

**WYROK**  
**z dnia 2 lutego 2010 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Sikorska**

**Członkowie: Anna Packo**

**Małgorzata Rakowska**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **29 stycznia 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Krakowskie Zakłady Automatyki Spółka Akcyjna., 30 – 552 Kraków, ul. Wielicka 28** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna – Centrala – Biuro Logistyki, 03 – 734 Warszawa, ul. Targowa 74** protestu z dnia **19 listopada. 2009 r.**

przy udziale XXX zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się oraz XXX - po stronie zamawiającego\*.

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie**

**2. Kosztami postępowania obciąża Krakowskie Zakłady Automatyki Spółkę Akcyjną w Krakowie i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Krakowskie Zakłady Automatyki Spółkę Akcyjną**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Krakowskie Zakłady Automatyki Spółkę Akcyjną** na rzecz **PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna – Centrala – Biuro Logistyki** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10.556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Krakowskich Zakładów Automatyki Spółki Akcyjnej**

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Biuro Logistyki, 03-734 Warszawa, ul. Targowa 74 – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę wiatów 2009-2012 części zamiennych do przekaźnikowych urządzeń sterowania ruchem kolejowym - Zadanie nr 2 - Dostawa nowych transformatorów i dławików torowych typu REJ lub równoważnych, Nr sprawy : ILG2a-231-01-01/2009.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 roku, Nr 223, poz. 1655 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 19 listopada 2009 roku wykonawca Krakowskie Zakłady Automatyki S. A., ul. Wielicka 28, 30-552 Kraków wniósł protest na czynność zamawiającego polegającą na nie odrzuceniu oferty wykonawcy TELEKOM Oleszno Sp. z o.o., czym naruszył art. 7 i 89 ustawy Pzp.

Protestujący podniósł, że zamawiający określił warunki techniczne przedmiotu zamówienia w SIWZ pkt 4. Parametry techniczne przedmiotu zamówienia określają wymagania techniczne zamawiającego zawarte w dokumencie normatywnym PKP PLK S.A. „Warunki techniczne odbioru transformatorów i dławików wyrównawczych typu REJ i ich odpowiedników WTO - REJ /2009” (zwane dalej WTO PLK). Zaoferowane w ofercie TELEKOM Oleszno Sp. z o.o. transformatory nie spełniają wymagań zamawiającego określonych w dokumencie normatywnym PKP PLK SA. „Warunki techniczne odbioru transformatorów i dławików wyrównawczych typu REJ i ich odpowiedników WTO - REJ /2009”.

Firma TELEKOM Oleszno złożyła w w/w postępowaniu ofertę oznaczoną przez zamawiającego numerem 2.. Jednym z załączników do oferty jest kopia dokumentu normatywnego Firmy Telekom Oleszno (WTO - 2/TKS- TK /09 - Warunki Techniczne odbioru transformatorów i dławików wyrównawczych typu TKS strony 1 - 48). WTO firmy TELEKOM Oleszno załączona do oferty zawiera rażące uchybienia tj.

- nie umieszczenie w WTO - 2/TKS -TK/09 tablicy 2 (strona 14 z 48) (zał. 4), a tym samym nie określenie parametrów transformatorów produkowanych i odbieranych wg WTO - 2//TKS -TK /09 - czyli nie określenie przez oferenta (TELEKOM Oleszno) przedmiotu oferty.

Wobec braku tej tablicy zamawiający nie miał możliwości dokonania sprawdzenia, czy oferowane przez firmę TELEKOM Oleszno transformatory spełniają wymagania przedstawione w dokumencie normatywnym PKP PLK S.A. „Warunki techniczne odbioru transformatorów i dławików wyrównawczych typu REJ i ich odpowiedników WTO - REJ /2009”.

Tym samym oferta nie odpowiada wymaganiom SIWZ i powinna zostać odrzucona. Interes Krakowskich Zakładów Automatyki S.A. poprzez nie odrzucenie oferty Firmy Telekom Oleszno

nie spełniającej wymagań zamawiającego doznał uszczerbku przez nie przyznanie kontraktu na dostawę transformatorów torowych.

W dokumencie WTO (firmy TELEKOM Oleszno) „Transformatory i dławiki wyrównawcze typu TKS" na str. 30 - 32 przedstawione, wymagane badania nie przewidują pomiarów:

- a) prądu stanu jałowego (wymóg WTO PLK tab. 7 kol. 10)
- b) sprawności transformatora (wymóg WTO PLK tab.7 kol. 13)

istotnych z punktu widzenia eksploatacji transformatora.

Na stronach 22 i 23 z 48 wykazano wielkość odchylenia wartości napięcia wtórnego w stanie jałowym do napięcia wtórnego w stanie obciążonym (tab.5) i dla transformatorów o mocy do 10VA maksymalne, dopuszczalne odchylenie wynosi wg WTO Firmy Telekom Oleszno 100% wobec wymaganych w (WTO PLK tab. 7 kolumna 14) dla: REJ 1501/1 lub odpowiedników -10 %

REJ 1505/1 lub odpowiedników - 30 %

REJ 1511/1 lub odpowiedników - 25 %

Z powyższego wynika, że transformatory produkowane wg (WTO Telekom Oleszno) mogą nie spełniać wymagań zamawiającego.

Poza ww. uchybieniami oferta firmy TELEKOM Oleszno zawiera poświadczenie nieprawdy. Załączony do oferty dokument wpłaty wadium nosi datę przelewu 2009 - 11 - 08 wydruk godz. 13: 24, natomiast pieczęć i podpis za zgodność z oryginałem nosi datę 06.11.2009 r. (zał. 7). Nie jest zatem możliwe, aby 06.11.2009 roku istniał dokument przelewu wadium potwierdzony tego dnia za zgodność z oryginałem.

Wskazując na powyższe protestujący wniósł o ponowną weryfikację oferty TELEKOM Oleszno oraz jej odrzucenie jako nie spełniającej wymagań SIWZ..

Pismem z dnia 24 listopada 2009 roku zamawiający rozstrzygnął protest w ten sposób, że uwzględnił go w części dotyczącej zarzutów niezgodności oferty firmy TELEKOM Oleszno z wymaganiami SIWZ, tj. błędnego zamieszczenia do oferty Warunków technicznych odbioru transformatorów i dławików wyrównawczych typu REJ i ich odpowiedników i zapowiedział, iż wezwie wykonawcę TELEKOM Oleszno na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentu o poprawny dokument.

Odnosnie drugiego zarzutu zamawiający stwierdził, że uchybienie w ofercie wykonawcy TELEKOM Oleszno dotyczącej rozbieżności w datach faktycznego przelewu kwoty wadium i podpisania przez osoby upoważnione za zgodność z oryginałem dokumentu potwierdzającego tą wpłatę, nie jest pomyłką merytoryczną powodującą odrzucenie oferty a jedynie pomyłką formalną nie powodującą odrzucenia oferty. Faktem jest, że na dzień składania ofert wykonawca - TELEKOM Oleszno, wpłacił wymagane wadium na konto zamawiającego oraz załączył do oferty dokument to potwierdzający.

Od takiego rozstrzygnięcia wykonawca Krakowskie Zakłady Automatyki S. A., ul. Wielicka 28, 30-552 Kraków wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. W odwołaniu podtrzymał zarzut dotyczący niezgodności oferty TELEKOM Oleszno Sp. z o.o. z siwz stwierdzając jednocześnie, że art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie może mieć zastosowanie, gdyż dotyczy sytuacji gdy wymagane przez zamawiającego dokumenty nie zostały w ogóle załączone do oferty bądź przedłożone dokumenty zawierają błędy. W niniejszej sprawie żadna z tych okoliczności nie zachodzi. TELEKOM przedłożył WTO TKS . Dokument ten nie zawiera w swej treści tablicy nr 2 określającej istotne parametry transformatorów. Brak tych danych nie jest jednak błędem w dokumentacji, o którym mowa w art.26 ust.3 pzp, lecz brakiem określenia przedmiotu oferty w sposób zgodny ze SIWZ i nie może być on usunięty w trybie określonym w art. 26 ust.3 pzp.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie zamawiającemu dokonania zaniechanej czynności wskazanej powyżej, to jest odrzucenia oferty złożonej przez TELEKOM Oleszno Sp. z o.o.,
- 2) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu oraz dokonania wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,
- 3) zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów wpisu.

Odwołujący nie podtrzymał w odwołaniu zarzutu dotyczącego poświadczenia nieprawdy w ofercie TELEKOM Oleszno Sp. z o.o.

**Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, w szczególności specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty TELEKOM Oleszno Sp. z o.o., a także biorąc pod uwagę wyjaśnienia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący się ma interes prawny w uzyskaniu zamówienia uprawniający go do wnoszenia środków ochrony prawnej na podstawie art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Ewentualne uwzględnienie odwołania powodowałoby w konsekwencji wybór jako najkorzystniejszej oferty odwołującego się.

Istotne dla rozpoznawanej sprawy jest zajęcie stanowiska w kwestii, czy dokument normatywny pod nazwą Warunki Technicznego Odbioru urządzenia sterowania ruchem kolejowym transformatory i dławiki wyrównawcze typu TKS jest dokumentem, o którego uzupełnienie może wezwać wykonawcę zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W myśl tegoż przepisu zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 lub którzy nie złożyli pełnomocnictw albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenie lub dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

Z kolei – zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenie 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.

Stosownie do postanowień SIWZ, oferowane przez wykonawcę transformatory torowe typu REJ lub równoważne winny spełniać wymagania techniczne określone w pkt 4 SIWZ t.j. winny spełniać co najmniej jeden z następujących warunków:

- a) dla których wydane są aktualne świadectwa dopuszczenia do eksploatacji Urzędu Transportu Kolejowego (UTK) lub Głównego Inspektora Kolejnictwa (GIK),
  
- b) dla których wydany jest przez upoważnioną jednostkę badawczą wymienioną w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 30 kwietnia 2004r. w sprawie świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu budowli i urządzeń przeznaczonych do prowadzenia ruchu kolejowego oraz typu pojazdu kolejowego (Dz. U. Nr 103 z dn. 1 maja 2004r. poz. 1090 z późn. zm.) dokument potwierdzający spełnienie przez oferowany produkt parametrów opisanych w dokumencie normatywnym PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. „Warunki Techniczne odbioru transformatorów i dławików wyrównawczych typu REJ i ich odpowiedników WTO-REJ/2009” (wprowadzonych Zarządzeniem Nr /2009 Zarządu PKP Linie Kolejowe S.A. Z dnia 25 maja 2005) wprowadzenie w/w Warunków technicznych zostało opublikowane w Biuletynie nr 3 z dnia 16 lipca 2009r.).

Wobec powyższego nie może budzić wątpliwości, iż dokument WTO jest dokumentem mającym potwierdzać, iż zaoferowana dostawa spełnia wymagania określone przez zamawiającego. Jest to wobec tego dokument, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt ustawy Pzp, podlegający uzupełnieniu w przypadku zajścia okoliczności, o których mowa w art. 26 ust. 3.

W przedmiotowym postępowaniu wykonawca TELEKOM Oleszno do oferty dołączył dokument WTO TKS, z którego wynika, iż oferowane przez TELEKOM transformatory nie spełniają wymagań zamawiającego określonych w WTO PLK, o których mowa w SIWZ. W WTO TKS na stronie 14 figuruje zwrot „tablica 2” ale poniżej niego tablica taka nie została zamieszczona. W tablicy tej powinny zostać podane parametry dot. oferowanych przez TELEKOM transformatorów o bardzo istotnym znaczeniu dla funkcjonalności tych urządzeń.

Do oferty TELEKOM Oleszno zostały dołączone inne dokumenty mając potwierdzać, iż zaoferowana przez niego dostawa spełnia wymagania postawione przez zamawiającego, takie jak: załącznik do formularza ofertowego w którym znajdują się nazwy handlowe str 7 oferty, deklaracja zgodności, str 8 zawierająca oświadczenie, że każda partia będzie miała odrębną deklarację zgodności oraz zaświadczenie z Centrum Naukowo Technicznego Kolejnictwa potwierdzające spełnianie tych warunków. Wobec tego, iż pomiędzy treścią tych dokumentów a załączonym WTO zachodzi wyraźna sprzeczność zasadnym w ocenie Izby jest wezwanie wykonawcy TELEKOM Oleszno do złożenia dokumentu WTO, którego treść będzie potwierdzać informacje zawarte w pozostałych dokumentach. Na obecnym etapie postępowania nie sposób bowiem przyjąć, iż wykonawca TELEKOM Oleszno zaoferował produkt inny niż oczekiwał zamawiający.

Izba stoi na stanowisku, że nie należy ograniczać zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jedynie do literalnego brzmienia, lecz zastosować wykładnię gramatyczną tegoż przepisu. W innym wypadku doprowadziłoby to do naruszenia art. 7 ustawy Pzp, bowiem wykonawca, który w ogóle nie przedłożył określonych dokumentów byłby w lepszej sytuacji niż ten, który przedłożył dokument, lecz dokument ten nie potwierdza spełniania wymogów ustanowionych przez zamawiającego.

W ocenie Izby decyzja zamawiającego o wezwaniu wykonawcy TELEKOM Oleszno do uzupełnienia prawidłowego dokumentu WTO na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp była słuszna. *Ratio legis* art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dopuszcza uzupełnianie dokumentów poprzez przedkładanie dokumentów o innej niż pierwotnie treści. Przyjęcie za niedopuszczalne, w świetle powołanego przepisu, żądanie uzupełniania dokumentów określonych w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w przypadku, gdy zostały one pierwotnie dołączone do oferty, jednak ich treść nie potwierdza spełniania warunku czy też wymagań zamawiającego stałoby w sprzeczności

z naczelną zasadą prowadzenia postępowania w sposób zapewniający równe traktowanie wykonawców. Poza tym z treści przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie wynika, że zamawiający może żądać tylko poprawienia błędów formalnych, a nie merytorycznych.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp oraz z § 4 ust. 1 pkt lit. a, pkt 2 lit. b, ust. 2 i ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zmianami).

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 **Warszawa – Praga w Warszawie**

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....