Lizak, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą F.H.U. ELIOT Janusz Lizak, (3) ENERGO-MARKET ZET Sp. z o.o., (4) RUTEX Sp. z o.o.** tytułem wpisu od odwołania,

2.1 Zasądza od **Ensto Pol Sp. z o.o. w Straszynie** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) P.P.H.U. PROSPER Sp. z o.o. (pełnomocnik wykonawców), (2) Janusz Lizak, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą F.H.U. ELIOT Janusz Lizak, (3) ENERGO-MARKET ZET Sp. z o.o., (4) RUTEX Sp. z o.o.**, kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych 00 gr) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wpisu od odwołania i zastępstwa prawnego pełnomocnika odwołującego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

Przewodniczący:



.....
[Handwritten signature]

Na oryginalno wnie wniosek popytowy.

Za zgodność

PREZES
Krajowej Izby Odwoławczej

[Handwritten signature]
Paweł Trojan

Sygn. akt: KIO 2406/13

Uzasadnienie

Zamawiający: TAURON Dystrybucja S.A. z siedzibą w Krakowie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego pn. „Dostawa osprzętu do linii napowietrznych nN i SN na potrzeby TAURON Dystrybucja S.A.”, Zadanie 1.

Odwołujący: Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: P.P.H.U. PROSPER Sp. z o.o. w Sosnowcu, F.H.U. ELIOT Janusz Lizak w Bibicach, ENERGO-MARKET ZET Sp. z o.o. w Tarnowie i RUTEX Sp. z o.o. w Częstochowie (dalej „Odwołujący” lub „Konsorcjum PROSPER”), wniósł odwołanie od czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

- 1) Odrzuceniu oferty Odwołującego pomimo, że jej treść jest zgodna z treścią SIWZ;
- 2) Zaniechaniu odrzucenia oferty Elektroskandia Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (dalej „Elektroskandia”) - mimo, że oferta tego Wykonawcy podlega odrzuceniu ze względu na jej nieważność na podstawie odrębnych przepisów;
- 3) Zaniechaniu odrzucenia oferty Elektroskandia - mimo, że oferta tego Wykonawcy podlega odrzuceniu ze względu na niezgodność jej treści z treścią SIWZ;
- 4) Prowadzeniu z Elektroskandia negocjacji dotyczących złożonej przez tego Wykonawcę oferty, a w konsekwencji dokonania istotnej zmiany treści oferty Elektroskandia, poprzez zmianę świadczenia oferowanego przez Elektroskandia w ofercie oraz niezasadne zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3), ewentualnie pkt 1) ustawy Pzp;
- 5) Zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Eltrans Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie oraz Unia Hurtowni Elektrycznych EL- PLUS Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie (dalej „Eltrans”) - mimo, że oferta podlega odrzuceniu ze względu na jej nieważność na podstawie odrębnych przepisów;
- 6) Zaniechaniu odrzucenia oferty Eltrans - mimo, że oferta tego Wykonawcy podlega odrzuceniu ze względu na niezgodność jej treści z treścią SIWZ;
- 7) Prowadzeniu z Eltrans negocjacji dotyczących złożonej przez tego Wykonawcę oferty, a w konsekwencji dokonania istotnej zmiany treści oferty Eltrans, poprzez zmianę świadczenia oferowanego przez Eltrans w ofercie oraz niezasadne zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp;

- 8) Zaniechaniu odrzucenia oferty Ensto Pol Sp. z o.o. z siedzibą w Straszynie (dalej „Ensto”) - mimo, że oferta tego Wykonawcy podlega odrzuceniu ze względu na niezgodność jej treści z treścią SIWZ;
- 9) Prowadzeniu z Ensto negocjacji dotyczących złożonej przez tego Wykonawcę oferty, a w konsekwencji dokonania istotnej zmiany treści oferty Ensto, poprzez zmianę świadczenia oferowanego przez Ensto w ofercie oraz niezasadne zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp;
- 10) Z ostrożności procesowej, zaniechaniu wezwania Elektroskandia, Eltrans oraz Ensto do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że oferowane przez tych wykonawców, dostawy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego;
- 11) Z ostrożności procesowej, przyznaniu punktacji w ramach kryterium „certyfikaty”, w sposób niezgodny z SIWZ, naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

2. Zamawiającemu, w Postępowaniu zarzucił naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp poprzez bezprawne uznanie, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Elektroskandia oraz Eltrans - mimo, że oferty tych Wykonawców podlegają odrzuceniu ze względu na ich nieważność na podstawie odrębnych przepisów;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Elektroskandia, Eltrans oraz Ensto - mimo, że oferty tych Wykonawców podlegają odrzuceniu ze względu na niezgodność ich treści z treścią SIWZ;
- 4) art. 87 ust 1 i ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp poprzez niezastosowanie się do zakazu prowadzenia między zamawiającym a wykonawcami negocjacji dotyczących złożonych ofert, w wyniku których Zamawiający dokonał istotnych zmian w treści ofert Elektroskandia, Eltrans oraz Ensto, polegających na zmianie świadczenia oferowanego przez tych wykonawców w ofertach.
- 5) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Elektroskandia, Eltrans oraz Ensto do przedłożenia dokumentów potwierdzających, że oferowane przez nich dostawy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego.
- 6) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w procesie badania i ceny złożonych ofert, w szczególności w zakresie przyznawania punktacji poszczególnych ofertom w kryterium „certyfikaty”.
- 7) art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez dążenie do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z ustawą Pzp.

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności badania i oceny oferty oraz wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) odrzucenia oferty Elektroskandia, ze względu na nieważność oferty na podstawie odrębnych przepisów oraz niezgodność treści oferty z treścią SIWZ;
- 3) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Eltrans, ze względu na nieważność oferty na podstawie odrębnych przepisów oraz niezgodność treści oferty z treścią SIWZ;
- 4) odrzucenia oferty Ensto, ze względu na niezgodność treści oferty z treścią SIWZ;
- 5) z ostrożności procesowej, wezwania Elektroskandia, Eltrans oraz Ensto do uzupełnienia dokumentów, wskazanych w uzasadnieniu odwołania, potwierdzających, że oferowane przez tych wykonawców, dostawy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego
- 6) powtórzenia oceny i badania ofert, w tym uznania, że oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu (w zakresie „Zadania nr 1 - Osprzęt linii napowietrznych izolowanych nN”);

4. Odwołujący wskazuje, iż ma interes we wniesieniu odwołania i w uzyskaniu zamówienia w zakresie „Zadania nr 1 ponieważ w wyniku dokonania odrzucenia oferty Odwołującego i zaniechania odrzucenia ofert: Elektroskandia, Eltrans, Ensto, w został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia w przedmiotowym zakresie.

Mając na względzie okoliczności, że:

- Oferty Elektroskandia, Eltrans, Ensto, winny podlegać odrzuceniu i w takiej sytuacji oferta Odwołującego zajmowałaby pierwsze miejsce pod względem ceny, spośród ofert niepodlegających odrzuceniu;
- Oferta Odwołującego w przypadku braku jej odrzucenia, uzyskałaby największą liczbę punktów spośród wszystkich złożonych ofert (nawet przy założeniu braku odrzucenia jakiegokolwiek oferty), zgodnie z przyjętymi przez Zamawiającego zasadami obliczania punktów w poszczególnych kryteriach oceny ofert, Odwołujący poniósł szkodę w postaci utraty spodziewanych korzyści wynikających z zawarcia i wykonania umowy w zakresie „Zadania nr 1 - Osprzęt linii napowietrznych izolowanych nN”.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

I. Dotyczy zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Elektroskandia - mimo, że oferta tego Wykonawcy podlega odrzuceniu ze względu na jej nieważność na podstawie odrębnych przepisów. Elektroskandia w swojej ofercie wskazała w Formularzu wyceny dla „Zadania nr 1 - Osprzęt linii napowietrznych izolowanych nN”, że w odniesieniu do pozycji nr 6 „złączka przewodowa wzdluzna (...) o przekroju 95/95 mm2, oferuje złączkę SICAME-MJPT 95.

Zamawiający pismem z 03.09.2013 r. wezwał Elektroskandię do złożenia wyjaśnień w zakresie typu oferowanych złączek w odniesieniu do pozycji nr 6, z uwagi na okoliczność, iż, jak podniósł Zamawiający, złączki MJPT 95 nie są już produkowane.

Pismem z 05.09.2013 r. Elektroskandia wskazała na występowanie złączki MJPT 95 wg krajowych katalogów producenta tego osprzętu jak i francuskim katalogu w wersji elektronicznej. Dodatkowo na potwierdzenie dostępności tej złączki Elektroskandia przedłożyła dokument dostawy WZ z 27.08.2013 r., wydany przez SICAME Polska Sp. z o.o. potwierdzający otrzymanie przez Elektroskandię 50 sztuk złączki MJPT 95.

Odwołujący podnosi, podobnie jak Zamawiający w piśmie z 03.09.2013 r. do Elektroskandii, że złączka MJPT 95, została wycofana z produkcji. Już w 2008 r. produkcja złączki MJPT 95 została zakończona i została ona zastąpiona przez produkcję złączki MJPT 95 (21).

Na dowód powyższego Odwołujący przedłożył:

1) oświadczenie producenta złączki MJPT 95 i MJPT 95 (21) - firmy SICAME S.A. z siedzibą w Francji, z 05.08.2013 r. (wraz z tłumaczeniem na język polski) - [załącznik nr 7 do odwołania] - z treści którego wynika nie tylko fakt zaniechania produkcji złączki MJPT 95, ale również brak możliwości składania zamówień na ten produkt.

2) Oświadczenie spółki SICAME Polska Sp. z o. o. z 05.08.2013 r. - [załącznik nr 8 do odwołania] - z którego wynika brak możliwości zamówienia złączki MJPT 95, z uwagi na niedostępność tego produktu w magazynach. W oświadczeniu zwrócono uwagę, że ostatnie partie złączek MJPT 95 zostały wyprodukowane w 2008 r. i zostały już wysprzedane.

Tym samym przedłożony przez Elektroskandię dokument dostawy WZ z 27.08.2013 r. wydany przez SICAME Polska Sp. z o.o. - wystawiony przy pomocy systemu informatycznego, w kontekście ww. oświadczenia przedstawiciela SICAME Polska Sp. z o.o. z 05.08.2013 r., potwierzonego podpisem, należy uznać za mniej wiarygodny.

Wykonawca składając ofertę, jako profesjonalista zobowiązany jest sprawdzić dostępność oferowanych towarów, tj. możliwość ich zamówienia, czego Elektroskandia ewidentnie nie uczyniła.

Abstrahując od powyższego i zakładając hipotetycznie, że Elektroskandia jest w posiadaniu pewnej liczby złączek MJPT 95, należy stwierdzić, że wykonawca ten i tak zaoferował świadczenie niemożliwe do spełnienia.

- Po pierwsze, można przyjąć, że zgodnie z dokumentem WZ, Elektroskandia dysponuje 50 sztukami złączek MJPT 95. Jednakże, stosownie do wymagań Zamawiającego (poz. 6 Formularza wyceny dla Zadania nr 1), wykonawca winien dostarczyć 566 złączek przewodowych wzdluznych (...) o przekroju 95/95 mm², co powoduje niemożność świadczenia w zakresie 516 złączek tego typu.

- Po drugie, przy założeniu posiadania przez Elektroskandię wymaganej przez Zamawiającego liczby złączek MJPT 95, co jednak nie zostało potwierdzone w wyjaśnieniach przez tego wykonawcę, Elektroskandia nie będzie w stanie spełnić zadeklarowanego świadczenia, z uwagi na wymagania Zamawiającego co do „okresu ważności” dostarczanych produktów.

Zgodnie z § 5 ust. 3 pkt 1 projektu umowy (stanowiącego załącznik nr 6 do SIWZ) wykonawca zobowiązany jest do dostawy asortymentu fabrycznie nowego (...) nie starszego niż 6 miesięcy(...). Z kolei w myśl § 3 ust. 1 projektu umowy, wykonanie przedmiotu umowy nastąpi w okresie 12 miesięcy od daty zawarcia umowy. Same zaś dostawy będą realizowane sukcesywnie w żądanych ilościach, na podstawie oddzielnych zamówień (tak § 3 ust. 2).

Zestawienie powyższych wymagań, z faktem braku produkcji nowych złączek MJPT 95 oraz przyjęciem hipotetycznego założenia, że Elektroskandia posiada 566 złączek wyprodukowanych w ostatnim roku produkcji tych złączek tj. w 2008 (data oświadczenia producenta o zakończeniu produkcji), uzasadnia twierdzenie, że Elektroskandia nie będzie mogła spełnić zadeklarowanego świadczenia już od samego początku zawarcia umowy.

Powyższa argumentacja prowadzi do wniosku, że Elektroskandia poprzez zaoferowanie produktu, który nie jest już produkowany i którego, o właściwościach wymaganych przez Zamawiającego, nie ma na rynku, zaproponował świadczenie niemożliwe do spełnienia. W związku z tym oferta Elektroskandia winna podlegać odrzuceniu ze względu na jej nieważność na podstawie przepisu art. 387 § 1 ustawy - kodeks cywilny, stanowiącego, iż umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna ex lege i ex tunc.

Należy wskazać, że art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia oferty, w sytuacji gdy na podstawie przepisów odrębnych oferta ta jest nieważna. Ustawa Pzp nie wskazuje w porównaniu z jakimi przepisami oferta może być nieważna, nie zawiera również w tym zakresie żadnego ograniczenia.

Wobec obowiązku stosowania przepisów ustawy - Kodeks cywilny, na podstawie art. 14 ustawy Pzp, Zamawiający winien stwierdzić nieważność oferty Elektroskandia na podstawie art. 387 § 1 kc. Art. 387 § 1 kc stanowi o nieważności umowy z tego powodu, iż świadczenie nie jest możliwe do spełnienia. W doktrynie przyjmuje się, że niemożliwość świadczenia powinna być po pierwsze obiektywna (danego świadczenia nie jest w stanie spełnić nie tylko dłużnik, ale również nikt inny), po drugie pierwotna (musi istnieć w chwili zawarcia umowy) i w ostateczności nieprzemijająca.

Opisany stan faktyczny jednoznacznie wskazuje, że niemożność dostawy złączek MJTP 95 przez Elektroskandię ma charakter obiektywny, pierwotny i nieprzemijający, zatem zasadny

jest postulat Odwołującego o konieczności odrzucenia oferty Elektroskandii, ze względu jej nieważność zgodnie z art. 387 § 1 Kodeksu cywilnego.

Powyższe stanowisko Odwołującego znajduje aprobatę w orzeczeniu o sygnaturze KIO/UZP 1224/08: (...) zaoferowanie materiału, który nie posiada aprobaty technicznej od 7 lat i który nie jest produkowany oraz którego nie ma na rynku musi być uznane jako zaoferowanie świadczenia niemożliwego do spełnienia. (...) Do takich konstatacji musi dojść zamawiający, mimo nawet pewnego przyczynienia się do niewłaściwego sporządzenia ofert. Zamawiający, mając świadomość wystąpienia opisywanego błędu w ofertach, jest obowiązany do odrzucenia tych ofert na podstawie art. 89 ust 1 pkt 8 p.z.p., gdyż wykonanie umowy na podstawie treści omawianych, błędnych ofert jest niemożliwe, a więc umowa taka byłaby nieważna, na podstawie art. 387 § 1 kc.

II. Dotyczy zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Elektroskandia ze względu na niezgodność jej treści z treścią SIWZ oraz zarzutu prowadzenia z Elektroskandia negocjacji dotyczących złożonej przez tego Wykonawcę oferty, a w konsekwencji dokonania istotnej zmiany treści oferty Elektroskandia, poprzez zmianę świadczenia oferowanego przez Elektroskandia w ofercie oraz niezasadnego zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3), ewentualnie pkt 1 ustawy Pzp.

1) Dotyczy poz. nr 42 Formularza wyceny dla „Zadania nr 1 - Osprzęt linii napowietrznych izolowanych nN”

W odniesieniu do produktu określonego przez Zamawiającego pod poz. 42 o nazwie: „Uchwyt przelotowy do przelotowego zawieszenia izolowanych przewodów 2-4x (25-50 mm²) na odcinkach z załomem 180°- 120°, Elektroskandia zaoferowała uchwyt S0270, który jest przystosowany do innych przewodów i załomów niż wymagane przez Zamawiającego.

Na to zwrócił uwagę Zamawiający, wzywając pismem z 03.09.2013 r. m.in. do złożenia wyjaśnień w tym zakresie. Zamawiający w piśmie wprost wskazał, że zaoferowany uchwyt S0270 jest przystosowany do „niezgodnych z SIWZ” przewodów i załomów. Do powyższego stanowiska Zamawiający doszedł samodzielnie, po analizie załączonych do oferty kart katalogowych (str. 127 oferty).

W odpowiedzi, Elektroskandia pismem z 05.09.2013 r. wyjaśniła, że w odniesieniu do poz. 42 omyłkowo wskazano uchwyt SO 270 zamiast uchwytu SO 130. Poniosta, że uchwyt SO 130 oferuje za taką samą cenę jak za uchwyt SO 270. Wskazała, że do oferty dołączono wszelkie wymagane przez Zamawiającego dokumenty i certyfikaty odnoszące się do uchwytu SO 130.

Zamawiający pismem z 20.09.2013 r. dokonał zmiany treści oferty Elektroskandia zastępując w poz. 42 wpisany przez Elektroskandia uchwyt SO 270 na uchwyt SO 130, poprzez zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp.

odwołujący podkreśla, że możliwość samodzielnego poprawienia przez zamawiającego omyłki, bez udziału wykonawcy, to wypracowana w orzecznictwie wskazówka zmierzająca do wytyczenia jednoznacznej granicy zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zastosowanie jej w praktyce eliminuje ryzyko naruszenia zakazu prowadzenia negocjacji na temat złożonej oferty wynikającego (art. 87 ust. 1 ustawy Pzp), i gwarantuje przestrzeganie zasad z art. 7. (tak np: KIO 140/13).

Odwołujący nie twierdzi, że występuje w takim przypadku absolutny brak możliwości uprzedniego wezwania wykonawcy do wyjaśnienia treści złożonej oferty. Jednakże wyjaśnienia nie mogą prowadzić de facto w wygenerowania nowego oświadczenia woli, w zakresie zaofiarowania innego typu urządzenia i określenia jego ceny (poprzez wskazanie, że jest ona taka sama, jak cena urządzenia oferowanego pierwotnie), co miało miejsce w niniejszym przypadku. Ponieważ Elektroskandia, w swoich wyjaśnieniach, zaofiarowała inny typ urządzenia niż w treści oferty, a Zamawiający dokonał na ich podstawie poprawy treści oferty, nie można mówić samodzielności Zamawiającego.

Co więcej, Odwołujący podnosi, że z całokształtu złożonej oferty, nie wynika by w zakresie poz. 42 wykonawca chciał zaofiarować uchwyt S0130. W niniejszym przypadku nie występowały wewnętrzne sprzeczności, które znajdowałyby się w ofercie od samego początku - jakiś punkt zaczepienia, który nasunąłby Zamawiającemu wątpliwości. Zamawiający z pełną świadomością, co potwierdza nawet charakter treści wezwania do złożenia wyjaśnień, zmierzał do poprawy oferty Wykonawcy w taki sposób, by nie podlegała ona odrzuceniu.

W związku z powyższym Zamawiający nie miał żadnych podstaw do tego by skorzystać z instytucji z art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp.

Nie można również, w niniejszym przypadku, mówić o nieistotnej zmianie treści oferty, skoro Zamawiający musiał dokonać zamiany zaofiarowanego uchwyty z SO 270 na SO 130 (oba produkty to produkty istniejące). Taka zmiana powodowałaby również konieczność zmiany ceny jednostkowej oraz zbiorczej ceny za dany asortyment, gdyż uchwyt SO 130 (wyceniony również w innym elemencie oferty - np. poz. 47 - 22,07 zł netto za sztukę) jest droższy niż uchwyt SO 270 (17,30 zł netto za sztukę).

Niezrozumiałe jest oświadczenie Elektroskandia, że oferuje uchwyt SO 130 w takiej samej cenie co uchwyt SO 270.

Natomiast fakt, złożenia do oferty dokumentów i certyfikatów odnoszących się do uchwyty SO 130, nie powoduje, że można było mieć wątpliwości jaki typ produktu Elektroskandia oferuje w odniesieniu do poz. 42. Dokumenty i certyfikaty odnoszące się do uchwyty SO 130 zostały przedłożone przez wykonawcę wraz z ofertą, z uwagi na fakt, że uchwyt SO 130 był oferowany również w innej pozycji Zadania 1 - poz. 47. Wykonawca dołączył zresztą

dokumenty dla oferowanego uchwytu SO 270 (deklaracja zgodności - str. 70, karta katalogowa - str. 127), co potwierdza, że nie doszło tu do omyłki, a do zaoferowania przedmiotu zamówienia niezgodnego z SIWZ.

Przyjmując stanowisko Zamawiającego, równie dobrze można by uznać, że wykonawcy w ogóle nie musieli w ofercie przedstawiać typów oferowanych produktów, gdyż dokonywaliby ich „uzupełniania” lub zmiany w zależności od zaistniałych okoliczności, poprzez wykorzystanie instytucji „innej omyłki”.

Resumując, z faktu, iż w pozycji 42 Elektroskandia zaoferowała produkt SO 130 za cenę 17,30 zł netto za sztukę w żaden sposób nie można wywieść z treści oferty. Zamawiający w bezprawny sposób dokonał zmiany istotnej treści oferty wykonawcy korzystając z niedozwolonych przez ustawę Pzp negocjacji dotyczących złożonej oferty.

Powyzsze stanowisko Odwołującego znajduje poparcie w orzecznictwie z zakresu zamówień publicznych: KIO 2772/12 Wyjaśnienia treści oferty stanowią rodzaj wykładni autentycznej oświadczenia woli wykonawcy - oferty. Przyjęcie przez zamawiającego wyjaśnień kreujących nową treść oferty nie jest dozwolonym wyjaśnieniem oferty przez wykonawcę, lecz negocjacjami jej treści zakazanymi w przepisie art. 87 ust. 1 in fine p.z.p.

Wyrok SO w Krakowie z 2009-11-06 XII Ga 317/09: Określenie przez zamawiającego norm jakie spełniać mają stosowane przez oferentów środki techniczne ma za zadanie umożliwienie dokonanie oceny faktycznej możliwości spełnienia przez oferentów wymogów zamawiającego, a tym samym umożliwienie mu wybranie najbardziej korzystnej z ofert. Nie wolno przy tym zapominać, iż celem przetargu pozostaje wybór najkorzystniejszej oferty, spośród tych, które już na starcie będą spełniały podstawowe wymogi określone w SIWZ. Nie można zatem przyjąć, iż niezgodność, czy też nie spełnienie wymogów zamawiającego w tym to zakresie mogłaby być usunięta czy uzupełniana bądź to w drodze wzywania (art. 26 ust. 3 p.z.p.) oferenta do dostarczenia nowych charakterystyk środków, a więc w rzeczywistości drogą podmiiany tego środka, bądź też uznanie zaoferowania środka nie spełniającego wymogu z projektu umowy jako omyłki podlegającej sprostowaniu w oparciu o dyspozycję z art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p., bowiem stanowiłoby to, w tym konkretnym przypadku, naruszenie zasady uczciwej konkurencji (art. 7 p.z.p.) poprzez dopuszczenie do dowolnej modyfikacji wybranych jednostronnie przez zamawiającego ofert i wpływanie na ich treść, co wypaczało by całą istotę przedmiotowego przetargu.

KIO 542/13: Powyzsza niezgodność treści ofert z SIWZ pozostaje niemożliwa do usunięcia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 P.z.p. Zamianę jednego produktu, czyli zamienienie monitora niespełniającego wymagań SIWZ wskazanego w ofercie, na zupełnie inny produkt, czyli model spełniający już wymagania SIWZ (a do tego poprawienie oferty musiałoby się w tym przypadku sprowadzać) nie sposób uznać za niepowodującą istotnych zmian w treści

oferty. Tym samym nie zostałyby wypełniona przesłanka ograniczonego, dopuszczalnego zakresu zmian w ofercie, ustanawiana w ww. przepisie.

KIO 344/13: Różnica polegająca na zaoferowaniu innego typu urządzenia wskazuje na złożenie oferty o treści odmiennej niż wymaga tego zamawiający, a oświadczenie wykonawcy złożone w trakcie postępowania w ramach składanych wyjaśnień może prowadzić do zmiany oferty. Powstałej rozbieżności nie można przypisać charakteru omyłki z art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p.

KIO 41/13: Jakiegokolwiek wyjaśnienia wykonawcy, składane w jakimkolwiek trybie, nie mogą w myśl art. 87 ust. 1 p.z.p. zmienić jasnej, wyrażonej na piśmie i zgodnie z SIWZ, treści oferty. Nie ma innej treści oferty niż wyrażona na piśmie w sposób zgodny z wymaganiami SIWZ.

2) Dotyczy poz. nr 27 Formularza wyceny dla „Zadania nr 1 - Osprzęt linii napowietrznych izolowanych nN”

W odniesieniu do produktu określonego przez Zamawiającego pod poz. 27 o nazwie: „zacisk odgałęźny dwustronnie przebijający izolację do wykonania odgałęzienia czterema liniami 4x (16-35 mm²) Al. z linii izolowanej 25-95 mm² Al, Elektroskandia zaoferowała zacisk SL 29.8. Zgodnie z Opisem wymagań technicznych (kolumna 3 poz. 27 Formularza wyceny dla Zadania nr 1) Zamawiający dopuszczał konstrukcję zacisku w dwóch typach:

- satelitarnego tzn. zespołu składającego się z zacisku montowanego na linii izolowanej z umieszczonym w nim modułem poczwórnym odgałęzionym, lub
- kompletu składającego się z zacisku montowanego na linii izolowanej i dopasowanym konstrukcyjnie do niego zaciskiem do wykonania poczwórnego odgałęzienia.

Zaoferowany przez Elektroskandię zacisk SL 29.8 nie posiada niezbędnych dodatkowych zacisków (np. SL 11.118, SLIP 22.1, SLIP 32.2 lub SLIW 57), które pozwolą na wykonanie odgałęzienia czterema przyłączami, a takie wymaganie zostało sformułowane.

W takim stanie faktycznym, Zamawiający pismem z 03.09.2013 r. (drugie pismo) wezwał Elektroskandia do złożenia wyjaśnień.

Elektroskandia pismem z 05.09.2013 wskazała, że w odniesieniu do poz. 27 „nastąpiła omyłka pisarska” i Elektroskandia oferuje dostarczenie kompletów zacisków SL 29.8+SLIW57, za tę samą cenę jaka została wskazana do „samego” zacisku SL 29.8.

W ocenie Odwołującego, nie zaoferowanie przez Elektroskandia dodatkowego zacisku, nie może być kwalifikowane jako „omyłka pisarska”, gdyż ta ze swej istoty nie wymaga ingerencji wykonawcy i zamawiający jest w stanie samodzielnie ją poprawić (jest ona oczywista, dla każdego badającego ofertę). Po lekturze oferty Zamawiający nie mógł wiedzieć, że dodatkowy zacisk jest oferowany (gdyż nie był oferowany), ani tym bardziej, jaki to zacisk (istnieje kilka spełniających wymagania SIWZ) i za jaką cenę.

Zamawiający wprost w wezwaniu z 03.09. wskazał że zaofferowany jedynie zacisk SL 29.8, nie spełnia wymagań SIWZ, stąd zupełnie niezrozumiałe jest dla Odwołującego, milczące uznanie przez Zamawiającego, że była to jednak omyłka pisarska.

Zamawiający nie był w stanie samodzielnie „poprawić” treści oferty Elektroskandia (prosił o wyjaśnienia), a po drugie zaofferowanie odpowiedniego dodatkowego zacisku stanowi określenie sposobu wykonania świadczenia, a zatem kształtowanie treści oferty, która jest domeną wykonawców i której nie można zmienić po upływie terminu składania ofert.

W tym stanie rzeczy Zamawiający zaakceptował istotną zmianę treści oferty Elektroskandia, co stanowi naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, ewentualnie dokonał poprawienia omyłki pisarskiej naruszając art. 87 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp.

3) Dotyczy poz. nr 55 Formularza wyceny dla „Zadania nr 1 - Osprzęt linii napowietrznych izolowanych nN”

W odniesieniu do produktu określonego przez Zamawiającego pod poz. 55 o nazwie: „uchwyt odciągowy do zamocowania wiązki czterech przewodów izolowanych linii głównej, odgałęzienia o przekroju 4x25-70 mm² , Elektroskandia zaofferowała uchwyt GUKo1.

Zgodnie z wymaganiem w pkt. 1.7.3 załącznika nr 2 do projektu umowy (zał. nr 6 do SIWZ) uchwyty odciągowe do linii izolowanych powinny spełniać wymagania normy PN EN 50483-2:2009 w zakresie próby wytrzymałościowej na zerwanie (punkt 8.1.2 normy PN EN 50483-2:2009), a zatem Zamawiający wymagał, by siła przy próbie wytrzymałościowej na zerwanie dla przekroju 70 mm² wynosiła nie mniej niż 3596 daN (35,96 kN).

Zgodnie z przedstawioną wraz z ofertą kartą katalogową (str. 208 oferty Elektroskandia), dla oferowanego w poz. 55 uchwyty GUKo1 siła SMFL wynosi 25 kN, co nie spełnia wymagań.

Zamawiający wezwał 03.09.2013 wykonawcę do złożenia wyjaśnień w przedmiotowym zakresie. Elektroskandia w wyjaśnieniach z 05.09.2013 r. wskazała, że zaofferowany uchwyt GUKo1, produkowany przez firmę SICAME, spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego, na co firma SICAME przedłożyła w swojej ofercie stosowne dokumenty.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że uchwyt GUKo1 jest produkowany przez SICAME w dwóch wersjach, które różnią się od siebie maksymalną wartością SMFL:

- GUKo1-SMFL dla przekroju przewodu 4x70 mm²-37 kN
- GUKo1- SMFL dla przekroju przewodu 4x70 mm²- 25 kN

Jako dowody powyższego Odwołujący przedłożył:

- a. Kartę katalogową dla uchwyty GUKo1 z maksymalną wartością SMFL 37 kN - [zał. 9 do odwołania].
- b. Kartę katalogową dla uchwyty GUKo1 z maksymalną wartością SMFL 25 kN - [zał. 10 do odwołania].

c. Oświadczenie SICAME Polska Sp. z o.o. z 08.05.2013 r. potwierdzające występowania uchwytu GUKo1 w dwóch wersjach - [załącznik nr 11 do odwołania].

Zaoferowanie przez Elektroskandia uchwytu GUKo1 z maksymalną wartością SMFL - 25 kN, co wynika z załączonej do oferty Elektroskandia karty katalogowej, nie spełnia wymogów określonych przez Zamawiającego. Tym samym treść złożonej oferty nie odpowiada treści SIWZ, a zatem oferta Elektroskandia winna podlegać odrzuceniu.

III. Dotyczy zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Eltrans - mimo, że oferta tego Wykonawcy podlega odrzuceniu ze względu na jej nieważność na podstawie odrębnych przepisów

Eltrans w swojej ofercie wskazał w Formularzu wyceny dla „Zadania nr 1 - Osprzęt linii napowietrznych izolowanych nN”, że w odniesieniu do pozycji nr 6 „złączka przewodowa wzdłużna (...) o przekroju 95/95 mm², oferuje złączkę SICAME-MJPT 95.

Zamawiający pismem z 03.09.2013 r. wezwał Eltrans do złożenia wyjaśnień w zakresie typu oferowanych złączek w odniesieniu do pozycji nr 6, z uwagi na okoliczność, jak podniósł Zamawiający, że złączki MJPT 95 nie są już produkowane.

Pismem z 05.09.2013 r. Eltrans poinformował Zamawiającego, że złączki MJPT 95 są w ilości przetargowej dostępne na naszym (Eltrans) magazynie.

Odwołujący podnosi, podobnie jak Zamawiający w piśmie z 03.09.2013 r do Eltrans, że złączka MJPT 95, została wycofana z produkcji. Już w 2008 r. produkcja złączki MJPT 95 została zakończona i została ona zastąpiona przez produkcję złączki MJPT 95 (21).

Na dowód powyższego Odwołujący przedłożył:

1) oświadczenie producenta złączki MJPT 95 i MJPT 95 (21) - firmy SICAME S.A. z siedzibą w Francji, z 05.08.2013 r. (wraz z tłumaczeniem na język polski) - [zał. nr 7 do odwołania] - z treści którego wynika fakt zaniechania produkcji złączki MJPT 95, i brak możliwości składania zamówień na ten produkt.

2) Oświadczenie spółki SICAME Polska Sp. z o. o. z 05.08.2013 r. - [zał.8 do odwołania] - z którego wynika brak możliwości zamówienia złączki MJPT 95, z uwagi na niedostępność tego produktu w magazynach. W oświadczeniu zwrócono uwagę, że ostatnie partie złączek MJPT 95 zostały wyprodukowane w 2008 r. i wszystkie zostały już wysprzedane.

Zakładając hipotetycznie, że Eltrans jest w posiadaniu 566 złączek MJPT 95, wykonawca ten i tak zaoferował świadczenie niemożliwe do spełnienia, gdyż nie będzie w stanie spełnić zadeklarowanego świadczenia, z uwagi na wymagania co do „okresu ważności” dostarczanych produktów, gdyż zgodnie z § 5 ust. 3 pkt 1 projektu umowy wykonawca zobowiązany jest do dostawy asortymentu fabrycznie nowego (...) nie starszego niż 6 miesięcy...). Z kolei w myśl § 3 ust. 1, wykonanie przedmiotu umowy nastąpi w okresie 12

miesiący od daty zawarcia umowy. Same zaś dostawy będą realizowane sukcesywnie w żądanych ilościach, na podstawie oddzielnych zamówień (tak § 3 ust. 2).

Zestawienie powyższych wymagań z faktem braku produkcji nowych złączek MJPT 95 oraz przyjęciem hipotetycznego założenia, że Eltrans posiada 566 złączek wyprodukowanych w ostatnim roku produkcji tych złączek tj. w 2008 (data oświadczenia producenta o zakończeniu produkcji), uzasadnia twierdzenie, że Eltrans nie będzie mógł spełnić zadeklarowanego świadczenia od samego początku zawarcia umowy.

Powyższa argumentacja prowadzi do wniosku, że Eltrans poprzez zaoferowanie produktu, który nie jest już produkowany i którego, o właściwościach wymaganych, nie ma na rynku, zaproponował świadczenie niemożliwe do spełnienia. W związku z tym oferta Eltrans winna podlegać odrzuceniu ze względu na jej nieważność na podstawie przepisu kodeksu cywilnego (o charakterze *ius cogentis*), stanowiącego, iż umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna *ex lege ex tunc*.

Rozważania Odwołującego, poczynione w pkt. I Uzasadnienia, odnoszące się do konieczności odrzucenia oferty nieważnej na podstawie art. 387 § 1 Kodeksu cywilnego, zachowują aktualność w odniesieniu do niniejszego punktu.

IV. Dotyczy zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Eltrans podlegającej odrzuceniu ze względu na niezgodność jej treści z treścią SIWZ oraz zarzutu prowadzenia z Eltrans negocjacji dotyczących złożonej przez tego Wykonawcę oferty, a w konsekwencji dokonania istotnej zmiany treści oferty Eltrans, poprzez zmianę świadczenia oferowanego przez Eltrans w ofercie oraz niezasadnego zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp

1) Dotyczy poz. nr 16 i 17 i 27 Formularza wyceny dla „Zadania nr 1 - Osprzęt linii napowietrznych izolowanych nN”

Zgodnie z pkt. XIV 1.8 SIWZ Zamawiający wymagał przedłożenia wraz z ofertą w odniesieniu do wszystkich zaoferowanych wyrobów, deklaracji zgodności wyrobów lub partii wyrobów z określonymi normami zgodnymi z warunkami zamówienia. Przedmiotowe dokumenty stanowiły tzw. dokumenty przedmiotowe, czyli dokumenty potwierdzające, że oferowane dostawy potwierdzają spełnianie wymagań określonych przez Zamawiającego.

Z kolei w załączniku nr 2 do projektu umowy pn. „Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia - Warunki Zamówienia”, w pkt. 1.7.2.a, Zamawiający wymagał, aby zaciski do linii izolowanych spełniały wymagania normy PN-EN 50483-4:2009 we wskazanym zakresie.

W odniesieniu do produktu zaoferowanego pod poz. 16 - zacisk SL 29.4+SLIW 54, pod poz. 17 - zacisk SL 29.8+SLIW 54 oraz pod poz. 27 - SL 29.8 + SUW 54, Eltrans nie przedłożył wymaganych deklaracji, w związku z powyższym Zamawiający pismem z 03.09.2013 r., w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał Eltrans do ich uzupełnienia.

Uzupełnione przez Eltrans 05.09.2013 r. deklaracje zgodności zacisku SL 29.4+SLIW 54 (poz. 16) oraz zacisk SL 29.8+SLIW 54 (poz. 17) oraz SL 29.8 + SLIW 54 (poz. 27) nie potwierdzają zgodności z normą PN-EN 50483-4:2009, a jedynie z normą fińską SFS 2663. Wobec przyjętej w orzecznictwie, zasady jednokrotnego wzywania Wykonawcy do uzupełnienia określonego dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, należy uznać że Eltrans nie wykazał, że oferowane przez niego produkty pod poz. 16 i 17 Formularza wyceny dla „Zadania nr 1 - Osprzęt linii napowietrznych izolowanych nN”, spełniają wymagania określone przez Zamawiającego, w związku z powyższym oferta Eltrans podlega odrzuceniu, ze względu na niezgodność jej treści z treścią SIWZ.

2) Dotyczy poz. nr 42 Formularza wyceny dla „Zadania nr 1

W odniesieniu do produktu określonego przez Zamawiającego pod poz. 42 o nazwie: „Uchwyt przelotowy do przelotowego zawieszenia izolowanych przewodów 2-4x (25-50 mm²) na odcinkach z załomem 180°-120°, Eltrans zaoferował uchwyt S0270, który jest przystosowany do innych niż wymagane przez Zamawiającego przewodów i załomów.

Zamawiający wezwał wykonawcę pismem z 03.09.2013 r. m.in. do złożenia wyjaśnień. Zamawiający w piśmie wprost wskazał, że zaoferowany uchwyt S0270 jest przystosowany do „niezgodnych z SIWZ” przewodów i załomów. Do powyższego stanowiska Zamawiający doszedł samodzielnie, po analizie załączonych do oferty kart katalogowych (str. 20 oferty Eltrans). W odpowiedzi Eltrans wyjaśnił, że w odniesieniu do poz. 42 nastąpiła pomyłka w nazwie - wpisany został uchwyt z pozycji wyższej zamiast uchwytu S0130. Dalej Eltrans podnosił, iż owa „pomyłka literacka” była wynikiem „komputerowego wpisania tekstu”, w związku z tym Eltrans poprosił o jej poprawę i „zadeklarował realizację tej pozycji przy zastosowaniu uchwytu SO 130”.

Zamawiający pismem z 20.09.2013 r. dokonał zmiany treści oferty Eltrans zastępując w poz. 42 wpisany przez Eltrans uchwyt SO 270 na SO 130, poprzez zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp.

Odwołujący podkreśla, że możliwość samodzielnego poprawienia omyłki, bez udziału wykonawcy, to wypracowana w orzecznictwie wskazówka zmierzająca do wytyczenia jednoznacznej granicy zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zastosowanie jej w praktyce 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

Złożone przez wykonawcę wyjaśnienia nie mogą prowadzić de facto w wygenerowania nowego oświadczenia woli, w zakresie zaoferowania innego typu urządzenia, co miało miejsce w niniejszym przypadku. Ponieważ Eltrans, w swoich wyjaśnieniach, zaoferował inny

typ urządzenia niż pierwotnie w ofercie, Zamawiający dokonał na ich podstawie poprawy treści oferty, nie można mówić samodzielności Zamawiającego.

Odwołujący podnosi, że z całokształtu złożonej oferty, nie wynika by w zakresie poz. 42 Wykonawca chciał zaoferować uchwyt SO130. W niniejszym przypadku nie występowały wewnętrzne sprzeczności, które znajdowałyby się w ofercie od samego początku - jakiś punkt zaczepienia, który nasunąłby Zamawiającemu wątpliwości. Zamawiający z pełną świadomością, co potwierdza nawet charakter treści wezwania do złożenia wyjaśnień, zmierzał do poprawy oferty Wykonawcy w taki sposób, by nie podlegała ona odrzuceniu.

W związku z powyższym Zamawiający nie miał żadnych podstaw do tego by skorzystać z instytucji, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp.

Nie można również, w niniejszym przypadku, mówić o nieistotnej zmianie treści oferty, skoro Zamawiający musiał dokonać zamiany zaoferowanego uchwyty z SO 270 na SO 130 (oba produkty to produkty istniejące). Taka zmiana powodowałaby również konieczność zmiany ceny jednostkowej oraz zbiorczej ceny za dany asortyment, gdyż uchwyt SO 130 (wyceniony również w innym elemencie oferty

- np. poz. 47) jest droższy niż uchwyt SO 270 (SO 270 cena netto/szt. 20,04 zł, SO 130 cena netto/szt. 25,57 zł).

Natomiast fakt, złożenia do oferty dokumentów i certyfikatów odnoszących się do uchwyty SO 130, nie powoduje, że można było mieć wątpliwości jaki typ produktu Elektroskania oferuje w odniesieniu do poz. 42. Dokumenty i certyfikaty odnoszące się do uchwyty SO 130 zostały przedłożone przez wykonawcę wraz z ofertą, z uwagi na fakt, że uchwyt SO 130 był oferowany również w innej pozycji Zadania 1 - poz. 47. Wykonawca dołączył zresztą dokumenty dla oferowanego uchwyty SO 270 co potwierdza, że nie doszło tu do omyłki, a do zaoferowania przedmiotu zamówienia niezgodnego z SIWZ.

Przyjmując stanowisko Zamawiającego, równie dobrze można by uznać, że wykonawcy w ogóle nie musieli w ofercie przedstawiać typów oferowanych produktów, gdyż dokonywaliby ich „uzupełniania” lub zmiany w zależności od zaistniałych okoliczności poprzez wykorzystanie instytucji „innej omyłki”.

Resumując, z faktu, iż w pozycji 42 Eltrans zaoferował produkt SO 130 za cenę 20,04 zł netto za sztukę w żaden sposób nie można wywieść z treści oferty. Zamawiający w bezprawny sposób dokonał zmiany istotnej treści oferty wykonawcy korzystając z niedozwolonych przez ustawę Pzp negocjacji dotyczących złożonej oferty.

V. Dotyczy zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Ensto - mimo, że oferta tego Wykonawcy podlega odrzuceniu ze względu na niezgodność jej treści z treścią SIWZ oraz

Dotyczy zarzutu prowadzenia z Ensto negocjacji dotyczących złożonej przez tego Wykonawcę oferty, a w konsekwencji dokonania istotnej zmiany treści oferty poprzez zmianę oferowanego świadczenia oraz niezasadnego zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp

1) Dotyczy poz. nr 42 Formularza wyceny dla „Zadania nr 1

W odniesieniu do produktu określonego przez Zamawiającego pod poz. 42 o nazwie: „Uchwyt przelotowy do przelotowego zawieszenia izolowanych przewodów 2-4x (25-50 mm²) na odcinkach z załomem 180°- 120°, Ensto zaoferowała uchwyt S0270, który jest przystosowany do innych przewodów i załomów, niż wymagane przez Zamawiającego.

Zamawiający w wezwaniu wykonawcy wprost wskazał, że zaoferowany uchwyt S0270 jest przystosowany do „niezgodnych z SIWZ" przewodów i załomów, po analizie załączonych do oferty kart katalogowych (str. 166 oferty Ensto).

W odpowiedzi Ensto wyjaśnił, że w odniesieniu do poz. 42 omyłkowo wskazano uchwyt SO 270 zamiast uchwyt SO 130. Wykonawca poniósł, że za uchwyt SO 130 oferuje za taką samą cenę jak za uchwyt SO 270. Wskazał, że do oferty dołączono wszelkie wymagane przez Zamawiającego dokumenty i certyfikaty odnoszące się do uchwytu SO 130.

Zamawiający 20.09.2013 r. dokonał zmiany treści oferty Ensto zastępując w poz. 42 wpisany przez Ensto uchwyt SO 270 na SO 130, poprzez zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy.

W pierwszej kolejności należy podkreślić, że możliwość samodzielnego poprawienia przez zamawiającego omyłki, bez udziału wykonawcy, to wypracowana w orzecznictwie wskazówka zmierzająca do wytyczenia jednoznacznej granicy zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zastosowanie jej w praktyce 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 (tak np.: KIO 140/13)

Ponieważ Ensto, w swoich wyjaśnieniach, zaoferowała inny typ urządzenia, niż oferowany pierwotnie w ofercie a Zamawiający dokonał na ich podstawie poprawy treści oferty, nie można mówić samodzielności Zamawiającego.

Odwołujący podnosi, że z całokształtu złożonej oferty, nie wynika by w zakresie poz. 42 Wykonawca chciał zaoferować uchwyt S0130. W niniejszym przypadku nie występowały wewnętrzne sprzeczności, które znajdowałyby się w ofercie od samego początku - jakiś punkt zaczepienia, który nasunąłby Zamawiającemu wątpliwości. Zamawiający co potwierdza nawet charakter treści wezwania do złożenia wyjaśnień, zmierzał do poprawy oferty Wykonawcy w taki sposób, by nie podlegała ona odrzuceniu.

Zamawiający nie miał żadnych podstaw do tego by skorzystać z instytucji, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp.

Zamawiający dokonał zamiany zaoferowanego uchwytu z SO 270 na SO 130. Taka zmiana powodowałaby również konieczność zmiany ceny jednostkowej oraz zbiorczej ceny za dany asortyment, gdyż uchwyt SO 130 (wyceniony również w innym elemencie oferty - np. poz. 47 - 26,22 zł netto za sztukę) jest droższy niż uchwyt SO 270 (20,56 zł netto za sztukę).

W tych okolicznościach, zupełnie niezrozumiałe jest oświadczenie Ensto, że oferuje uchwyt SO 130 w takiej samej cenie co uchwyt SO 270.

Natomiast fakt, złożenia do oferty dokumentów i certyfikatów odnoszących się do uchwytu SO 130, nie powoduje, że można było mieć wątpliwości jaki typ produktu Ensto oferuje w odniesieniu do poz. 42. Dokumenty i certyfikaty zostały przedłożone przez wykonawcę wraz z ofertą, z uwagi na fakt, że uchwyt SO 130 był oferowany również w innej pozycji w zakresie Zadania 1 - poz. 47. Wykonawca dołączył zresztą dokumenty dla oferowanego uchwytu SO 270 co potwierdza, że nie doszło tu do omyłki, a do zaoferowania przedmiotu zamówienia niezgodnego z SIWZ.

Przyjmując stanowisko Zamawiającego, równie dobrze można by uznać, że wykonawcy w ogóle nie musieli w ofercie przedstawiać typów oferowanych produktów, gdyż dokonywaliby ich „uzupełniania” lub zmiany w zależności od zaistniałych okoliczności poprzez wykorzystanie instytucji „innej omyłki”.

Resumując, z faktu, iż w pozycji 42 Ensto zaoferował produkt SO 130 za cenę 20,56 zł netto za sztukę w żaden sposób nie można wywieść z treści oferty. Zamawiający w bezprawny sposób dokonał zmiany istotnej treści oferty wykonawcy korzystając z niedozwolonych przez ustawę Pzp negocjacji dotyczących złożonej oferty.

2) Dotyczy poz. nr 55 Formularza wyceny dla „Zadania nr 1

W odniesieniu do produktu określonego przez Zamawiającego pod poz. 55 o nazwie: „uchwyt odciągowy do zamocowania wiązki czterech przewodów izolowanych linii głównej, odgałęzienia o przekroju 4x25-70 mm², Ensto zaoferował uchwyt GUKo1.

Zgodnie z wymaganiem w pkt. 1.7.3 załącznika nr 2 do projektu umowy uchwyty odciągowe do linii izolowanych powinny spełniać wymagania normy PN EN 50483-2:2009 w zakresie próby wytrzymałościowej na zerwanie (punkt 8.1.2 normy PN EN 50483-2:2009), a zatem Zamawiający wymagał by siła przy próbie wytrzymałościowej na zerwanie dla przekroju 70 mm² wynosiła nie mniej niż 3596 daN (35,96 kN).

Zgodnie z przedstawioną wraz z ofertą kartą katalogową (str. 188 oferty Ensto), dla oferowanego przez Ensto w poz. 55 uchwytu GUKo1 siła SMFL wynosi 25 kN, co nie spełnia wymagań Zamawiającego.

Ensto w wyjaśnieniach na wezwanie zamawiającego wskazał, że zaoferowany uchwyt GUKo1, produkowany przez firmę SICAME, spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego, na co firma SICAME przedłożyła w swojej ofercie stosowne dokumenty.

Odwołujący wskazuje, że uchwyt GUKo1 jest produkowany przez SICAME w dwóch wersjach, które różnią się od siebie maksymalną wartością SMFL tj/ 25 lub 37 kN

Zaoferowanie przez Ensto uchwyty GUKo1 z maksymalną wartością SMFL- 25 kN, co wynika z załączonej do oferty karty katalogowej, nie spełnia wymogów, a treść złożonej oferty nie odpowiada treści SIWZ, a zatem oferta Ensto winna podlegać odrzuceniu.

VI. Dotyczy zarzutu zaniechania wezwania Elektroskandia, Eltrans oraz Ensto, do uzupełnienia deklaracji zgodności w odniesieniu do określonych produktów

Zgodnie z pkt. XIV 1.8 SIWZ, wykonawcy zobowiązani byli do przedłożenia deklaracji zgodności dla wszystkich zaoferowanych wyrobów, zgodnie z definicją zawartą w ustawie o systemie oceny zgodności z 30.08.2012, spełniające wymagania określone w PN-EN ISO/IEC 17050-1 Ocena Zgodności. Nadto Zamawiający wskazał, że deklaracje powinny zawierać zapisy informujące o zgodności wyrobów lub partii wyrobów z określonymi normami zgodnymi z wymaganiami warunków przedmiotowego zamówienia.

Zarówno Elektroskandia, Eltrans oraz Ensto nie przedłożyli stosownych deklaracji w odniesieniu do następujących zaoferowanych produktów:

- Poz. 53 - oferowany produkt: SO 72.2 - brak deklaracji na normę EN50483-6
- Poz. 64 - oferowany produkt: PER 15 - brak deklaracji na normę EN50483-6

Ponadto Elektroskandia nie przedłożyła stosownych deklaracji w odniesieniu do następujących zaoferowanych produktów:

- Poz. 49 - oferowany produkt: SO 146 - brak deklaracji na normę EN50483-6

W związku z powyższym, Zamawiający nie wypełnił swojego obowiązku, jakim było wezwanie tych wykonawców, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do przedłożenia dokumentów potwierdzających, że oferowane przez nich dostawy spełniają wymagania Zamawiającego.

VII. Dotyczy zarzutu odrzucenia oferty Odwołującego pomimo, że treść oferty Odwołującego jest zgodna z treścią SIWZ

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego w zakresie „Zadania nr 1 - Osprzęt linii napowietrznych izolowanych nN”, wskazując, że treść ofert Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ.

Jako podstawę stwierdzenia owej niezgodności Zamawiający podał brak spełnienia przez oferowane przez Odwołującego zaciski do linii izolowanych (pozycje oferowanych produktów w zadaniu nr 1:15, 17, 26, 27, 28) wymagań normy PN-EN 50483-4:2009 w zakresie elektrycznej próby starzeniowej klasy A (punkt 8.1.6 normy PN-EN 50483-4:2009), a jedynie przedłożenie dokumentów potwierdzających spełnienie elektrycznej próby starzeniowej klasy B.

Zgodnie z pkt. 1.7.2 załącznika nr 2 do projektu umowy pn. „Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia - Warunki Zamówienia”, zaciski do linii izolowanych powinny spełniać wymagania normy PN-EN 50483-4:2009 m.in. w zakresie próby starzeniowej klasy A (punkt 8.1.6 tej normy).

Należy wskazać, iż norma PN-EN 50483-4:2009 w pkt. 8.1.6 „electrical ageing test” (tłum. elektryczny test starzeniowy) nie definiuje elektrycznej próby starzeniowej żadnej klasy. W przywoływanym w SIWZ punkcie normy PN-EN 50483-4:2009 wskazuje się, że testy i wszelkiego rodzaju procedury badawcze są zdefiniowane w innej normie - PN-EN 50483-5. To norma PN-EN 50483-5:2009 w pkt 5.5.2, a nie norma PN-EN 50483-4:2009 w pkt. 8.1.6, zawiera definicję klasy A i B elektrycznej próby starzeniowej.

Zatem wymagania Zamawiającego w SIWZ w tym zakresie nie były precyzyjne i jednoznaczne. Mając to na uwadze Odwołujący podnosi, że w orzecznictwie przyjmuje się, że wszelkie nieścisłości, niedokładności oraz niejednoznaczności wynikające z czynności dokonywanych przez Zamawiającego, nie mogą powodować negatywnych konsekwencji dla wykonawców.

Oferowane przez Odwołującego zaciski do linii izolowanych (pozycje oferowanych produktów w Zadaniu nr 1: 15, 17, 26, 27, 28) produkowane przez firmę SICAME przeszły z wynikiem pozytywnym badania starzeniowe, a zatem spełniają wymagania PN-EN 50483-4:2009 pkt 8.1.6. Odpowiadają one w pełni wymaganiom normy PN-EN 50483, w tym także wymaganiom dotyczącym elektrycznej próby starzeniowej określonej normą PN-EN 50483-5, stosownie do wymagań SIWZ pkt. XIV 1.8 (a).

Norma PN-EN 50483 wprowadza dwa opcjonalne badania elektrycznych prób starzeniowych zacisków przebijających izolację (opcja A i opcja B) zgodnie z pkt. 5.5.2 część 5 normy PN-EN 50483-5:2009 i w następujący sposób definiuje badania typu A jak i typu B:

- W badaniach typu A przeprowadza się 1000 cykli grzewczych maksymalnym prądem roboczym dla minimalnego badanego przekroju. Dodatkowo, co 200 cykli grzewczych przeprowadza się udar prądowy 1 sekundowy odpowiednio dla minimalnego zastosowanego przekroju (łącznie 5 udarów).
- W badaniach typu B przeprowadza się 1000 cykli grzewczych maksymalnym prądem roboczym dla minimalnego badanego przekroju.

Badania typu A są przewidziane dla zacisków przeznaczonych do łączenia przewodów linii głównej tj. o przekrojach większych niż 35mm² tzn. sytuacji w których mogą się pojawić prądy zwarciove.

Badania typu B są przeznaczone dla zacisków stosowanych w przyłączach tj. o przekroju przewodów do 35mm². W tego rodzaju połączeniach urządzenia wyłączające np. zabezpieczenia podłączonego obiektu działają niemal natychmiast, tak więc przez zacisk nie

płyną prądy zwarciove. Jeśli w tego typu przyłączach zastosuje się przewody AsXSn, które są przewodami w pełni izolowanymi stanowi to dodatkowe zabezpieczenie przed pojawieniem się zwańc.

Inaczej mówiac, badania typu A - zastosowane dla zacisków przeznaczonych do łączenia przewodów linii głównej o przekrojach większych niż 35mm² i badania typu B - zastosowane dla zacisków stosowanych w przyłączach o przekroju przewodów do 35mm² są tożsame, ponieważ w obu przypadkach odzwierciedlają długoletnią eksploatację zacisków przeznaczonych do dwóch typów zastosowań.

Skoro w przypadku przyłączy (zacisków stosowanych do przekroju przewodu do 35mm², stanowiących przedmiot zamówienia) narażenie na prądy zwarciove nie występuje, to wyniki uzyskane w badaniu według metody A i metody B są tożsame. Wynika to z faktu, że w tym przypadku nie ma zagrożenia prądów zwarciowych, więc przeprowadzanie, co 200 cykli grzewczych, udarów prądowych 1 sekundowych (co ma miejsce w badaniu A) jest zbędne i nie wpływa na wynik badania.

Tym samym oferowany osprzęt w pozycjach 15,17, 26, 27, 28 spełnia wymagania w zakresie elektrycznej próby starzeniowej (zarówno A i B) biorąc pod uwagę ich zakres stosowania (przekrój przyłącza nie więcej niż 35mm²) oraz fakt, że nie występuje narażenie na prądy zwarciove.

W związku z powyższym przyjęcie przez Zamawiającego, że oferta Odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ nie znajduje uzasadnienia. Oferowany w pozycjach 15, 17, 26, 27, 28 osprzęt spełnia wymagania normy PN-EN 50483-4:2009 pkt 8.1.6, w tym wymagania w zakresie elektrycznej próby starzeniowej (zarówno A i B).

Tylko na marginesie Odwołujący wskazuje, iż w przedmiotowej sprawie wzywany był do udzielenia wyjaśnień (pismo Zamawiającego z 3.09.2013 roku) i takie wyjaśnienia przedstawił (pismo z 5.09.2013 roku). Zamawiający odrzucając ofertę przedstawił w tym zakresie jednozdaniowe uzasadnienie, w żaden sposób nie odnoszące się do treści wyjaśnień Odwołującego.

VIII. Dotyczy zarzutu przyznania punktacji w ramach kryterium „certyfikaty”, w sposób niezgodny z SIWZ, naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców

Zgodnie z pkt. XIV 1.8 SIWZ, wykonawcy zobowiązani byli do przedłożenia deklaracji zgodności dla wszystkich zaoferowanych wyrobów, zgodnie z definicją zawartą w ustawie o systemie oceny zgodności z 30.08.2012, spełniające wymagania określone w PN-EN ISO/IEC 17050-1 Ocena Zgodności.

Zamawiający dokonał podziału deklaracji i certyfikatów jakie będą składane przez wykonawców na dwie grupy:

I. Deklaracje niezbędne do uznania ważności ofert (pkt. XIV 1.8 a) SIWZ) - stanowiące tzw. „dokumenty przedmiotowe” w rozumieniu art. 25 ust.1 pkt 2) ustawy Pzp.

II. Dodatkowe deklaracje i certyfikaty, których przedłożenie było punktowane w kryteriach oceny ofert w kryterium „certyfikaty” (pkt. XIV 1.8 b) SIWZ

W ramach tych dodatkowych dokumentów Zamawiający wyodrębnił dwa kolejne rodzaje:

a. Deklaracje zgodności, wydane na podstawie badań w laboratorium posiadającym akredytację PCA typu AB - których przedłożenie uprawniało wykonawcę do otrzymania 1 punktu.

b. Certyfikaty zgodności, wydane przez jednostkę certyfikującą akredytowaną przez PCA typu AC - których przedłożenie (wraz z deklaracją a.) uprawniało wykonawcę do otrzymania 2 punktów.

W ramach kryterium „certyfikaty”, (gdzie maksymalna liczba punktów do uzyskania wynosiła 40), ostateczna punktacja była przydzielana nie w ujęciu bezwzględny (tzn. tyle ile dany wykonawca uzyskał punktów za przedłożenie dodatkowych deklaracji - taką liczbę punktów otrzymywał), ale w ujęciu względnym poprzez ustalenie w pierwszej kolejności liczby punktów bezwzględnych jaką zdobył dany wykonawca, a następnie odniesienie uzyskanej punktacji tego wykonawcy do wykonawcy, który uzyskał najwyższą liczbę punktów bezwzględnych (ocena względna, ustalana wzorem).

Czynności Zamawiającego, w procesie przyznawania punktacji, kwestionowane przez Odwołującego, polegające na rażącym naruszeniu zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, sprowadzały się do przyznawania „punktów bezwzględnych” za deklaracje uzupełniane przez wykonawców w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Jak wynika z brzmienia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, przepis ten zobowiązuje zamawiającego do wzywania wykonawców do uzupełnienia dokumentów, w celu spełniania warunków udziału w postępowaniu (przedmiotowych i podmiotowych), a nie w celu oceny ofert w ramach kryteriów oceny ofert. Dokumenty niezbędne do oceny oferty w ramach kryteriów oceny ofert stanowią bowiem ofertę sensu stricto, co do których obowiązuje zakaz zmian jej treści (art. 87 ust. 1 ustawy Pzp).

Zgodnie z poglądem orzecznictwa wszystkie elementy oferty, jakie Zamawiający zamierza oceniać według kryteriów oceny ofert, muszą być wskazane w ofercie od początku, tak aby zapewnić przejrzystość postępowania i nie naruszać zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z poszanowaniem uczciwej konkurencji. W związku z powyższym uzupełnianie, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, deklaracje i certyfikaty nie powinny przysparzać wykonawcom dodatkowych punktów.

Jak wynika z wyroku KIO 366/12:

„Izba zgadza się też, co do zasady, z argumentacją Odwołującego, że w ramach zachowania uczciwej konkurencji, oferta powinna być oceniana w takim kształcie, w jakim została przedstawiona w terminie składania ofert - tym bardziej, że w przypadkach, gdy właściwości wykonawcy mogą stanowić kryterium oceny ofert, mamy do czynienia z wyjątkiem od przyjętej w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego reguły oddzielenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu od dokumentów stanowiących treść oferty, a wykaz osób i ich doświadczenie siłą rzeczy muszą się stać treścią oferty. W dodatku niezwykle istotną treścią oferty, ponieważ podlegającą ocenie. Zatem jak najbardziej ma tu zastosowanie zasada wskazana w art. 87 ust. 1 ustawy - zakazu zmiany treści oferty (której np. nie ma w stosunku do dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu). Zatem Izba nie widzi żadnej trudności w tym, aby Zamawiający uznał jednocześnie, że wskazana osoba ma doświadczenie w ramach warunku udziału w postępowaniu („zaliczył je”), ale nie przyznał jej za to doświadczenie punktów w ramach kryteriów oceny ofert.”

Bazując na materiałach udostępnionych przez Zamawiającego, Odwołujący doszedł do wniosku, że Zamawiający przyznawał punkty za deklaracje „uzupełniane”, po terminie składania ofert.

W kryterium „Certyfikaty” Zamawiający przyznał następującą liczbę punktów bezwzględnych poszczególnym ofertom, które nie zostały przez Zamawiającego odrzucone:

1. Ensto-63 punkty
2. Eltrans - 70 punktów
3. Elektroskandia - 70 punktów (oferta wybrana).

Tymczasem, z wyliczeń Odwołującego, który przyporządkował punkty poszczególnym ofertom za deklaracje znajdujące się w ofertach wg stanu na termin składania ofert, punktacja winna przedstawiać się następująco:

1. Ensto - 62 punkty
2. Eltrans - 62 punkty
3. Elektroskandia-31 punktów

Wskazanie, za które pozycje wykonawcy złożyli deklaracje i/lub certyfikaty opisane w pkt II a. i b. powyżej i powinni uzyskać punkty wedle Odwołującego ilustruje tabela stanowiąca załącznik nr 12 do dowołania.

W ocenie Odwołującego, gdyby oferta Odwołującego nie została bezprawnie odrzucona, Odwołujący uzyskałby 102 punkty bezwzględne, i z uwagi, że byłaby to najwyższa liczba takich punktów, otrzymałby najwyższą liczbę punktów względnych tj. 40.

Dodatkowo Odwołujący wskazuje, iż sposób przyznawania przez Zamawiającego punktacji w kryterium „certyfikaty” narusza postanowienia SIWZ oraz zasadę zachowania uczciwej

konkrety i równego traktowania wykonawców, z uwagi na fakt, iż Zamawiający przyznawał punkty nawet za deklaracje i certyfikaty, które nie zostały załączone do oferty ani nawet uzupełnione w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Jak wskazano (zarzut VI odwołania) dla poz. 49 (oferowany produkt: SO 146) Elektroskandia nie przedłożyła żadnych deklaracji (ani wymaganych jako obowiązkowy dokument przedmiotowy - pkt. XIV 1.8 a) SIWZ), ani dodatkowych deklaracji i certyfikatów, podlegających punktacji w ramach kryterium „certyfikaty”), a Zamawiający nie wypełnił swojego obowiązku, jakim było wezwanie tego wykonawcy, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia deklaracji (stanowiącej obowiązkowy dokument przedmiotowy - pkt. XIV 1.8 a) SIWZ). W związku z powyższym Elektroskandia nie przedłożyła żadnych deklaracji ani certyfikatów w tym zakresie.

Zamawiający zażądał uzupełnienia ww. dokumentu i przyznał Elektroskandii za tą pozycję (49) 2 pkt (które można było uzyskać za złożenie w ofercie łącznie deklaracji i certyfikatu opisanych wyżej w pkt II a. i b.) - wynika to jednoznacznie z tabeli uzyskanych punktów w Zadaniu 1, przesłanej przez Zamawiającego Odwołującemu pismem z dnia 9.10.2013 roku [załącznik nr 13 do odwołania].

Do odwołania załączono:

Oświadczenie producenta złączki MJPT 95 i MJPT 95 (21) - firmy SICAME S.A., z siedzibą w Francji, z 05.08.2013 r. (wraz z tłumaczeniem na język polski);

Oświadczenie spółki SICAME Polska Sp. z o.o. z 05.08.2013 r.

Karta katalogowa dla uchwyty GUKol z maksymalną wartością SMFL 37 kN

Karta katalogowa dla uchwyty GUKol z maksymalną wartością SMFL 25 kN

Oświadczenie SICAME Polska Sp. z o.o. z 08.05.2013 r. potwierdzające występowania uchwyty GUKol w dwóch wersjach

Tabela dotycząca punktacji opracowana przez Odwołującego, jaka powinna być przyznana ofertom, w kryterium „certyfikaty” (w Zadaniu 1)

Punkty przyznane przez Zamawiającego ofertom w kryterium „certyfikaty” (w Zadaniu 1).

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił skuteczne przystąpienie wykonawca Ensto Pol Sp. z o.o. z siedzibą w Straszynie.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie złożonej do akt sprawy oświadczył, iż działając na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, uwzględni odwołanie w całości.

Wskazany wyżej wykonawca, wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów zawartych w odwołaniu zgłosił sprzeciw przeciwko uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów zawartych w odwołaniu.

W toku rozprawy przed Izbą strony i uczestnik przedstawili stanowiska.

Odwołujący podtrzymał zarzuty odwołania wraz z zawartą w nim argumentacją. Dodatkowo wskazał na treść odpowiedzi na pytanie nr 6 z 28 czerwca 2013 r. potwierdzające, iż przykładowy asortyment ma charakter pomocniczy przy obowiązujących wymogach opisanych w SIWZ. Ponadto na potwierdzenie bezzasadności odrzucenia jego oferty oprócz argumentacji w odwołaniu złożył wyciąg z normy PN EN 50483-4:2009 powołanej w SIWZ (pkt 8.1.6) z której nie wynika, iż stosuje się podział testów starzeniowych na klasy A i B. Złożył ekspertyzę dotyczącą badań typu A i B ze wskazaniem przeznaczenia oraz charakteru wyników na potwierdzenie tożsamości wyników badań B wykazanych zamawiającemu ze wskazanymi typu A w siwz.

Podtrzymał zarzuty dotyczący wadliwej punktacji w ramach kryterium „certyfikaty” dokonanej przez Zamawiającego i zauważył w szczególności, że niedopuszczalne jest przyznawanie punktów w ramach tego kryterium za certyfikaty złożone później, niż w terminie składania ofert. Zauważył, że wybrany wykonawca Elektroskania nie złożył w ogóle certyfikatów, a jak wynika z punktacji, otrzymał punkty z tego tytułu. Ponadto w poz. 64 wykonawcy otrzymali po 1 punkcie przy braku podstaw.

Złożył kopię pisma z firmy Sicame Polska o wyprzedaniu starszych wersji łączek PT 95 i o tym, że w katalogach producenta występuje nowa nazwa oraz kartę katalogową producenta oraz oznaczeniem produktu o symbolu MJPT 95 z dalszymi oznaczeniami, co wskazuje na różne produkty o takim symbolu początkowym.

Wskazał na zamianę produktu w poz. 42 z S0 270 na SO130.

W zakresie poz. 55 (GUKo1) uznał, że zaoferowano niewłaściwy przedmiot, co potwierdza treść załączonej karty katalogowej, która jest elementem oferty, a nie elementem przedmiotowym, podlegającym ewentualnemu uzupełnieniu. Wskazał na wymóg pkt XIV 1.8 SIWZ i odpowiedź na pytanie 32, w którym potwierdzono wymóg przedłożenia deklaracji zgodności dla wszystkich zaoferowanych wyrobów.

W zakresie przesłanek odrzucenia własnej oferty dodatkowo wskazał, iż jeśli będzie celowe uznanie przedstawiania wyników badań zacisków klasy A, to należy z ostrożności wskazać, iż taki dokument, przy uznaniu przez Zamawiającego jego braku, podlega uzupełnieniu w

trybie art. 26 ust. 3 ustawy, która to procedura nie została przeprowadzona, albowiem Zamawiający zażądał jedynie wyjaśnień.

Zamawiający w związku z uwzględnieniem odwołania nie przedstawił dodatkowego stanowiska.

Przystępujący do postępowania odwoławczego wniósł o oddalenie odwołania.

Stwierdził, że Zamawiający w poz. 42 oferty zasadnie poprawił omyłkę w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp. Wskazał na nieznaczącą różnicę w cenie uchwytów SO 270 i SO 130. Zauważył, że miejsce omyłki, tj. poz. 42, usytuowane było między pozycjami 39 a 46, w których kolejno Zamawiający wskazywał tożsamy przykładowy asortyment tj. SO 270, a wskutek pomyłki w tej pozycji także wpisano SO 270 jak w pozycjach poprzedzających, jak i kolejnych.

W poz. 55 Przystępujący zaoferował wymagane urządzenie, jednakże z przyczyn zewnętrznych nie mógł przedstawić karty katalogowej tego urządzenia (produkowanego w 2 rodzajach o takich samych symbolach). Zauważył, że w tym zakresie Zamawiający powinien był wezwać do uzupełnienia brakującego dokumentu - karty katalogowej określającej parametry urządzenia. Stwierdził także, że zarzuty odwołania dotyczące jego oferty w poz. 53 i 54 (str. 16 odwołania) odnoszą się do nieznaczących elementów dostawy, a w razie uznania tych zarzutów za uzasadnione, zamawiający powinien wezwać wykonawcę do przedłożenia stosownych deklaracji dotyczących tych produktów.

Ponadto wskazał na pkt 1.7.2 tiret 8 OPZ dotyczący wymaganej próby starzeniowej klasy A i złożył fragment normy dotyczącej takiej próby,

Stwierdził, że Odwołujący w istocie potwierdził brak badania klasy A wymaganego w SIWZ.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem stron i uczestnika, uwzględniając dokumentację postępowania, w szczególności postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, treść ofert uczestników oraz stanowiska przedstawione w pismach procesowych i do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

Izba uwzględniła wniesione odwołanie uznając, że część podniesionych zarzutów się potwierdziła.

W zakresie zarzutu odrzucenia oferty odwołującego niesporne jest, iż wykonawca w złożonej ofercie oraz wyjaśnieniach złożył dokumenty dla wyrobów oferowanych w pozycjach 15, 17, 26, 27, 28 potwierdzające spełnienie klasy B w zakresie

elektrycznej próby starzeniowej. Zgodnie z postanowieniami siwz w pkt. 1.7 załącznika nr 2 zawierającego szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zaciski do linii izolowanych powinny spełniać wymagania normy PN-EN 50483-4:2009 w zakresie elektrycznej próby starzeniowej klasy A, punkt 8.1.6 normy. Odwołujący wywodzi, że wymóg powyższy spełnił z uwagi na tożsamość wyniku przedstawionego (klasy B) z żądanym w siwz, a zatem decyzja zamawiającego była niezasadniona. Skład orzekający zauważa, że powołany wyżej wymóg był jednoznaczny i niekwestionowany, a odwołujący nie udokumentował jego spełnienia. Konsekwencją tego ustalenia nie jest jednakże odrzucenie oferty lecz wymóg przeprowadzenia procedury przewidzianej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zważywszy na obowiązkową czynność wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie wymagań przedmiotowych (art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp).

W toku postępowania dowodowego ustalono w zakresie parametrów uchwytu GUKo1, iż uchwyt ten przy tożsamym symbolu występuje w dwóch rodzajach, w tym jednym spełniającym wymagania siwz. Na tę okoliczność przystępujący nie złożył wymaganego dokumentu potwierdzającego parametry żądane, stąd też, tak jak w akapicie poprzedzającym, zamawiający obowiązany jest wykonać czynności wezwania do uzupełnienia zgodnie z art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp. Na tej samej podstawie prawnej nakazano wezwanie tego podmiotu do złożenia brakujących deklaracji zgodności dla oferowanych wyrobów.

W odniesieniu do tego wykonawcy Izba uznała za niezasadny zarzut odwołania o niezgodności oferty z treścią siwz i niezasadne zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp w zakresie poz. 42 formularza wyceny. Izba podziela stanowisko przystępującego, iż poz. 42, w której należało podać uchwyt typu SO130 została przez wykonawcę wypełniona wskazaniem uchwytu SO270 wskutek omyłki. Za uzasadnione przyjęto stwierdzenie, że miejsce omyłki, tj. poz. 42, usytuowane było między pozycjami 39 a 46, w których kolejno Zamawiający wskazywał tożsamy przykładowy asortyment tj. S0 270, a wskutek pomyłki w tej pozycji także wpisano SO 270 jak w pozycjach poprzedzających, jak i kolejnych.

Również w ofercie Elektroskandia Polska Sp. z o.o. oraz w ofercie Eltrans zamawiający dokonał poprawienia analogicznej pomyłki; w odniesieniu do tej czynności ocena Izby jest również aprobująca ze względów jak wyżej.

Odnośnie oferty wykonawcy z siedzibą w Poznaniu oraz wykonawców Eltrans Sp. z o.o. w Chorzowie i El-Plus z siedzibą w Chorzowie skład orzekający uznaje zarzuty odwołania za udowodnione i uzasadnione z uwagi na wykazaną niezgodność treści ofert z treścią siwz oraz nieważność polegającą na zaoferowaniu elementów dostawy – złączki o symbolu

MJPT 95, której produkcja została zaprzestana, a nawet w wypadku dysponowania tymi złączkami, ich zaoferowanie i użycie naruszyłyby wymóg dostawy asortymentu fabrycznie nowego /.../ nie starszego niż 6 miesięcy, przewidziany w projekcie umowy stanowiącej załącznik nr 6 do siwz. Zważywszy, że jest to produkt stanowiący wprost treść oferty, brak jest prawnych możliwości sanowania stwierdzonej niezgodności.

Izba uznaje za uzasadniony zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy poprzez jego zastosowanie do poz. 27 oferty Elektroskania biorąc pod uwagę, że za omyłkę pisarską można uznać omyłkę możliwą do poprawienia przez zamawiającego po spostrzeżeniu, że jest ona oczywista (tak stanowi przepis art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy), a zatem, co do zasady, bez potrzeby uprzedniego żądania wyjaśnień od wykonawcy na okoliczność czy i jaka jest pomyłka, a nadto, w jaki sposób należy ją poprawić.

Za uzasadniony Izba uznaje również zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy pzp w zakresie przyznawania punktacji poszczególnym ofertom w kryterium „certyfikaty” za dokumenty podlegające punktacji, a złożone nie wraz z ofertą lecz w wyniku uzupełnienia w późniejszym terminie. Dopuszczenie takiego sposobu niewątpliwie narusza zasadę równości wykonawców i narusza zasadę konkurencji, bowiem de facto stawia w pozycji uprzywilejowanej wykonawców, którzy nie potwierdzili spełnienia warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert.

W świetle powyższego, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 3 b) ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, w którym uczestnik postępowania odwoławczego wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów odwołania oraz z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).



Przewodniczący:

[Handwritten signature]

Na użytek wniósł sprzeciw.
Za zgodność

PREZES
Krajowej Izby Odwoławczej

[Handwritten signature]
Paweł Trojan