

Sygn. akt: KIO 1760/12

WYROK

z dnia 29 sierpnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Luiza Łamejko**

Protokolant: **Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **29 sierpnia 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 sierpnia 2012 r. przez wykonawcę **STRUNOBET-MIGACZ Sp. z o.o., 29-100 Włoszczowa, Kuzki 14A** w postępowaniu prowadzonym przez **Tauron Dystrybucja S.A., 30-390 Kraków, ul. Zawila 65L**

przy udziale wykonawcy **ZPUE S.A., 29-100 Włoszczowa, ul. Jędrzejowska 79c** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża **STRUNOBET-MIGACZ Sp. z o.o., 29-100 Włoszczowa, Kuzki 14A** i:

1.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **STRUNOBET-MIGACZ Sp. z o.o., 29-100 Włoszczowa, Kuzki 14A** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **STRUNOBET-MIGACZ Sp. z o.o., 29-100 Włoszczowa, Kuzki 14A** na rzecz **Tauron Dystrybucja S.A., 30-390 Kraków, ul. Zawila 65L** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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 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:

Uzasadnienie

Tauron Dystrybucja S.A. (dalej: „zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę prefabrykowanych stacji transformatorowych 20/0,4 kV 630 kVA z obsługą wewnętrzną w latach 2013 i 2014. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22 maja 2012 r. pod pozycją 2012/S 96-160369.

W postępowaniu tym wykonawca STRUNOBET-MIGACZ Sp. z o.o. (dalej: „odwołujący”) wniósł w dniu 17 sierpnia 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec zaniechania przez zamawiającego odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców ZPUE S.A. oraz Elektromontaż Lublin Sp. z o.o. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp”).

Odwołujący wniósł o dokonanie ponownego badania ofert, odrzucenie ofert ZPUE S.A. oraz Elektromontaż Lublin Sp. z o.o., oraz wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, iż w pkt 1.4 Załącznika nr 7 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający postawił następujące wymaganie: „[...] Stacja z obsługą wewnętrzną musi składać się z n/w elementów budynku: [...] monolityczny odlew obudowy ścian stacji wraz z płytą posadzkową”. Odwołujący wskazał, iż zamawiający wymaga dostarczenia obudowy ścian stacji wraz z płytą posadzkową wykonanej jako monolit, tj. ściany i płyta denna mają stanowić jeden element wykonany w całości poprzez wylanie betonu wymaganej klasy i konsystencji do uprzednio przygotowanej formy. Takie rozwiązanie, jak stwierdził odwołujący, gwarantuje uzyskanie szczelności połączeń ścian między sobą oraz ścian z płytą denną. Odwołujący zwrócił uwagę, iż Słownik języka polskiego definiuje „monolit” jako „coś, co stanowi jednolitą, zwartą i spójną całość”. Jak stwierdził odwołujący, oferowana przez ZPUE S.A. obudowa zestawiona jest z oddzielnie wykonanych ścian, oddzielnie wykonanej płyty dennej, następnie połączonych między sobą. Zdaniem odwołującego, oferowana obudowa to nie monolit, a prefabrykat monolityzowany, bowiem składa się z elementów monolitycznych łączonych między sobą już po związaniu betonu.

Odwołujący zauważył, iż w projekcie budowlanym do adaptacji z marca 2012 r. wykonanym przez ZPUE S.A. na potrzeby Tauron Dystrybucja S.A. Oddział w Legnicy

dla tego samego typu stacji, wykonawca ten określa stację jako „miejska stacja transformatorowa 20/0,4kV z transformatorem o mocy do 630 kVA, zabudowana jako budynek prefabrykowanym, złożona z elementów żelbetowych”. Odwołujący wywiódł, iż ZPUE S.A. w zależności od potrzeb zamawiającego określa swój produkt raz jako monolit, innym razem jako prefabrykat.

Odwołujący podniósł ponadto, iż ZPUE S.A. zaoferowała 2 przepusty SN i 6 nN, podczas gdy zamawiający pkt 1.12 Załącznika nr 7 do specyfikacji wymagał, by w części fundamentowej stacji były osadzone przepusty kablowe - dla kabli SN 3 przepusty, dla kabli nN 12 przepustów.

W ocenie odwołującego, ZPUE S.A. nienależycie udokumentowała spełnianie warunku określonego przez zamawiającego w pkt 1.9.e specyfikacji – w piśmie Instytutu Energetyki z dnia 24 lipca 2012 r. (znak: EWP/122/2012) stwierdzono, iż „można uznać, że ograniczniki przepięć typu 300 SA na napięcia $U_r=6...45$ kV, produkcji firmy EUROMOLD N.V. Belgia [...] spełniają wymagania norm IEC 6099-4:2006 i IEC 60060-1:1989”. Takie sformułowanie, zdaniem odwołującego, oznacza, iż wyrób ZPUE S.A. „może spełnia określoną normę, ale nie musi jej spełniać” oraz „może spełnia tę normę, ale też może jej nie spełniać”. Odwołujący wskazał, iż w słowniku języka polskiego słowo „może” definiuje się jako partykułę nadającą wypowiedzi odcień przypuszczenia, wahania, osłabienia kategoryczności oraz jako „partykułę używaną wówczas, gdy mówiący nie chce udzielić jednoznacznej odpowiedzi”. Odwołujący zwrócił uwagę, że w logice praktycznej zdanie z użyciem zwrotu „może” określa się jako tzw. „problematiczne”, które zawiera pewną możliwość, ale nie pewność. Odwołujący wskazał również na art. 13 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemie oceny zgodności (t.j. Dz. U. 2010 r., nr 138, poz. 935 ze zm.). Odwołujący podkreślił, iż zamawiający nie wymagał możliwości, ale pewności. Tym samym, w opinii odwołującego, dokument przedstawiony przez ZPUE S.A. nie spełnia warunku określonego przez zamawiającego dotyczącego przedłożenia dokumentów potwierdzających wykonanie badań typu na zgodność z normami dla ograniczników przepięć średniego napięcia. Odwołujący wskazał, iż w sytuacji, gdy wykonawca oferuje przedmiot zamówienia zgodny z takimi wymogami, a nie posiada certyfikatu zgodności, może za pomocą innych dowodów wykazać, że oferowany przedmiot jest zgodny z wymogami dyrektyw lub norm.

Odwołujący zarzucił również, iż wykonawca Elektromontaż Lublin Sp. z o.o. nie załączył do oferty protokołu ze sprawdzenia i oceny skutków łuku powstałego w wyniku zwarcia wewnętrznego dla rozdzielnicy średniego napięcia wchodzącej w wyposażenie oferowanej stacji. Tym samym, zdaniem odwołującego, Elektromontaż Lublin Sp. z o.o. nie wypełniła wymogu nałożonego przez zamawiającego w pkt 1.10 specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący stwierdził ponadto, iż Elektromontaż Lublin Sp. z o.o. zaoferowała stację transformatorową, która nie spełnia wymogów normy 62271-202:2010 - po montażu rozdzielnic 4-polowej nie zostaną zachowane wymagane parametry określone przez zamawiającego. Odwołujący zwrócił uwagę, iż norma w pkt 5.6.3 określa, że „szerokość korytarza obsługi wewnątrz stacji transformatorowej prefabrykowanej powinna być odpowiednia dla wykonywania każdego działania lub konserwacji. Szerokość takiego korytarza powinna wynosić 800 mm lub więcej. Drzwi rozdzielnic wewnątrz stacji transformatorowej prefabrykowanej powinny zamykać się w kierunku wyjścia lub obracać się tak, aby nie zmniejszały szerokości korytarza obsługi. Drzwi w każdej otwartej stałej pozycji lub mechaniczne napędy wysunięte z rozdzielnic nie powinny zmniejszać szerokości korytarza obsługi poniżej 500 mm”. Zdaniem odwołującego, z załączonej do oferty Elektromontaż Lublin Sp. z o.o. uproszczonej dokumentacji oferowanych stacji wynika, że po montażu rozdzielnic 4-polowej szerokość korytarza obsługi wyniesie około 300 mm.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w szczególności treść złożonych w postępowaniu ofert, oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba rozpoznając odwołanie na rozprawie ustaliła, że odwołanie podlega oddaleniu z uwagi na brak wypełnienia materialnoprawnej przesłanki rozpoznania odwołania określonej w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie ze wskazanym powyżej przepisem, środki ochrony prawnej przysługują m.in. wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Na gruncie ustawy Pzp chodzi zatem o interes wyrażający się w możliwości uzyskania zamówienia.

W toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron i uczestnika postępowania ustalono, iż wykonawcą ubiegającym się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego byli wykonawcy wspólnie ubiegający się o to zamówienie: Strunobet-Migacz Sp. z o.o. i Elektro-Spark Sp. z o.o. Potwierdzeniem powyższego jest treść oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu, do której dołączona została m.in. umowa konsorcjum z dnia 25 czerwca 2012

r. zawarta pomiędzy tymi dwoma firmami, jak również dokumenty podmiotowe załączone do oferty, odnoszące się do obu ww. podmiotów. Okoliczność tę potwierdził także odwołujący w toku posiedzenia przed Izba.

Jednocześnie Izba ustaliła, że przedmiotowe odwołanie zostało wniesione przez Strunobet-Migacz Sp. z o.o. Zarówno treść odwołania, jak i dołączone do niego dokumenty w żaden sposób nie wskazują na działanie tego podmiotu w imieniu i na rzecz ww. dwóch firm.

Izba stwierdziła, iż Strunobet-Migacz Sp. z o.o. nie posiada przymiotu wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Art. 2 pkt 11 ustawy Pzp definiuje wykonawcę jako osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nie posiadającą osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Strunobet-Migacz Sp. z o.o. nie ubiega się o udzielenie zamówienia, nie złożyła oferty, jak też nie zawarła umowy w sprawie zamówienia publicznego, którego dotyczy postępowanie odwoławcze. O zamówienie publiczne ubiegają się bowiem wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, nie zaś Strunobet-Migacz Sp. z o.o. Tym samym odwołujący, składając samodzielnie odwołanie, nie wykazał że wskutek dokonania określonych czynności przez zamawiającego, co do których podniesione zostały zarzuty odwołania, utracił szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia – w sytuacji, gdy odwołujący nie jest wykonawcą w przedmiotowym postępowaniu, nie ubiega się samodzielnie o zamówienie publiczne, wskazując na określone w treści odwołania naruszenia przepisów ustawy przez zamawiającego nie wykazał interesu w podnoszeniu tych zarzutów.

W związku z brakiem wykazania po stronie odwołującego uszczerbku w interesie tego podmiotu wyrażającym się w pozbawieniu go szans na uzyskanie przedmiotowego zamówienia jako wykonawcy, nie rozpoznawała merytorycznie zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Brak zmaterializowania się przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp skutkuje koniecznością oddalenia odwołania bez merytorycznego odniesienia się do zarzutów odwołania.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

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

Przewodniczący: