

Sygn. akt: KIO 1640/11

WYROK
z dnia 12 sierpnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Członkowie: Przemysław Dzierzędzki

Emil Kawa

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **10 sierpnia 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 sierpnia 2011 r. przez wykonawcę **Schneider Electric Energy Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie** w postępowaniu prowadzonym przez **ENEA Operator Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu**

przy udziale wykonawców:

A. ABB Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,

B. ORMAZABAL Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Zgierzu, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert po przeprowadzeniu w stosunku do wykonawcy Ormazabal Polska Sp. z o.o. procedury określonej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zakresie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu dotyczących wiedzy i doświadczenia (Rozdział I Pkt 6.1. lit e SIWZ), kart katalogowych dotyczących transformatorów o mocy znamionowej 400 kVA oraz karty gwarancyjnej;

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **ORMAZABAL Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Zgierzu** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Schneider Electric Energy Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie** tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od **ORMAZABAL Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Zgierzu** na rzecz **Schneider Electric Energy Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie** kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – ENEA Operator Sp. z o. o. – prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na *Dostawę transformatorów SN/nn dla potrzeb Enea Operator Sp. z o.o. w 2012 r.*

W dniu 1 sierpnia 2011 r. wykonawca Schneider Electric Energy Poland Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec zaniechania czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy Ormazabal Polska Sp. z o.o. i odrzucenia oferty tego wykonawcy, mimo że nie spełnił on warunków udziału w postępowaniu, a jego oferta nie odpowiadała treści SIWZ, przy czym była to niezgodność niepodlegająca poprawieniu. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 i art. 24 ust. 4, art. 26 ust. 2b, 3 i 4, art. 87 ust. 1 i 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5, a także § 1 ust. 3 rozporządzenia Prezesa rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (dalej: rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów).

Odwołujący wskazał, że zgodnie z rozdziałem II Pkt 1.2 SIWZ Zamawiający wymagał, aby dla transformatorów o mocy znamionowej 400 kVA będących przedmiotem zamówienia parametr „Grupa połączeń” wynosił „Dyn 5”. Ponadto zgodnie z pkt 2 Rozdziału II SWIZ, do formularza oferty należało załączyć dokumenty, dane i informacje, w szczególności opis przedmiotu zamówienia, umożliwiające Zamawiającemu dokonanie oceny technicznej transformatorów i zgodności oferty z wymaganiami technicznymi SIWZ. Wymóg dotyczący wykazania posiadania przez oferowane transformatory odpowiednich parametrów w odniesieniu do „Grupa połączeń” wynikał także z obowiązku przedłożenia do oferty kart katalogowych, o których mowa w Rozdziale I pkt 7.6 e SIWZ.

Odwołujący podniósł, że wykonawca Ormazabal Polska Sp. z o.o. zamieścił w ofercie sporządzoną przez siebie we własnym zakresie w formie tabelarycznej specyfikację techniczną, zawierającą informacje dotyczące parametrów technicznych oferowanych przez siebie transformatorów. W odniesieniu do oferowanych transformatorów o mocy znamionowej 400 kVA wskazał, że parametr „Grupa połączeń” będzie mieć wartość „Dyn11” (str. 160, 162, 164 i 166 oferty). Takie same parametry zostały wskazane także w wersji elektronicznej przedstawionej Zamawiającemu na płycie CD w uzupełnieniu na wezwanie Zamawiającego z 27 maja 2011 r. Odwołujący podkreślił, że w każdej ze specyfikacji

technicznych przedkładanych dla poszczególnych typów transformatorów o mocy znamionowej 400 kVA na stronach 160, 162, 164 i 166 oferty, mimo zmieniających się paramentów m.in. takich jak „Ilość oleju”, „Waga”, „Napięcie znamionowe pierwotne”, parametr „Grupa połączeń” jest stale ten sam i wynosi „Dyn 11”. Oznacza to zdaniem Odwołującego, iż wykonawca w pełni świadomie sporządził specyfikacje techniczne dla poszczególnych typów oferowanych transformatorów o mocy znamionowej 400 kVA, bacząc na zmieniające się poszczególne parametry. Należy więc uznać, iż także parametr „Grupa połączeń” był przez niego w pełni świadomie określony.

Odwołujący podniósł, że załączony do formularza oferty opis techniczny transformatora o mocy znamionowej 400 kVA jest częścią oferty i tylko w ten sposób powinien być traktowany. Tylko ten opis zapewniał bowiem Zamawiającemu możliwość dokonania oceny zgodności oferowanego przez Ormazabal Polska Sp. z o.o. produktu z wymogami SIWZ.

Zdaniem Odwołującego, w świetle treści sporządzonego przez wykonawcę oświadczenia (specyfikacji technicznej) jest oczywistym, iż oferowane przez Ormazabal Polska Sp. z o.o. transformatory o mocy znamionowej 400 kVA nie były zgodne z wymogami Zamawiającego. W konsekwencji oferta tego wykonawcy nie była zgodna z treścią SIWZ i jako taka powinna była zostać odrzucona zgodnie z normą art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że powyższy opis techniczny jest oświadczeniem tego wykonawcy złożonym na okoliczność zdefiniowania pod względem technicznym oferowanego przedmiotu zamówienia, zawierającym informacje doprecyzowujące treść samego formularza oferty, stanowi zatem integralną część oferty, a co za tym idzie – nie może być uzupełniania lub zmieniana po upływie terminu składania ofert. W szczególności niedopuszczalne jest – zdaniem Odwołującego – uzupełnienie takiej oferty w trybie art. 26 ust. 3 bądź też wyjaśnianie związanych z nią wątpliwości w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, który to tryb zastosował w przedmiotowym przypadku Zamawiający w wezwaniu z 7 czerwca 2011 r. Przedmiotowa specyfikacja techniczna nie jest – zdaniem Odwołującego – dokumentem, o którym mowa w art. 25 ust.1 ustawy Pzp, odnoszącym się do dokumentów opisanych w § 5 ust.1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. Jest ona bowiem własną deklaracją wykonawcy, a nie dokumentem czy zaświadczeniem wydawanym przez niezależny podmiot, opisem technicznym wskazującym na odpowiednią jakość danego towaru czy też pewnego typu certyfikatem bądź próbką.

Odwołujący podniósł, że przy przyjęciu odmiennej interpretacji należałoby dopuścić możliwość dokonywania przez wykonawców dowolnej modyfikacji swoich zobowiązań co do właściwości oferowanego przedmiotu zamówienia, co naruszałoby naturę postępowania

o udzielenie zamówienia publicznego i prowadziłyby do niedopuszczalnej zmiany oferty, a co najmniej – do zabronionych przepisem art. 87 ust. 1 ustawy Pzp negocjacji dotyczących treści oferty.

Odwołujący podniósł ponadto, że niezgodność oferty złożonej przez Ormazabal Polska Sp. z o.o. z wymogami SIWZ jest na tyle oczywista, iż także zastosowanie przewidzianego w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp trybu zmierzającego do wyjaśnienia treści złożonej ofert byłoby zbędne. Gdyby zatem potraktować wezwanie z 7 czerwca 2011 r. jako wezwanie zmierzające do wyjaśnienia treści złożonej oferty, dokonane w rzeczywistości w trybie art. 87 ust. 1, a nie w trybie 26 ust. 4 ustawy Pzp, to także wobec jednoznaczności zapisu oferty co do parametru „Grupa połączeń” jako „Dyn 11”, takie żądanie wyjaśnienia było bezcelowe i bezzasadne.

Zdaniem Odwołującego, wskazanie w specyfikacji technicznej transformatorów omocy znamionowej 400 kVA parametru „Grupa połączeń” wartości „Dyn 11” zamiast wymaganej „Dyn5” nie mogło być uznane za omyłkę, a tym bardziej za omyłkę podlegającą poprawieniu w myśl art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, gdyż w trybie tym poprawić można jedynie oczywiste omyłki pisarskie, rachunkowe oraz inne omyłki niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Podanie w ramach parametru „Grupa połączeń” wartości „Dyn 11” zamiast wymaganej „Dyn5” nie jest – w ocenie Odwołującego – oczywistą omyłką pisarską, gdyż za taką uznaje się jedynie widoczne, mylne pisownie wyrazu, ewidentny błąd gramatyczny, niezamierzone opuszczenie wyrazu lub inną niedokładność przypadkową, która nasuwa się każdemu. Odwołujący podniósł, że w rzeczywistości występują transformatory o mocy znamionowej 400 kVA, które mogą posiadać „Grupę połączeń” o wartości „Dyn5” lub „Dyn 11”, a ustalenie właściwego parametru „Grupa połączeń” dla danego typu transformatora oraz weryfikacja prawdziwości danych w tym zakresie wymaga wiedzy specjalistycznej. Ponadto Odwołujący wskazał, że poprawienie oczywistej omyłki nie może prowadzić do wytworzenia nowej treści oświadczenia woli pod względem merytorycznym (jakościowym). Podanie przez Ormazabal Polska Sp. z o.o. wartości „Dyn 11” zamiast „Dyn 5” nie może być także uznane – w ocenie Odwołującego – za inną omyłkę, polegającą na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty, gdyż parametr „Grupa połączeń” jest jednym z podstawowych elementów przesądzających o posiadaniu przez dany transformator odpowiednich właściwości technicznych. Decyduje ona o tym, czy dany transformator może być zastosowany w danej sieci energetycznej, zwłaszcza przy pracy równoległej transformatorów.

Odwołujący wskazał ponadto, że zmieniona specyfikacja techniczna przekazana Zamawiającemu pismem z 15 czerwca 2011 r. dotyczyła jedynie transformatora o mocy znamionowej 400 kVA i napięciu znamionowym 15750. Nie obejmowała ona m.in.

transformatora o mocy 400 kVA i napięciu znamionowym 21000 (str. 166 oferty). Dodatkowo w przesłanej w ramach uzupełnienia oferty elektronicznej wersji oferty sporządzonej na CD wszystkie transformatory o mocy znamionowej 400 kVA miały nadal „Grupę połączeń” jako „Dyn 11”. Rozbieżności co do parametru „Grupa połączeń” istniały zatem nadal, nawet już po próbie jej uzupełnienia.

Odwołujący wskazał również, że niezgodność jednego z parametrów technicznych wymaganych przez Zamawiającego w odniesieniu do zamawianych przez niego transformatorów była w przypadku innych prowadzonych przez niego postępowań zawsze kwalifikowana jako podstawa odrzucenia oferty (postępowanie nr RPUZ/P/0230/2009/DD/DZ).

Ponadto Odwołujący podniósł niezgodność wybranej oferty z Rozdziałem II Pkt 2.16 SIWZ, w którym Zamawiający wymagał, aby do oferty dołączony został wzór treści tabliczki znamionowej w skali 1:1. Dokładne wymogi co do treści tabliczki zostały zawarte w Rozdziale II Pkt 1.3.26 SIWZ. W szczególności Zamawiający wymagał, by w treści tabliczki znamionowej znalazła się pełna nazwa i adres fabryki wykonawcy.

Spółka Ormazabal Polska dostarczyła wzór tabliczki znamionowej, przy czym jej treść nie spełniała wymogów SIWZ co do pełnej nazwy i adresu fabryki tego wykonawcy. W treści wzoru tabliczki jako nazwa i adres fabryki wykonawcy podano: Cotradis, 2890 Loeches, Hiszpania, podczas gdy w treści oferty (str. 131) wykonawca wskazał jako adres i nazwę fabryki: ORMAZABAL COTRADIS TRANSFORMADORES SL, Poligono El Caballo - Parcela 56, 28890 Loeches, Madrid. Porównanie treści tabliczki znamionowej z treścią powyższego oświadczenia wykonawcy prowadzi do wniosku, że w treści wzoru tabliczki znamionowej nie podana została pełna nazwa i adres fabryki, w której będą wykonywane transformatory. Tym samym treść oferty także w tym zakresie nie odpowiada treści SIWZ. Nieprawidłowości te nie mogą być na obecnym etapie sanowane, gdyż wykonawca skorzystał już z uprawnienia do uzupełniania dokumentacji i na wezwanie Zamawiającego przedłożył ponownie wzór tabliczki znamionowej wraz z pismem z 15 czerwca 2011 r., przy czym treść tej tabliczki nadal nie odpowiadała wymogom SIWZ.

W następnej kolejności Odwołujący podniósł, że w treści SIWZ Zamawiający wymagał przedłożenia projektu karty gwarancyjnej, w której uwzględnione winny zostać szczegółowo opisane w Rozdziale I Pkt 5.7 SIWZ warunki. Spółka Ormazabal Polska w toku uzupełniania dokumentacji ofertowej przedłożyła umowę i certyfikat szkoleniowy wystawiony dla podwykonawcy przez wykonawcę w zakresie serwisu gwarancyjnego, spełniając tym

samym wymogi pkt 5.7 lit b Rozdział I SIWZ. Pozostałe wymogi opisane w Pkt 5.7 Rozdział I SIWZ, w szczególności przedstawienie zasad organizacyjnych pełnienia serwisu gwarancyjnego (Pkt 5.7 lit. a Rozdział I SIWZ), szczegółowej procedury związanej z realizacją roszczenia gwarancyjnego oraz wzorów dokumentów dotyczących zgłaszania i zakończenia naprawy (Pkt 5.7 lit. c Rozdział I SIWZ) nie zostały, zdaniem Odwołującego, spełnione. Tym samym oferta Ormazabal Polska Sp. z o.o. w tym zakresie nie odpowiada treści SIWZ i jako taka winna zostać odrzucona.

Następnie Odwołujący podniósł, że w celu wykazania warunków udziału dotyczących posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia wykonawcy zobowiązani zostali wykazać, iż w ostatnich trzech latach zrealizowali należycie równoważne dostawy zdefiniowane szczegółowo w Rozdziale I Pkt 6.1. lit e SIWZ. Spółka Ormazabal Polska wskazała dostawy wykonane m.in. na rzecz E.On Espana i Endesa, powołując się na doświadczenie osoby trzeciej tj. spółki Ormazabal Cotradis Transformadores S.L. z Hiszpanii. Dodatkowo przedłożyła oświadczenie tej spółki o oddaniu do dyspozycji Ormazabal Polska Sp. z o.o. potencjału i posiadanych zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp (str. 655 oferty). Jednocześnie Ormazabal Polska Sp. z o.o. oświadczyła w treści oferty, iż całość zamówienia wykona samodzielnie.

Odwołujący podniósł, że udostępnienie potencjału przez inny podmiot musi mieć charakter rzeczywisty w tym znaczeniu, że zasoby te będą rzeczywiście wykorzystywane przy wykonaniu zamówienia. Powołanie się przez wykonawcę na doświadczenie podmiotu trzeciego i posiadane przez niego referencje będzie dopuszczalne wyłącznie w sytuacji, gdy ten podmiot trzeci będzie brał udział w wykonaniu zamówienia. Doświadczenie (referencje) nie stanowi dobra materialnego, czy też niematerialnego, które może być przedmiotem samodzielnego obrotu. Doświadczenie stanowi składnik przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym i dzieli byt prawny takiego przedsiębiorstwa. Nie jest zatem możliwe udostępnienie doświadczenia bez jednoczesnego udostępnienia przedsiębiorstwa, z którym to doświadczenie jest związane. Z tych też względów dla wykazania dysponowania zasobami podmiotu trzeciego przy ocenie spełniania warunków wiedzy i doświadczenia niezbędne jest powołanie się na udział tego podmiotu trzeciego w wykonaniu zamówienia. W konsekwencji uznać należy, iż nie jest dopuszczalne posługiwanie się w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w celu wykazania spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia doświadczeniem (referencjami) podmiotu trzeciego jedynie na podstawie pisemnego zobowiązania tego podmiotu do udostępnienia swych zasobów i doświadczenia, jeżeli podmiot ten nie będzie jednocześnie brał rzeczywistego udziału w wykonaniu zamówienia.

Z treści oświadczenia Ormazabal Polska Sp. z o.o. złożonego w ramach oferty (str. 13 oferty) wynika, że spółka udostępniająca nie będzie rzeczywiście brała udziału w realizacji zamówienia. Tym samym, zdaniem Odwołującego, Ormazabal Polska Sp. z o. nie udowodnił w sposób bezsprzeczny, że rzeczywiście będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, a tym samym nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Okoliczność powyższa nie może być na obecnym etapie sanowana, gdyż wykonawca – świetle art. 84 ust. 1 ustawy Pzp – nie może w tym zakresie zmienić treści oferty.

Odwołujący podniósł, że nawet przyjmując, iż wykonawca wbrew swym wyraźnym deklaracjom zakładał udział Ormazabal Cotradis Transformadores S.L. w wykonywaniu przedmiotowego zamówienia, to nie wykazał należycie, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Nie przedłożyła bowiem wszystkich wymaganych § 1 ust. 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów i postanowieniami Rozdziału I Pkt 6.4 SIWZ dokumentów podmiotowych dotyczących Ormazabal Cotradis Transformadores S.L., w szczególności aktualnych zaświadczeń z właściwego urzędu skarbowego czy też rejestru karnego. W konsekwencji istnieją przesłanki do wykluczenia Ormazabal Polska Sp. z o.o. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł ponadto, że przyjęcie założenia, iż spółka Ormazabal Polska posiada wymaganą wiedzę i doświadczenie pozwalającą na należyte wykonanie przedmiotowego zamówienia ze względu na rzeczywisty udział Ormazabal Cotradis Transformadores S.L. w realizacji zamówienia, poddaje z kolei w wątpliwość prawdziwość informacji złożonych przez tego wykonawcę, w szczególności informacji o samodzielnej realizacji zamówienia w konfrontacji z oświadczeniem co do podwykonawstwa zawartym w piśmie wykonawcy z 15 czerwca 2011r. Tym samym istnieją podstawy do wykluczenia spółki Ormazabal Polska z postępowania na mocy art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że podniesione w odwołaniu zarzuty dotyczące prawidłowości wyboru oferty spółki Ormazabal Polska Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej były w znacznej części potwierdzone w opinii jednego z członków komisji przetargowej, który w tym zakresie złożył stosowne zdanie odrębne do protokołu z przebiegu Postępowania.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez spółkę spółki Ormazabal Polska Sp. z o.o., nakazanie odrzucenie tego wykonawcy oraz powtórzenia czynności oceny ofert i dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W dniu 5 sierpnia 2011 r. wykonawca Ormazabal Polska Sp. z o.o. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc

o oddalenie odwołania. Przystępujący wskazał, że wskazanie nieprawidłowej wartości parametru grupa połączeń dla transformatorów o mocy znamionowej 400 kVA miało charakter oczywistego błędu, o czym świadczy m.in. fakt, że zakłady energetyczne w Polsce stosują wyłącznie transformatory o mocy 400 kVA, w których występuje grupa połączeń Dyn5, zatem z punktu widzenia technicznego nieprawdopodobnym byłby zamiar zaoferowania transformatorów o grupie połączeń Dyn11. Ponadto Przystępujący podniósł, że nie był wzywany przez Zamawiającego do podania pełnej nazwy i adresu fabryki w treści tabliczki znamionowej, jak również do uzupełnienia dokumentów dotyczących gwarancji w zakresie wskazanym w odwołaniu. W odniesieniu do polegania na zasobach podmiotu trzeciego w zakresie wiedzy i doświadczenia Przystępujący podniósł m.in., że podmiotem udostępniającym zasoby jest spółka będąca producentem oferowanych transformatorów, a Przystępujący jest uprawniony do korzystania z wiedzy i doświadczenia producenta, co jednak nie jest równoznaczne z podwykonawstwem w rozumieniu Pzp.

Ponadto, przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zgłosił wykonawca ABB Sp. z o.o., wnosząc o uwzględnienie odwołania.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, w postaci niezyskania zamówienia.

Mimo uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba rozpoznała merytorycznie odwołanie zgodnie z dyspozycją art. 186 ust. 4 ustawy Pzp, w związku ze zgłoszeniem sprzeciwu co do tego uwzględnienia przez wykonawcę, który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba uwzględniła odwołanie stwierdzając, że Przystępujący – którego oferty dotyczyły zarzuty podniesione w odwołaniu – nie wykazał w sposób należyty, że spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz że oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego. Jednakże – w świetle ustalonych na rozprawie okoliczności – żądanie wykluczenia Przystępującego z postępowania i odrzucenia jego oferty Izba uznała za co najmniej przedwcześnie. Oferta Przystępującego powinna zostać oceniona ponownie, po wezwaniu tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Dopiero nieprzedłożenie prawidłowych dokumentów w odpowiedzi na takie wezwanie mogłoby stanowić podstawę wykluczenia wykonawcy.

W odniesieniu do poszczególnych zarzutów odwołania Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

W Rozdziale II SIWZ *Opis przedmiotu zamówienia*, w punkcie 1.2 *Wymagane parametry znamionowe transformatorów zależne od mocy znamionowej* Zamawiający wymagał, aby transformatory o mocy 400 kVA posiadały wartość parametru *Grupa połączeń Dyn 5*. Zgodnie z Rozdziałem I SIWZ, w punkcie 7.6, w którym Zamawiający wskazał dokumenty, które wykonawcy zobowiązani są załączyć do oferty, wraz z ofertą należało przedstawić karty katalogowe poszczególnych pozycji asortymentowych w formie wydrukowanej załączone do odpowiednich tabeli asortymentowych, a także komplet tych samych dokumentów w formie elektronicznej na płycie CD.

Wykonawca Ormazabal Polska Sp. z o.o. załączył do oferty tabele zatytułowane *Specyfikacja techniczna*, w których – dla transformatorów o mocy znamionowej 400 kVA – dla parametru *Grupa połączeń* wskazał wartość 11 Dyn.

W dniu 7 czerwca 2011 r. Zamawiający wezwał wykonawcę na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, do wyjaśnienia treści dokumentów dotyczących danych technicznych zaoferowanych transformatorów o mocy 400 kVA, dla których wykonawca załączył karty katalogowe z grupą połączeń Dyn11. Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie, czy *ujęte w ofercie transformatory o mocy 400 kVA spełniają wymogi SIWZ w zakresie parametru grupy połączeń, a określony w ofercie parametr Dyn 11 jest błędny*. W odpowiedzi na powyższe wezwanie Przystępujący wyjaśnił, że *ujęte w ofercie transformatory o mocy 400 kVA spełniają wymogi SIWZ w zakresie parametru grupy połączeń, a określony w ofercie parametr (Dyn11) został omyłkowo wpisany – prawidłowy parametr Dyn5*. Wraz z wyjaśnieniami wykonawca przedłożył specyfikację techniczną dla transformatora o mocy znamionowej 400 kVA i napięciu znamionowym 15750, w której wskazał grupę połączeń Dyn5. Powyższe wyjaśnienia Zamawiający uznał za wystarczające.

Bezsporne w niniejszej sprawie jest, że specyfikacja techniczna zamieszczona w ofercie Przystępującego nie potwierdza spełniania wymagań w zakresie parametru „Grupa połączeń”. Przedmiotem sporu jest możliwość uzupełnienia tych dokumentów i wyeliminowania zaistniałej niezgodności w ich treści z wymogami określonymi przez Zamawiającego.

Izba uznała, że sporne specyfikacje techniczne są dokumentami, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Celem ich przedłożenia było wykazanie, że oferowane dostawy, spełniają wymagania Zamawiającego. Sam zakres tych dostaw został określony

w formularzu oferty i doprecyzowany w załączniku zatytułowanym *Zestawienie ilości, cen i podstawowych parametrów technicznych oferowanych transformatorów*. Zatem w przypadku, gdy treść dokumentów złożonych w ofercie jest niezgodna z wymaganiami, Zamawiający zobowiązany był wezwać wykonawcę do ich uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Przedłożenie nowych specyfikacji technicznych, potwierdzających wymaganą wartość parametru „Grupa połączeń”, nie będzie prowadzić do niedozwolonej zmiany treści oferty, gdyż nie spowoduje zaoferowania innych niż pierwotnie transformatorów. Przedmiot i zakres oferty wynika z innych dokumentów i nie ulegnie zmianie, wykonawca nie zmieniając oferowanych transformatorów potwierdzi jedynie ich zgodność z wymaganiami Zamawiającego.

W niniejszej sprawie Zamawiający zaniechał wezwania do przedłożenia prawidłowych dokumentów, ograniczając się do wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie zaistniałej niezgodności, na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp i przyjął złożone wyjaśnienia – wg których niezgodność spowodowana była omyłką pracownika przy sporządzaniu oferty – jako wystarczające. Jednak stwierdzić należy, że w tym trybie doszło jedynie do zidentyfikowania przyczyny błędnego określenia parametru w dokumentach ofertowych, natomiast stan niezgodności między ich treścią a wymaganiami Zamawiającego nie został poprzez te wyjaśnienia wyeliminowany, wykonawca nie złożył bowiem kompletu dokumentów (w tym płyty CD) potwierdzających spełnianie przez oferowane transformatory wymagań w zakresie parametru „Grupa połączeń”.

Ponieważ Przystępujący nie został wezwany do uzupełnienia dokumentów w spornym zakresie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, Zamawiający winien to uczynić, a następnie dokonać badania przedłożonych dokumentów. Jeśli wykonawca przedłoży dokumenty potwierdzające, że transformatory o mocy znamionowej 400 kVa są zgodne z wymaganiami Zamawiającego, brak będzie podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Należy przy tym zaznaczyć, że uzupełnienie ww. dokumentów nie może prowadzić do zmiany zaoferowanego przedmiotu zamówienia, nowe dokumenty winny dotyczyć transformatorów pierwotnie zaoferowanych.

W odniesieniu do zarzutu niewykazania przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, Izba ustaliła, że zgodnie z Rozdziałem I pkt 6.1 lit. e SIWZ, warunkiem udziału w postępowaniu było wykazanie wykonania (lub wykonywania) równoważnych dostaw w ilości nie mniejszej niż 3 i o wartości każda powyżej kwoty 5 mln zł brutto w ciągu ostatnich trzech lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie. Przystępujący załączył do oferty wykaz dostaw zrealizowanych

przez wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie Ormazabal Cotradis Transformadores S.L. oraz oświadczenie ww. spółki, zgodnie z którym oddaje ona do dyspozycji Ormazabal Polska Sp. z o.o. swój potencjał i posiadane zasoby w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego, ekonomicznego i finansowego na okres niezbędny do wykonania przedmiotowego zamówienia. Jednocześnie Przystępujący złożył oświadczenie, że zrealizuje zamówienie samodzielnie w pełnym zakresie (str. 13 oferty).

W powyższym zakresie Izba uznała, że Przystępujący nie wykazał w sposób należyty, że realizując zamówienie będzie dysponował wiedzą i doświadczeniem podmiotu, którego oświadczenie przedłożył.

Nie podzielając generalnej tezy o bezwzględnej konieczności udziału podmiotu udostępniającego zasoby w realizacji części zamówienia w charakterze podwykonawcy, bez względu na rodzaj i charakter zamówienia, Izba uznała za niezasadne twierdzenia odwołującego o sprzeczności w ofercie Przystępującego, polegającej na powołaniu się na potencjał innego podmiotu przy jednoczesnym oświadczeniu o samodzielnym wykonaniu przedmiotu zamówienia.

Niemniej jednak Izba stoi na stanowisku, że przekazanie potencjału przez inny podmiot, musi mieć charakter faktyczny, pozwalający na realne wykorzystanie wiedzy i doświadczenia w toku realizacji zamówienia. Złożenie ogólnego oświadczenia podmiotu udostępniającego, bez wykazania, w jaki sposób udostępnienie wiedzy i doświadczenia nastąpi, jest z całą pewnością niewystarczające do stwierdzenia, że wykonawca skutecznie wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu – zwłaszcza w przypadku udostępniania zasobów niematerialnych i niemogących być przedmiotem samodzielnego obrotu, a do takich należy wiedza i doświadczenie.

Przystępujący dopiero na rozprawie wykazywał, jakie więzy łączą go z podmiotem udostępniającym i jakie ma faktyczne możliwości wykorzystania wiedzy i doświadczenia tego podmiotu przy realizacji zamówienia. Izba nie kwestionuje, że niniejszej sprawie powiązania kapitałowe i organizacyjne między Przystępującym a podmiotem udostępniającym zasoby umożliwiają wsparcie wykonawcy doświadczeniem uzyskanym przez ten podmiot. Należy jednak zwrócić uwagę, że zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, wykonawca zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. To udowodnienie powinno nastąpić na etapie składania ofert i być adresowane do Zamawiającego, nie zaś następować dopiero wobec organu orzekającego, w reakcji na wniesienia odwołania, w ramach obrony przed zarzutami innego wykonawcy. Ponadto fakt realnego przekazania potencjału przez podmiot trzeci nie może być przez Zamawiającego

domniemywany na podstawie ogółu dokumentów ofertowych, gdyż ustawa wyraźnie nakłada ciężar dowodu w tym zakresie na wykonawcę, uzależniając skuteczność polegania na zasobach innego podmiotu od udowodnienia, że faktycznie będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia.

W sytuacji, gdy wykonawca składając ofertę nie wywiązał się z określonego w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp obowiązku udowodnienia, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, Zamawiający powinien wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, ewentualnie złożenia wyjaśnień w zakresie dokumentów załączonych do oferty, co pozwoli na dokonanie prawidłowej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. W związku z tym niezbędne jest, aby Przystępujący wykazał Zamawiającemu, czy to przez przedłożenie nowych dokumentów, czy wyjaśnienie treści dokumentów złożonych wcześniej, że realizując zamówienie będzie dysponował zasobami innego podmiotu. Po przeprowadzeniu tej procedury Zamawiający winien ponownie dokonać oceny spełniania przez Przystępującego warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

W odniesieniu do zarzutu w zakresie niezgodności karty gwarancyjnej przedłożonej przez Przystępującego z wymogami SIWZ, Izba ustaliła, że Zamawiający wymagał od wykonawców (Rozdział I pkt 5.7 SIWZ) przedstawienia projektu karty gwarancyjnej, w której w szczególności uwzględnione będą poniższe warunki:

- a) *zasady organizacyjne pełnienia serwisu gwarancyjnego, z wyszczególnieniem pełnych danych adresowych punktów serwisowych przeznaczonych do obsługi niniejszej dostawy, znajdujących się na terenie Polski oraz określeniem ich zakresu obsługi serwisowej,*
- b) *w przypadku realizowania serwisu gwarancyjnego z udziałem podwykonawcy należy określić zakres uszkodzeń, które będzie on wykonywał oraz przedstawić umowę i certyfikat szkoleniowy wystawiony dla podwykonawcy przez Wykonawcę w tym zakresie,*
- c) *szczegółową procedurę związaną z realizacją roszczenia gwarancyjnego oraz wzory dokumentów dotyczących zgłaszania i zakończenia naprawy (...),*
- d) *wykaz rodzajów uszkodzeń podlegających naprawie w miejscu eksploatacji transformatora.*

W dniu 7 czerwca 2011 r. Zamawiający wezwał Przystępującego, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do przedłożenia umowy i certyfikatu szkoleniowego wystawionego dla podwykonawcy przez wykonawcę w przypadku realizowania serwisu gwarancyjnego

z udziałem podwykonawcy, określającej zakres uszkodzeń, które będzie on usuwał. W treści wezwania Zamawiający wskazał, że w karcie gwarancyjnej załączonej do oferty jako punkt serwisowy wskazana została firma KAZEX, a zgodnie z punktem 5.7 b SIWZ, w przypadku realizowania serwisu gwarancyjnego z udziałem podwykonawcy należy przedstawić umowę oraz certyfikat szkoleniowy. W odpowiedzi na powyższe wezwanie Przystępujący przedłożył certyfikat szkoleniowy dla firmy P.H. KAZEX oraz zawartą przez Przystępującego z tym podmiotem umowę serwisową.

Izba podzieliła zarzut dotyczący braku w dokumentach dotyczących serwisu gwarancyjnego wszystkich elementów wymaganych w SIWZ. Ani dokumenty załączone do oferty (w tym wskazany przez Przystępującego dokument na stronie 109 oferty), ani przekazana na wezwanie Zamawiającego umowa i certyfikat szkoleniowy, nie określają zasad serwisu gwarancyjnego, o których mowa powyżej w punktach a, c i d. W szczególności brak w nich określenia szczegółowej procedury związanej z realizacją roszczenia gwarancyjnego, nie określają również wzorów dokumentów dotyczących zgłaszania i zakończenia naprawy ani nie zawierają wykazu rodzajów uszkodzeń podlegających naprawie w miejscu eksploatacji transformatora. Trudno również stwierdzić, aby umowa serwisowa określała zasady organizacyjne serwisu gwarancyjnego.

Niemniej jednak bezpodstawne jest twierdzenie Odwołującego o niemożliwość wezwania Przystępującego do uzupełnienia dokumentów w powyższym zakresie, ze względu na fakt, że byłoby to powtórne zastosowanie procedury określonej art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Izba ustaliła bowiem, że co prawda Zamawiający wzywał już Przystępującego do uzupełnienia dokumentów dotyczących serwisu gwarancyjnego, jednak wezwanie to było ograniczone do dokumentów, o których mowa powyżej w punkcie b (umowa i certyfikat szkoleniowy). Natomiast Zamawiający nie kwestionował dokumentów ofertowych pod kątem wykazania pozostałych elementów, które winny znaleźć się w dokumentacji dotyczącej gwarancji i nie stosował procedury z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w tym zakresie. Wobec powyższego Zamawiający winien skierować do Przystępującego wezwanie do złożenia dokumentów zawierających wszystkie elementy określone w punktach a, c i d.

Izba uznała, że niezasadny jest zarzut dotyczący niezgodności z treścią SIWZ tabliczki znamionowej. Izba ustaliła, że zgodnie z Rozdziałem II pkt 1.3.26, transformatory dostarczone w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia winny posiadać tabliczkę znamionową zawierającą m.in. pełną nazwę i adres fabryki wykonawcy. W dniu 7 czerwca 2011 r. Zamawiający wezwał Przystępującego, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia wzoru treści tabliczki znamionowej, wskazując, że wzór załączony do oferty nie

zawiera wymaganych danych technicznych dotyczących poziomu wyładowań niezupełnych. W odpowiedzi na powyższe wezwanie Przystępujący przedłożył nowy wzór tabliczki znamionowej, w którego treści określony jest parametr wskazany w wezwaniu (poziom wyładowań niezupełnych). Zarówno we wzorze załączonym do oferty, jak i przedłożonym na wezwanie Zamawiającego, jako nazwę fabryki wskazano „Cotradis” (natomiast z innych dokumentów załączonych do oferty wynika, że pełna nazwa producenta brzmi Ormazabal Cotradis Transformadores S.L.). W zakresie powyższego zarzutu Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, że brak pełnej nazwy fabryki w treści tabliczki znamionowej można uznać tylko za uchybienie formalne, gdyż pełna nazwa tej fabryki została w treści oferty ujawniona i jest Zamawiającemu znana. Uchybienie to z pewnością nie może stanowić podstawy odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i § 5 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....