

WYROK
z dnia 4 stycznia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 grudnia 2015 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 grudnia 2015 r. przez wykonawcę **JM-TRONIC Sp. z o.o., ul. Wapienna 43/45; 04-691 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **TAURON Dystrybucja S.A., ul. Jasnogórska 11; 31-358 Kraków**,

przy udziale wykonawcy **ABB sp. z o.o., ul. Żegańska 1; 04-713 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża JM-TRONIC Sp. z o.o., ul. Wapienna 43/45; 04-691 Warszawa i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **JM-TRONIC Sp. z o.o., ul. Wapienna 43/45; 04-691 Warszawa**, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **JM-TRONIC Sp. z o.o., ul. Wapienna 43/45; 04-691 Warszawa** na rzecz **TAURON Dystrybucja S.A., ul. Jasnogórska 11; 31-358 Kraków**, 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 2013 r., poz. 907 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

Zamawiający – TAURON Dystrybucja S.A., ul. Jasnogórska 11; 31-358 Kraków, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Dostawa wyłączników SN na potrzeby TAURON Dystrybucja S.A. oraz TAURON Dystrybucja Serwis S.A.”.

Dnia 4 grudnia 2015 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 14 grudnia 2015 roku wykonawca JM-TRONIC Sp. z o.o., ul. Wapienna 43/45; 04-691 Warszawa (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej - w zakresie zadania Nr 1.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy ABB Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwanym dalej: „ABB”), pomimo, iż ostateczny bilans kryterium ceny oraz okresu gwarancji i rękojmi tej oferty nie jest najkorzystniejszy w porównaniu z ofertą odwołującego,
- 2) art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez niezasadne odrzucenie oferty odwołującego i uznanie jej za niezgodną z s.i.w.z., podczas gdy odwołujący potwierdził spełnienie wymagań zawartych w s.i.w.z.,
- 3) art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 87 ust. 1 w zw. z art. 197 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykonania w całości sentencji wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 października 2015 r., sygn. akt KIO 2034/15, tj. poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- 3) wezwanie odwołującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp,
- 4) dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, iż nie może zgodzić się z czynnościami zamawiającego. Odnosząc się do zarzutu naruszenia 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, odwołujący zauważył, iż wbrew stanowisku zamawiającego udowodnił on spełnienie wymagań określonych w s.i.w.z. oraz stosownej normie przez oferowane wyłączniki. Odwołujący w Charakterystyce Technicznej, stanowiącej załącznik do oferty, zadeklarował parametry

tożsame do wymaganych w OPZ, podczas gdy certyfikat wystawiony przez Instytut Elektrotechniki oraz karty katalogowe wskazywały na parametry wyższe wyłączników wewnętrznych, próżniowych 12 kV, 17,5 kV, 24 kV. Jednakże, w świetle przedstawionych przez odwołującego dokumentów oraz oświadczeń, nie można zgodzić się ze stanowiskiem zamawiającego, iż odwołujący nie udowodnił spełnienia wymagań przez oferowane wyłączniki poprzez złożony certyfikat, karty katalogowe czy raporty badań. Odwołujący przyznał, że w uzupełnieniu dokumentów przedłożył certyfikat złożony pierwotnie w ofercie. Jednakże w piśmie skierowanym do zamawiającego, odwołujący szczegółowo wyjaśnił, iż przedłożony certyfikat potwierdza spełnienie norm przez oferowane wyłączniki, bowiem badania przeprowadzone przez jednostkę certyfikującą odnoszą się nie tylko wobec wyłączników o wskazanych w certyfikacie parametrach technicznych, ale również o równych bądź niższych mocach znamionowych. Tym samym, odwołujący wyjaśnił na czym polega rozbieżność pomiędzy dokumentami, jakim była załączona do oferty Charakterystyka Techniczna, a przedłożonym certyfikatem, wskazującym na wyłączniki o parametrach wyższych. Odwołujący wskazywał w piśmie, iż przy ocenie certyfikatu oraz Charakterystyki Technicznej zamawiający winien „przypisać” oferowanym wyłącznikom odmienne, rzeczywiste parametry konstrukcyjne, co zamawiający prawdopodobnie zrozumiał opacznie. Odwołujący chciał zwrócić uwagę zamawiającego na te parametry wyłączników wynikające z certyfikatu, które potwierdzają spełnienie parametrów zaoferowanych, zgodnych z s.i.w.z. Co więcej, odwołujący nie tylko w tym zakresie składał własne oświadczenia, ale również przedłożył oświadczenie jednostki certyfikującej, tj. Instytutu Elektrotechniki z dnia 25 września 2015 r. Z oświadczenia Instytutu wynika wprost, że przeprowadzone badania odnoszą się do wyłączników o tej samej konstrukcji, które mają niższe wymagania elektryczne i mechaniczne i nie jest konieczne ich dodatkowe badanie (Ad. 3 i 4 oświadczenia). Instytut wskazał wprost, iż ze względu na fakt zaoferowania przez odwołującego wyłączników o tej samej konstrukcji, możliwe jest zaoferowanie wyłączników o parametrach niższych, które jednocześnie pozostaną w zgodności z obowiązującą normą. Oświadczenie to jest o tyle istotne, że zostało wydane przez podmiot, który wydał certyfikat na rzecz wyłączników produkowanych przez odwołującego, toteż stanowi o wykładni autentycznej treści certyfikatu. Oświadczenie potwierdza zatem, iż było możliwe zaoferowanie przez odwołującego wyłączników o niższym poziomie prądu znamionowego ciągłego, prądu zwarciovego wyłączalnego, czy prądu zwarciovego załączanego, przy napięciu znamionowym wyłącznika 12 kV, 17,5 kV, 24 kV niż wynika to z certyfikatu, a jednocześnie konstrukcja wyłącznika zapewnia spełnienie wymaganych przez zamawiającego norm. Odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem zamawiającego, że przedłożona karta katalogowa dla wyłączników 12 kV, 17,5 kV, 24 kV nie potwierdziła spełnienia wymaganych parametrów. W uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty odwołującego zamawiający

przedstawił tabelę, w której porównał parametry oferowane (przedstawione w Charakterystyce Technicznej) oraz parametry wskazane w karcie katalogowej. Zamawiający błędnie wskazał, że z karty katalogowej wynikają informacje jedynie na temat parametrów wyłącznika 12kV, podczas gdy karta katalogowa dotyczy wyłączników VC-1 kV, 17,5 kV, 24 kV, nawet 36 kV. Na stronie 8 karty katalogowej przedstawiona jest tabela parametrów wyłączników VC - 1, z której wynika wprost spełnienie parametrów wymaganych i oferowanych przez wskazane w Charakterystyce Technicznej wyłączniki. Odwołujący nie zgodził się z twierdzeniem zamawiającego, że przedstawiony przez odwołującego raport badań nie dotyczy wyłączników wskazanych w Charakterystyce Technicznej. W tym zakresie, zamawiający w sposób błędny nie wziął pod uwagę oświadczenia Instytutu Elektrotechniki zawartego w Ad. 3 i Ad. 4, w którym Instytut wyjaśnia, iż ze względu na tożsamą konstrukcję wyłączników nie jest konieczne badanie wyłączników o równych lub niższych parametrach elektrycznych i mechanicznych, bowiem wyniki prób są adekwatne dla wszystkich wyłączników tego samego rodzaju, niezależnie od osiąganego poziomu prądu znamionowego ciągłego, prądu zwarciovego wyłączalnego, czy prądu zwarciovego załączanego. Tym samym, argumentacja podniesiona przez zamawiającego w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty odwołującego była zupełnie nietrafna. Odwołujący stoi na stanowisku, że zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał oceny uzupełnionych dokumentów. W szczególności, zamawiający zupełnie pominął oświadczenie Instytutu Elektrotechniki, podczas gdy dokument ten jest niezwykle istotny dla oceny pozostałych dowodów złożonych na potwierdzenie spełnienia wymaganych parametrów. Jednocześnie pozostaje zupełnie niezrozumiałym dla odwołującego dokonanie negatywnej oceny karty katalogowej przedłożonej w uzupełnieniu, bowiem w rzeczywistości potwierdza ona spełnienie oferowanych wymagań w zakresie wyłączników VC - 1. W ocenie odwołującego, przedstawione przez niego dokumenty potwierdzają spełnienie parametrów zadeklarowanych w Charakterystyce Technicznej, natomiast twierdzenia zamawiającego świadczą o niezrozumieniu treści przedłożonych dowodów.

Być może wątpliwości zamawiającego zostałyby rozwiane, gdyby zamawiający wykonał wyrok zgodnie z jego sentencją. Zgodnie bowiem z treścią wyroku z dnia 2 października 2015 r., KIO 2034/15, zamawiający był zobowiązany do wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. O ile zatem zamawiający wykonał część sentencji orzeczenia Izby w zakresie wezwania do uzupełnienia dokumentów, o tyle nie zwrócił się do odwołującego o złożenie wyjaśnień treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Tymczasem, zaniechanie wykonania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej zgodnie z treścią jego sentencji stanowi naruszenie przepisów ustawy Pzp i jest wystarczającą podstawą do

kwestionowania czynności zamawiającego w drodze odwołania, co potwierdza orzeczenie Izby z dnia 3 czerwca 2014 r., sygn. akt: KIO 1039/14.

Odwołujący wskazał, iż zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień treści oferty przez zamawiającego z pewnością miało wpływ na wynik postępowania, bowiem dotychczas najkorzystniejsza oferta odwołującego, ostatecznie została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Przy czym, w ocenie odwołującego czynność ta była zupełnie niezasadna, bowiem uzupełnione dokumenty potwierdzały spełnienie wymagań przez oferowane dostawy. Odwołujący wskazał również, że skoro zamawiający w uzupełnieniu otrzymał dokumenty, takie jak karta katalogowa potwierdzająca jednoznacznie spełnienie parametrów przez oferowane wyłączniki oraz certyfikat i raport badań, który budził jego wątpliwości (choć nie powinny ze względu na oświadczenie jednostki certyfikującej), to pozostał mu instrument do rozwiania wątpliwości związanych z dokumentami, tj. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Na podstawie tego przepisu, zamawiający mógł zwrócić się do odwołującego w celu ostatecznego wyjaśnienia treści dokumentów. Skoro jednak tego nie zrobił, należy przyjąć, iż zamawiający był pewien swojej oceny, co zdaniem odwołującego, w świetle wyżej przedstawionych okoliczności świadczy o błędnie przeprowadzonym badaniu przedłożonych dokumentów.

Jednocześnie, pomimo zaniechań zamawiającego, odwołujący przedłożył wraz z odwołaniem oświadczenie potwierdzające, iż oferowane przez niego dostawy pozostają w zgodności z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W świetle powyższego, odwołujący stoi również na stanowisku, iż ze względu na odrzucenie jego oferty, która *de facto* jest najkorzystniejszą ofertą złożoną w tym postępowaniu, jednoznacznie świadczy o nieprawidłowo dokonanym wyborze najkorzystniejszej oferty, tj. wykonawcy ABB.

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w złożeniu odwołania, ponieważ zaniechania oraz czynności zamawiającego prowadzące do odrzucenia jego oferty oraz wyboru oferty wykonawcy ABB, uniemożliwiają odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Odwołujący wskazał, iż gdyby nie zaniechania oraz działania zamawiającego, uzyskałby on przedmiotowe zamówienie, ponieważ warunki zawarte w jego ofercie są najkorzystniejsze, a jednocześnie jego oferta nie podlega odrzuceniu, wbrew stanowisku zamawiającego. Odwołujący posiada zatem interes prawny we wniesieniu przedmiotowego odwołania. W przypadku oddalenia przedmiotowego odwołania, odwołujący poniesie szkodę w postaci utraty możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

Do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego skuteczne przystąpienie zgłosił wykonawca ABB sp. z o.o., ul. Żegańska 1; 04-713 Warszawa.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są niezasadne.

W ramach zadania nr 1, wykonawca był zobowiązany do zrealizowania dostawy wyłączników wewnętrznych, próżniowych 12 kV, 17,5 kV, 24 kV. W Charakterystyce Technicznej - Opis przedmiotu zamówienia i zestawienie ilościowe wyłączników SN stanowiącym załącznik nr 9 do s.i.w.z. (załącznik nr 2 do umowy) zamawiający określił wymagania dla dostarczanych wyłączników, wskazując na następujące parametry: - Minimalne napięcie znamionowe [kV], - Minimalny prąd znamionowy ciągły [A], - Minimalny prąd zwarciový wyłączalny [kA], - Minimalny prąd zwarciový załączalny [kA], - Wymagana podziałka biegunowa wyłącznika [mm]. Przy wskazanych parametrach, zamawiający dopisał minimalne wartości, jakie powinny osiągać oferowane wyłączniki, w zależności od tego, jakie występuje u nich napięcie znamionowe. Na potwierdzenie spełnienia parametrów przez oferowane wyłączniki, zamawiający w rozdziale 3 pkt 3.3.1.1. s.i.w.z. wskazał, iż wykonawca winien do oferty dołączyć: a) wypełnioną charakterystykę techniczną (wg załącznika nr 2 do umowy), b) karty katalogowe zawierające dane techniczne zaoferowanych wyłączników, c) certyfikat potwierdzający wykonanie badań typu na zgodność wyrobu z normami PN-EN 62271-100:2009 i PN-EN 62271-1:2009 wydany przez jednostkę badawczą akredytowaną przez Polskie Centrum Akredytacji (dotyczy wszystkich zaoferowanych wyrobów), Uwaga: zamawiający może zażądać od wykonawcy dostarczenia sprawozdań, raportów i wyników

badania typu potwierdzających wykonanie pełnego badania w celu zweryfikowania parametrów oferowanych wyłączników oraz potwierdzenia pozytywnego wyniku badań.

Odwołujący wraz z ofertą złożył wypełnioną charakterystykę techniczną wskazując na oferowane parametry oraz dołączył karty katalogowe oferowanych wyłączników wraz z certyfikatem z dnia 26 marca 2013 r., potwierdzającym wykonanie badań typu na zgodność wyrobu z normami PN-EN 62271-100:2009 i PN-EN 62271-1:2009, wydanym przez Instytut Elektrotechniki.

Zamawiający w dniu 8 września 2015 r., dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, wybierając ofertę odwołującego. Czynność zamawiającego została zakwestionowana przez wykonawcę ABB, który wskazał w odwołaniu, iż odwołujący nie udowodnił spełnienia wymagań przez oferowane wyłączniki, w szczególności oferowanych parametrów miały nie potwierdzać dołączone do oferty katalogowe oraz certyfikat. Odwołanie wykonawcy ABB zostało rozstrzygnięte wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 października 2015 r., KIO 2034/15, w którym Izba w sentencji orzekła, iż *„uwzględnia odwołanie i nakazuje dokonanie (...) wezwania JM - Tronic Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w części (zadaniu) nr 1 do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. - Prawo zamówień publicznych oraz dokonanie wezwania tego wykonawcy do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego w SIWZ zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy (...)”*.

Dnia 2 listopada 2015 r. zamawiający wystosował do odwołującego pismo zatytułowane „Wezwanie do złożenia wyjaśnień i dokumentów”. Zamawiający wezwał odwołującego do przedłożenia certyfikatu oraz kart katalogowych potwierdzających spełnienie przez oferowane dostawy wymagań określonych w s.i.w.z. Ponadto, zamawiający zażądał od odwołującego dostarczenia sprawozdań, raportów i wyników badań typu potwierdzających wykonanie pełnego badania w celu zweryfikowania parametrów oferowanych wyłączników oraz potwierdzenia pozytywnego wyniku badań.

W odpowiedzi na wezwanie, odwołujący przedłożył kartę katalogową, raporty badań potwierdzające przeprowadzenie procedury certyfikacji w stosunku do oferowanych wyłączników oraz spełnienie przez nie wymagań stosownej normy. Odwołujący dołączył do odpowiedzi certyfikat (ten sam, który został pierwotnie dołączony do oferty) oraz pismo Instytutu Elektrotechniki, tj. wystawcy certyfikatu, z którego wynika, iż certyfikat potwierdza spełnienie warunki normy również dla wyłączników o niższych lub równych wymaganiach elektrycznych i mechanicznych.

Zamawiający, w dniu 4 grudnia 2015 r., zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty (tj. wykonawcy ABB) oraz o odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oferty odwołującego. W uzasadnieniu czynności, zamawiający wskazał, iż uzupełnione dokumenty, tj. certyfikat, karta katalogowa oraz raporty badań nie potwierdzają

spełnienia wymagań przez zaoferowane wyłączniki, ponieważ w uzupełnionych dokumentach wskazane są wyłączniki o wyższych parametrach technicznych, natomiast odwołujący w Charakterystyce Technicznej zaproponował wyłączniki o parametrach niższych. Z tego powodu, zamawiający uznał, że wskazane dokumenty nie dotyczą oferowanych wyłączników i tym samym, w jego ocenie, odwołujący nie udowodnił spełnienia wymagań w sposób określony w s.i.w.z. w zakresie oferowanych wyłączników.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zamawiający w sposób prawidłowy dokonał czynności w przedmiotowym postępowaniu.

W odniesieniu do zarzutu odwołującego, dotyczącego naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 87 ust. 1 w zw. z art. 197 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykonania w całości sentencji wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 października 2015 r., sygn. akt KIO 2034/15, tj. poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, Izba wskazuje, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 2 października 2015 r., sygn. akt KIO 2034/15, uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu dokonanie czynności:

„1) unieważnienia czynności badania i oceny ofert w części (zadaniu) nr 1;

2) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części (zadaniu) nr 1 wykonawcy JM-TRONIC sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie;

3) wezwania wykonawcy JM-TRONIC sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w części (zadaniu) nr 1 do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych oraz dokonanie wezwania tego wykonawcy do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych;

4) badania, oceny ofert i wyboru oferty w części (zadaniu) nr 1.”

Wykonując rzeczony wyrok, zamawiający pismem z dnia 2 listopada 2015 roku, wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień i złożenia dokumentów. W treści rzeczonego wezwania zamawiający w sposób bezpośredni wskazał, iż przedmiotowe wezwanie zostało wystosowane w związku z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2.10.2015 r., sygn. akt KIO 2034/15.

Tym samym, biorąc powyższe pod uwagę, uwzględniając jednocześnie bezsporną okoliczność, iż w treści wezwania zamawiający nie posłużył się treścią przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, czy też wprost nie odwołał się do brzmienia tego przepisu, Izba stoi na stanowisku, że zarzut odwołującego jest niezasadny. Przy ocenie przedmiotowego zarzutu należy bowiem przyjąć całokształt okoliczności wynikających z ustalonego stanu faktycznego sprawy. W ocenie Izby odwołujący był świadomym faktu, iż wezwanie zamawiającego z dnia

2 listopada 2015 roku, stanowiło wypełnienie sentencji orzeczenia Izby o sygn. KIO 2034/15. Za przyjęciem powyższego stanowiska przemawiają następujące okoliczności.

Po pierwsze wezwanie zostało wystosowane po zapadłym wyroku Izby. Po drugie w treści wezwania zamawiający wskazał, że wezwanie stanowi wypełnienie wyroku Izby. Po trzecie odwołujący odpowiadając na wezwanie zamawiającego (pismem z dnia 5 listopada 2015 roku (na piśmie błędnie podano datę 5.10.2015 r.)), wprost wskazał, że cyt. *„niniejszym pismem składamy stosowne wyjaśnienia i załączamy wymagane dokumenty w formie załączników.”*.

Powyższe oznacza, że odwołujący znał i prawidłowo zidentyfikował intencje zamawiającego i miał świadomość, w jakim celu zamawiający wystosował do niego wezwanie do złożenia wyjaśnień i złożenia dokumentów.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej nie można bowiem zamawiającemu przypisać zarzutu zaniechania wykonania wyroku Izby z dnia 2 października 2015 roku, sygn. akt KIO 2034/15, w zakresie braku wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez niewskazanie w treści wezwania rzeczono przepisu. Jak już wcześniej wskazała Izba, odwołujący był świadomy celu wezwania oraz wiedział jak, w takim przypadku się zachować, odpowiadając na wezwanie zamawiającego. Nie może też ująć uwadze okoliczność, że przy ocenie treści wezwania należy brać pod uwagę treść przepisu art. 65 ust. 1 Kodeksu Cywilnego, który stanowi, że *„Oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje”*. W powyższym zakresie koniecznym staje się w tym miejscu odniesienie do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 14 czerwca 2012 roku, sygn. I CSK 485/11, w którym Sąd wskazał, że *„Ustalając znaczenie oświadczenia woli należy zacząć od sensu wynikającego z reguł językowych, z tym że przede wszystkim należy uwzględnić zasady, zwroty i zwyczaje językowe używane w środowisku, do którego należą strony, a dopiero potem ogólne reguły językowe. Trzeba jednak przy tym mieć na uwadze nie tylko interpretowany zwrot, ale także jego kontekst. Dlatego nie można przyjąć takiego znaczenia interpretowanego zwrotu, który pozostawałby w sprzeczności z pozostałymi składnikami wypowiedzi. Klóciłoby się to bowiem z założeniem o racjonalnym działaniu uczestników obrotu prawnego.”* Przyjmując zatem, że odwołujący jako profesjonalny uczestnik rynku zamówień publicznych, zna zasady, obyczaje oraz zachowania uczestników tego rynku, to należało przyjąć, że odwołujący wiedział, iż przedmiotowe wezwanie stanowiło wypełnienie sentencji wyroku Izby z dnia 2.10.2015 roku, sygn. akt KIO 2034/15 w zakresie wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Odnosząc się zaś do zarzutu dotyczącego naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez niezasadne odrzucenie oferty odwołującego i uznanie jej za niezgodną z s.i.w.z., Izba stwierdziła, że zarzut powyższy jest niezasadny.

Wskazać bowiem należy, że Izba, w wyroku z dnia 2.10.2015 roku, sygn. akt KIO 2034/15 nakazała zamawiającemu, m.in. dokonanie wezwania tego wykonawcy (przyp. odwołującego) do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych. W treści uzasadnienia ww. wyroku Izba wskazała, cyt. „Izba stwierdza, że zamawiający wymagał załączenia do oferty certyfikatów na oferowane produkty. Stanowił o tym pkt 3.3.1.1 lit. c (str. 13) specyfikacji. Postanowienie to brzmi »Dla zadania nr 1 należy dołączyć [...] certyfikat potwierdzający wykonanie badań typu na zgodność wyrobu z normami PN-EN 62271-100:2009 i PN-EN 62271-1:2009 wydany przez jednostkę badawczą akredytowaną przez Polskie Centrum Akredytacji (dotyczy wszystkich zaoferowanych wyrobów)«. Wykonawca JM-TRONIC nie załączył odpowiednich certyfikatów, a mimo to zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty tego wykonawcy.”.

Zamawiający wykonując wskazany wyrok, pismem z dnia 2 listopada 2015 roku, wezwał odwołującego do uzupełnienia certyfikatów.

Odwołujący pismem z dnia 5.11.2015 roku, odpowiadając zamawiającemu na wezwanie, powtórnie przedstawił wcześniej załączony do oferty certyfikat o nr DN/083/2013.

Z okoliczności powyższej sprawy wynika zatem, że odwołujący nie wypełnił żądania zamawiającego w sprawie uzupełnienia wadliwego certyfikatu, przedkładając na wezwanie zamawiającego, ten sam certyfikat, który został złożony pierwotnie do oferty, a który Izba uznała za niewystarczający w celu potwierdzenia spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Skoro zatem odwołujący nie potwierdził spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a wezwanie w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ma charakter wyjątkowy i jednokrotny, to brak jest możliwości nakazywania zamawiającemu powtórnego uzupełnienia tego dokumentu.

Przyjmując zasadę powagi rzeczy osądzonej nie sposób, w niniejszej sprawie powyższych okoliczności uznać za niebyłe i nieistniejące. Skoro bowiem Izba uznała, że ww. certyfikat jest dokumentem, który nie potwierdza spełniania warunku opisanego przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a odwołujący będący uczestnikiem poprzedniego postępowania odwoławczego (KIO 2034/15), jako przystępujący

zgłaszający sprzeciw do uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania, nie zaskarżył ww. wyroku, oznacza że przyjął ww. okoliczności za prawidłowe, w tym że wskazany certyfikat nr DN/083/2013, jest wadliwy. Tym samym, odwołujący składając na wezwanie zamawiającego ten sam certyfikat, musiał mieć świadomość, że wynik oceny tego dokumentu przez zamawiającego doprowadzi do odrzucenia oferty odwołującego, czemu zamawiający dał wyraz w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty odwołującego z dnia 4 grudnia 2015 roku.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba stwierdziła, że zamawiający w sposób prawidłowy dokonał czynności odrzucenia oferty odwołującego, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła i przeprowadziła dowód z akt postępowania w sprawie KIO 2034/15 oraz z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Izba nie uwzględniła wniosków dowodowych zgłoszonych przez przystępującego, tj. „Uwagi do protokołu badań”, wyciąg z opracowania „Aparaty elektryczne i rozdzielnice wysokich i średnich napięć” pod. red. Jan Maksymiuk, Jacek Nowicki, wyciąg z rozprawy doktorskiej mgr inż. A. G. – uznając, iż mają one jedynie charakter poglądowy, bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, ponadto jako sporządzone przez pełnomocników przystępującego mogą być traktowane wyłącznie jako oświadczenie strony, wydruk z korespondencji e-mail przystępującego z kierownikiem Zespołu Certyfikacji Wyrobów IEI – bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Izba nie uwzględniła również dowodów zgłoszonych przez odwołującego, tj. „Formularza oferty” odwołującego z czerwca 2014 roku, umowy nr DU/28/UZ/7/2011 z 22.06.2011 roku – stwierdzając, iż dokumenty te są bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, a ponadto nie potwierdzają okoliczności, na które zostały powołane, dokumentu/pisma z Instytutu Elektrotechniki z dnia 28.12.2015 roku, gdyż nie może on stanowić dokumentu urzędowego, a jedynie może być traktowane, jako oświadczenie strony – bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 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), uwzględniając koszty poniesione przez zamawiającego, związane z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Przewodniczący: