

Sygn. akt: KIO 2195/13

**WYROK**  
**z dnia 01 października 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **01 października 2013 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 września 2013 r. przez wykonawcę **VOLTEX S.A. w Lubinie, ul. Wójta Henryka 45, 59-300 Lubin** w postępowaniu prowadzonym przez **Dystrybucja S.A. z siedzibą w Lublinie, ul. Garbarska 21A, 20-340 Lublin, reprezentowana przez PGE Dystrybucja S.A., Oddział Warszawa, ul. Marsa 95, 04-479 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **Seba Polska Sp. z o.o., Stara Iwiczna, ul. Słoneczna 24 A, 05-500 Piaseczno** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2195/13 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie**

2. kosztami postępowania obciąża **VOLTEX S.A. w Lubinie, ul. Wójta Henryka 45, 59-300 Lubin** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **VOLTEX S.A. w Lubinie, ul. Wójta Henryka 45, 59-300 Lubin,**

- 2.2. zasądza od wykonawcy **VOLTEX S.A. w Lubinie, ul. Wójta Henryka 45, 59-300 Lubin** na rzecz **Dystrybucja S.A. z siedzibą w Lublinie, ul. Garbarska 21A, 20-340 Lublin**, reprezentowana przez **PGE Dystrybucja S.A., Oddział Warszawa, ul. Marsa 95, 04-479 Warszawa** 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 **Warszawa-Praga w Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „*zakup i dostawę samochodów kablowych.*”(754/13/LZA) – zadanie 1 i 2, zostało wszczęte przez Dystrybucja S.A. z siedzibą w Lublinie, ul. Garbarska 21A, 20-340 Lublin, reprezentowana przez PGE Dystrybucja S.A., Oddział Warszawa, ul. Marsa 95, 04-479 Warszawa zwaną dalej: „*Zamawiającym*”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2013/S 2013/S 127-219020 z dnia 03.07.2013 r.

W dniu 06.09.2013 r. (e-mailem) Zamawiający zaprosił do udziału w aukcji elektronicznej trzech Wykonawców w tym m.in. VOLTEX S.A. w Lubinie, ul. Wójta Henryka 45, 59-300 Lubin zwana dalej: „*VOLTEX S.A.*” albo „*Odwołującym*”, tudzież Seba Polska Sp. z o.o., Stara Iwiczna, ul. Słoneczna 24 A, 05-500 Piaseczno zwana dalej: „*Seba Polska Sp. z o.o.*” albo „*Przystępującym*”.

W dniu 13.09.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wpłynęło na podstawie art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907) zwanej dalej: „*Pzp*” odwołanie: VOLTEX S.A. na w/w czynności i zaniechania. Kopia odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 12.09.2013 r. (faxem). Wnosił odwołanie na:

1. zaniechanie czynności odrzucenia oferty Seba Polska Sp. z o.o.;
2. zaniechanie wyboru oferty VOLTEX S.A.;
3. zaproszenie uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w aukcji elektronicznej. Powyższym czynnościom zarzucił naruszenie:
  1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z IX pkt 2 SIWZ poprzez nieodrzućenie oferty Seba Polska Sp. z o.o.
  2. pkt XI. 1. SIWZ poprzez przyjęcie, że w toku postępowaniu złożono co najmniej 3 oferty niepodlegające odrzuceniu i zaproszenie przez Zamawiającego w dniu 06.09.2013 r. uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w aukcji elektronicznej;
  3. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, tj. zasady równego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, tj. doprowadzenie do sytuacji, że w toku aukcji elektronicznej licytowany będzie przedmiot zamówienia posiadający rozbieżne parametry techniczne, poprzez dopuszczenie oferty zawierającej niekompletny przedmiot umowy. Wnosił o:
    - 1) uchylenie zaskarżonej czynności z dnia 06.09.2013 r. polegającej na zaproszeniu

uczestników postępowania przetargowego do udziału w aukcji elektronicznej;

2) nakazanie powtórzenia czynności badania oferty Seba Polska Sp. z o.o.

3) odrzucenie oferty Seba Polska Sp. z o.o.

4) wybór oferty VOLTEX S.A.;

5) obciążenie kosztami postępowania Zamawiającego, w tym kosztami według spisu kosztów przedłożonego na rozprawie.

Pismem z dnia 06.09.2013 r. Zamawiający poinformował VOLTEX S.A. o tym, że zachodzą podstawy do wyłonienia Wykonawcy w drodze aukcji elektronicznej i zaprosił VOLTEX S.A. do wzięcia w niej udziału. Przedmiotowa decyzja Zamawiającego jest błędna. Celem wyłonienia najkorzystniejszej oferty w SIWZ dopuszczono przeprowadzenie aukcji elektronicznej (IX ust. 1 SIWZ). Warunkiem przeprowadzenia aukcji elektronicznej jest złożenie przez oferentów co najmniej 3 ofert niepodlegających odrzuceniu. W przypadku, gdy złożono dwie oferty niepodlegające odrzuceniu, Zamawiający wybiera ofertę najtańszą, bez przeprowadzania aukcji elektronicznej. W niniejszym postępowaniu zostały złożone trzy oferty, przy czym oferta Seba Polska Sp. z o.o. posiada niższą cenę od oferty Odwołującego. Przedmiotowa oferta jest jednak niezgodna z warunkami SIWZ i tym samym winna zostać odrzucona. Po odrzuceniu oferty Seba Polska Sp. z o.o. pozostaną dwie oferty. Z dwóch pozostałych ofert, to oferta Odwołującego jest najkorzystniejsza, i winna zostać wybrana, bez przeprowadzenia aukcji elektronicznej. Uzasadniając odwołanie VOLTEX S.A. wskazuje, że gdy treść oferty nie odpowiada treści SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp) - zgodnie z orzecznictwem arbitrażowym i KIO niezgodność oferty z treścią SIWZ zachodzi, gdy: *„zaoferowany przedmiot dostawy nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym interesy i oczekiwania zamawiającego”*. Podobnie w samej specyfikacji: XI. 1. SIWZ. Zamawiający w SIWZ wskazał swoje oczekiwania w stosunku do przedmiotu dostawy, w szczególności w Załączniku nr 1 do SIWZ. I tak:

Zgodnie z wymaganiami zawartymi w załączniku nr 1 do SIWZ na str. 3 pkt I.2.4. Zamawiający wymaga dostawy przenośnego generatora częstotliwości akustycznej o mocy min. 50W. Oferta Seba Polska Sp. z o.o.\_na str. 8 w tabeli pkt 2.4 linia 12 oraz na str. 18 zawiera informacje o urządzeniu typu FLE10 którego moc wynosi 10 W. Zdjęcie przedmiotowej strony z oferty Seba Polska Sp. z o.o. stanowi załącznik nr 1.

Zamawiający w dniu 01.08.2013 r. w odpowiedzi na pytanie 4 oraz 10 nie dopuszcza do zastosowania dodatkowego monitora i wymaga, aby cały system pomiarowy obsługiwany był za pośrednictwem jednego monitora 17”. Oferta Seba Polska Sp. z o.o.\_na str. 9 pkt 4 tabeli zawiera informację, że pomiar wyładowań niepełnych realizowany będzie za pośrednictwem systemu ICM Compact, który wyposażony jest w dodatkowy monitor (zdjęcie

str. 24 oferty „Analizator WNZ ICM Compact”). Zamawiający jednoznacznie określił konieczność dostawy spójnego systemu pomiarowego wyposażonego w jeden monitor służący do obsługi całego systemu pomiarowego.

W dniu 01.08.2013 Zamawiający wprowadził zmiany w zapisie SIWZ określone w załączniku nr 1 do SIWZ w pkt I.2.5.2 ze str.8 SIWZ wprowadzając jednakowe brzmienie jak dla pkt 1.3 Załącznika nr 1 do SIWZ str. 4, w którym jednoznacznie zmienia swoje wymagania wprowadzając wymóg dostarczenie dodatkowych istotnych urządzeń współpracujących z generatorem służącym do wykonywania prób napięciowych VLF. W miejsce zapisu, który nie wymagał dostawy dwóch systemów pomiaru tg  $\delta$  wyposażonych w dodatkowe elementy do kompensacji prądów upływu o treści: „I.2.5.2. Próby napięciowe VLF

- sterowanie przebiegiem próby napięciowej powinno odbywać się automatycznie za pośrednictwem komputera oraz specjalnego oprogramowania,
- oprogramowanie powinno umożliwić w pełni automatyczny przebieg próby,
- wymagany automatyczny zapis i generowanie protokołu wykonywanego pomiaru wraz z możliwością dokonania rejestracji chwilowej wartości napięcia i prądu na życzenie operatora,
- oprogramowanie sterujące przebiegiem oraz generowany raport w języku polskim,
- generator powinien umożliwić pomiar współczynnika strat dielektrycznych tg  $\delta$ ,
- próby napięciowe od 0 do min. 36kV wartości skutecznej napięcia zmiennego VLF o kształcie sinusoidalnym 0,1 Hz.”.

Zamawiający wprowadził konkretne wymagania zobowiązujące do zwiększenia zakresu dostawy o poniższe dodatkowe urządzenia:

- a) generator sygnałów wolno-zmiennych generujący napięcie sinus 0,1 Hz
- b) analizator do pomiaru tg  $\delta$
- c) układ pomiarowy służący do kompensacji prądów upływu powstałych np. na głowicach, mogących ograniczyć dokładność pomiaru:

Zgodnie z zapisem załącznika nr 1 do SIWZ pkt I.3. str. 4 SIWZ:

- Urządzenie do diagnostyki tg  $\delta$ 
  - zespół pomiarowy składający się z generatora sygnałów wolno-zmiennych generującego napięcie sinus 0,1 Hz, oraz analizatora do pomiaru tg  $\delta$ . Dodatkowo układ pomiarowy wyposażony w system elementów służących do kompensacji prądów upływu powstałych np. na głowicach, mogących ograniczyć dokładność pomiaru,
  - system powinien pozwolić na badanie linii kablowych i innych urządzeń elektroenergetycznych w zakresie obciążeń od 10nF do 8 $\mu$ F np: silniki, transformatory, generatory,

- zakres pomiarowy  $\tan \delta$  od  $1 \times 10^{-4}$  właściwy dla określenia stanu izolacji kabli w izolacji z polietylenu,
- rozdzielczość pomiaru  $\tan \delta$   $1 \times 10^{-5}$
- system pomiarowy umożliwić ma pomiar krótkich linii kablowych (dł.< 50 m) jak i długich odcinków (co najmniej 5 km),
- automatyczna kwalifikacja wyników pomiarów dla  $\tan \delta$ ,
- system zapewni powtarzalność wyników,
- oprogramowanie sterujące przebiegiem pomiaru oraz generowany automatycznie raport wymagany w języku polskim,
- oprogramowanie powinno umożliwić w pełni automatyczny przebieg pomiaru  $\tan \delta$ ,
- zakres pomiarowy od 0 do min. 36 kV wartości skutecznej.

Złożona oferta firmy Seba Polska Sp. z o.o. zadanie II str. 23 pkt 2.5 nie zawiera aparatury określonej w pkt I.2.5.2. Załącznika nr 1 do SIWZ. Zdjęcie strony z oferty Seba Polska Sp. z o.o. zawierającej opisywaną niezgodność stanowi załącznik nr 2.

Nie jest to nieścisłość, lecz zaoferowanie niekompletnego systemu pomiarowego wyposażonego wyłącznie w jeden przenośny system pomiaru  $\tan \delta$  (opisany załączniku nr 1 do SIWZ pkt II.3.1 str. 23) a nie w dwa niezależne systemy - zabudowany i przenośny o których mowa w specyfikacji. W przypadku zadania I oferent w sposób szczegółowy potwierdza dostawę generatora, analizatora i zestawu do kompensacji prądów, natomiast w zadaniu II pkt 2.5 nie uwzględnił w/w elementów.

Na istotność powyższej niezgodności wskazuje uprzednia decyzja Zamawiającego - postępowanie pod numerem 754/13/LZA dotyczące dostawy tego samego przedmiotu umowy, w którym Zamawiający wykluczył najkorzystniejszą pod względem finansowym ofertę (oferta firmy Voltex) pismem z dnia 14.06.2013 o numerze GL/LZA/742/2013 podając za przyczynę brak dwóch systemów diagnostycznych umożliwiających m.in. wykonanie pomiaru  $\tan \delta$ . Kopię przedmiotowego pisma przedkładamy w załączniku nr 3.

Powyższe wskazuje, że oferty firmy Seba Polska Sp. z o.o. nie spełnia wymogów określonych w SIWZ, co skutkowało winno odrzuceniem oferty tej Firmy. W ocenie VOLTEX S.A. powyższe różnice są oczywiste. Odmienne interpretowanie zapisów SIWZ stanowić może o naruszeniu zasad uczciwej konkurencji oraz transparentności postępowań przetargowych opisanych w art. 7 ust. 1 i 3, art. 29 ust. 2 Pzp art. 22 ust. 4 Pzp: „(...) Zgodnie z ugruntowaną w dotychczasowym orzecznictwie Izby opinią, dla uznania, iż Zamawiający naruszył powołany przepis, wystarczającym jest jedynie wykazanie, iż opisując przedmiot zamówienia dokonał on tego w sposób, który jedynie potencjalnie mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, nie jest tym samym konieczne udowodnienie realnego uniemożliwienia takiej konkurencji. Dlatego też nie jest konieczne ze strony Odwołującego

wykazywanie w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości, iż Zamawiający, poprzez poszczególne zapisy opisu przedmiotu zamówienia, utrudnił uczciwą konkurencję. Wystarczającym, w ocenie Izby, jest jedynie wskazanie, iż opis przedmiotu zamówienia będący częścią SIWZ, zawiera zapisy, które mogłyby ją utrudnić, potencjalnie jej zagrozić. (...)” (wyrok KIO z dnia 07.06.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 961/10).

Wybór oferenta wyłonionego na skutek aukcji elektronicznej skutkować będzie naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i zasad równego traktowania wykonawców, albowiem oferenci będą w istocie licytować różne przedmioty dostawy, albowiem oferta VOLTEX S.A. przedmiotowo różni się od oferty firmy Seba Polska Sp. z o.o., a Zamawiający stan taki akceptuje, albowiem uznaje, że jest gotów przyjąć towar niezgodny z jego zamówieniem, o ile będzie mógł mniej zapłacić. W przypadku dochowania procedur określonych w SIWZ oraz obowiązków określonych przepisami prawa zbędną czynnością Zamawiającego jest aukcja elektroniczna.

Zamawiający w dniu 13.09.2013 r. wezwał (e-mailem) w trybie art. 185 ust.1 Pzp do uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 16.09.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wpłynęło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: Seba Polska Sp. z o.o. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Odnośnie zarzutu 1 - Odwołujący zarzucił, że Przystępującemu zaofierowanie przenośnego generatora częstotliwości akustycznej typu FLE 10 o mocy 10W niezgodny z wymogami SIWZ zawartymi w załączniku nr 1 na str. 3 pkt 1.2.4.

Ad. 1 - Urządzenie FLE 10 zaofierowane przez firmę Seba Polska Sp. z o.o. nie jest generatorem częstotliwości akustycznych, ale jest odbiornikiem częstotliwości akustycznych współpracującym z generatorem zabudowanym na wozie. Potwierdzenie w tabeli z danymi technicznymi – poz. 2.4 - Odbiornik - Typ: FLE 10. Zdjęcie przedstawia odbiornik FLE 10, który może współpracować ze wszystkimi generatorami akustycznymi naszej firmy. Generator zawarty w ofercie to urządzenie FLG 50, które posiada moc 50W i jest ono w pełni zgodne z wymogami SIWZ. Potwierdzenie mocy 50W znajduje się w tabeli z danymi technicznymi – poz. 2.4 - Nadajnik - Moc nadajnika akustycznego przenośnego: 50W oraz na str. 17 oferty, pkt. 2.4 - „przenośny generator częstotliwości akustycznej o mocy 50W, ...”

Odnośnie zarzutu 2 - Odwołujący zarzucił, że Przystępującemu zaofierowanie wyposażonego w dodatkowy monitor system ICM Compact do pomiaru wyładowań niezupełnych, który jest niezgodny z SIWZ, ponieważ Zamawiający wymaga, aby do obsługi wszystkich urządzeń wykorzystywany był jeden monitor o przekątnej min. 17”.

Ad.2 - Ponieważ system ICM Compact może być stosowany również jako urządzenie

przenośne jest on wyposażony we własny monitor, jednak pomiary wykonywane na wozie pomiarowym wyświetlane są na ekranie monitora komputera zabudowanego na tym wozie. Posiadanie przez urządzenie ICM Compact własnego, małego ekranu nie przesądza o możliwości jego obsługi przez komputer.

Odnosnie zarzutu 3 - Odwołujący zarzucił, że Przystępujący nie zaoferował dodatkowego analizatora do pomiaru współczynnika strat dielektrycznych tangens delta. Według Voltex S.A. wymóg dostawy dodatkowego analizatora został wprowadzony na podstawie odpowiedzi na pytanie nr 23 do przetargu. Voltex S.A. argumentuje ten zarzut uprzednią decyzją Zamawiającego o odrzuceniu oferty firmy Voltex S.A. z powodu braku w ofercie dwóch systemów do pomiaru współczynnika tangens delta.

Ad.3 - Zamawiający w SIWZ wymagał dostarczenia generatora VLF sinus zabudowanego na wozie pomiarowym, przenośnego generatora VLF umożliwiającego pomiar tangens delta oraz przenośnego analizatora do pomiaru współczynnika tangens delta. Zapis wprowadzony przez Zamawiającego w odpowiedzi na pytanie nr 23 dotyczył jedynie parametrów pomiaru tangens delta, którego pomiar ma umożliwiać generator VLF: *"Pozostałe parametry dotyczące pomiaru tangens delta zgodnie z opisem na stronie 4 punkt 3. Urządzenie do diagnostyki tg  $\delta$  opis samochodów powyżej 3,5 t."* Zgodnie z powyższym Zamawiający nie wprowadził wymogu dostawy dodatkowego modułu pomiarowego tangens delta, a jedynie określił parametry pomiaru, które mają być osiągnięte przy wykorzystaniu generatora VLF. Voltex S.A. (producent urządzenia firma Baur) nie posiada w swojej ofercie przenośnego modułu do pomiaru współczynnika tangens delta i dlatego firma Voltex S.A. zaoferowała dwa urządzenia VLF (jedno zabudowane na wozie, drugie przenośne) z zabudowanymi analizatorami do pomiaru tangens delta. Argument, którym podpira się Voltex S.A. jest bezpodstawny, ponieważ w poprzednim postępowaniu przetargowym jej oferta została odrzucona nie ze względu na brak dwóch modułów do pomiaru tangens delta, a ze względu na brak przenośnego modułu do pomiaru tangens delta oraz brak przenośnego generatora VLF umożliwiającego ten pomiar. Zamiast tego Voltex S.A. zaoferowała zabudowany na stałe na wozie generator VLF z wbudowanym modułem do pomiaru tangens delta.

W związku z powyższym, bezzasadny jest zarzut, że treść złożonej przez nas oferty nie odpowiada treści SIWZ. A zatem nie ma podstaw do odrzucenia przez Zamawiającego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. W konsekwencji, bezzasadny jest również zarzut naruszenia przez Zamawiającego pkt XI. 1 SIWZ poprzez przyjęcie, że w toku postępowania złożono co najmniej 3 oferty niepodlegające odrzuceniu i zaproszenie do aukcji elektronicznej. Ponadto, zgodnie z art. 180 ust. 1 oraz ust. 3 Pzp, odwołanie przysługuje wyłącznie od czynności zamawiającego, niezgodnej z przepisami ustawy, a odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy. W swoim odwołaniu, Odwołujący zarzuca



Zamawiającemu naruszenie zapisów SIWZ, co stanowi brak formalny, w postaci braku podstawy do wniesienia odwołania.

W dniu 26.09.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie w całości odwołania. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującemu. Oddalenie odwołania i obciążenie Wykonawcy kosztami postępowania, w tym kosztami zastępstwa procesowego. Zarzuty Odwołującego odnośnie naruszeń przez Zamawiającego, tj.: art. 89 ust. 2 pkt 1 Pzp, art. 7 ust. 1 i 2 Pzp, naruszenie XI pkt 1 SIWZ poprzez przyjęcie, że w toku postępowania złożono 3 ważne oferty. Nie znajdują uzasadnienia faktycznego i prawnego i nie mogą stanowić podstawy do uwzględnienia odwołania oraz wniosków w nim zawartych. Zamawiający uznał trzy oferty złożone do przedmiotowego postępowania za ważne, w związku z tym w dniu 06.09.2013 r. zaprosił wykonawców do aukcji elektronicznej. W dniu 12.09.2013 r. do aukcji przystąpiło dwóch wykonawców. Na wstępie zauważył, że Wykonawca SEBA Polska Sp. z o.o. składając ofertę oświadczył, że oferuje przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ. Ad. 1 - Odwołujący Voltex S.A. podnosił, że oferta Seba Polska Sp. z o.o. jest niezgodna z wymaganiami Zamawiającego, gdyż wykonawca oferuje przenośny generator częstotliwości akustycznej typu FLE 10 o mocy 10 W, niezgodny z wymogami SIWZ zawartymi w załączniku nr 1 na str. 3 pkt I.2.4.

Zamawiający wskazuje, że w ofercie Seba Polska Sp. z o.o. została zawarta informacja o przenośnym generatorze częstotliwości akustycznej o mocy 50 W, jest to zgodne z SIWZ. Urządzenie FLE 10 zaoferowane przez firmę Seba Polska Sp. z o.o. jest odbiornikiem częstotliwości akustycznych współpracującym z generatorem zabudowanym na wozie jak również z generatorem przenośnym. Całość oferowanych urządzeń spełnia wymagania opisane przez Zamawiającego.

Ad.2 - Kolejny zarzut Voltex S.A. odnosi się do zaoferowania przez SEBA Polska sp. z o.o. układu wyposażonego w dodatkowy monitor system ICM Compact do pomiaru wyładowań niezupełnych, który jest niezgodny z SIWZ, ponieważ jak twierdzi odwołujący, Zamawiający wymaga, aby do obsługi wszystkich urządzeń wykorzystywany był jeden monitor o przekątnej min. 17".

Powyższy argument nie znajduje potwierdzenia w ofercie Seba Polska Sp. z o.o. Wykonawca potwierdził wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z SIWZ, a z oferty nie wynikają niezgodności podnoszone przez Odwołującego.

Ad.3 - Voltex S.A. zarzucił, że Seba Polska Sp. z o.o. nie zaoferowała dodatkowego analizatora do pomiaru współczynnika strat dielektrycznych tangens delta. Według firmy Voltex S.A. wymóg dostawy dodatkowego analizatora został wprowadzony na podstawie

odpowiedzi na pytanie nr 23 z dnia 01.08.2013 r. udzielonej przez Zamawiającego. Odwołujący argumentuje ten zarzut uprzednią decyzją Zamawiającego o odrzuceniu oferty firmy Voltex S.A. z powodu braku w ofercie dwóch systemów do pomiaru współczynnika tangens delta.

W odpowiedzi na ten zarzut wskazał, że Zamawiający w SIWZ wymagał dostarczenia generatora VLF sinus zabudowanego na wozie pomiarowym z możliwością wykonania pomiaru tangens delta, przenośnego generatora VLF umożliwiającego pomiar tangens delta oraz przenośnego analizatora do pomiaru współczynnika tangens delta. Zapis wprowadzony przez Zamawiającego w odpowiedzi na pytanie nr 23 z dnia 01.08.2013 r. dotyczył jedynie parametrów pomiaru tangens delta, którego pomiar ma umożliwiać generator VLF: *"Pozostałe parametry dotyczące pomiaru tangens delta zgodnie z opisem na stronie 4 pkt 3. Urządzenie do diagnostyki tg  $\delta$  opis samochodów powyżej 3,5 t."*. Co za tym idzie Zamawiający nie wprowadził wymogu dostawy dodatkowego modułu pomiarowego tangens delta, a jedynie określił parametry pomiaru, które mają być osiągnięte przy wykorzystaniu zamontowanego na wozie pomiarowym generatora VLF.

W związku z tym zarzut naruszenia art. 89 ust. 2 pkt 1 Pzp oraz naruszenia XI pkt 1 SIWZ poprzez przyjęcie, że w toku postępowania złożono 3 ważne oferty, należy uznać za nieuzasadniony. Wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu traktowani byli jednakowo z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 13.01.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1500/08 dla stwierdzenia naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 w zakresie naruszenia zasady uczciwej konkurencji, nie wystarczy jedynie opisanie konkretnego działania, czynności, ale również niezbędne jest wykazanie niezgodności z prawem przedmiotowego działania, a więc wskazanie przepisu, który został naruszony. Sformułowany zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp nie precyzuje o jaką niezgodność z prawem chodzi w działaniach Zamawiającego, wskazał jedynie na ogólne zasady, którymi powinien się On kierować w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Za nie trafione należy uznać zarzuty Odwołującego dotyczące niezgodności oferty SEBA Polska Sp. z o.o. ze SIWZ, dlatego też Zamawiający zobowiązany był do przyjęcia oferty ww. wykonawcy, szczególnie, że cena za oferowane urządzenia jest niższa o 863 000,00 zł netto w stosunku do kolejnej oferty. Odwołujący miał możliwość zaoferowania korzystniejszej oferty w trakcie aukcji elektronicznej, jednak z takiej możliwości nie skorzystał.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z postanowieniami SIWZ, w tym załącznikiem nr 1 do SIWZ, odpowiedziami na pytania – pismo z dnia 01.08.2013 r., ofertą Przystępującego oraz Odwołującego, zaproszeniem do wzięcia udziału w aukcji elektronicznej z dnia 06.09.2013 r., odwołaniem wraz z załącznikami, przystąpieniem, odpowiedzią na odwołanie, zobrazowaniem odbiornika i generatora wraz z notą techniczną FLG 50 zaoferowanymi przez Przystępującego, zobrazowaniem współpracy ICM Compact z komputerem centralnym, tudzież zobrazowaniem zaoferowanego na samochodzie urządzenia VLF Sin 54KV, przenośnego urządzenia do pomiaru Tanges Delta oraz przenośnego urządzenia zasilającego VLF 34 KV złożonymi na rozprawie przez Przystępującego, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.**

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący, którego oferta była cenowo druga w rankingu złożonych ofert, w wypadku odrzucenia oferty Przystępującego bez przeprowadzenia aukcji elektronicznej, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów, miałyby szanse na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem o sygn. akt: KIO 2195/13, postanowień SIWZ, w tym załącznika nr 1 do SIWZ, odpowiedzi na pytania – pismo z dnia 01.08.2013 r., oferty Przystępującego oraz Odwołującego, zaproszenia do wzięcia udziału w aukcji elektronicznej z dnia 06.09.2013 r., odwołaniem wraz z załącznikami (zdjęcia str. 18 i 23 oferty Przystępującego oraz informacji z dnia 14.06.2013 r. o odrzuceniu oferty Odwołującego w postępowaniu po numerem 753/13/ZA), przystąpienia, odpowiedzi na odwołanie oraz zobrazowania odbiornika i generatora wraz z notą techniczną FLG 50 zaoferowanymi przez Przystępującego, zobrazowania współpracy ICM Compact z komputerem centralnym, tudzież zobrazowania zaoferowanego na samochodzie urządzenia VLF Sin 54KV, przenośnego urządzenia do pomiaru Tanges Delta oraz przenośnego urządzenia zasilającego VLF 34 KV złożonymi na rozprawie przez Przystępującego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W zakresie przenośny generator częstotliwości akustycznej – Zamawiający wskazał stosowny wymóg w pkt I.2.4 tiret drugi z „góry” str. 3 załącznika nr 3 do SIWZ. Urządzenie FLE 10 zaoferowane przez Przystępującego wskazano w tabeli pkt 2.4 pod odbiornikiem - linia 12 (str. 8 oferty) oraz zdjęcie (str. 18 oferty). Z kolei w pkt 2.4 pod nadajnikiem – linia 4 (str. 8 oferty) oraz w pkt 2.4 części opisowej (str. 17 oferty) wskazano moc nadajnika akustycznego przenośnego – 50 W.

W zakresie zaoferowanie układu wyposażonego w dodatkowy monitor system ICM Compact do pomiaru wyładowań niepełnych. Odwołujący przywołuje odpowiedź na pytanie 4 i 10 (pismo z dnia 01.08.2013 r.): *„Pytanie 4. Dotyczy: pkt 2.3. Reflektometr „-kolorowy wyświetlacz TFT minimum 17” Czy Zamawiający dopuszcza zastosowanie dodatkowego, zewnętrznego monitora LCD o przekątnej minimum 17” jako ekranu reflektometru? Odpowiedź na pytanie nr 4. Zamawiający nie dopuszcza zastosowanie dodatkowego monitora. Dodatkowo wyjaśnia, iż reflektometr ma być zintegrowany z systemem pomiarowym, a otrzymane obrazy reflektometryczne powinny być wyświetlane na jednym monitorze służącym do obsługi całego systemu pomiarowego.”*; *„Pytanie 10. Dotyczy: pkt 2.3. Reflektometr „-kolorowy wyświetlacz TFT minimum 17” Czy Zamawiający dopuszcza zastosowanie dodatkowego, zewnętrznego monitora LCD o przekątnej minimum 17” jako ekranu reflektometru? Odpowiedź na pytanie nr 10. Zamawiający nie dopuszcza zastosowanie dodatkowego monitora. Dodatkowo wyjaśnia, iż reflektometr ma być zintegrowany z systemem pomiarowym, a otrzymane obrazy reflektometryczne powinny być wyświetlane na jednym monitorze służącym do obsługi całego systemu pomiarowego.”*. Przystępujący zaoferował w pkt 4 tabeli linia 2 – urządzenie ICM Compact (str. 9 oferty), którego zdjęcia znajduje się na str. 24 oferty (Analizator WNZ ICM Compact).

W zakresie nie zaoferowania dodatkowego analizatora do pomiaru współczynnika strat dielektrycznych tangens delta. Zamawiający wymagał w zadaniu 2. W ramach załącznika nr 1 do SIWZ – str. 8 określono, że : *„II.2.5.2. Próby napięciowe VLF*  
*- sterowanie przebiegiem próby napięciowej powinno odbywać się automatycznie za pośrednictwem komputera oraz specjalnego oprogramowania,*  
*- oprogramowanie powinno umożliwić w pełni automatyczny przebieg próby,*

- wymagany automatyczny zapis i generowanie protokołu wykonywanego pomiaru wraz z możliwością dokonania rejestracji chwilowej wartości napięcia i prądu na życzenie operatora,
- oprogramowanie sterujące przebiegiem oraz generowany raport w języku polskim,
- generator powinien umożliwić pomiar współczynnika strat dielektrycznych  $\text{tg } \delta$ ,
- próby napięciowe od 0 do min. 36kV wartości skutecznej napięcia zmiennego VLF o kształcie sinusoidalnym 0,1 Hz.”. W ramach odpowiedzi na pytanie 23 – pismo z dnia 01.08.2013 r. Zamawiający stwierdził: „Pytanie nr 23. Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia. Strona 8 punkt 2.5.2 Prosimy o określenie zakresu napięciowego, dokładności pomiarowej oraz pozostałych szczegółów dotyczących pomiaru  $\text{tg } \delta$ . Odpowiedź na pytanie 23. Zamawiający wyjaśnia, iż zakres pomiarowy  $\text{tg } \delta$  powinien być zgodny z zakresem generatora VLF tj. „od 0 do min. 36 kV wartości skutecznej napięcia zmiennego VLF o kształcie sinusoidalnym 0,1 Hz”. Dodatkowo Zamawiający modyfikuje SIWZ wprowadzając w punkcie 2.5.2 zapis: "Pozostałe parametry dotyczące pomiaru tangens delta zgodnie z opisem na stronie 4 pkt 3. Urządzenie do diagnostyki  $\text{tg } \delta$  opis samochodów powyżej 3,5 t.". Postanowienia załącznika nr 1 do SIWZ (pkt 3 str. 4):

### „3. Urządzenie do diagnostyki $\text{tg } \delta$

- zespół pomiarowy składający się z generatora sygnałów wolno-zmiennych generującego napięcie sinus 0,1 Hz, oraz analizatora do pomiaru  $\text{tg } \delta$ . Dodatkowo układ pomiarowy wyposażony w system elementów służących do kompensacji prądów upływu powstałych np. na głowicach, mogących ograniczyć dokładność pomiaru,
- system powinien pozwolić na badanie linii kablowych i innych urządzeń elektroenergetycznych w zakresie obciążeń od 10nF do 8 $\mu$ F np: silniki, transformatory, generatory,
- zakres pomiarowy  $\text{tg } \delta$  od  $1 \times 10^{-4}$  właściwy dla określenia stanu izolacji kabli w izolacji z polietylenu,
- rozdzielczość pomiaru  $\text{tg } \delta$   $1 \times 10^{-5}$
- system pomiarowy umożliwić ma pomiar krótkich linii kablowych (dł.< 50 m) jak i długich odcinków (co najmniej 5 km),
- automatyczna kwalifikacja wyników pomiarów dla  $\text{tg } \delta$ ,
- system zapewni powtarzalność wyników,
- oprogramowanie sterujące przebiegiem pomiaru oraz generowany automatycznie raport wymagany w języku polskim,
- oprogramowanie powinno umożliwić w pełni automatyczny przebieg pomiaru  $\text{tg } \delta$ ,
- zakres pomiarowy od 0 do min. 36 kV wartości skutecznej.”. Odwołujący wskazał w swoim odwołaniu na str. 23 oferty Przystępującego pkt 2.5, jako nie zawierającą drugiego

zabudowanego systemu pomiaru tangens delta, a tylko system przenośny wskazany w pkt 3.1 – str. 23 oferty Przystępującego.

Względem zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp oraz Rozdz. IX pkt 2 SIWZ, tudzież Rozdz. XI ust.1 SIWZ, jak i art. 7 ust.1 i 3 Pzp, Izba z uwagi na ich charakter odniesie się do niniejszych zarzutów łącznie, uznając wskazane zarzuty za niepotwierdzone. Przedstawił w ramach wskazanych zarzutów głównych trzy zarzuty szczegółowe:

- 1) niezgodność oferty Przystępującego z wymaganiami Zamawiającego, gdyż zaoferowano przenośny generator częstotliwości akustycznej typu FLE 10 o mocy 10 W, niezgodny z wymogami SIWZ zawartymi w załączniku nr 1 na str. 3 pkt I.2.4;
- 2) niezgodność oferty Przystępującego poprzez zaoferowanie układu wyposażonego w dodatkowy monitor system ICM Compact do pomiaru wyładowań niezupełnych, który jest niezgodny z SIWZ, ponieważ Zamawiający wymagał, aby do obsługi wszystkich urządzeń wykorzystywany był jeden monitor o przekątnej min. 17";
- 3) niezgodność oferty Przystępującego poprzez nie zaoferowanie dodatkowego analizatora do pomiaru współczynnika strat dielektrycznych tangens delta. Wymóg dostawy dodatkowego analizatora został wprowadzony na podstawie odpowiedzi na pytanie nr 23 z dnia 01.08.2013 r. udzielonej przez Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Względem pierwszego z zarzutów szczegółowych, w ocenie Izby zarzut jest niezasadny, a przywołane w odwołaniu urządzenie FLE 10 nie jest generatorem częstotliwości akustycznej, lecz odbiornikiem częstotliwości akustycznej współpracującym z generatorem zaoferowanym przez Przystępującego o mocy 50 W. Izba potwierdza dodatkowo, że mimo braku wskazania z nazwy i typu danego generatora akustycznego został on zaoferowany na str. 8 i 127 oferty Przystępującego poprzez wskazanie mocy nadajnika akustycznego przenośnego – 50 W. Izba dopuściła jako dowód w sprawie - zobrazowanie odbiornika i generatora wraz z notą techniczną FLG 50 zaoferowanymi przez Przystępującego, gdyż wyraźnie wynika z nich, że współpracuje niniejszy generator z odbiornikiem częstotliwości akustycznej FLE 10 wskazanym w ofercie i przywołanym przez Odwołującego w odwołaniu. Zamawiający nie wymagał zaoferowania generatora częstotliwości akustycznej poprzez wskazanie konkretnego typu, wystarczyło zaoferowanie przez wskazanie wymaganej mocy, przy czym z przedłożonego dowodu pośrednio wynika,

że *de facto* zaofiarowano przenośny generator FLG 50.

Odnosnie drugiego zarzutu szczegółowego, w ocenie Izby nie został on potwierdzony. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że przywołane przez Odwołującego odpowiedzi na pytanie 4 i 10 – pismo z dnia 01.08.2013 r. dotyczą sensu stricte dodatkowego, zewnętrznego monitora LCD o przekątnej 17", jako ekranu reflektometru, czyli odnoszą się do reflektometru, zewnętrznego monitora LCD, do tego o przekątnej minimum 17". Po drugie, jeśli nawet uznać, że niniejsze odpowiedzi udzielone przez Zamawiającego mają zastosowanie do wszystkich urządzeń pomiarowych, to wykluczają zewnętrzny dodatkowy monitor LCD, dodatkowo o przekątnej minimum 17", czyli nie wykluczają jakiegokolwiek monitora, czy też czytnika danych, nie można bowiem negować, że zdecydowana większość urządzeń pomiarowych posiada własne czytniki danych. Po trzecie, udzielone odpowiedzi są spójne z wykładnią autentyczną przedstawioną przez Zamawiającego na rozprawie, iż chodziło o możliwość zintegrowania i wyświetlenia danych na jednym monitorze komputera służącym do obsługi całego systemu pomiarowego. Posiadanie przez wskazane w odwołaniu urządzenie własnego czytnika danych, gdyż monitor, w ocenie Izby jest określeniem zbyt daleko idącym nie jest sprzeczne z jakimkolwiek postanowieniem SIWZ i w żadnym wypadku nie będzie rozpraszać pracowników Zamawiającego użytkujących nabyty sprzęt. Izba dopuściła zobrazowanie współpracy ICM Compact z komputerem centralnym przedłożone na rozprawie przez Przystępującego.

Odnosnie trzeciego szczegółowego zarzutu, w ocenie izby podlega on oddaleniu. Należy podnieść, że Odwołujący dokonał określonej wykładni postanowień SIWZ, która przedstawił podczas rozprawy, trzeba jednakże zauważyć, że nie jest to jedyna możliwa wykładnia. W ocenie Izby, wskazanie przez Przystępującego, że pkt 2.5.2 dla zadania 2 str. 8 załącznika nr 1 do SIWZ w przedostatnim tirecie stwierdza się, iż generator powinien umożliwiać pomiar współczynnika strat dielektrycznych  $\tan \delta$  i nie precyzował, czy ma mieć to miejsce za pomocą urządzenia zabudowanego na samochodzie, czy też urządzenia przenośnego - jest także zgodne ze stanem rzeczywistym. W rezultacie. Izba nie może przyjąć wykładni korzystnej dla Odwołującego, gdyż w tym zakresie postanowienia SIWZ nie były jednoznaczne i nie zabraniały takiego działania jakie zastosował Przystępujący. Niejednoznaczne w tym zakresie postanowienia SIWZ nie mogą działać na niekorzyść Wykonawców uczestniczących w postępowaniu. Nadto, odnosząc się do odpowiedzi na pytanie 23 – pismo z dnia 01.08.2013 r. Izba zmuszona jest podzielić stanowisko Zamawiającego oraz Przystępującego, że dotyczyła ona zakresu pomiarowego  $\tan \delta$  i generalnie pozostałych parametrów dotyczących pomiaru  $\tan \delta$  zgodnie z opisem na str. 4 pkt 3. Wykładnia rozszerzająca dokonana przez Odwołującego jest zgodna z jego interesem procesowym, ale nie ma uzasadnienia, gdyż odesłanie nie ma charakteru

całościowego, ale wprost odnosi się do parametrów pomiaru, czyli należało odpowiednio zastosować przywołane postanowienia ze str. 4 pkt 3 załącznika nr 1 do SIWZ. Izba dopuściła zobrazowanie zaoferowanego na samochodzie urządzenia VLF Sin 54KV, przenośnego urządzenia do pomiaru Tanges Delta oraz przenośnego urządzenia zasilającego VLF 34 KV przedłożone na rozprawie przez Przystępującego.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 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 uznała wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3.600,00 zł, tj. zgodnie z przedłożonym rachunkiem (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

**Przewodniczący:**

.....