

WYROK
z dnia 3 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Mikołaj Kraska
Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron i rozprawie w dniach 19 oraz 29 czerwca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 kwietnia 2020 r. przez wykonawcę INCOBEX – ELPLAST Sp. z o. o. w Bielsku-Białej w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - ENEA Operator Sp. z o. o. w Poznaniu

przy udziale wykonawcy SAKS-POL Sp. j. w Słupnie zgłaszającego przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego

orzeka:

1.1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty SAKS-POL Sp. j. w Słupnie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z powodu niewykazania spełniania przez oferowane dostawy opisanych wymagań zamawiającego dotyczących:

- przekroju oferowanej szyny PEN;
- badania rozdzielnic wyposażonych w rozłączniki z modułem przepalenia wkładek bezpiecznikowych;
- certyfikatu zgodności dla oferowanego zestawu

i nakazuje ENEA Operator Sp. z o. o. w Poznaniu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty w części 1 i 2, odrzucenie oferty SAKS-POL Sp. j. w Słupnie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert;

1.2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie

2. kosztami postępowania w łącznej kwocie 22.200 zł (słownie: dwadzieścia dwa tysiące dwieście złotych) obciąża wykonawcę SAKS-POL Sp. j. w Słupnie oraz INCOBEX – ELPLAST Sp. z o. o. w Bielsku-Białej w częściach równych i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę INCOBEX – ELPLAST Sp. z o.

o. w Bielsku-Białej tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od SAKS-POL Sp. j. w Słupnie na rzecz INCOBEX – ELPLAST Sp. z o. o. w Bielsku-Białej kwotę 7.500 zł (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych) stanowiącą zwrot uzasadnionych kosztów strony poniesionych z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Poznaniu.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 710/20

Uzasadnienie

Zamawiający – ENEA Operator Sp. z o. o. w Poznaniu – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest dostawa wewnętrznych rozdzielnic nn dla Enea Operator Sp. z o.o. w 2019 r. i 2020 r. - 2 zadania. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 095-230715. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W związku z przesłaniem przez zamawiającego 23 marca 2020 r. informacji o wyniku postępowania 2 kwietnia 2020 r. wykonawca INCOBEX – ELPLAST Sp. z o. o. w Bielsku-Białej wniósł odwołanie. Zachowany został termin ustawy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy SAKS - POL Sp. j. w Słupnie, dalej jako „SAKS - POL”, mimo jej niezgodności Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, dalej jako „SIWZ”, z powodu:
 - niezgodnego z opisem przedmiotu zamówienia przekroju szyny;
 - braku wyposażenia rozdzielnicy w rozłączniki z modułem przepalania wkładki;
 - niespełnienia wymagania przedstawienia certyfikatów zgodności dla oferowanych dostaw

potwierdzających zgodność całego zestawu, w tym m.in. w zakresie: wymiarów rozdzielnic, pól rozłączników, innych konfiguracji;

2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Centrum Zaopatrzenia Energetyki "PAS" Sp. z o.o. Sp. k., dalej jako „PAS”, mimo jej niezgodności z SIWZ, polegającej na tym, że w formularzu ofertowym cenowym wykonawca podał jako producenta rozłączników własną firmę - natomiast powszechnie wiadomo jest, iż PAS nie jest producentem rozłączników listwowych i takie rozłączniki nie funkcjonują w obiegu;
3. art. 8 ust 2 Pzp przez zaniechanie udostępnienia dokumentów załączników do protokołu, postępowania o które wnioskował odwołujący po wyborze oferty najkorzystniejszej;
4. art. 89 ust. 1 pkt 7a i 89 ust. 1 pkt 7b Pzp w zw. z 85 ust. 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PAS z uwagi na upływ terminu związania ofertą i niezabezpieczenia oferty wadium, alternatywnie:
5. art. 91 i art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp oraz art. 66 § 2 k.c. przez uznanie iż pomimo upływu terminu związania ofertą oferta wykonawcy PAS jest ważna i podlega ocenie w zadaniu nr 1;
6. art. 89 ust. 1 pkt 7a i 89 ust. 1 pkt 7b Pzp w zw. z 85 ust. 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty PAS, Przedsiębiorstwa Konstrukcji Innowacyjnych WILK S.C oraz Zakładu Usługowo - Produkcyjny EMITER Sp. Jawna S. B., P. L. z uwagi na upływ terminu związania ofertą i niezabezpieczenia oferty wadium, alternatywnie:
7. art. 91 i art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp oraz art. 66 § 2 k.c. przez uznanie iż pomimo upływu terminu związania ofertą oferty PAS, Przedsiębiorstwa Konstrukcji Innowacyjnych WILK S.C oraz Zakładu Usługowo - Produkcyjny EMITER Sp. Jawna S.B., P. L. są ważne i podlegają ocenie.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu:

1. W zadaniu 1:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- odrzucenia oferty SAKS-POL;
- odrzucenia oferty PAS, alternatywnie uznania, że ta oferta nie powinna być brana pod uwagę podczas badania i oceny ofert;

2. W zadaniu 2:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- odrzucenia oferty SAKS-POL;
- odrzucenia ofert: PAS, Przedsiębiorstwa Konstrukcji Innowacyjnych WILK S.C oraz Zakładu Usługowo - Produkcyjny EMITER Sp. Jawna S. B., P. L., alternatywnie uznania, że oferty te nie są brane pod uwagę podczas badania i oceny ofert z uwagi na upływ terminu związania ofertą i ważności wadium.

W odniesieniu do obu zadań odwołujący domagał się powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz zasądzenia od zamawiającego na swoją rzecz kosztów postępowania

odwoławczego.

Wykonawca SAKS-POL przystąpił do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. Przystępujący wniósł o uwzględnienie odwołania.

Zamawiający pismem z 8 kwietnia 2020 r. uwzględnił zarzuty odwołania dotyczące oferty SAKS-POL, w związku z czym wykonawca ten pismem z 15 maja 2020 r. wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów odwołania w części.

Izba nie uwzględniła wniosku odwołującego o odrzucenie odwołania i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony i uczestnik podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

17 maja 2019 r. zamawiający opublikował ogłoszenie o zamówieniu oraz SIWZ.

Zamawiający w rozdziale II SIWZ tj. Opisie Przedmiotu Zamówienia (dalej: „OPZ”), określił wymagania dotyczące rozdzielnic nn, m.in. że:

- dostarczane rozdzielnice nn muszą posiadać aktualny certyfikat zgodności na spełnienie wymagań zawartych w PN-EN 61439-1 oraz PN-EN 61439-5 wydany przez jednostki badawcze akredytowane przez PCA lub równoważne jednostki akredytujące (ust. 1 rozdziału II SIWZ);
- dostarczane rozdzielnice muszą posiadać wyposażenie (łączniki, szyny, osłony elementy konstrukcyjne) dla jakiego uzyskały ww. certyfikaty (ust. 2 rozdziału II SIWZ);
- wymaga dostarczenia sprawozdania z badań, który był podstawą uzyskania ww. certyfikatu (ust. 3 rozdziału II SIWZ).

W pkt 6.13. SIWZ zmodyfikowanym odpowiedzią na pytania wykonawców z 31 maja 2019 r. zamawiający ustalił, że w celu wykazania przez wykonawców, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez zamawiającego, żąda od wykonawcy, którego oferta zostanie uznana za najwyższej ocenioną:

- certyfikatu zgodności na spełnienie wymagań zawartych w PN-EN 61439-1 oraz PN-EN 61439-5 wydanego przez jednostkę badawczą akredytowaną przez PCA lub równoważną jednostkę akredytującą;
- aby dostarczone rozdzielnice posiadały wyposażenie (łączniki, szyny, osłony, elementy konstrukcyjne) dla jakiego uzyskały ww. certyfikaty;
- certyfikatu zgodności wydanego producentowi rozłączników bezpieczników listowych przez akredytowane laboratorium, potwierdzającego, że rozłączniki były badane na zgodność z normą PN-EN 60947-3 wraz z modułami kontroli wkładek (dodane w ramach Odpowiedzi 1);
- sprawozdania z badań, które były podstawą uzyskania ww. certyfikatu.

Ponadto w odpowiedzi na pytania wykonawców z 11 czerwca 2019 r. zamawiający oświadczył, że będzie żądał odpowiednich raportów z badań dla rozłączników bezpiecznikowych listowych wyposażonych w moduł przepalenia wkładki wydany przez akredytowaną jednostkę badawczą,

potwierdzających wykonanie tych badań zgodnie z wymaganiami punktu 8.4. normy PN-EN 60947-1 oraz PN-EN 60947-3.

Zamawiający opisał również, w Rozdziale II, w części Oszynowanie, że wymaga szyn zbiorczych miedzianych cynowanych o wymiarach 60x10 mm².

Zgodnie z informacją z otwarcia ofert 27 czerwca 2019 r. oferta złożona przez przystępującego jest ofertą z najniższą ceną w części 2, w części 1 jest ofertą z ceną trzecią w kolejności. Cena oferty odwołującego jest trzecia w kolejności w zadaniu 2 i piąta w zadaniu 1. Pozostali wykonawcy, którzy złożyli oferty to: Centrum Zaopatrzenia Energetyki "PAS" Sp. z o.o. Sp. k., Przedsiębiorstwo Konstrukcji Innowacyjnych WILK S.C oraz Zakład Usługowo - Produkcyjny EMITER Sp. Jawna S. B., P. L..

5 lipca 2019 r. zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp wezwał przystępującego do złożenia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań zamawiającego. W pkt 10 i 11 wezwania zamawiający zobowiązał przystępującego do złożenia:

- certyfikatu zgodności na spełnienie wymagań zawartych w normach: PN-EN 61439-1 oraz PN-EN 61439-5 wydanego przez jednostkę badawczą akredytowaną przez PCA lub równoważną jednostkę akredytującą (z uwzględnieniem, że rozdzielnice muszą posiadać wyposażenie, tj. łączniki, szyny, osłony, elementy konstrukcyjne dla jakiego uzyskały certyfikat);

- sprawozdania z badań, które było podstawą do uzyskania ww. certyfikatu.

Przystępujący złożył dokumenty.

26 lipca 2019 r. zamawiający działając na podstawie:

a) art. 26 ust. 1 Pzp wezwał przystępującego do przedstawienia certyfikatu zgodności wydanego producentowi rozłączników bezpiecznikowych listwowych przez akredytowane laboratorium potwierdzające, że rozłączniki były badane za zgodność z normą PN-EN 60947-3 wraz z modułami do kontroli wkładek, pomimo załączenia tych certyfikatów wraz z raportami do Odpowiedzi na Wezwanie I;

b) art. 26 ust. 3 Pzp wezwał przystępującego do uzupełnienia m.in. certyfikatu dla rozdzielnic nn potwierdzającego spełnienie wymagań zawartych w PN-EN 61439-1 oraz PN-EN 61439-5 wydanego przez jednostkę akredytowaną przez PCA lub równoważną oraz sprawozdania z badań potwierdzających spełnianie tych norm dla rozdzielnicy opisanej w pkt 4 rozdziału II SIWZ oraz certyfikatów dla urządzeń, z którymi zostały przeprowadzone badania.

Zamawiający uzasadniając zasadność wezwania wskazał, że jego zdaniem załączone przez Odwołującego raporty z badań, nie potwierdzają spełniania wymagań wskazanych norm, tj. PN-EN 61439-1 oraz PN-EN 61439-5, a tym samym wadliwy jest certyfikat zgodności nr 044/2019 wydanie nr 01 z dnia 19 maja 2019 r. („Certyfikat”).

Zdaniem przystępującego wezwanie było niezrozumiałe na co zwrócił zamawiającemu uwagę pismem z 30 lipca 2019 r., jednak w związku z brakiem odpowiedzi 1 sierpnia 2019 r. przedstawił:

- certyfikaty zgodności rozłączników bezpiecznikowych listwowych wydane przez

akredytowane laboratorium, potwierdzające, że rozłączniki były przebadane za zgodność z normą PN-EN 60947-3 z modułami do kontroli wkładek, z zaznaczeniem, że przedmiotowe certyfikaty zostały już uprzednio przekazane Zamawiającemu w ramach odpowiedzi na Wezwanie I, na str. 33-38 tego dokumentu;

- ponownie certyfikat i oświadczenie o zgodności tego Certyfikatu z wymaganiami Zamawiającego określonymi w punkcie 6.13. tiret pierwszy SIWZ;

Zamawiający pismem z 2 sierpnia 2019 r., w odpowiedzi na wniosek o wyjaśnienie, wskazał m.in., że w jego ocenie:

- przedłożone raporty z badań EWP/16/E/2019 oraz EWP/28/E/2019 dotyczą rozdzielnic wewnętrznych 6 polowych, które nie są przedmiotem postępowania. Dodatkowo badania EWP/28/E/2019 nie mają symbolu akredytacji PCA;

- sprawozdanie z badań nr 8631/NZL/NBR/15 dotyczy rozdzielnicy 12 polowej, czyli objętej postępowaniem, ale nie obejmuje wymagań zdefiniowanych w normie PN-EN 61439-5;

- ze sprawozdania z badań, a dokładniej ze zdjęć tam przedstawionych, nie wynika, czy badane rozdzielnice 12 polowe były wyposażone w rozłączniki z modułem przepalenia wkładki. Brak tego modułu może mieć wpływ na końcowe wyniki przeprowadzanych testów.

Przystępujący pismem z 5 sierpnia 2019 r. wyjaśnił, w szczególności, że:

- oferowana rozdzielnica spełnia wymagania zamawiającego, a przedstawione badania i certyfikaty dotyczą grupy rozdzielnic nn RSWW. Załączony certyfikat potwierdza, że rozdzielnice objęte przedłożonymi badaniami, spełniają wymagania norm: PN-EN 61439-1 oraz PN-EN 61439-5. Przystępujący oświadczył, że badania były przeprowadzone w skrajnie niekorzystnych warunkach, a pomimo tego uzyskały wynik pozytywny.

- sprawozdanie z badań zostało wykonane zgodnie z przedstawioną dokumentacją oraz wymaganym wyposażeniem. Dobudowany moduł w postaci rozłącznika z modułem przepalenia wkładki nie ma jakiegokolwiek wpływu na zmianę, np. granicznych przyrostów temperatury, o której wspomina Zamawiający w Wyjaśnieniu do Wezwania II

20 września 2019 r. zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty SAKSPOL na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

30 września 2019 r. SAKSPOL wniósł odwołanie do Prezesa Izby, w którym zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez bezzasadne i bezprawne odrzucenie oferty, pomimo że jest ona ważna i spełnia wymagania SIWZ;
2. art. 26 ust. 3 i 4, ewentualnie art. 87 ust. 1 ustawy, przez zaniechanie wezwania SAKSPOL do złożenia wyjaśnień lub uzupełnień oferty;
3. art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp przez brak wystarczającego uzasadnienia, dlaczego oferta została uznana za odrzuconą oraz w jaki sposób zamawiający oceniał wyjaśnienia składane przez SAKSPOL;
4. art. 7 ust. 1 Pzp.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie zgłosił odwołujący. Izba uwzględniła opozycję SAKSPOL, uznała, że nie wykazał interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego i nie dopuściła odwołującego do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Wyrokiem z 18 października 2019 r. Izba uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu dokonać unieważnienia czynności odrzucenia oferty SAKSPOL oraz powtórzenia badania i oceny ofert z uwzględnieniem tej oferty (KIO 1946/19).

17 grudnia 2019 r. zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp ponownie wezwał SAKSPOL do uzupełnienia oraz wyjaśnienia oferty.

W odpowiedzi z 19 grudnia 2019 r. SAKSPOL udzielił wyjaśnień oraz ponownie załączył dokumenty już posiadane zamawiającego domagając się potwierdzenia spełnienia opisanych wymagań na ich podstawie. Wyjaśnił m.in., że zarzut przebadania oferowanej rozdzielnicy z szyną PEN o przekroju Cu 50x10 zamiast wymaganej przez zamawiającego szyny Cu 60x10 uznaje za błędny i niecelowy. Oferuje bowiem rozdzielnicę wykonaną zgodnie z SIWZ i ta rozdzielnica będzie wyposażona w szynę o przekroju Cu 60x10 (bieloną). Jeżeli rozdzielnica na badaniach potwierdziła swoje parametry elektryczne przy mniejszym przekroju szyny, nie ma żadnych podstaw do obaw stawianych zarzutów przez zamawiającego co do parametrów z szyną Cu 60x10. Poinformował również, że oferowane rozdzielnice zgodnie z SIWZ zostaną wyposażone w rozłączniki z kontrolą przepalenia wkładki. Pogląd, że moduł przepalenia wkładki zmieni coś w parametrach rozdzielnicy uznał za błędny, gdyż proponowane przez niego aparaty z dodatkowym modułem przepalenia wkładki bezpiecznikowej, ze względu na konstrukcję i sposób montażu zapewniają spełnianie wymagań.

12 marca 2020 r. zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 oraz art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. W reakcji na pismo SAKSPOL z 17 marca 2020 r. zamawiający pismem z 20 marca 2020 r. unieważnił czynność unieważnienia postępowania oraz dokonał wyboru oferty SAKSPOL jako najkorzystniejszej w obu zadaniach.

Odwołujący zwrócił się do zamawiającego o przesłanie dokumentów. W odpowiedzi z 6 kwietnia 2020 r. otrzymał dokumenty, w których informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa zostały zaczerpnięte.

Zaprezentowane ustalenia mające znaczenie dla rozstrzygnięcia zostały dokonane na podstawie wymienionych dokumentów znajdujących się w aktach postępowania. Izba uznała je za wystarczające do wydania rozstrzygnięcia.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 i 5 Pzp.

Badana w tym postępowaniu odwoławczym czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, czyli oferty złożonej przez przystępującego, nie jest czynnością wykonaną zgodnie z wyrokiem Izby wydanym w sprawie KIO 1946/20. Z lektury uzasadnienia tego orzeczenia jasno wynika, że jedynym powodem uwzględnienia odwołania było niedostateczne uzasadnienie czynności

odrzućenia oferty przystępującego. Izba nie orzekła co do zarzutów merytorycznych dotyczących zgodności treści tej oferty z treścią SIWZ, natomiast wyraźnie stwierdziła, że odwołanie w tym zakresie będzie przysługiwać w sytuacji, gdy uzasadnienie czynności zamawiającego będzie spełniać wymagania wynikające z art. 92 ust. 1 Pzp.

Zamawiający po wydaniu tego wyroku badał jeszcze ofertę przystępującego. Żądał od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści oferty, co doprowadziło – po dokonaniu czynności unieważnienia postępowania, a następnie unieważnienia tej czynności – doprowadziło do czynności pierwszy raz dokonanej w tym postępowaniu – wyboru oferty przystępującego.

Badane obecnie przez Izbę odwołanie zostało wniesione wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 Pzp. Funkcją tego przepisu jest zapobieganie sytuacjom, w którym Izba miałaby badać ponownie zarzuty, co do których orzeczono już wcześniej albo zarzuty uwzględnione przez zamawiającego. Żadna z tych sytuacji nie zachodzi w okolicznościach sprawy, gdyż Izba nie orzekała do tej pory co do zgodności oferty przystępującego z treścią SIWZ.

Z powołanych powodów odwołanie nie podlega odrzuceniu również na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp. Termin na wniesienie odwołania wobec wyboru oferty przystępującego - czynności pierwszy raz dokonanej przez zamawiającego w postępowaniu - jest obliczany stosownie do zasad ustalonych w art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp. Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem terminu 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego, zatem w terminie zakreślonym ustawą.

Odwołanie nie może być uznane za spóźnione również przy uwzględnieniu zasad obliczania terminu na jego wniesienie ustalonych w art. 182 ust. 3 Pzp, gdyż w okresie od odrzucenia oferty przystępującego i wydania przez Izbę orzeczenia w sprawie KIO 1946/20 do wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej oferty zamawiający badał jeszcze tę ofertę, zatem czynność wyboru nastąpiła w innych okolicznościach faktycznych niż wcześniejsze odrzucenie oferty. Nie podzielono poglądu przystępującego, że wezwanie miało charakter prowizoryczny. Wezwanie miało charakter jasny i konkretny oraz zmierzało do potwierdzenia zgodności oferty przystępującego z wymaganiami SIWZ.

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp, gdyż złożył ofertę i jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia. Naruszenia przepisów ustawy przez zamawiającego, grożą mu poniesieniem szkody.

Zamawiający stosownie do art. 26 ust. 1 Pzp wzywał do złożenia oświadczeń i dokumentów wyłącznie przystępującego i nie żądał od pozostałych wykonawców potwierdzenia zgodności oferowanych dostaw z wymaganiami opisanymi w SIWZ. W ocenie Izby w tym składzie orzekającym, przesłanki wskazane w art. 179 ust. 1 Pzp zostały wykazane już w związku z podniesieniem zarzutów wobec oferty przystępującego. Tym bardziej zatem są spełnione w sytuacji podnoszenia zarzutów wobec zaniechania odrzucenia ofert pozostałych wykonawców. Pogląd spełnieniu przesłanek wymaganych przez art. 179 ust. 1 Pzp w sytuacji podnoszenia

zarzutów wyłącznie wobec oferty najkorzystniejszej, której badania zamawiający dokonał w związku z art. 26 ust. 1 oraz art. 24aa Pzp kształtuje się w orzecznictwie Izby (*vide* przykładowo: wyroki KIO 1499/17, KIO 2006/17).

Stosownie do art. 192 ust. 7 Pzp Izba rozpoznała odwołanie w granicach podniesionych w nim zarzutów. Nie podzielono poglądu przystępującego, że odwołujący w kolejnych pisemnych stanowiskach przekroczył granice zarzutu dotyczącego wyposażenia rozdzielnic w rozłączniki z modułem przepalania wkładki. Zarzut ten był podniesiony w odwołaniu. Odwołujący w reakcji na pisemne stanowisko przystępującego i według wiedzy uzyskanej w toku postępowania rozszerzał wprawdzie swoją argumentację dotyczącą tego zarzutu, jednak nie przekraczał granic odwołania.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części.

Zarzuty nie uwzględnione przez zamawiającego, sporne między zamawiającym a odwołującym nie znalazły potwierdzenia.

Oferta PAS Sp. z o.o. Sp. k. nie podlega odrzuceniu z tego powodu, że wykonawca nie jest producentem oferowanych przez siebie rozdzielnic podanych w odwołaniu.

Zarzut ten został sformułowany w sposób nie spełniający wymogów wynikających z art. 180 ust. 3 Pzp. Przepis ten nakazuje powołanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania. Ponieważ odwołujący zarzucał zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jego obowiązkiem było powołanie co najmniej postanowień SIWZ, które zamawiający naruszył oraz odniesienie ich do treści oferty wykonawcy konkurującego z nim o zamówienie. Tymczasem zarzut odwołującego nie został nie osadzony w treści SIWZ, jest pozbawiony argumentacji faktycznej i prawnej nie może zostać uwzględniony.

Oferty wykonawców nie podlegają odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp.

Przepis ten stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeśli wykonawca nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2, na przedłużenie terminu związania ofertą. Natomiast zgodnie z art. 85 ust. 2 Pzp wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym że zamawiający może tylko raz, co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni.

W ocenie Izby istnienie stanu związania ofertą oraz dokonanie przez zamawiającego czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w okresie, w którym wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia jest nią związany, ma znaczenie prawne, tak z punktu widzenia przepisów kodeksu cywilnego, znajdującego zastosowanie z mocy odesłania zawartego w art. 14 Pzp, jak i dla zachowania zasad udzielania zamówień publicznych, w szczególności równego traktowania wykonawców. Przepisy ustawy nie są jednak spójne. Z instytucją przedłużenia terminu związania ofertą nie współbrzmi bowiem art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp. Literalne brzmienie tego przepisu wskazuje, że znajduje on zastosowanie wyłącznie w sytuacji, gdy wykonawca wezwany przez

zamawiającego nie wyrazi zgodny na przedłużenie terminu związania ofertą. Przesłanki odrzucenia oferty, jako eliminacyjne, podlegają wykładni ścisłej i nie mogą być rozszerzane na sytuacje nie objęte zakresem przedmiotowym normy.

Na możliwość dokonywania przez zamawiającego czynności o charakterze eliminacyjnym wyłącznie na podstawie wymagań wynikających wprost z przepisów ustawy lub dokumentacji przetargowej zwrócił uwagę w związku z terminem związania ofertą TSUE w uzasadnieniu wyroku sprawie C-35/17 *Saferoad Grawil i Saferoad Kabex*.

Zamawiający nie dopuścił się naruszenia art. 8 ust. 1 Pzp.

Zamawiający wyjaśnił, że przekazał odwołującemu dokumenty dotyczące przystępującego. Wobec braku wskazania przez odwołującego innych oświadczeń lub dokumentów, które nie zostały mu przekazane wbrew przepisom ustawy, Izba uznała zarzut za niepotwierdzony.

Potwierdzenie znalazły natomiast zarzuty odwołania podniesione wobec zgodności treści oferty przystępującego z treścią SIWZ.

Fragmenty pism oraz część dokumentów złożonych przez przystępującego została przez niego zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa. Szanując to zastrzeżenie oraz uznając, że uzasadnienie powinno być jednakowe i takie same dla wszystkich stron oraz uczestników postępowania odwoławczego Izba sformułowała opis ustaleń faktycznych oraz wywody uzasadnienia stosownie do zakresu informacji ujawnionych w czasie jawnej rozprawy.

Rozstrzygnięcie odwołania w tej części wymaga przypomnienia, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 *in initio* Pzp zamawiający jest zobowiązany odrzucić ofertę, jeśli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Stosownie do art. 82 ust. 3 Pzp treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi natomiast, że oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert. Złożenie tych dokumentów przez wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona jest obowiązkiem wykonawcy wynikającym z art. 26 ust. 1 Pzp. Z powołanych norm czytanych łącznie wynika zatem, że zamawiający odrzuca ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w sytuacji, gdy oferowane świadczenie jest niezgodne z opisanymi wymaganiami zamawiającego, czyli wprost nie odpowiada wymaganiom SIWZ. Zamawiający jest zobowiązany również do odrzucenia oferty, jeśli wykonawca nie wykazał w sposób opisany w SIWZ, że jego oferta spełnia wymagania zamawiającego, co ma miejsce w sytuacji, gdy złożone dokumenty nie odpowiadają opisowi, albo nie wynikają z nich informacje żądane przez zamawiającego w SIWZ.

Po drugie formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wynikający z zasad opisanych w art. 7 ust. 1 Pzp nakazuje, aby opisane w SIWZ wymagania zamawiającego traktować literalnie, czyli tak, jak one zostały zapisane. Oznacza to, że nie można podejmować w stosunku do wykonawcy czynności, które nie wynikają z brzmienia SIWZ, ale również, że

wymagań opisanych w SIWZ nie można pomijać. Po upływie terminu na wniesienie odwołania wobec treści SIWZ postanowienia w niej zawarte stają się wiążące i zamawiający nie może od nich odstąpić bez obrazy zasad zawartych w art. 7 ust. 1 Pzp.

Izba zważyła, że z brzmienia pkt 6.13 (po zmianie 6.2.) SIWZ wynika obowiązek złożenia przez wykonawcę certyfikatu na spełnienie wymagań zawartych w PN-EN 61439-1 oraz PN-EN 61439-5 wydanego przez jednostkę badawczą akredytowaną przez PC A lub równoważną jednostkę akredytującą uzyskanego dla rozdzielnic wraz z wyposażeniem (łączniki, szyny, osłony, elementy konstrukcyjne). Zamawiający wymagał ponadto certyfikatu zgodności wydanego producentowi rozłączników bezpieczników listowych przez akredytowane laboratorium, potwierdzającego, że rozłączniki wraz z modułami kontroli wkładek były badane na zgodność z normą PN-EN 60947-3. Zamawiający żądał również sprawozdania z badań, które były podstawą uzyskania certyfikatu. Sposób sformułowania wymagania dotyczącego wyposażenia oferowanej rozdzielnicy w moduł kontroli przepalania wkładki nie może być interpretowany w ten sposób, że certyfikat miałby dotyczyć rozdzielnicy, która nie była wyposażona w ten moduł. Gdyby tak było, zamawiający nie podkreślał kwestii wyposażenia rozdzielnicy w części dotyczącej dokumentów potwierdzających zgodność oferowanych dostaw z opisanymi wymaganiami, lecz wymagania te zamieściłby wyłącznie w opisie dotyczących rozdzielnic, które stanowią przedmiot dostawy – opisie przedmiotu zamówienia.

Nie może być wątpliwości, że co do zasady certyfikaty powinny dotyczyć wprost zaferowanego sprzętu. Wynika to przecież z brzmienia przepisów ustawy, przykładowo art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp, ponadto podkreślił to zamawiający w treści SIWZ. Jeśli jednak w indywidualnych okolicznościach faktycznych certyfikat miałby dotyczyć nie wyłącznie pojedynczego, indywidualnego urządzenia albo sprzętu w określonej konfiguracji, lecz rodziny, typu urządzenia, albo urządzenia w innym zestawieniu, możliwość zastosowania danego certyfikatu powinna być stwierdzona w sposób pewny i wynikać z treści samego certyfikatu.

Z dokumentów złożonych do akt sprawy oraz oświadczeń przystępującego na rozprawie wynika, że złożył on dokumenty dotyczące szyn PE oraz N o przekroju Cu 40x10 oraz 50x10, a więc innych niż opisane przez zamawiającego w SIWZ. Zamawiający wymagał bowiem szyn o przekroju 60x10.

Rozdzielnica przebadana i certyfikowana przez przystępującego nie była wyposażona w rozłączniki z modułami kontroli przepalania wkładek. Przystępujący wywodził jedynie, że doposażenie rozdzielnicy we wkładki nie wpłynie na jej parametry użytkowe. W konsekwencji nie zostało spełnione również wymaganie przedstawienia certyfikatów zgodności dla oferowanych dostaw potwierdzających zgodność całego zestawu.

Stanowisko przystępującego na rozprawie oraz składane przez niego dokumenty nie dowodzą okoliczności przeciwnej. Wywody przystępującego sprowadzały się do tezy, że oferowane przez niego rozdzielnice, pomimo tego, że nie były badane w konfiguracji wymaganej przez zamawiającego (przekrój szyn, wyposażenie w moduł kontroli przepalania wkładki) spełniają

opisane wymagania. Argumentacja taka w świetle przepisów ustawy nie może być skuteczna. Przystępujący nie złożył bowiem dokumentów wymaganych przez zamawiającego w SIWZ.

W postępowaniu odwoławczym Izba ocenia czynność zamawiającego według stanu istniejącego w dacie jej dokonania uwzględniając rzeczy dotyczące tej ustalony w toku postępowania. Skoro Izba ustaliła, że wymagane certyfikaty nie zostały złożone przez przystępującego zamawiający nieprawidłowo dokonał wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej. Zamawiający w odniesieniu do tych dokumentów zastosował wobec przystępującego art. 26 ust. 3 Pzp, jednak w odpowiedzi na wezwanie nie otrzymał wymaganych dokumentów. Wezwanie nie może być ponawiane w odniesieniu do tych samych okoliczności, zatem certyfikat złożony na rozprawie nie może zmienić oceny, że zamawiający dokonał wyboru oferty przystępującego z naruszeniem przepisów ustawy.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp. Wynikająca z art. 192 ust. 10 Pzp zasada obciążenia kosztami strony odpowiedzialnej za wynik postępowania, jak wskazał Sąd Okręgowy w Gliwicach w postanowieniu z 20 lipca 2016 r. sygn. akt X Ga 280/16 – w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania zostaje oddalona, zaś część uwzględniona - oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego. Pogląd o konieczności rozdzielenia kosztów w razie uwzględnienia części zarzutów podniesionych w odwołaniu ugruntowuje się w orzecznictwie sądów okręgowych (*vide* przykładowo orzeczenia: Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15, Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 3 października 2013 r. sygn. akt X Ga 286/13, Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 listopada 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 880/16, Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 17 listopada 2016 r. sygn. akt X Ga 653/16, Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 grudnia 2017 r. sygn. akt XXIII Ga 1886/17, Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 18 grudnia 2018 r. sygn. akt XXIII Ga 830/18, Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 października 2018 r. sygn. akt XXIII Ga 1123/18).

W badanej sprawie Izba częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie. Ponieważ rozprawa toczyła się w części w wyniku sprzeciwu uwzględniono udział przystępującego w kosztach postępowania. Zamawiający był stroną wygraną w postępowaniu, gdyż odwołanie w części, której nie uwzględnił zostało oddalone, zaś w części zarzutów przez niego uwzględnionych odwołanie zostało uwzględnione przez Izbę. Zamawiający nie wnosił o koszty wynagrodzenia lub dojazdu, zatem poniósł zatem żadnych kosztów postępowania odwoławczego

Z uwagi na potwierdzenie zarzutów kierowanych pod adresem oferty najkorzystniejszej oraz brak potwierdzenia zarzutów kierowanych pod adresem ofert pozostałych wykonawców, Izba postanowiła obciążyć odwołującego i przystępującego kosztami postępowania w częściach równych. Powaga stwierdzonych naruszeń ustawy przez zamawiającego, wobec uwzględnienia których przystępujący wniósł sprzeciw, ma znaczenie istotne dla przebiegu postępowania, gdyż dotyczy wyboru najkorzystniejszej oferty. Równoważy to brak potwierdzenia pozostałych zarzutów

odwołania.

Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 15.000 zł, koszty poniesione przez odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izba w kwocie 3.600 zł oraz koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3.600 zł (łącznie 22.200 zł).

Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 18.600 zł tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika (15.000 + 3.600), tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 11.100 zł (22.200,00 zł x 50%). Wobec powyższego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 7.500 zł (18.600 – 11.100,00), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku. Kwota 7.500 zł stanowi jednocześnie różnicę między kosztami należnymi od zamawiającego odwołującemu, a kosztami dotychczas poniesionymi przez zamawiającego 3.600 zł z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Kwoty wynagrodzenia pełnomocników stron w kwocie 3.600 zł, zostały uwzględnione zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 poz. 972).

Przewodniczący: