

Sygn. akt: KIO 1701/15

**WYROK**  
**z dnia 25 sierpnia 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Marek Szafraniec**

**Protokolant: Joanna Borowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 sierpnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 sierpnia 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „Prosper” sp. z o.o. w Sosnowcu (41-200), ul. Będzińska 15 oraz Sega S. G. sp. k. w Łosiuwie (49-330), ul. Główna 21** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Tauron Dystrybucja S.A. we Wrocławiu (53-314), pl. Powstańców Śląskich 20**

przy udziale wykonawcy: **Ensto Pol sp. z o.o. w Straszynie (83-010), ul. Starogardzka 17a** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: Tauron Dystrybucja S.A. we Wrocławiu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części pierwszej zamówienia, a następnie, w ramach tej części, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) oferty złożonej przez wykonawcę: Ensto Pol sp. z o.o. w Straszynie z uwagi na fakt, iż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,**

2. kosztami postępowania obciąża wnoszącego sprzeciw wykonawcę: **Ensto Pol sp. z o.o. w Straszynie** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „Prosper” sp. z o.o. w Sosnowcu oraz Sega S. G. sp. k. w Łosiu** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wnoszącego sprzeciw wykonawcy: **Ensto Pol sp. z o.o. w Straszynie** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „Prosper” sp. z o.o. w Sosnowcu oraz Sega S. G. sp. k. w Łosiu** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz 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 Wrocławiu**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „Dostawa osprzętu do linii napowietrznych nN i SN na potrzeby Tauron Dystrybucja S.A.” zostało wszczęte przez Tauron Dystrybucja S.A. we Wrocławiu, zwaną dalej Zamawiającym. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia, zgodnie z informacją zawartą w doręczonym Prezesowi Izby piśmie z dnia 11 sierpnia 2015 r., przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2015/S 091-164393) w dniu 12 maja 2015 r.

W dniu 10 sierpnia 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „Prosper” sp. z o.o. w Sosnowcu oraz Sega S. G. sp. k. w Łosiuwie, zwanych dalej łącznie Odwołującym. Odwołanie zostało wniesione wobec zaniechania przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę: Ensto Pol sp. z o.o. w Straszynie, zwanego dalej Ensto Pol, w zakresie części pierwszej zamówienia: „Osprzęt do linii napowietrznych izolowanych nN”.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu:

I. „W odniesieniu do produktów oferowanych w Zadaniu 1, poz. 1-7:

- 1) *art. 89 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Ensto-Pol - mimo, że oferta tego Wykonawcy podlega odrzuceniu ze względu na jej nieważność na podstawie odrębnych przepisów;  
ewentualnie*
- 2) *art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 83 ust. 1 ustawy Pzp oraz pkt 2.3.1 SIWZ poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Ensto-Pol - mimo, że oferta stanowi ofertę wariantową;  
ewentualnie*
- 3) *Przy założeniu, że Ensto-Pol zaoferował w poz. 1-7 złączki producenta ENSTO: art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Ensto-Pol do uzupełnienia dokumentów w zakresie Certyfikatów Zgodności, wymaganych w pkt 3.3.1.1.2 SIWZ;  
ewentualnie*

- 4) *Przy założeniu, że Ensto-Pol zaoferował w poz. 1-7 złączki producenta SICAME: art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Ensto-Pol - mimo, że oferta tego Wykonawcy podlega odrzuceniu ze względu na niezgodność jej treści z treścią SIWZ z uwagi na zaoferowanie produktów, dla których nie załączono do oferty Certyfikatów Zgodności wymaganych w pkt 3.3.1.1.2 SIWZ, których Ensto-Pol nie może uzupełnić a także deklaracji zgodności producenta lub jego upoważnionego przedstawiciela wymaganych w pkt 3.3.1.1.1 SIWZ oraz kart katalogowych wymaganych w pkt 3.3.1.3 SIWZ; ewentualnie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Ensto-Pol do uzupełnienia dokumentów w zakresie Certyfikatów Zgodności, wymaganych w pkt 3.3.1.1.2 SIWZ a także deklaracji zgodności producenta lub jego upoważnionego przedstawiciela wymaganych w pkt 3.3.1.1.1 SIWZ oraz kart katalogowych wymaganych w pkt 3.3.1.3 SIWZ;*
- II. *W odniesieniu do produktów oferowanych w Zadaniu 1, poz. 9-17,18-23,40-41:*
- 5) *art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Ensto-Pol do przedłożenia dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego dotyczące temperatury otoczenia w czasie montażu (wymaganych w pkt 8.1 Standardu Technicznego oraz pkt 1.1. Załącznika nr 2 do Standardu Technicznego);*
- III. *W odniesieniu do produktów oferowanych w Zadaniu 1, poz. 14 -15:*
- 1) *art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Ensto-Pol mimo, że oferta podlega odrzuceniu ze względu na niezgodność jej treści z treścią SiWZ z uwagi na istniejące napięcie na łbie śruby dociskowej oferowanego zacisku (pkt 6.5.3. ppkt c) Standardu Technicznego)."*

Uzasadniając tak sformułowane zarzuty, Odwołujący, w odniesieniu do produktów z pozycji od 1 do 7 formularza wyceny, twierdził, że Ensto Pol zaoferował nieistniejący produkt, na poparcie czego przedstawił oświadczenie producenta Sicame mające potwierdzać to, że firma ta nie oferuje złączek o nazwie typu „SJ 8”. Taka treść oferty, jaką przedstawił Ensto Pol prowadziła, zdaniem Odwołującego, do zaproponowania Zamawiającemu świadczenia niemożliwego do zrealizowania. To z kolei miało powodować to, że oferta ta miała być nieważna.

Na wypadek nieuznania za zasadne twierdzeń o oferowaniu przez Ensto Pol świadczenia niemożliwego do spełnienia, Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszającą przepisy ustawy Pzp oraz zapisy Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) akceptację

oferty wariantowej – Ensto Pol miał, zdaniem Odwołującego, zaoferować Zamawiającemu dwie złączki wariantowo: złączki typu „SJ 8” produkowane przez Ensto Pol albo też złączki MJPT produkowane przez Sicame. Odwołujący podnosił przy tym, że wraz ze złożoną przez siebie ofertą Ensto Pol przedstawiło karty katalogowe odnoszące się do złączek „SJ 8”, certyfikat zgodności odnoszący się do złączek „MJPT”, a także deklarację zgodności, która zgodnie z zapisami SIWZ winna być wystawiona przez producenta lub jego upoważnionego przedstawiciela – zgodnie z oświadczeniem Odwołującego Ensto Pol miał być upoważnionym przedstawicielem producenta Ensto, nie zaś Sicame.

Z daleko posuniętej ostrożności, na wypadek uznania, że Ensto Pol zaoferował złączki typu „SJ 8”, Odwołujący podnosił, że nie został w takim przypadku złożony certyfikat zgodności wydany producentowi lub jego upoważnionemu przedstawicielowi. W takim przypadku winien on zostać uzupełniony w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Gdyby zaś przyjąć, że Ensto Pol zaoferował złączki typu „MJPT”, wówczas koniecznym byłoby uznanie, jak twierdził to Odwołujący, że wykonawca ten przedstawił Zamawiającemu nieaktualny certyfikat zgodności. Wzywanie zaś Ensto Pol do uzupełnienia takiego certyfikatu jest bezcelowe, albowiem Sicame Polska sp. z o.o. nie udostępnił, ani nie udostępni, temu wykonawcy aktualnego wydania certyfikatu. W takim przypadku nie przedstawiono również Zamawiającemu deklaracji zgodności producenta lub upoważnionego przedstawiciela oraz kart katalogowych.

W odniesieniu do produktów z pozycji od 9 do 17, od 18 do 23 oraz 40 i 41 formularza wyceny, Odwołujący twierdził, że Ensto Pol winien wraz z ofertą przedstawić deklaracje zgodności i certyfikaty zgodności potwierdzające zgodność nie tylko z odpowiednią normą (tak miał zdaniem Odwołującego uczynić Ensto Pol), ale także z zastrzonymi wymaganiami określonymi w stanowiącym integralną część SIWZ *„Standardzie technicznym nr 1/DTS/2015 – osprzęt do elektroenergetycznych linii napowietrznych nN w Tauron Dystrybucja S.A.”*, zwanego dalej Standardem technicznym. Jak sam to przyznawał Odwołujący, owe zastrzone wymagania, zgodnie ze Standardem technicznym znaleźć miały zastosowanie do zacisków i uchwytów dopiero z dniem 1 stycznia 2016 r., jednakże z uwagi na okres realizacji umowy wykraczający poza tę datę oraz niezmienność asortymentu w tym czasie, już na etapie składania oferty Ensto Pol powinien wykazać, że dostarczane zaciski i uchwyty te zastrzone wymagania spełniają, tym samym należy go wezwać do uzupełnienia odpowiednich deklaracji zgodności i certyfikatów zgodności.

Na koniec, w odniesieniu do produktów z pozycji 14 i 15 *„Formularza wyceny”*, Odwołujący twierdził, że Ensto Pol zaoferował zaciski, których łeb śruby zaciskowej, wbrew wymaganiom

określonym w SIWZ, jest pod napięciem. Okoliczność ta przemawiać miała za odrzuceniem oferty złożonej przez Ensto Pol.

Uwzględniając podniesione zarzuty, Odwołujący wnosil o:

- 1) „nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności badania i oceny oferty oraz wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Ensto-Pol, ze względu na jej nieważność na podstawie odrębnych przepisów;
- 3) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Ensto-Pol, ze względu na niezgodność treści oferty z treścią SIWZ oraz z ustawą z uwagi na jej wariantowość; ewentualnie
- 4) nakazanie Zamawiającemu wezwania Ensto-Pol do uzupełnienia dokumentów, wskazanych w uzasadnieniu odwołania, potwierdzających, że oferowane przez Ensto- Pol dostawy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego;
- 5) nakazanie Zamawiającemu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.”

W dniu 5 czerwca 2015 r. wykonawca: Ensto Pol sp. z o.o. w Straszynie, zwany dalej Przystępującym, doręczył Prezesowi Izby zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W dniu 20 sierpnia 2015 r. Zamawiający doręczył Prezesowi Izby odpowiedź na odwołanie, w której zawarł oświadczenie o uwzględnieniu w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Przystępujący, w toku posiedzenia Izby z udziałem Stron, oświadczył, że wnosi sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Izby wykluczyła w odniesieniu do rozpoznawanego odwołania to, aby wypełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału dowodowego, z uwzględnieniem stanowisk stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dokumenty przekazane przez Zamawiającego w odpowiedzi na wezwanie Prezesa Izby i poświadczone przez niego za zgodność z oryginałem, a także te, które zostały złożone w toku postępowania odwoławczego przez Odwołującego oraz Przystępującego, w tym również wraz z odwołaniem.

Nie uwzględniła Izba zgłoszonego przez Odwołującego wniosku o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego, który to dowód miałby potwierdzać okoliczności wskazywane w ramach zarzutów odnoszących się do produktów wskazanych w pozycji 14 i 15 formularza wyceny. Jak to przyznał sam Odwołujący w toku rozprawy przed Izbą, spór zaistniały w tym zakresie *„dotyczy tylko brzmienia specyfikacji i sposobu jej rozumienia”* – faktycznie nie było bowiem sporu co do rzeczywistej budowy produktów zaoferowanych w powołanych pozycjach formularza wyceny. W takim przypadku przeprowadzenie wnioskowanego przez Odwołującego dowodu prowadziłoby jedynie do zwłoki w postępowaniu.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w każdym z odwołań, Izba ustaliła, że Zamawiający w pkt 2.2.1 SIWZ zawarł informację o podziale zamówienia na trzy części:

- Zadanie nr 1 - Osprzęt do linii napowietrznych izolowanych nN
- Zadanie nr 2 - Osprzęt do linii napowietrznych nieizolowanych (gołych) nN i SN
- Zadanie nr 3 - Pozostały osprzęt

Zgodnie z pkt 2.3.1 SIWZ Zamawiający nie dopuścił składania ofert wariantowych.

Zamawiający oczekiwał, że wykonawcy składając swoją ofertę uczynią to z wykorzystaniem załącznika nr 1 do SIWZ – formularza oferty (pkt 4.2.1.1 SIWZ) oraz załącznika nr 2 do SIWZ – formularza wyceny dla zadania, którego składana oferta dotyczy (pkt 4.2.1.2 SIWZ).

Pismem z dnia 27 maja 2015 r. Zamawiający ustalił ostateczną treść formularzy wyceny dla każdego zadania. Formularz ten został zbudowany na bazie tabeli, w której każdej z jej kolumn nadano następujące nagłówki: „*Lp*”, „*Nazwa*”, „*Przykładowy asortyment*”, „*Cechy charakterystyczne*”. „*j.m.*”, „*Ilość*”, „*Oferowany typ*”, „*Producent*”, „*Cena jednostkowa netto (zł)*”, „*Wartość netto (zł)*”.

W kolumnach „*Nazwa*” i „*Cechy charakterystyczne*” zawarty został opis zamawianych produktów i stawianych im przez Zamawiającego wymagań minimalnych. W kolumnie „*Przykładowy asortyment*” znalazło się wskazanie na konkretne produkty dostępne na rynku, np. w pozycji 1 formularza wyceny dla zadania 1 w kolumnie tej został zawarty następujący tekst: „*ENSTO–SJ8.16 SICAME–MJPT16*”. Począwszy od kolumny „*Oferowany typ*” Zamawiający pozostawił kolejne kolumny puste, oczekując od wykonawców, że wypełniają

je odpowiednio złożą tym samym oświadczenie co do tego, jaki asortyment oferują dostarczać i za jaką cenę.

W piśmie z dnia 27 maja 2015 r. Zamawiający na pytanie: „*W odniesieniu do samego postępowania prosimy o informacje, czy jeżeli w kolumnie «Przykładowy asortyment» znajdzie się błąd, sprzeczność (której w okresie przewidzianym na zadawanie zapytań nie uda się wyeliminować) tzn. zdarzy się, że omyłkowo wskazany przez Zamawiającego przykładowy produkt nie spełni wymogu określonego w kolumnie «Nazwa» i «Cechy charakterystyczne» oferta takiego wykonawcy zostanie odrzucona? Czy jako wykonawca mamy kierować się kolumnami «Nazwa» i «Cechy charakterystyczne» jako nadrzędnymi?»* udzielił następującej odpowiedzi: „*Kolumna «Przykładowy asortyment» nie jest kolumną determinującą i wg zamierzeń Zamawiającego stanowi wartość pomocniczą. Od oferowanego osprzętu wymaga się zgodności z kolumnami «Nazwa» i «Cechy charakterystyczne» oraz opisem zawartym w SIWZ*”.

W pkt 3.3.1 SIWZ Zamawiający określił katalog dokumentów, które miały potwierdzać spełnianie wymagań Zamawiającego odnoszących się do przedmiotu zamówienia – w zakresie osprzętu do linii napowietrznych nN wymagał, aby przedstawiono mu:

*„3.3.1.1.1 Deklaracje zgodności producenta lub jego upoważnionego przedstawiciela dla wszystkich zaoferowanych wyrobów do izolowanych i nieizolowanych linii napowietrznych nN, zgodnie z definicją zawartą w Ustawie o systemie oceny zgodności z dnia 30 sierpnia 2002r. z późniejszymi zmianami spełniające wymagania określone w PN-EN ISO/IEC 17050-1:2010P Ocena zgodności. Deklaracja zgodności składana przez dostawcę. Część 1. Wymagania ogólne. Deklaracje Zgodności powinny zawierać zapisy informujące o zgodności wyrobów lub partii wyrobów z normami określonymi w Załączniku nr 1 do „Standardu technicznego nr 1/DTS/2015 - osprzęt do elektroenergetycznych linii napowietrznych nN w TAURON Dystrybucja S.A.” dostępnymi na stronie internetowej Zamawiającego: <http://www.taurondystrybucja.pl/SiteCollection/Documents/standaryzacja/Zal1-do-Standardu-technicznego-osprzet-doelektroenergetycznych-linii-napowietrznych-nN-w-TD.pdf>. Deklaracja wystawiana jest przy pierwszym wprowadzeniu wyrobu do obiegu i taka data powinna figurować na deklaracji. W przypadku wyrobów, które ulegają modyfikacji wystawiane deklaracje powinny mieć datę zaktualizowaną.*

*3.3.1.1.2 Certyfikat Zgodności dla osprzętu do izolowanych linii napowietrznych nN tj. uchwyty odciągowe, uchwyty przelotowe, uchwyty przelotowo-narożne, złączki, zaciski jedno i dwustronnie przebijające izolację, zaciski do zakładania uziemień, wydany producentowi lub jego upoważnionemu przedstawicielowi przez niezależną jednostkę*



*certyfikującą posiadającą akredytację PCA na podstawie raportów z badań przeprowadzonych w laboratoriach posiadających akredytację PCA typu AB (Akredytowana Jednostka Badawcza) lub w nieakredytowanych laboratoriach w nadzorze przedstawiciela akredytowanej jednostki certyfikującej lub uznanych przez jednostkę w procesie certyfikacji potwierdzający spełnienie przez oferowane wyroby wymagań normatywnych zawartych w Załączniku nr 1 do „Standardu technicznego nr 1 /DTS/2015 - osprzęt do elektroenergetycznych linii napowietrznych nN w TAURON Dystrybucja S.A.” Certyfikat powinien zawierać znak PCA AC. W myśl artykułu 11 rozporządzenia (WE) nr 765/2008 oraz zawartych przez Polskie Centrum Akredytacji wielostronnych porozumień EA MLA, IAF MLA i ILAC MRA, Polskie Centrum Akredytacji uznaje akredytacje udzielone przez inne jednostki akredytujące, członków tych porozumień, za równoważne swojej akredytacji. Uwaga: Certyfikat Zgodności powinien być kompletny tj. zawierać wszystkie załączniki, do których odwołuje się w swojej treści (z wyłączeniem raportu z badań). Zamawiający nie wymaga zamieszczania w ramach oferty całego sprawozdania (raportu) z badań typu, lecz tylko dokumentu końcowego będącego oceną wyrobu. Dodatkowo Zamawiający zastrzega sobie prawo do zażądania od Wykonawcy dostarczenia sprawozdania, na podstawie którego wystawiono ten certyfikat, sprawozdań, raportów i wyników badań typu potwierdzających wykonanie pełnego badania.”*

W piśmie z dnia 27 maja 2015 r., w odpowiedzi na pytanie 2 (zadający je wykonawca twierdził, że tylko jedna firma na rynku oferuje złączki do przewodów wskazane w zadaniu nr 1 w pozycjach 1, 2, 3, 4, 5, 6 i 7, które muszą posiadać certyfikat zgodności posiadający akredytację PCA zgodny z normą PN-EN 50483-1:2009) Zamawiający podtrzymał określone w SIWZ wymagania: „Zamawiający informuje, że zgodnie z pkt 3.3.1.1. SIWZ złączki z zadania nr 1 poz. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 do linii napowietrznych nN powinny posiadać Deklaracje Zgodności i Certyfikaty Zgodności”.

W pkt 3.3.1.3 SIWZ Zamawiający żądał przedstawienia wraz z ofertą: „Dla każdego osprzętu do linii napowietrznych SN i nN typu zacisk, uchwyt, złączka należy dostarczyć karty katalogowe zawierające podstawowe dane techniczne takie jak: a) rysunek poglądowy lub zdjęcie osprzętu wraz z wymiarami, b) parametry techniczne, typu wytrzymałość, obciążenie, moment dokręcenia śrub niezrywalnych itp, (zgodnie z odpowiednimi normami), c) zakres zastosowania (przekrój żyły roboczej, rodzaj przewodu), d) materiał z jakiego wykonano element”.

Zgodnie z wzorem umowy – załącznikiem nr 10 do SIWZ – wykonawcy zobowiązywali się do „dostawy asortymentu fabrycznie nowego w pełni sprawnego, wolnego od wad fizycznych i prawnych, nie starszego niż 6 miesięcy” (§ 3 ust. 5 pkt 2).

Zgodnie z § 16 ust. 8 wzoru umowy integralnymi składnikami umowy miały być m.in.: „1) Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, 2) Oferta Wykonawcy (ze wszystkimi załącznikami), 3) Załącznik nr 1 do Umowy - „Szczegółowa specyfikacja przedmiotu umowy”, 4) Załącznik nr 2 do Umowy – Standard techniczny nr 1/DTS/2015 - osprzęt do elektroenergetycznych linii napowietrznych nN w TAURON Dystrybucja S.A., Standard techniczny nr 5/DTS/2015 - osprzęt do elektroenergetycznych linii napowietrznych SN w TAURON Dystrybucja S.A. 5) Załącznik nr 3 do Umowy – Opis przedmiotu zamówienia”.

W pkt 6.1.1 Standardu technicznego postanowiono: „Temperatura otoczenia w czasie montażu (nie dotyczy prac awaryjnych) powinna zawierać się co najmniej w zakresie od -15 0C do +40 0C. Niniejsze wymaganie obowiązuje od 01.01.2016 r. dla zacisków przebijających izolację, uchwytów odciągowych (nie dotyczy uchwytów naściennych, dystansowych i przelotowych). W okresie przejściowym tj. do dnia 01.01.2016 r. osprzęt jw. powinien być dostosowany do montażu co najmniej w zakresie temperatur od -10 0C do +40 0C. Spełnienie wymagań dotyczących temperatury montażu w obu przypadkach powinno być potwierdzone badaniami wykonanymi zgodnie z normą określona w Załączniku nr 1 pkt 1.2, pkt 1.3 oraz poświadczony w „Certyfikacie Zgodności” określonym w Załączniku nr 2.”

Zgodnie z pkt 6.5.3.c) Standardu technicznego: „Zacisk musi być kompletny, tj. wyposażony w osłonę izolacyjną. Za kompletny zacisk uważa się zacisk w obudowie izolacyjnej lub dostarczony wraz z kompatybilną osłoną izolacyjną. Żadne dostępne metalowe elementy zacisku i łeb śruby dociskowej nie mogą być pod napięciem.”

Przed upływem terminu składania ofert do Zamawiającego w zakresie zadania pierwszego wpłynęły dwie oferty – w złożone odpowiednio przez Odwołującego i Przystępującego.

Przystępujący wraz ze swoją ofertą przedstawił wypełniony formularz wyceny dla zadania pierwszego, w którym w pierwszych siedmiu pozycjach w kolumnie „Oferowany typ” wpisał nazwę złączki przyporządkowaną w kolumnie „Przykładowy asortyment” do producenta Ensto, zaś w kolumnie „Producent” wpisał drugiego z „przykładowo” podanych przez Zamawiającego producentów, tj. Sicame.

W pozycjach 14 i 15 tegoż formularza Przystępujący zaoferował Zamawiającemu przywołany również w odniesieniu do tych właśnie pozycji w kolumnie „Przykładowy asortyment” zacisk „SLIP 22.127” produkcji Ensto.

Pismem z dnia 30 lipca 2015 r. Zamawiający poinformował wykonawców o uznaniu oferty złożonej przez Przystępującego za najkorzystniejszą, wobec czego Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Izby.

Izba, kierując się przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, odwołanie wniesione przez Odwołującego rozpoznała w granicach zarzutów w nim zawartych i popieranych w toku postępowania odwoławczego.

Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszedł do przekonania, iż część sformułowanych przez Odwołującego zarzutów znajduje oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie, jako takie, zasługuje na uwzględnienie.

W odniesieniu do zarzutów podnoszonych przez Odwołującego co do treści oferty złożonej przez Przystępującego w zakresie pozycji od 1 do 7 formularza wyceny, Izba w pierwszej kolejności uznała, że bezspornym jest wskazanie w powołanych pozycjach przez Przystępującego na złączki typu „SJ 8”, których producentem, zgodnie z oświadczeniem Przystępującego w formularzu wyceny, miała być firma Sicame.

W uznaniu Izby, Odwołujący przed przedstawieniem oświadczenia z dnia 5 sierpnia 2015 r. złożonego w imieniu podmiotu Sicame Polska sp. z o.o., będącego „*wyłącznym przedstawicielem grupy Sicame w Polsce*”, udowodnił, że producent wskazany w powołanych pozycjach oferty Przystępującego, tj. firma Sicame „*nie produkuje (jak też nie produkowała w przeszłości) złączek do linii napowietrznych izolowanych nN o nazwie typu SJ 8... (np. SJ 8.16, SJ 8.25 itd.)*”.

Jak to zostało ustalone, w formularzu wyceny w kolumnie „*Przykładowy asortyment*” Zamawiający wskazywał na dwa produkty mające spełniać jego wymagania tj. złączki typu „SJ 8” firmy Ensto albo też typu „MJPT” firmy Sicame. W świetle zebranych w sprawie dokumentów, w szczególności tych które Przystępujący złożył wraz ze swoją ofertą Zamawiającemu, a które odnosiły się do innych produktów firmy Ensto, Izba uznała, że przez oznaczenie firmy Ensto rozumieć należy Ensto Finland Oy, zaś przez Sicame – Sicame S.A. Już sama treść powołanego formularza wyceny pozwalała rozróżnić dwa produkty, pochodzące od dwóch producentów.

Mając to na uwadze, jak również uwzględniając powołane oświadczenie Sicame Polska, dla oddalenia zarzutów stawianych przez Odwołującego, koniecznym byłoby przedstawienie przez Przystępującego wiarygodnego dowodu, który pozwalałby przyjąć, że był on

uprawniony do wskazania w treści złożonej przez siebie oferty na poszczególne złączki należące do typu „SJ 8” i jednocześnie wskazywanie firmy Sicame, jako ich producenta. W ocenie Izby takiego dowodu Przystępujący nie przedstawił. Pamiętać należy bowiem, że zgodnie z art. 190 ust. 5 ustawy Pzp dowodu nie wymagają tylko fakty powszechnie znane, fakty znane z urzędu, a także przyznane w toku postępowania przez stronę przeciwną, przy czym te ostatnie tylko o tyle, o ile Izba uzna, że przyznanie to nie budzi wątpliwości co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy. W każdym innym przypadku koniecznym jest przedstawienie przez stronę twierdzącą dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzi ona skutki prawne. Wobec braku odpowiednich dowodów Izba nie mogła zatem przy rozstrzyganiu o zasadności zarzutów uwzględnić faktów, na które powołuje się strona twierdząca – w tym przypadku – Przystępujący.

Złożone przez Przystępującego dwie karty z katalogów oznaczanych rokiem 2010 i 2012 mogą jedynie potwierdzać, że w katalogu produktów sprzedawanych przez Przystępującego znajdowały się złączki typu „SJ 8” – brak tam jednak wskazania na podmiot, który miałby być producentem tychże złączek. Sam fakt, że katalog ten pochodzi od Przystępującego pozwala jedynie przypuszczać, że produkty te zostały wyprodukowane przez Ensto.

Przedstawione wydruki dwóch zamówień oraz dalszych faktur wystawionych przez Przystępującego potwierdzają jedynie utrzymywanie stosunków gospodarczych pomiędzy Przystępującym a Odwołującym, bądź sprzedaż przez Przystępującego złączek typu „SJ 8”. Brak tam jednoznacznego potwierdzenia tezy Przystępującego, jakoby produkty typów „SJ 8” i „MJPT” można było utożsamiać, czy też, co ważniejsze, pozwalającego uznać za producenta złączek typu „SJ 8” firmę Sicame (wbrew jednoznaczному stanowisku Sicame Polska przedstawionemu przez Odwołującego). Brak tam również potwierdzenia istniejącego po stronie Przystępującego prawa do sprzedaży, czy też samego prowadzenia takiej sprzedaży, zakupionych złączek typu „MJPT” jako złączek typu „SJ 8”. Faktów takich nie potwierdzają również przedstawione zdjęcie złączek typu „MJPT”, czy wyciąg z oferty złożonej przez Przystępującego w roku 2013 – samo sporządzenie oferty z 2013 r. w sposób analogiczny do tego, w jaki skonstruowana została oferta obecnie złożona, nie potwierdza jeszcze prawidłowości tych ofert.

Fakt przesłania przez pracowników Odwołującego deklaracji zgodności lub certyfikatu zgodności odnoszących się do złączek typu „MJPT”, potwierdzać może jedynie to, że Przystępujący w 2013 r. co najmniej podejmował próby handlu złączkami tego typu („MJPT”). Nie może to jednak potwierdzać tego, że sprzedawał on powołane złączki oznaczając je innym określeniem typu („SJ 8”) wraz ze wskazaniem na Sicame, jako na producenta.

Tak zebrany materiał dowodowy nie pozwolił Izbie stwierdzić, że Przystępujący mógł zaoferować Zamawiającemu dostawę złączek typu „SJ 8” ze wskazaniem na Sicame, jako na ich producenta.

Uwzględniając tę konstatację, Izba uznała jednakże, że nie zostało udowodnione, aby tak sformułowana treść oferty była obiektywnie niemożliwa do zrealizowania – przywoływany przez Odwołującego przepis art. 387 kodeksu cywilnego stanowi, że umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna. W świetle doktryny i judykatury, istotne jest to, aby niemożliwość świadczenia miała charakter obiektywny, pierwotny oraz trwały. W rozpoznawanej sprawie nie zostało dowiedzione, że obiektywnie nie jest możliwe, aby Sicame produkowało złączki typu „MJPT”, a następnie, na drodze odpowiedniego porozumienia gospodarczego, pozwalało je sprzedawać innemu podmiotowi pod inną nazwą typu (nawet „SJ 8”) – założenie to nie stoi w sprzeczności z przedstawionym przez Odwołującego oświadczeniem Sicame Polska. Stąd Izba uznała, że nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp, tj. odrzucenia jako oferty nieważnej na podstawie odrębnych przepisów (art. 387 kc).

Niezależnie od faktu, że brak było podstaw do generalnego uznania, że świadczenie takie nie jest niemożliwe, to jednakże w tym konkretnym przypadku, zdaniem Izby nie zostało wykazane, aby Przystępujący by uprawniony do wskazania w treści złożonej przez siebie oferty na poszczególne złączki należące do typu „SJ 8” i jednocześnie wskazywanie firmy Sicame, jako ich producenta. Jak to już zostało podkreślone, Przystępujący nie przedstawił wiarygodnego dowodu pozwalającego utożsamiać ze sobą złączki typu „SJ 8” ze złączkami typu „MJPT”, a w szczególności potwierdzającego to, że te drugie są sprzedawane przez Odwołującego pod nazwą typu „SJ 8” z jednoczesnym odwoływaniem się do Sicame, jako do ich producenta.

Wobec braku dowodów potwierdzających taką możliwość w rozpoznawanej sprawie, Izba uznała, że zasadnymi są twierdzenia Odwołującego o takim skonstruowaniu przez Przystępującego złożonej przez niego oferty, która jej odbiorcy pozwala przyjąć, że wskazane zostały równolegle do siebie, dwa alternatywne rozwiązania. Z jednej strony wskazano na złączki typu „SJ 8” pochodzące od producenta Ensto (Ensto Finland Oy) i przedstawiono odnoszące się do nich karty katalogowe (Przystępujący miał być upoważnionym przedstawicielem tego producenta). Z drugiej zaś strony przywołano w ofercie producenta Sicame (Sicame S.A.), który jest producentem złączek „MJPT” i przedstawiono odnoszący się do tych właśnie złączek certyfikat zgodności. Co do załączonej na stronie 79 oferty Przystępującego deklaracji zgodności wystawionej

przez Przystępującego mającej prezentować oba typy złączek, jako jeden produkt, w ocenie Izby jest ona mało wiarygodna (w zakresie możliwości utożsamiania złączek typu „SJ 8” ze złączkami typu „MJPT”, a tym samym wykluczenie tego, że złączki typu „SJ 8” nie są produkowane przez Ensto, a właśnie przez Sicame), albowiem nie pochodzi ona od producenta (zgodnie z ofertą Przystępującego, za takiego winna zostać uznana firma Sicame), albo jego upoważnionego przedstawiciela (takim dla Sicame S.A. na Polskę miała być spółka Sicame Polska, nie zaś Przystępujący). A w świetle pkt 3.3.1.1.1 SIWZ tylko te dwa podmioty były uprawnione do wystawienia deklaracji, którą przedstawić miał wykonawca wraz ze swoją ofertą. Tym samym wystawiona przez Przystępującego deklaracja, choćby i złożona wraz z ofertą, poparta jedynie własnym oświadczeniem w toku rozprawy przed Izbą, nie była w ocenie Izby wystarczającym dowodem pozwalającym stwierdzić, że alternatywne wskazanie przez Zamawiającego na dwa produkty w formularzu wyceny, mające pochodzić od dwóch różnych producentów, wsparte dodatkowo oświadczeniem złożonym w imieniu Sicame Polska przedstawionym przez Odwołującego, jest mniej wiarygodne.

Kierując się tym przekonaniem Izba uznała, że tak skonstruowana przez Przystępującego treść oferty, wsparta dokumentami odnoszącymi się do dwóch różnych produktów, uznana może być za ofertę wariantową, bądź też wewnątrznie sprzeczną, której to niezgodności z treścią SIWZ w zgodzie z przepisami ustawy Pzp nie sposób usunąć – niemożliwym bowiem jest na podstawie tak przedstawionych dokumentów, przyjmując, że złączki typu „SJ 8” i „MJPT” to produkty dwóch różnych producentów, rozstrzygnąć, który z tych dwóch typów złączek jest przedmiotem badanej oferty. Stąd też zasadnie zarzucał Zamawiającemu Odwołujący zaniechanie odrzucenia złożonej przez Przystępującego oferty, a tym samym naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp.

Uwzględniając powyższe, za nieistotne dla rozstrzygnięcia uznać należało to, czy Przystępujący przedstawił dla któregośkolwiek z dwóch powołanych typów złączek wymagany w SIWZ komplet odpowiednich dokumentów, czy był on uprawniony do powoływania się na certyfikat zgodności odnoszący się do złączek wyprodukowanych przez Sicame oraz tego, czy złożony przez niego certyfikat zachował swą ważność pomimo wydania jego nowej wersji.

Co do zarzutów podnoszonych przez Odwołującego, a odnoszących się do produktów ujętych w pozycjach 9-17, 18-23 i 40-41 formularza wyceny przedstawionego przez Przystępującego, Izba uznała je za niezasadne. Tak bowiem pkt 3.3.1.1.1 SIWZ, zgodnie z którym wykonawcy zobowiązani byli przedstawić odpowiednie deklaracje zgodności, jak i pkt 3.3.1.1.2 SIWZ, zgodnie z którym wykonawcy zobowiązani byli przedstawić odpowiednie certyfikaty zgodności, odnosiły się w swej treści do wymagań

normatywnych określonych w załączniku nr 1 do Standardu technicznego. Mając na uwadze tak sformułowane zapisy SIWZ, uznać należało, że wykonawcy przez złożenie tak deklaracji zgodności, jak i certyfikatów zgodności, zobowiązani byli potwierdzić tylko i wyłącznie spełnianie wymagań odnoszących się do oferowanego przedmiotu dostawy w normach określonych w powołanym załączniku nr 1 do Standardu technicznego. Jak to przyznał sam Odwołujący na 10 stronie odwołania, przedstawione przez Przystępującego dokumenty zgodność z odpowiednią normą potwierdzają. Izba nie znalazła w treści powołanych zapisów SIWZ (pkt 3.3.1.1.1 i 3.3.1.1.2 SIWZ), podstawy do tego, aby domagać się od Przystępującego przedstawienia na etapie składania oferty deklaracji zgodności i certyfikatów zgodności, które potwierdzać miałyby spełnianie wymagań określonych w Standardzie technicznym, a wykraczających poza wymagania postawione w normach wskazanych w załączniku nr 1 do tegoż Standardu. Brak określenia takiego obowiązku w treści SIWZ. Podkreślenia wymaga to, że to właśnie powoływane pkt 3.3.1.1.1 i 3.3.1.1.2 SIWZ zakreślają granice wymagań, do których odnosić się mają przedstawiane przez wykonawców dokumenty przedmiotowe, a zatem te, które potwierdzają parametry dostarczanych przedmiotów dostawy. Analiza przywoływanej przez Odwołującego treści Standardu technicznego (pkt 6.1.1, pkt 6.2.3, czy też 8.1, czy też pkt 1.1 załącznika nr 2 do Standardu), pozwala stwierdzić, że Standard ten wymaga, aby dostarczany zamawiającemu osprzęt posiadał odpowiednie dokumenty. Niemniej jednak powołany Standard nie został sporządzony na potrzeby obecnie prowadzonego przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia – ma on charakter uniwersalny. Nie odnosi się on też, w zakresie przywoływanym przez Odwołującego, do obowiązków dowodowych wykonawców, ciążących na nich na etapie składania oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w którym wniesione zostało rozpoznawane przez Izbę odwołanie. Zakres tego obowiązku, jak zostało to już wskazane, określony został w pkt 3.3.1.1.1 i 3.3.1.1.2 SIWZ. Wobec faktu, że nie było sporne w rozpoznawanej sprawie to, czy Przystępujący przedstawił odpowiednie dokumenty odnoszące się do odpowiednich norm, a brak było podstaw, do żądania od niego, aby przedstawił dokumenty odnoszące się do wymagań wykraczających ponad te normy, Izba uznała tak postawione przez Odwołującego zarzuty za niezasadne.

Za niezasługujące na uwzględnienie Izba uznała również zarzuty odnoszące się do produktów oferowanych przez Przystępującego w pozycji 14 i 15 formularza wyceny. W ocenie Izby, zarzuty te oparte zostały przez Odwołującego o zbyt wąską interpretację zapisów SIWZ, a w szczególności pkt 6.5.3.c) Standardu technicznego. Nie było spornym w rozpoznawanej sprawie to, że rysunki nr 3 i 4 zawarte w złożonej przez Przystępującego ekspertyzie przedstawiają rzeczywistą budowę śruby dociskowej będącej elementem

zacisków oferowanych przez Przystępującego w pozycji 14 i 15 formularza wyceny. W ocenie Izby, z przywoływanego przez Odwołującego zapisu pkt 6.5.3.c) Standardu technicznego, zgodnie z którym żadne dostępne metalowe elementy zacisku i łeb śruby dociskowej nie mogą być pod napięciem, nie wynika to, aby jakkolwiek element śruby dociskowej nie mógł być pod napięciem. Izba podzieliła wyrażoną w tym kontekście przez Przystępującego ocenę, że istotnym jest to, aby żadne dostępne elementy, w tym łeb śruby zaciskowej - nie były pod napięciem. Jak wynika to z powołanych rysunków, a także zgodnych *de facto* w tym zakresie oświadczeń Odwołującego i Przystępującego, tak właśnie jest w przypadku spornych zacisków – dostępny element śruby dociskowej (oznaczony na rysunkach jako „2” i „2a” element pod napięciem nie jest, jest on bowiem izolowany kształtką izolacyjną oznaczoną symbolem „1a”). Jak to przyznał sam Odwołujący, aby dowieść tego, że element oznaczony na powołanych rysunkach symbolem „3” i „3a”, a zatem odizolowana od zrywalnego łba, śruba dociskowa znajduje się pod napięciem, (w celu sporządzenia przedstawionej Izbie opinii), konieczne było zerwanie elementów oznaczonych na rysunkach jako „2”, „2a” i „1a”, a tym samym uszkodzenie badanego zacisku. Także ta okoliczność pozwoliła Izbie stwierdzić, że co do zasady dostępny dla montera zrywalny łeb śruby pod napięciem nie jest. Brak było zatem podstaw do uznania, że oferta Przystępującego w omawianym tu zakresie nie odpowiada treści SIWZ, a co za tym idzie do odrzucenia jej z tego powodu na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp.

Uwzględniając tak poczynione ustalenia i dokonane rozstrzygnięcia, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy 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). Izba wzięła w szczególności pod uwagę przepis § 3 pkt 2) powołanego rozporządzenia, zgodnie z którym uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego ustala się na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. Mając na uwadze fakt, iż Odwołujący przedłożył odpowiednie rachunki, Izba uwzględniła, zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 2) powołanego rozporządzenia wnioski o obciążenie wnoszącego sprzeciw Przystępującego poniesionymi przez Odwołującego kosztami wynagrodzenia pełnomocnika (3 600 zł), oraz uiszczonego wpisu (15 000 zł).

**Przewodniczący:** .....