

WYROK
z dnia 25 maja 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

| | |
|------------------------|---|
| Przewodniczący: | Małgorzata Rakowska |
| Członkowie: | Marzena Teresa Ordysińska Anna Packo |
| Protokolant: | Magdalena Pazura |

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 maja 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **ABB Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Oddział w Łodzi, ul. Aleksandrowska 67/93, 91-205 Łódź** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **ENERGA-OPERATOR S.A. z siedzibą w Gdańsku, ul. Marynarki Polskiej 130, 80-557 Gdańsk** protestu z dnia 22 kwietnia 2009 r.,

przy udziale **AREVA T&D Sp. z o.o. z siedzibą w Świebodzicach, ul. Strzegomska 23/27, 58-160 Świebodzice** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie odwołującego*

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert w zakresie części 2, 7 i 8 przedmiotowego zamówienia,

2. kosztami postępowania obciąża ENERGA-OPERATOR S.A. z siedzibą w Gdańsku, ul. Marynarki Polskiej 130, 80-557 Gdańsk i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **ABB Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Oddział w Łodzi, ul. Aleksandrowska 67/93, 91-205 Łódź,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **4574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **ENERGA-OPERATOR S.A. z siedzibą w Gdańsku, ul. Marynarki Polskiej 130, 80-557 Gdańsk** na rzecz **ABB Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Oddział w Łodzi, ul. Aleksandrowska 67/93, 91-205 Łódź**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **ABB Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Oddział w Łodzi, ul. Aleksandrowska 67/93, 91-205 Łódź**.

U z a s a d n i e

ENERGA-OPERATOR S.A. z siedzibą w Gdańsku, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczął, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego na „Dostawę transformatorów rozdzielczych 15,75/0,42 kV oraz 21,0/0,42 kV dla ENERGA-OPERATOR SA”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich z dnia 31 stycznia 2009 r., nr 2009/S 21-030376.

Zamawiający w dniu 15 kwietnia 2009 r. (pismem z tej samej daty) poinformował wykonawcę ABB Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Oddział w Łodzi, zwanego dalej „Odwołującym” o wyborze w częściach 2, 7 i 8, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę ORMAZABAL POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Zgierzu, zwanego dalej „ORMAZABAL”.

Pismem z dnia 20 kwietnia 2009 r. (wpływ do Zamawiającego w dniu 22 kwietnia 2009 r.) Odwołujący wniósł protest na czynności dokonane w zakresie obejmującym części 2-8, tj.:

1. zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ORMAZABAL jako sprzecznej z istotnymi warunkami zamówienia,
 2. wybór oferty ORMAZABAL jako oferty najkorzystniejszej,
- zarzucając Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez nieodrzućenie oferty złożonej przez wykonawcę ORMAZABAL, tym samym zaakceptowanie oferty, mimo iż nie odpowiada ona treści istotnych warunków zamówienia,
2. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez wybór oferty wykonawcy ORMAZABAL.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o:

1. dokonanie ponownej oceny zasadności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę ORMAZABAL,
2. dokonanie ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty, z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego.

W uzasadnieniu do podniesionych w proteście zarzutów Odwołujący wskazał m.in., iż zgodnie z pkt 12 § IV Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej „SIWZ” oferowane transformatory powinny posiadać certyfikaty na zgodność prób typu z normami, wydanymi przez jednostkę badawczą, posiadającą akredytację Polskiego Centrum Akredytacji. Natomiast certyfikat załączony przez wykonawcę ORMAZABAL podaje jedynie najniższą i najwyższą moc transformatorów objętych certyfikatem oraz skrajne wartości parametrów (moc, hałas) i nie wynika z niego, czy i jakie moce pośrednie on obejmuje oraz jakie są parametry certyfikowanych transformatorów. Obowiązujące przepisy wymagają, aby wyroby będące przedmiotem certyfikacji były jednoznacznie zdefiniowane, a ich parametry graniczne jednoznacznie sprecyzowane, gdyż nie można objąć certyfikatem transformatorów o dowolnych parametrach. W przypadku certyfikatu zgodności transformatorów w zakresie prób typu z normami takimi parametrami są graniczne wartości strat i napięcia określone indywidualnie dla każdej mocy. Ich brak powoduje niemożność stwierdzenia, co jest kluczowym parametrem dla próby nagrzewania oraz stwierdzenia, czy oferowane transformatory są objęte przedłożonym certyfikatem.

Pismem z dnia 23 kwietnia 2009 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu protestu, przekazał kopię protestu oraz wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu (przedmiotowe pismo wykonawca AREVA T&D Sp. z o.o. z siedzibą w Świebodzicach, zwany dalej „AREVA” otrzymał w tej samej dacie).

Pismem z dnia 27 kwietnia 2009 r. wykonawca AREVA przystąpił do protestu (wpływ do Zamawiającego faksem w tej samej dacie).

Pismem z dnia 28 kwietnia 2009 r. (wpływ do Odwołującego w tej samej dacie) Zamawiający rozstrzygnął protest, poprzez jego oddalenie, podnosząc, iż Certyfikat

Zgodności, stanowiący potwierdzenie zgodności oferowanych wyrobów z odpowiednimi normami w zakresie prób typu (norma PN-EN 60076-1:2001), musi być wydany przez jednostkę badawczą, posiadającą akredytację Polskiego Centrum Akredytacji. Wykonawca ORMAZABAL przedłożył certyfikat zgodności nr 003/EP/2008, z którego wynika, iż zaoferowany przez niego wyrób, tj. transformatory o mocy do 2500 kVA i napięciu pierwotnym do 36 kV spełnia wymagania normy PN-EN 60076-1:2001 w zakresie badań typu. Zawiera on także poświadczenie, że oferowane wyroby mogą być stosowane w energetyce. Certyfikat został wydany przez jednostkę badawczą, posiadającą ważną akredytację.

Podstawowe parametry transformatorów zostały wymienione w załączniku do przedmiotowego certyfikatu, który stanowi wyciąg z raportu z oceny wyrobu nr 03/OZ/TZ/2008 z dnia 27 października 2008 r. Natomiast zawartość załącznika ustala jednostka certyfikująca, która w przedmiotowym załączniku przedstawiła dane dla wszystkich transformatorów z przedziału mocy od 25 do 2500 kVA, a co oznacza, że transformatory objęte przetargiem znajdują się w ww. przedziale mocy.

Pismem z dnia 7 maja 2009 r. Odwołujący wniósł odwołanie (wpływ do Zamawiającego faksem w dniu 8 maja 2009 r., wpływ do Prezesa UZP w dniu 11 maja 2009 r.; przedmiotowe odwołanie nadano do Prezesa UZP w placówce pocztowej operatora publicznego w dniu 8 maja 2009 r.), podtrzymując zarzuty, wnioski oraz argumenty zawarte w proteście. Dodatkowo Odwołujący podniósł, iż w załączniku do certyfikatu przedłożonego przez wykonawcę ORMAZABAL nie przedstawiono żadnych zbiorczych danych dla poszczególnych typów transformatorów. Wartości poziomów izolacji podane w załączniku do certyfikatu nie odpowiadają wartościom poziomów izolacji podanym w załączniku do oferty, zawierającym specyfikację techniczną oferowanych transformatorów, gdyż wartości te są niższe w załączniku do przedmiotowego certyfikatu niż podane w załączonej do oferty specyfikacji technicznej oferowanych transformatorów. Tak więc certyfikat dotyczy transformatorów innych niż te, które zaoferowano. Natomiast wykonanie prób dla całej gamy transformatorów jest niemożliwe.

Pismem z dnia 12 maja 2009 r. Zamawiający poinformował uczestników postępowania o wniesieniu odwołania, przekazał kopię odwołania, jednocześnie wzywając do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 20 maja 2009 r. (pismem z dnia 19 maja 2009 r.) wykonawca AREVA przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie Odwołującego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ wraz z załącznikami, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby uznał, iż Odwołujący nie posiada interesu prawnego do wniesienia środków ochrony prawnej w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie w zakresie części 3, 4, 5 i 6. W częściach tych wykonawca ORMAZABAL nie złożył oferty.

Z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp wynika bowiem, iż środki ochrony prawnej przysługują wykonawcom, jeżeli ich interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Z powyższego należy wywieść, iż środek odwoławczy można wnieść jedynie wtedy, gdy wykonawca doznał uszczerbku w możliwości uzyskania zamówienia, nie zaś wtedy gdy doznał jakiegokolwiek uszczerbku. Oferta Odwołującego w częściach: 3, 4 i 5 zamówienia została uznana za najkorzystniejszą. Tym samym nie utracił on możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą w zakresie przedmiotowych części, a nawet ma możliwość uzyskania zamówienia. Natomiast w części 6 zamówienia jego oferta została sklasyfikowana na miejscu 2 w rankingu ofert (spośród dwóch złożonych w tej części), a oferta sklasyfikowana na miejscu pierwszym, złożona przez wykonawcę AREVA, nie była przez niego kwestionowana. Zgodnie z ukształtowanym orzecznictwem „interes prawny wnoszącego środek odwoławczy musi doznać uszczerbku w konkretnym postępowaniu i polegać na tym, że traci on możliwość uznania jego oferty za najkorzystniejszą” (wyrok SO w Warszawie z dnia 21.03.2005 r., w sprawie sygn. akt V Ca 2402/05; wyrok SO w Białymstoku z dnia 23.06.2006 r., w sprawie sygn. akt II Ca 342/06). W świetle powyższego skoro Odwołujący nie utracił możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą brak jest podstaw do uznania, iż we wskazanych częściach zamówienia doszło do naruszenia interesu prawnego Odwołującego.

Tym samym zarzut w zakresie części 3, 4, 5 i 6 zamówienia został oddalony.

Izba uznała, iż w zakresie części 2, 7 i 8 Odwołujący posiada interes prawny we wniesieniu odwołania, ponieważ w konsekwencji uwzględnienia odwołania, w zakresie części 2 i 8 jego oferta zostałaby uznana przez Zamawiającego za ofertę najkorzystniejszą, natomiast w części 7 jego oferta byłaby drugą w rankingu ofert, co również nie powoduje utraty możliwości uzyskania zamówienia w tej części.

Zarzut dotyczący niezgodności certyfikatu na zgodność prób typu z normami, złożonego przez wykonawcę ORMAZABAL z zaoferowanymi transformatorami potwierdził się.

Zamawiający w rozdziale IV SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” pkt 12 zamieścił wymóg, aby zaoferowane transformatory posiadały certyfikaty na zgodność prób typu z normami, wydanymi przez jednostkę badawczą, posiadającą akredytację na wydawanie certyfikatów zgodności wydaną przez Polskie Centrum Akredytacji, dodatkowo wskazując w załączniku nr 1 do SIWZ „Wymagania techniczne ZP/2/LP/2009” pkt 3 „Wymagana dokumentacja techniczna” ppkt 3.1., iż wykonawcy zobowiązani są przedłożyć „kserokopie certyfikatów uzyskanych w Polsce lub w kraju producenta, dotyczących oferowanego wyrobu”.

Wykonawca ORMAZABAL złożył ofertę na część 2, 7 i 8 przedmiotowego zamówienia, oferując transformatory o mocy 25 i 40 kVA (dla części 2), 400 kVA (dla części 7) i 630 kVA (dla części 8), jednocześnie przedkładając „Certyfikat Zgodności Nr 003/EP/2008”, w załączniku do którego wskazano moc znamionową „od 25 kVA do 2500 kVA”.

Wykonawca AREVA, po wglądzie do ofert, wniósł do Zamawiającego uwagi dotyczące oferty złożonej przez wykonawcę ORMAZABAL, wskazując, iż certyfikat złożony przez wykonawcę ORMAZABAL jest ogólny i nie zawiera konkretnych informacji technicznych elektrycznych, a podane są tylko moce skrajne szeregu transformatorów.

W dniu 1 kwietnia 2009 r. Zamawiający wezwał wykonawcę ORMAZABAL do wyjaśnień treści oferty, podnosząc m.in., iż certyfikat załączony przez tego wykonawcę podaje jedynie najniższą i najwyższą moc transformatorów objętych certyfikatem oraz skrajne wartości parametrów (moc, hałas) i na tej podstawie nie można stwierdzić, czy i jakie moce pośrednie on obejmuje oraz jakie są parametry certyfikowanych transformatorów. Tak więc nie można ustalić, czy oferowane transformatory są objęte tym certyfikatem.

Wykonawca ORMAZABAL, pismem z dnia 6 kwietnia 2009 r. wyjaśnił m.in., iż certyfikat na zgodność prób typu z normami obejmuje wszystkie zaoferowane przez niego transformatory, podnosząc, iż niemożliwym jest wykonanie prób dla całej gamy różnorodnych wymaganych w przetargach transformatorów, o różnych konfiguracjach, mocy, napięciu, startach i poziomie hałasu transformatorów.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że wykonawcy zobowiązani byli przedłożyć kserokopie certyfikatów dotyczących oferowanego wyrobu, a nie jakiegokolwiek wyrobu. Powyższe, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, w sposób jednoznaczny wynika bowiem nie tylko z SIWZ, ale i załącznika nr 1 do SIWZ, pkt 3 „Wymagana dokumentacja techniczna”, ppkt 3.1. Tym samym nieuprawnione jest twierdzenie Zamawiającego, że należało przedłożyć jedynie certyfikat, który by potwierdzał zgodność transformatorów z

normą PN-EN 60076-1:2001 i był wydany przez uprawnioną jednostkę certyfikującą. Okoliczność wezwania wykonawcy ORMAZABAL do złożenia wyjaśnień w zakresie złożonego certyfikatu również świadczy o tym, iż sam Zamawiający powziął wątpliwości co do prawidłowości złożonych certyfikatów w odniesieniu do zaoferowanych transformatorów. Niemniej jednak, mimo iż złożone wyjaśnienia nie wnosiły nowych okoliczności Zamawiający, w sposób nieuprawniony, uznał je za wystarczające. Powyższe potwierdza złożone na rozprawie przez Zamawiającego pismo jednostki certyfikującej, które dopiero doprecyzowuje jakich typów transformatorów faktycznie dotyczył wydany uprzednio certyfikat zgodności. Oznacza to więc, iż Zamawiający dokonując badania i oceny ofert nie powinien był uznać, iż przedłożony certyfikat, poprzez wskazanie parametru mocy znamionowej w przedziale „od 25 kVA do 2500 kVA”, obejmuje transformatory o mocach żądanych przez Zamawiającego. Jak bowiem wynika z przedłożonego pisma certyfikat ten, mimo wskazania określonego zakresu, obejmuje swoim zakresem jedynie wskazane w piśmie typy transformatorów (25 kVA, 50 kVA, 100 kVA, 160 kVA, 400 kVA i 630 kVA) i nie dotyczy wszystkich wymaganych typów transformatorów (40 kVA). Tymczasem oferta wykonawcy ORMAZABAL, w zakresie kwestionowanych części zamówienia, została złożona na transformatory o mocy 25 kVA, 40 kVA, 400 kVA i 630 kVA. Tak więc brak wymaganego zakresu mocy (40 kVA) świadczy już o niezgodności przedłożonego certyfikatu z zaoferowanymi transformatorami w zakresie części 2 zamówienia. Jednocześnie Izba stwierdziła, w tym w oparciu o przedłożone pismo, iż faktycznie w chwili dokonywania badania i oceny ofert nie można było jednoznacznie stwierdzić, że wskazany w nim zakres mocy obejmuje transformatory zaoferowane przez wykonawcę ORMAZABAL.

Niemniej jednak Odwołujący podniósł także, iż transformatory zaoferowane przez wykonawcę ORMAZABAL w części 2, 7 i 8 zamówienia są niezgodne z treścią złożonego certyfikatu, gdyż parametry wskazane w przedłożonym certyfikacie są inne niż wyspecyfikowane w specyfikacji technicznej zaoferowanych transformatorów. Tym samym niezgodność w zakresie znamionowego poziomu izolacji należy potraktować jako dodatkowy argument potwierdzający stanowisko Odwołującego, a nie nowy zarzut, gdyż Odwołujący już w proteście postawił zarzut niezgodności parametrów certyfikatu z parametrami wskazanymi w specyfikacji technicznej. Z certyfikatu wynika bowiem, iż wartość poziomu izolacji dla przeprowadzanych badań wynosiła „75/38 kV”, podczas gdy wartość poziomu izolacji dla oferowanych transformatorów wynosi „95/38 kV” i „125/50 kV”.

Tak więc potwierdził się zarzut niezgodności certyfikatu w zakresie części 2, 7 i 8 zamówienia w stosunku do transformatorów zaoferowanych przez wykonawcę ORMAZABAL.

Jednocześnie Izba stwierdziła, iż Zamawiający powinien wezwać wykonawcę ORMAZABAL, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentu (certyfikatu zgodności), potwierdzającego w zakresie wyżej wskazanym, iż oferowane transformatory są zgodne z próbami typu zawartymi w certyfikacie.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego pismo jednostki certyfikującej (ENERGOPOMIAR Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach) złożone przez Zamawiającego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*