

Sygn. akt: KIO/UZP 280/10

WYROK

z dnia 30 marca 2010r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska

**Członkowie: Emil Kuriata
Jolanta Markowska**

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 marca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **TELE-FONIKA Kable Sp. z o.o. Spółka komandytowo – akcyjna, 30-663 Kraków, ul. Wielicka 114** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Energa-Operator S.A. Oddział w Elblągu, 82-300 Elbląg, ul. Elektryczna 20** protestu z dnia 27 stycznia 2010 r.

orzeka:

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokonanie ponownej oceny złożonych ofert;**
- 2. kosztami postępowania obciąża Energa-Operator S.A. Oddział w Elblągu, 82-300 Elbląg, ul. Elektryczna 20**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z

kwoty wpisu uiszczonego przez **TELE-FONIKA Kable Sp. z o.o. Spółka komandytowo – akcyjna, 30-663 Kraków, ul. Wielicka 114,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 4 444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Energa-Operator S.A. Oddział w Elblągu, 82-300 Elbląg, ul. Elektryczna 20** na rzecz **TELE-FONIKA Kable Sp. z o.o. Spółka komandytowo – akcyjna, 30-663 Kraków, ul. Wielicka 114** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
- 3) dokonać zwrotu kwoty 10 556 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **TELE-FONIKA Kable Sp. z o.o. Spółka komandytowo – akcyjna, 30-663 Kraków, ul. Wielicka 114.**

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Energa – Operator Spółka Akcyjna Oddział w Elblągu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego – sektorowego na *„Dostawę kabli i przewodów elektroenergetycznych dla ENERGA – OPERATOR S.A. Oddział w Elblągu na 2010 rok”*, w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 grudnia 2009 roku, pod numerem 2009/S 235-337141.

W prowadzonym postępowaniu Zamawiający w dniu 14 stycznia 2010r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, uznając iż na dzień upływu terminu do składania ofert wpłynęły dwie ważne oferty, to jest Hurtowni Elektryk Jan Wojciechowski oraz Odwołującego.

Informację o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o wynikach oceny złożonych ofert Zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej w dniu 14 stycznia 2010r. a następnie przesłał wykonawcom ubiegającym się o przedmiotowe zamówienie informację o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty Odwołujący otrzymał w dniu 19 stycznia 2010r. za pośrednictwem przesyłki poleconej.

Na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty w dniu 27 stycznia 2010r. protest wniosła „TELE-FONIKA Kable Sp. z o.o.” Spółka Komandytowo – Akcyjna w Krakowie zarzucając:

- a) zaniechanie odrzucenia przez Zamawiającego oferty złożonej przez HURTOWNIĘ ELEKTRYK Jan Wojciechowski w Olsztynie;
- b) dokonania rozstrzygnięcia postępowania i wyboru HURTOWNI ELEKTRYK Jan Wojciechowski, w sytuacji kiedy oferta tej firmy winna być uprzednio odrzucona.

Zarzucono naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 89 pkt. 1 ust. 2 ustawy Prawo Zamówień Publicznych polegające na nie odrzuceniu przez Zamawiającego oferty złożonej przez firmę HURTOWNIA ELEKTRYK Jan Wojciechowski pomimo, że jej treść nie odpowiadała zapisom zawartym w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz wyżej przywołanej ustawie, wnosząc o powtórzenie przez Zamawiającego czynności polegających na badaniu ofert w sposób zgodny z ustawą o zamówieniach publicznych i SIWZ a w konsekwencji o odrzucenie oferty złożonej przez firmę HURTOWNIA ELEKTRYK Jan Wojciechowski oraz dokonanie ponownego wyboru wykonawcy. W uzasadnieniu zarzucono niezgodność oferty uznanej za najkorzystniejszą z treścią SIWZ, w szczególności:

- 1) w zakresie wymaganego treścią SIWZ (pkt 20.11) *Certyfikatu zgodności wystawionego przez notyfikowaną, niezależną jednostkę certyfikującą w zakresie badań próby długoterminowej wg normy PN-HD 620 S1 lub innej odpowiedniej normy będącej wdrożeniem dokumentu zharmonizowanego HD620S1 dla kabli średnich napięć.* Wskazano w proteście, że firma HURTOWNIA ELEKTRYK Jan Wojciechowski nie dołączyła dokumentu, potwierdzającego wykonanie badań próby długotrwałej;
- 2) co do wymaganych przez SIWZ (pkt 20.12) *certyfikatów wydanych przez niezależną jednostkę akredytującą, posiadającą odpowiedni zakres akredytacji dla oferowanych typów kabli SN; przewodów izolowanych SN; przewodów nn; przewodów izolowanych nn - potwierdzających spełnienie wymagań Zamawiającego określonych w p. 5 SIWZ.* Podniesiono w tym zakresie, że HURTOWNIA ELEKTRYK Jan Wojciechowski dołączyła do oferty Certyfikat nr B/12/500/07 wydany przez Stowarzyszenie Elektryków Polskich, Biuro Badawcze ds. Jakości dla przewodów izolowanych napowietrznych typu AALXSn, natomiast w Formularzu ofertowym OFERCIE, zaoferowała przewody napowietrzne typu AAsXSn (poz. 20,21, 22);

3) *wymaganych SIWZ w pkt 20.9 dokumentów – zgodnie z zapisem SIWZ w części: wykaz dostaw (należy wykazać co najmniej jedną) dostawę odpowiadających swoim rodzajem niniejszej dostawie kabli i przewodów energetycznych o łącznej wartości netto nie mniejszej niż 2.000.000,00 złotych (dwa miliony złotych) wykonanych w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia niniejszego postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców wraz z załączeniem dokumentów potwierdzających, że dostawy te zostały wykonane należycie.* Podniesiono, że firma HURTOWNIA ELEKTRYK Jan Wojciechowski do oferty przedstawiła „Doświadczenie Wykonawcy” wskazując realizację 3 zamówień kabli sygnalizacyjnych, energetycznych oraz kabli średniego napięcia. Tym samym nie wynika, jakiego rodzaju kable i przewody były przedmiotem sprzedaży, w szczególności nie wynika, by były to dostawy odpowiadające swoim rodzajem przedmiotowemu postępowaniu. Zdaniem protestującego, kable sygnalizacyjne nie wchodzą w zakres niniejszego postępowania, natomiast wiele wątpliwości budzą sformowania: - energetyczne 0,6V1kV oraz kabli średnich napięć;

4) w zakresie Deklaracji Zgodności nr TF3/D016, dla kabli elektroenergetycznych o izolacji papierowej i powłoce ołowianej, która została wystawiona w dniu 6 lutego 2007 roku, przez producenta TELE-FONIKA Kable SA, który to producent już nie istnieje. Wykonawca argumentuje że podmiot TELE - FONIKA Kable SA w dniu 25 kwietnia 2008 roku został przejęty przez Spółkę TELE - FONIKA Kable HANDEL SA, natomiast z dniem 27 sierpnia 2008 roku Spółka TELE - FONIKA Kable HANDEL SA przekształciła się w Spółkę TELE – FONIKA Kable Sp. z o.o. Spółka Komandytowo - Akcyjna. Tym samym wszystkie Deklaracje Zgodności, które są wydawane na wyprodukowane po tej dacie towary, mogą być sygnowane tylko i wyłącznie przez Spółkę TELE - FONIKA Kable Sp. z o.o. Spółka Komandytowo – Akcyjna. Zdaniem protestującego, o ile poprawne jest posługiwanie się wszelkimi certyfikatami wydanymi przez stosowne instytucje, których ważność sięga poza datę przekształcenia Spółki tj. 27 sierpnia 2008 r., ponieważ TELE - FONIKA Kable Sp. z o.o. SKA jest następcą prawnym Spółki TELE - FONIKA Kable S.A. i z mocy prawa przejęła prawo posługiwania się certyfikatami wydanymi dla TELE - FONIKA Kable SA, to nieprawidłowe i stanowiące naruszenie prawa jest przedstawianie oraz posługiwanie się Deklaracjami Zgodności dla towarów wyprodukowanych po dniu 27 sierpnia 2008 roku, które to deklaracje są sygnowane nazwą producenta, który już nie istnieje;

5) w zakresie wymagania w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (Pkt. 5.3.2 SIWZ) - *Kable średniego napięcia*, by Wykonawca przedstawił w deklaracji zgodności producenta

potwierdzenie spełniania wykonania kabli średniego napięcia zgodnie z normą VDt DIN 0276, natomiast przedstawiona w ofercie HURTOWNI ELEKTRYK deklaracja zgodności dla kabli średniego napięcia (Deklaracja Zgodności nr TF3/0012 wystawiona w dniu 9 października 2008 roku) nie potwierdza spełniania w/w warunku, a co za tym idzie dostarczone kable nie spełniają parametru technicznego, który został określony przez Zamawiającego;

6) odnośnie wymagań Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (pkt 5) co do specyfikacji technicznej kabli i przewodów będących przedmiotem niniejszego postępowania. Gdzie Zamawiający określił jakie muszą zostać spełnione minimalne (nie gorsze) wymagania techniczno - eksploatacyjne oraz w punkcie 20.13 wymagał dołączenia do oferty kart katalogowych z danymi technicznymi dla wszystkich oferowanych asortymentów kabli i przewodów, podczas gdy Firma HURTOWNIA ELEKTRYK do oferty przedłożyła karty katalogowe nie zawierające wymaganych, minimalnych przez Zamawiającego parametrów technicznych, przedstawiła karty katalogowe zawierające błędy oraz dla przewodów typu AAsXSn o przekroju 1x35mm², 1x50mm², 1x70mm² nie została dołączona do oferty żadna karta katalogowa jak również nie została dołączona do oferty karta katalogowa dla kabla YAKXS 4x16 RE.

Przedstawił dalej protestujący parametry, których brakuje w załączonych do oferty kartach katalogowych:

- dla kabli typu YKY, YAKXS, YKXS, HAKnFtA nie zostały przedstawione parametry potwierdzające długotrwałą dopuszczalną obciążalność dla kabli ułożonych w ziemi (I_{dd});
- dla kabli typu XRUHAKXS nie zostały przedstawione parametry potwierdzające długotrwałą dopuszczalną obciążalność dla kabli ułożonych w ziemi (I_{dd}), Prąd zwarciový jednosekundowy żył roboczych oraz dopuszczalna wartość jednosekundowego prądu zwarciový żył powrotnych;
- dla przewodu typu AFL -6 o przekroju znamionowym 70mm² zostały przedstawione błędne parametry techniczne. Zamawiający w udzielonych odpowiedziach na zadane pytania wymagał aby parametry techniczne dla w/w przewodu wynosiły odpowiednio:
 - przekrój obliczeniowy rdzenia: 11,04 mm²
 - przekrój obliczeniowy części aluminiowej 66,27 mm²
 - stosunek przekroju obliczeniowego całego przewodu: 77,31mm²

Natomiast dołączona do oferty karta katalogowa dla przewodu AFL-6 70mm², nie potwierdza spełniania wymaganych, minimalnych parametrów, jakich żądał Zamawiający.

Zdaniem protestującego, braki oraz wady w dokumentacji ofertowej, przedłożonej przez HURTOWNIĘ ELEKTRYK Jan Wojciechowski jednoznacznie wskazują iż Wykonawca nie spełnił warunków udziału w postępowaniu co skutkować winno wykluczeniem Wykonawcy z postępowania, oraz uznaniu jego oferty za odrzuconą.

Zamawiający w dniu 5 lutego 2010r. rozstrzygnął protest odrzucając go jako wniesiony po terminie. Zamawiający uznał w tym zakresie, że informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty została umieszczona na stronie internetowej Zamawiającego oraz na tablicy ogłoszeń w jego siedzibie w dniu 14 stycznia 2010 roku, więc już następnego dnia Protestujący mógł przy *zachowaniu należytej staranności* zapoznać się z dokumentacją postępowania. Obowiązek umieszczenia informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty przez Zamawiającego na stronie internetowej oraz w miejscu publicznie dostępnym w jego siedzibie wynika z art. 92 ust 2 ustawy; informacja taka znalazła się również w pkt 58 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

W przedmiotowym postępowaniu, w dniu 12 lutego 2010r. Odwołujący – „TELE – FONIKA Kable Spółka z o.o.” Spółka Komandytowo – Akcyjna w Krakowie wniosła odwołanie na czynność Zamawiającego stanowiącą wybór najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący się przekazał jednocześnie kopię treści odwołania Zamawiającemu.

Odwołujący zarzucił rozstrzygnięciu Zamawiającego:

- a) błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia a to ustalenie, iż wykonawca mógł zapoznać się 15 stycznia 2010 r. z dokumentacją postępowania oraz informacją o wyborze najkorzystniejszej oferty co w konsekwencji powodować ma rozpoczęcie biegu terminu do wniesienia protestu;
- b) błędne zastosowanie art. 180 ust 2 ustawy o zamówieniach publicznych poprzez jego błędną wykładnię i ustalenie, iż zgodnie z tą normą rozpoczęcie biegu terminu do wniesienia protestu rozpoczyna się z chwilą umieszczenia informacji na stronie internetowej a nie z chwilą powzięcia wiadomości o okolicznościach stanowiących jego podstawę tj. od chwili zawiadomienia o rozstrzygnięciu przetargu.

W oparciu o powyższe zarzuty „TELE – FONIKA Kable Spółka z o.o.” Spółka Komandytowo – Akcyjna w Krakowie wniosła o:

- a) uwzględnienie odwołania;
- b) uchylene rozstrzygnięcia protestu;
- c) uwzględnienie wniosków naprowadzonych w proteście z dnia 27 stycznia 2010 r. tj. nakazanie powtórzenia czynności polegających na badaniu ofert w sposób zgodny z

ustawą o zamówieniach publicznych i SWIZ a w konsekwencji o odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego, ewentualnie o

- d) unieważnienie zawiadomienia wykonawców i zamieszczenia informacji podanej na stronie internetowej;
- e) nakazanie powtórzenia czynności a to niezwłocznego zawiadomienia wykonawców (oferentów) o wyniku postępowania wraz z niezwłocznym podaniem informacji na stronie internetowej rozstrzygnięcia;
- f) zasądzenie kosztów i opłat na rzecz wnoszącego odwołanie wg norm prawem przewidzianych, w tym kosztów zastępstwa.

Odwołujący w uzasadnieniu polemizując z odrzuceniem przez Zamawiającego jego odwołania wskazuje, iż nietrafnym jest stanowisko, zgodnie którym skoro protest został wniesiony w dniu 14 stycznia 2010 r., to 10 dniowy termin do wniesienia protestu minął 25 stycznia 2010 r. Podniósł dalej Odwołujący, że zgodnie z treścią SIWZ, w prowadzonym postępowaniu zawiadomienia są przekazywane pisemnie lub za pomocą faksu (pkt. 15 SIWZ), co oznacza, że w SWIZ nie przewidziano przekazywania oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz informacji w innej formie niż pisemna lub za pomocą faksu. Wskazuje, że ten punkt SIWZ stanowi realizację zasady wynikającej z treści art. 27 ustawy o zamówieniach publicznych zgodnie z którą, w postępowaniach o udzielenie zamówienia oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje zamawiający i wykonawcy przekazują, zgodnie z wyborem zamawiającego, pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną. Powołuje się dalej Odwołujący, iż po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający niezwłocznie ma o tej okoliczności zawiadomić wykonawców, a informację o tej okoliczności zamawiający niezwłocznie umieszcza na stronie internetowej. Na potwierdzenie słuszności prezentowanego stanowiska powołano się w odwołaniu na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 26 sierpnia 2008r. nr KIO/UZP 832/08 oraz z dnia 16 lipca 2008 r. nr KIO/UZP 671/08. a także komentarz do art. 92 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.07.223.1655), [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych, wyd. III., które mają potwierdzać słuszność powyższego stanowiska.

Zwraca uwagę Odwołujący iż powyższą sytuację należy widzieć jeszcze w aspekcie okoliczności, iż w dniu 21 stycznia 2010 r. (a więc 2 dni po otrzymaniu zawiadomienia) składający protest zwrócił się do zamawiającego o wyrażenie zgody na zapoznanie się z aktami sprawy w dniu 22 stycznia 2010 r., która została udzielona dopiero w dniu 25 stycznia 2010 r. (a więc niejako w 10 dniu od daty umieszczenia informacji).

Podnosi Odwołujący, że informacja którą zamieszczono na stronie internetowej, nie zawiera wymaganych danych, wynikających z SIWZ - przykładowo nie podano ceny wszystkich wykonawców (czego wymagał pkt. 58 SIWZ, którzy złożyli oferty (a jedynie cenę podaną przez oferenta, którego ofertę wybrano). Także część nazwana uzasadnienie faktyczne i prawne w istocie nie zawiera jakiegokolwiek uzasadnienia tak prawnego jak i faktycznego. W tym stanie rzeczy treść informacji zamieszczona na stronie internetowej nie może zostać potraktowana jako zawiadomienie, gdyż nie zawiera wszystkich informacji. Dodatkowo, zdaniem Odwołującego, nie wiadomo o której godzinie w dniu 14 stycznia 2010r. zamieszczono informację na stronie internetowej- przez co nie można wykluczyć, że uczyniono to o godz. 23.59; a trudno wymagać od Wykonawcy, iż całą dobę spędza przy komputerze oczekując na informację.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby stwierdził, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego w trybie przetargu nieograniczonego 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.

Izba, w pełni popiera stanowisko Odwołującego zawarte w odwołaniu, a dodatkowo uzasadnia, jak poniżej.

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 ustawy. Dokonano również ustalenia, że brak było podstaw do uwzględnienia wniosku Zamawiającego o odrzucenie na posiedzeniu Izby złożonego odwołania.

W pierwszym rzędzie podkreślenia wymaga trafność stanowiska Odwołującego co do zachowania terminu do wniesienia protestu, która w konsekwencji skutkowałą rozpoznaniem wniesionego przezeń odwołania.

Wskazania w tym miejscu wymaga, że realizacja obowiązku zamieszczenia informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty nie jest tożsama z zawiadomieniem wykonawców o dokonanej ocenie złożonych przez nich ofert oraz o ewentualnym odrzuceniu ofert czy wykonawcach, którzy zostali wykluczeni.

W świetle brzmienia art. 92 ust. 1 i 2 Prawa zamówień publicznych, bez znaczenia dla biegu terminów na wnoszenie środków ochrony prawnej jest zamieszczenie na stronie internetowej zamawiającego informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty. Skutek taki wywoływać może jedynie skierowanie do każdego z wykonawców imiennego zawiadomienia obejmującego wszystkie wymagane treścią art. 92 ust. 1 Prawa zamówień publicznych elementy, to jest:

- 1) informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z podaniem nazwy (firmy), siedziby i adresu wykonawcy, którego ofertę wybrano oraz uzasadnienie jej wyboru, a także nazwy (firmy), siedziby i adresy wykonawców, którzy złożyli oferty wraz ze streszczeniem oceny i porównania złożonych ofert zawierającym punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację;
- 2) informacji o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne;
- 3) informacji o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia, podając uzasadnienie faktyczne i prawne - jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, negocjacji bez ogłoszenia albo zapytania o cenę.

Z pewnością zawiadomienia powyższego nie można zastąpić ani uznać za równoważne z ogólną informacją na stronie internetowej zamawiającego zamieszczaną w wykonaniu obowiązku wynikającego z art. 92 ust. 2 ustawy, która zawiera węższy zakres danych i przykładowo nie obejmuje wykazu wykonawców których oferty zostały odrzucone wraz z uzasadnieniem prawnym i faktycznym tej decyzji a także - w przetargu nieograniczonym, negocjacjach bez ogłoszenia albo zapytaniu o cenę - wykonawców których wykluczono z postępowania z podaniem uzasadnienia prawnego i faktycznego takiej decyzji.

Dostrzec w tym zakresie warto, że sam Zamawiający w SIWZ (pkt. 15 SIWZ) określił sposób komunikacji z wykonawcami wskazując, że w prowadzonym postępowaniu zawiadomienia są przekazywane pisemnie lub za pomocą faksu.

Z tego względu, dopiero doręczenie do wykonawcy zawiadomienia zawierającego pełną informację o wyborze oferty, zawierającego elementy wymienione w art. 92 ust. 1 Prawa zamówień publicznych może rodzić skutek w postaci rozpoczęcia biegu terminu do wniesienia protestu.

Skoro zatem zawiadomienie, o którym mowa, dotarło do Odwołującego w dniu 19 stycznia 2010r., zaś protest złożony został w dacie 27 stycznia 2010r., należało przyjąć że zachowany został termin do jego wniesienia.

Analogiczne stanowisko prezentowane jest w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, w tym uzasadnieniach wyroków w sprawach KIO/UZP 832/08, KIO/UZP 671/08.

Poddając szczegółowej analizie zarzuty skierowane przeciwko kwestionowanej czynności wyboru najkorzystniejszej oferty HURTOWNI ELEKTRYK Jan Wojciechowski w Olsztynie, skład orzekający dokonał następujących ustaleń:

W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Zamawiający wymagał między innymi, aby oferta zawierała *następujące dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu:*

- w pkt 20.11 SIWZ: *„Certyfikat zgodności wystawiony przez notyfikowaną, niezależną jednostkę certyfikującą w zakresie badań próby długoterminowej wg normy PN-HD 620 S1 lub innej odpowiedniej normy będącej wdrożeniem dokumentu zharmonizowanego HD620S1 dla kabli średnich napięć.”;*
- w pkt 20.12: *„certyfikaty wydane przez niezależną jednostkę akredytującą, posiadającą odpowiedni zakres akredytacji dla oferowanych typów kabli SN; przewodów izolowanych SN; przewodów nn; przewodów izolowanych nn - potwierdzające spełnienie wymagań Zamawiającego określonych wp. 5 SIWZ.”;*
- w pkt 20.13: *„karty katalogowe z danymi technicznymi dla wszystkich oferowanych asortymentów kabli i przewodów energetycznych (w języku polskim)”.*

Oferta uznana za najkorzystniejszą, złożona przez wykonawcę HURTOWNIA ELEKTRYK Jan Wojciechowski w Olsztynie nie zawiera wymaganych treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia elementów: dokumentu potwierdzającego wykonanie próby długoterminowej dla kabli średnich napięć; nie przedłożono także Certyfikatu wymaganego w pkt 20.12 dla zaoferowanych przewodów napowietrznych typu AAsXS_n; jak również kart katalogowych dla wszystkich zaoferowanych przewodów. Powyższe wynika z analizy zawartości oferty złożonej przez tego wykonawcę jak i wyraźnego oświadczenia Zamawiającego, złożonego na rozprawie w dniu 25 marca 2010r. zgodnie z którym głównym

kryterium było kryterium ceny stąd brak certyfikatów nie jest na tyle istotny by wpłynął na wynik postępowania, przy czym w ofercie wykonawcy brakowało kilku deklaracji i kart katalogowych wobec czego uznano, że te które zostały załączone są wystarczające

Zamawiający w pkt 5.3.2 SIWZ - *Kable średniego napięcia*, wymagał zaoferowania „*kabli jednożyłowych w izolacji z polietylenu usieciowanego (XPLE) o udokumentowanej odporności na działanie wody (zgodność wykonania z normą VDE DIN 0276 – Deklaracja zgodności producenta)*”, podczas gdy w ofercie złożonej przez HURTOWNIĘ ELEKTRYK Jan Wojciechowski w Olsztynie znajduje się deklaracja zgodności dla kabli średniego napięcia (Deklaracja Zgodności nr TF3/0012 wystawiona w dniu 9 października 2008 roku) zawierająca odniesienie do innych norm, bez wymaganej przez Zamawiającego normy VDE DIN 0276. Powyższe zostało przyznane przez Zamawiającego i dowodzi, że w ofercie HURTOWNI ELEKTRYK Jan Wojciechowski w Olsztynie brak było odpowiedniego dokumentu.

Podobnie należało ocenić zarzut Odwołującego w zakresie przedłożenia przez HURTOWNIĘ ELEKTRYK Jan Wojciechowski w Olsztynie Deklaracji Zgodności nr TF3/D016, dla kabli elektroenergetycznych o izolacji papierowej i powłoce ołowianej, która została wystawiona w dniu 6 lutego 2007 roku, przez producenta TELE-FONIKA Kable SA, który to producent już nie istnieje. Jak ustalono na rozprawie, wystawca tego dokumentu to poprzednik prawny Odwołującego; aktualnie firma TELE-FONIKA Kable SA nie istnieje. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, aktualnie aby taki dokument posiadał walor potwierdzenia zgodności oferowanych kabli z odpowiednimi normami musiałby być wystawiony przez producenta tychże kabli. Powyższy wniosek jest tym bardziej uprawniony, że HURTOWNIA ELEKTRYK Jan Wojciechowski w Olsztynie zaoferowała w ofercie kable produkowane przez Odwołującego. O ile jednak takie kable, wyprodukowane w okresie kiedy przedmiotowy dokument wystawiono (początek 2007r.) mogłyby co do zasady być jeszcze dostępne na rynku, o tyle nie mogłyby być zaoferowane w analizowanym postępowaniu. W myśl bowiem zapisu pkt 4 SIWZ, *przedmiotem zamówienia jest sukcesywna dostawa fabrycznie nowych (tj. wyprodukowanych nie wcześniej niż 12 miesięcy od daty odbioru ich przez zamawiającego) kabli i przewodów (...)*. Z tego względu Izba podzieliła zarzut Odwołującego odnośnie nieprzedłożenia przez wykonawcę odpowiednich, wymaganych treścią SIWZ certyfikatów i zaświadczeń wskazujących na posiadanie przez oferowane produkty cech, właściwości i wymaganych minimalnych parametrów.

Nie sposób w tym miejscu zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, że dostrzeżone braki w ofercie wykonawcy miały charakter na tyle nieistotnych, że nie skutkowały odrzuceniem oferty HURTOWNI ELEKTRYK Jan Wojciechowski w Olsztynie.

Podkreślenia wymaga, że charakter zasadniczego dokumentu postępowania, jakim jest specyfikacja istotnych warunków zamówienia wskazuje, że wyznacza ona istotne dla zamawiającego warunki, cechy i charakterystyki oferowanych produktów, które z jego punktu widzenia są znaczące. Skoro zatem sam Zamawiający zastrzegł posiadanie określonych warunków przez oferowane produkty – w tym wypadku posiadanie konkretnych certyfikatów (przykładowo w zakresie próby długoterminowej dla kabli średnich napięć), jego rzeczą jest dopilnować by te warunki zostały przez wykonawcę, którego oferta ma zostać uznana za najkorzystniejszą spełnione. Nie sposób uznać by warunek posiadania przez oferowane kable i przewody odpowiednich certyfikatów nie był istotny – skoro dotyczą one kwestii znaczących, jak np. przeprowadzenia badań próby długoterminowej a sam Zamawiający wskazał normę, której mają one odpowiadać.

Odnosnie zarzutu niedołączenia kart katalogowych do wszystkich zaoferowanych przez HURTOWNIĘ ELEKTRYK Jan Wojciechowski w Olsztynie przewodów i kabli Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż skoro były one wymagane w SIWZ (pkt 20.13) Zamawiający winien zbadać pod tym kątem oferty wykonawców. Nie podzieliła jednak Izba poglądu Odwołującego wyrażonego na rozprawie, że z kart katalogowych wystawionych przez producentów dla poszczególnych kabli i przewodów muszą wynikać wszystkie cechy produktów i że karty te mają służyć ocenie spełniania przez poszczególne przewody i kable cech i wymagań Zamawiającego. Wymagania te Zamawiający ujął w pkt 5 SIWZ, zaś na ich potwierdzenie wymagał nie tylko kart katalogowych ale także innych dokumentów, np. odpowiednich certyfikatów. Karty katalogowe wystawiane są przez producentów, przez co mogą mieć różny zasób informacyjny i nie zawsze porównywalne opisy. Z tego względu Zamawiający powinien był zbadać ofertę złożoną przez HURTOWNIĘ ELEKTRYK Jan Wojciechowski w Olsztynie pod kątem spełniania wyspecyfikowanych w pkt 5 cech i minimalnych parametrów poszczególnych oferowanych kabli i przewodów i ich minimalnych wymagań techniczno – eksploatacyjnych na podstawie załączonych certyfikatów, ich opisów i parametrów wynikających z kart katalogowych oraz z innych przedłożonych wykonawcą dokumentów.

Z powyższych względów, Krajowa Izba Odwoławcza nakazała Zamawiającemu ponowną ocenę ofert złożonych w postępowaniu.

Nie uwzględniła natomiast Izba wniosku o nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty uznanej za najkorzystniejszą z tego względu, że to ponowna ocena ofert złożonych w postępowaniu oraz ewentualne zastosowanie instrumentów przewidzianych w art. 26 ustawy Prawo zamówień publicznych pozwoli na przesądzenie, czy i które oferty podlegają odrzuceniu. Wniosek Odwołującego w tym zakresie należało uznać za przedwczesny.

Nie podzieliła natomiast Krajowa Izba Odwoławcza poglądu Odwołującego co do niespełniania przez HURTOWNIĘ ELEKTRYK Jan Wojciechowski w Olsztynie warunku udziału w postępowaniu stanowiącego przedłożenie *wykazu dostaw odpowiadających swoim rodzajem niniejszej dostawie kabli i przewodów energetycznych o łącznej wartości netto nie mniejszej niż 2.000.000,00 złotych (dwa miliony złotych) wykonanych w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia niniejszego postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców wraz z załączeniem dokumentów potwierdzających, że dostawy te zostały wykonane należycie*. Wbrew twierdzeniu Odwołującego, dla spełnienia tak postawionego warunku nie jest wymagane wylegitymowanie się wykonaniem dostaw tylko kabli średniego napięcia czy energetycznych. Wymaganie dostaw odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia jest spełnione, jeśli wykonawca wykonał dostawy zbliżone do przedmiotu zamówienia, w tym wypadku dostawy kabli i przewodów średniego napięcia, energetycznych czy sygnalizacyjnych.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Elblągu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....