

Sygn. akt KIO/UZP 237 /09

WYROK
z dnia 13 marca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Członkowie: Sylwester Kuchnio

Izabela Kuciak

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **12 marca 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **ABB Sp. z o.o., ul. Żegańska 1, 04-713 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **EnergiaPro S.A PI. Powstańców Śląskich 20, 53-314 Wrocław** protestu z dnia **5 lutego 2009 r.**

przy udziale **ZPUE S.A. ul. Jędrzejowska 79C 29-100 Włoszczowa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **ABB Sp. z o.o. ul. Żegańska 1, 04-713 Warszawa** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **ABB Sp. z o.o., ul. Żegańska 1, 04-713 Warszawa;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **946 zł 95 gr** (słownie: dziewięćset czterdzieści sześć złotych dziewięćdziesiąt pięć groszy) przez **ABB Sp. z o.o., ul. Żegańska 1, 04-713 Warszawa** na rzecz **EnergiaPro S.A Pl. Powstańców Śląskich 20, 53-314 Wrocław** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu noclegu;
- 3) dokonać wpłaty kwoty **XXX** (słownie: XXX) przez **XXX** na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **ABB Sp. z o.o., ul. Żegańska 1, 04-713 Warszawa.**

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

Zamawiający, ENERGIAPRO S.A., Pl. Powstańców Śląskich 20, 53-314 Wrocław, wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na Dostawę łączników ŚN sterowanych zdalnie na potrzeby EnergiiPro Grupa Turon S.A. zamieszczając ogłoszenie w dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 15.11.2008 r. Nr 2008/S 223-297194.

27.01.2009 r. zamawiający zawiadomił o wykluczeniu wykonawcy ABB Sp. z o.o., ul. Żagańska 1, 04-713 Warszawa i wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie części 1 zamówienia – wykonawcy ZPUE S.A., 29-100 Włoszczowa, ul. Jędrzejowska 79c.

05.02.2009 r. wykonawca ABB na podstawie art. 180 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 oraz z 2008 r. Nr

171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420 i Nr 227, poz. 1505), zwanej dalej w skrócie „Pzp”, złożył protest w zakresie części 1 zamówienia na:

- 1) bezpodstawne wykluczenie wykonawcy ABB z postępowania;
- 2) dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy ZPUE z naruszeniem prawa;
- 3) zaniechanie wykluczenia wykonawcy ZPUE z postępowania;
- 4) zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów wykonawcy ZPUE.

Czynności zamawiającego zostały dokonane z naruszeniem art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 24 ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 26 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 a w konsekwencji w przypadku podpisania umowy z wybranym wykonawcą art. 145 ust.1 pkt 5 i 6 Pzp.

1. Zamawiający naruszył zasadę równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 Pzp) nie wykluczając z postępowania wykonawcy ZPUE (a wręcz przeciwnie wybierając ofertę tego wykonawcy, jako najkorzystniejszą) pomimo tego, że gwarancja ubezpieczeniowa tego wykonawcy również nie uwzględnia okoliczności wskazanych w art. 46 ust. 4a Pzp. Natomiast zamawiający wykluczył tylko wykonawcę ABB na tej podstawie.

Skoro Zamawiający uznaje, że brak wskazania okoliczności określonych w art. 46 ust. 4a Pzp uniemożliwia mu zabezpieczenie się w tej okoliczności (art. 46 ust. 4a) ze złożonej gwarancji wadialnej to wskazać należy, że brak jest podstaw do skorzystania w stosunku do oferty wykonawcy ABB z art. 26 ust. 3 Pzp. Tak, więc przepis art. 46 ust. 4a Pzp nie ma zastosowania w stosunku do wykonawca ABB

Jeśli jednak Zamawiający uznaje, że z mocy prawa postanowienie art. 46 ust. 4a Pzp musi znaleźć się w treści dokumentu zabezpieczającego ofertę, to wykluczeniu podlega również oferta wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą. W treści art. 46 ust. 4a Pzp ustawodawca wskazuje trzy okoliczności – brak uzupełnienia dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw. W treści ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium w ofercie wykonawcy ZPUE brak jest okoliczności wskazującej na uzupełnienie pełnomocnictw. W związku z czym występuje analogiczna sytuacja dotycząca obu wykonawców.

Przepis art. 7 ust, 1 Pzp nakazuje zamawiającemu równo traktować wszystkich wykonawców, zatem musi on uznać, że w treści obu gwarancji muszą się znaleźć wszystkie okoliczności wskazane w art. 46 ust. 4a Pzp. Zasada przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji powinna być interpretowana w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (wyrok SO w Warszawie z 01.04.2004 r., sygn. akt V Ca 1661/03). Zgodnie z art. 3 tej ustawy czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy. W szczególności czynem nieuczciwej konkurencji jest rzeczowo

nieuzasadnione, zróżnicowane traktowanie niektórych podmiotów jak w tym przypadku. Zasada uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców jest, zatem zgodnie z ustaloną linią orzeczniczą KIO oraz Sądów Okręgowych obowiązkiem ustawowym nałożonym na zamawiającego i musi być przestrzegana (wyrok SO w Katowicach z 23.11.2004 r., sygn. akt III Ca 490/04).

2. Ponadto Zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy ZPUE zaniechując dokonania czynności obligatoryjnych wskazanych w treści art. 26 ust. 3 Pzp w stosunku do wszystkich elementów przedmiotu zamówienia dotyczących przekładników napięciowych średniego napięcia (ŚN).

W treści specyfikacji zamawiający, wskazał wymogi dotyczące dokumentów, jakie należy załączyć do oferty. W części XIV pkt 1.7 specyfikacji, zamawiający żądał: "W odniesieniu do aparatury średniego napięcia dokumenty potwierdzające wykonanie dla zaoferowanych wyrobów badań typu na zgodność z daną przedmiotową normą wydane przez jednostkę posiadającą odpowiedni zakres akredytacji udzielony przez Polskie Centrum Akredytacji".

Załączony do oferty wybranego wykonawcy dokument, mający potwierdzać ten wymóg (str. 97 oferty) nie jest dokumentem potwierdzającym przeprowadzenie badań typu na zgodność z przedmiotową normą. Nie jest również dokumentem wydanym przez jednostkę akredytowaną i konsekwentnie nie posiada jakiegokolwiek akredytacji w tym również udzielonej przez PCA. Jest to protokół z badań fabrycznych konkretnego aparatu wykonanych przez producenta wyrobu, jak również nie jest to dokument potwierdzający badanie wyrobu na zgodność z normą (wymieniony dokument potwierdza tylko i wyłącznie sprawdzenie w fabryce przypisanych parametrów znamionowych wyprodukowanego aparatu w tym przypadku przekładników o numerach fabrycznych od 30244111 do 30244127).

W związku z tym, tak załączony dokument nie może się ostać i musi być uzupełniony przez wykonawcę na zgodny z postanowieniami specyfikacji, w przeciwnym razie treść oferty jest niezgodna z treścią specyfikacji i oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Nie jest możliwe podpisanie ważnej umowy z wybranym wykonawcą z uwagi na brzmienie art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 Pzp, a zatem protest musi zostać uwzględniony, a wadliwie dokonane czynności powtórzone i dokonane zgodnie z prawem.

06.02.2009 r. zamawiający powiadomił wykonawców o wniesieniu protestu.

09.02.2009 r. (pismo wniesione faksem 09.02.2009 r. o godzinie 16:17 i zarejestrowane przez zamawiającego 10.02.2009 r. – wydruk z faksu i prezentata) wykonawca ZPUE złożył pismo o przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

Gwarancja bankowa złożona przez wykonawcę ABB nic uwzględnia zmian obowiązującego stanu prawnego. W na str. 4 pisma z dnia 12.12.2008 r. stanowiącego integralną część specyfikacji, zamawiający wyraźnie zaznaczył, że w związku z nowelizacją Prawa zamówień publicznych powiększył się katalog możliwości zatrzymania wadium przez zamawiającego. A zatem wadium składane w formie niepieniężnej powinno uwzględniać nową treść art. 46 ust. 4a i 5 Pzp.

Nie ma obowiązku dokładnego powtórzenia treści art. 46 ust. 4a i 5 Pzp. Jednakże z treści gwarancji musi wynikać, że we wskazanych w tym przepisach sytuacjach bank zobowiązuje się do zaspokojenia roszczeń beneficjenta (zamawiającego). Gwarancja złożona przez wykonawcę ABB bez wskazania sytuacji wymienionych w art. 46 ust. 4a i 5 Pzp uniemożliwia zamawiającemu zabezpieczenie się z tej gwarancji w razie zaistnienia wymienionych w tym artykule okoliczności. Jeśli gwarancja zaś nie czyni zadość wymogom wynikającym z art. 46 ust. 4a i 5 Pzp, Zamawiający zgodnie z dyspozycją art. 24 ust. 2 pkt 4 i ust. 4 Pzp wyklucza składającego taką gwarancję z postępowania zamówieniowego. a jego ofertę uznaje za odrzuconą. Działania zamawiającego w postaci wykluczenia wykonawcy ABB były zgodne z prawem i w żaden sposób nie naruszyły zasady równego traktowania wykonawców.

Gwarancja ubezpieczeniowa złożona przez wykonawcę ZPUE zawiera wymaganą treść art. 46 ust. 4a i 5 Pzp. Brak wskazania w treści gwarancji wzmianki o uzupełnieniu pełnomocnictwa nie stanowi podstawy do przyjęcia, że gwarancja ta nie zabezpiecza uprawnienia zamawiającego do zatrzymania wadium wraz z odsetkami. W treści oferty wykonawcy ZPUE wszystkie dokumenty podpisywane są zgodnie z zasadą reprezentacji wynikającą z aktualnego odpisu KRS. Nie jest zatem koniecznym zamieszczanie informacji o uzupełnieniu pełnomocnictwa, pod rygorem zatrzymania przez zamawiającego wadium wraz z odsetkami.

Zarzut braku wykluczenia wykonawcy ZPUE z postępowania jak również braku wezwania do uzupełnienia dokumentów, na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp również należy uznać za bezpodstawny. Zamawiający dokonał wyboru oferty w oparciu o analizę złożonych materiałów nie zgłaszając uwag i nie wykazując niezgodności oferty wykonawcy ZPUE ze specyfikacji. Wykonawca ZPUE składając ofertę przekazał zamawiającemu komplet właściwych certyfikatów oraz innych dokumentów potwierdzających parametry techniczne oferowanych produktów zgodnie z wymogami specyfikacji. Nie ma zatem przesłanek do wykluczenia wykonawcy ZPUE z postępowania.

W treści specyfikacji zamawiający wskazał wymogi dotyczące dokumentów jakie należy dołączyć do oferty, w części XIV pkt 1.7 specyfikacji zamawiający wymagał: „W odniesieniu do aparatury średniego napięcia dokumenty potwierdzające wykonanie dla zaoferowanych

wyrobów badań typu na zgodność z daną przedmiotową normą wydane przez jednostkę posiadającą odpowiedni zakres akredytacji udzielony przez Polskie Centrum Akredytacji."

W odniesieniu do zakresu dostawy łączników ŚN sterowanych zdalnie wykonawca ZPUE przedstawił właściwe dokumenty. Transformatory zasilające napędy elektryczne 24 VDC zgodnie z postanowieniami specyfikacji – załącznik A zadanie nr 1 – charakterystyka techniczna, stanowią element składowy obwodów wtórnych – układu zasilającego. Transformator pracujący na styku napięć Średniego i niskiego podobnie jak sygnalizator zwarć SZN-1 (stanowiący element składowy dostaw) nie jest traktowany jako aparatura średnionapięciowa i nie podlega wymogom certyfikacji.

Do oferty zostały dołączone raporty z badań wyrobu przeprowadzone przez producenta na potwierdzenie parametrów urządzenia (badania dotyczą każdego egzemplarza) wykonane zgodnie z normą IEC 60044-2. Podobnie dla sygnalizatora SZN-1 zostały załączone również deklaracje zgodności wystawianą przez producenta.

16.02.2009 r. zamawiający oddalił protest.

Do zarzutu nr 1 dotyczącego wadium wykonawcy ABB.

W opinii zamawiającego na podstawie gwarancji wykonawcy ZPUE możliwym jest dochodzenie realizacji, gwarancji w przypadku nie uzupełnienia, na wezwanie zamawiającego dokumentu lub oświadczenia wymaganego przez zamawiającego w specyfikacji (w tym między innymi pełnomocnictwa będącego oświadczeniem woli). Postanowienie gwarancji wykonawcy ZPUE dotyczy uzupełniania dokumentów i oświadczeń nie jest ograniczony jedynie do tych wynikających z art. 25 ust. 1 Pzp. Dotyczy on wszystkich dokumentów i oświadczeń (także pełnomocnictwa będącego oświadczeniem woli) niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. W art. 26 ust. 3 Pzp jak i w art. 46 ust. 4a Pzp, ustawodawca wymienia pełnomocnictwo, gdyż nie mieści się ono w katalogu dokumentów i oświadczeń wynikających z art. 25 ust. 2 Pzp, a zawartych w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605 oraz z 2008 r. Nr 188, poz. 1155). Nie bez racji jest też pogląd prezentowany przez wykonawcę ZPUE w przyłączeniu do postępowania, w którym to dokumencie przyłączający stwierdza, że wszelkie dokumenty są podpisane zgodnie z zasadą reprezentacji wynikającej z aktualnego odpisu z KRS, a więc nie jest koniecznym zamieszczanie informacji o uzupełnianiu pełnomocnictwa pod rygorem zatrzymania przez zamawiającego wadium wraz z odsetkami. Reasumując w opinii Zamawiającego gwarancja wadium wykonawcy ZPUE jest prawidłowa w odróżnieniu od tej załączonej przez wykonawcę ABB. Nie jest prawdziwe twierdzenie, iż nie zachodzą przesłanki obligujące

zamawiającego do wykluczenia wykonawcy ABB, a w konsekwencji do odrzucenia oferty lub też, że istnieje możliwość jej uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp.

W żadnym wypadku nie może zostać postawiony zamawiającemu zarzut naruszenia art. 7 ustawy Pzp (naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców).

Zdaniem zamawiającego, wykonawca ABB nie posiada interesu prawnego w przedmiotowym postępowaniu. Nie wnosząc wadium w prawidłowej formie wykonawca ABB utracił możliwość uzyskania zamówienia, a jego jedynym celem jest unieważnienie postępowania. Każdy podmiot (organ) uprawniony do rozpoznania środka ochrony prawnej (zamawiający, Izba, właściwy sąd okręgowy) jest obowiązany żądać od wnoszącego określony środek ochrony prawnej (protest, odwołanie, skargę) wykazania, że jego interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Protest wykonawcy ogranicza się jedynie do wykazywania rzekomych błędów w ofercie najkorzystniejszej tj. ofercie wykonawcy ZPUE natomiast nie zostało wykazane naruszenie interesu prawnego protestującego.

Do zarzutu nr 2 dotyczącego braku w ofercie wykonawcy ZPUE wymaganego przez zamawiającego dokumentu.

Wymóg zamawiającego wynikający z postanowienia części XIV pkt 1.7 specyfikacji dotyczy rozłącznika średniego napięcia. Transformator zasilający napęd elektryczny rozłącznika stanowi element pomocniczy obwodów sterowniczych, w związku z czym daleko idącą, nadinterpretacją postanowień specyfikacji byłoby żądanie przedstawienia w ofercie badań typu dotyczących go. Zamawiający oddała zatem zarzut nr 2 jako całkowicie bezzasadny.

25.02.2009 r. wykonawca ABB wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych informując jednocześnie zamawiającego (brak informacji o przekazaniu kopii odwołania zamawiającemu w dniu 25.02.2009 r.).

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania;
- 2) nakazanie unieważnienia czynności wykluczenia wykonawcy ABB z przedmiotowego postępowania;
- 3) nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 4) nakazanie dokonania ponownej oceny ofert i wybór oferty wykonawcy ABB jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu;
- 5) zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego, zgodnie z fakturą, która zostanie złożona na rozprawie.

Wykonawca ABB podtrzymuje całość argumentacji, zarzutów i żądań przedstawionych w proteście. Czynność wykluczenia wykonawcy ABB z postępowania jest czynnością naruszającą przepisy art. 24 ust. 2 pkt 4, a przede wszystkim przepisy art. 7 ust. 1 Pzp. W postępowaniu wystąpiło rażące naruszenie zasady równego traktowania wykonawców. Skoro Zamawiający uznaje, że brak wskazania okoliczności określonych w art. 46 ust. 4a Pzp uniemożliwia mu zabezpieczenie się z gwarancji wadium to odwołujący wskazuje, że brak jest podstaw do konieczności skorzystania z art. 26 ust. 3 Pzp. Tak, więc przepis art. 46 ust. 4a Pzp w nie ma zastosowania w stosunku do oferty odwołującego.

Jeśli jednak Zamawiający uznaje, że postanowienie art. 46 ust. 4a Pzp musi znaleźć się w treści dokumentu zabezpieczającego ofertę, to wykluczeniu podlega również oferta wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą w treści art. 46 ust. 4a Pzp ustawodawca wskazuje trzy okoliczności – brak uzupełnienia dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw. W treści ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium w ofercie wykonawcy ZPUE brak jest okoliczności wskazującej na uzupełnienie pełnomocnictw. W związku, z czym mamy analogiczną sytuację dotyczącą obu wykonawców.

Bez znaczenia w przypadku oferty wykonawcy ZPUE jest fakt, że oferta ta została podpisana przez osoby wskazane w KRS a nie przez pełnomocników. Przepis art. 7 ust. 1 Pzp nakazuje zamawiającemu równo traktować wszystkich wykonawców, zatem albo musi uznać, że w treści obu gwarancji muszą się znaleźć wszystkie okoliczności wskazane w art. 46 ust. 4a ustawy, albo też rozpatruje okoliczności wskazane w tym przepisie w odniesieniu do konkretnego stanu faktycznego. Zasada uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców musi być przestrzegana – np. wyrok SO w Katowicach z dn. 23.11.2004 r., sygn. akt III Ca 490j04.

Twierdzenia Zamawiającego zawarte w treści rozstrzygnięcia protestu, a odnoszące się do stanowiska, że pełnomocnictwo również jest oświadczeniem są w świetle ustawy, prawo zamówień publicznych bezpodstawne. Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych zawiera przepisy szczególne w stosunku do przepisów kodeksu cywilnego. Skoro zatem ustawodawca w sposób enumeratywny wymienia zarówno w treści art. 46 ust. 4a jak i art. 26 ust. 3 dokument, oświadczenie i pełnomocnictwo jako trzy różne dokumenty, to nie może tego zmienić zamawiający stwierdzając, że „uznaje” pełnomocnictwo za oświadczenie.

Tak więc skoro twierdzi, że należało w treści dokumentu zabezpieczającego ofertę - wadium uwzględnić treść wskazaną w piśmie z dnia 12.12.2008 r. to wykluczenie tylko jednego wykonawcy jest naruszeniem zasady określonej w art. 7 ust. 1 Pzp.

Ponadto Zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy ZUPE bez dokonania czynności obligatoryjnych wskazanych w treści art. 26 ust. 3 Pzp. Wybrany wykonawca

wymaganego w specyfikacji certyfikatu nie posiada, dlatego też załączył dokument inny niż wymagany w specyfikacji.

Wykonawca ZPUE w swym piśmie z dnia 09.02.2009 r., dotyczącym przystąpienia do postępowania wszczętego na skutek wniesienia protestu, oznajmia, iż >>w odniesieniu do zakresu dostawy tj. "Dostawy łączników ŚN sterowanych zdalnie na potrzeby EnergiiPro S.A." przedstawiła właściwe dokumenty dla łączników ŚN sterowanych zdalnie<<. W tym piśmie, jako przedmiot dostawy, wykonawca ZPUE nie odnosi się jednak do zakresu przedmiotu zamówienia, część III specyfikacji: „Przedmiot zamówienia obejmuje sukcesywną dostawę fabrycznie nowych kompletnych zestawów montażowych do budowy punktów rozłącznikowych zdalnie sterowanych za pomocą sieci trankingowej o parametrach nie gorszych niż określone w wymaganiach technicznych na potrzeby EnergiiPro GRUPA TAURON S.A.". Wobec powyższego zakres dostawy nie jest ograniczony tylko do dostawy łączników, jak mogłoby się wydawać z pisma wykonawcy ZPUE. Przedmiotem dostawy jest całość elementów składających się na punkt rozłącznikowy, w tym aparaty ŚN składające się na taki punkt sterowany zdalnie, czyli rozłącznik, ograniczniki przepięć, przekładnik napięciowy, co za tym idzie, oczywistym jest, że każdy z oferowanych w zestawie aparatów ŚN powinien posiadać certyfikat, wystawiony przez jednostkę opisaną przez Zamawiającego części XIV pkt 1.7 specyfikacji, na zgodność z przedmiotową normą.

Jednak wykonawca ZPUE jest niekonsekwentny twierdząc, że nie trzeba certyfikatu dla przekładników załącza dotyczący ograniczników przepięć ŚN, który – przy sugerowanym (przez wykonawcę ZPUE) zawężeniu zakresu aparatury podlegającej certyfikacji – nie musiałby być załączony. W specyfikacji i w pismach dotyczących protestu, zamawiający i wykonawca ZPUE, używają w odniesieniu do przekładnika napięciowego ŚN, pojęcia "transformatora zasilającego". Jest to jednakże nazewnictwo określające funkcję, jaką spełniać ma zaoferowany aparat. Aparatem spełniającym ową funkcję jest przekładnik napięciowy ŚN, co potwierdzają złożone w ofertach (ZPUE i ABB) katalogi i dokumenty, według których zaoferowano właśnie przekładniki napięciowe ŚN, czyli aparaty podlegające wymaganiom normy PN-EN 60044-2: „Przekładniki napięciowe indukcyjne”, a co za tym idzie podlegające certyfikacji, celem uznania zgodności wyrobu z jej postanowieniami.

Nie można zgodzić się ze stanowiskiem zamawiającego, że przekładnik napięciowy nie jest traktowany, jako aparatura średnionapięciowa i nie podlega wymogom certyfikacji. Otóż, przekładnik napięciowy posiadający: napięcie pierwotne 15750 V lub nawet 21000 V (zgodnie z wymogiem specyfikacji), poziom izolacji 17,5/38/95 kV lub nawet 24/50/125 kV (zgodnie z wymogiem normy), jest przekładnikiem średnionapięciowym. Faktem jest również, iż we wszelkich opracowaniach, dotyczących aparatury elektroenergetycznej, przekładniki zaszeregowane są do grupy aparaty.

Również załączone przez wykonawcę ZPUE protokoły badań fabrycznych, zawierające ponadto parametry niezgodne z wymogami specyfikacji (np. przekładnia przedstawiona w protokole wynosi 15000/230 V, a wymagana w specyfikacji 15750/230 V i 21000/230 V) nie stanowią wymaganych, przez część XIV pkt 1.7 specyfikacji, dokumentów.

Zamawiający w treści rozstrzygnięcie zamienia postanowienia specyfikacji, gdyż stwierdza, że wymagał certyfikatu tylko w stosunku do jednego aparatu ŚN tj. rozłącznika ŚN, a nie innych aparatów jakimi są m.in. przekładniki napięciowe ŚN.

Odwołujący nie zgadza się ze stanowiskiem zamawiającego w zakresie braku interesu prawnego odwołującego. Wykonawca ABB posiada interes prawny, bowiem został wykluczony z postępowania sprzecznie z przepisami art. 24 Pzp i zasadami udzielania zamówień publicznych. Mimo wykluczenia, zamawiający w dalszym ciągu traktuje odwołującego jako uczestnika postępowania, bowiem wezwał odwołującego do przedłużenia terminu związania ofertą i wniesienia wadium zabezpieczającego ofertę do dnia 22.04.2009 r.

11.03.2009 r. wykonawca ZPUE złożył pismo o przystąpieniu do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej – po przeprowadzeniu postępowania i zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w szczególności postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia i z treścią ofert, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron na rozprawie oraz po zapoznaniu się z opinią dra inż. Kazimierza Zglińskiego przedstawioną przez odwołującego na okoliczność potwierdzenia stanowiska odwołującego w zakresie zarzutu zaniechania dokonania czynności obligatoryjnych wskazanych w treści art. 26 ust. 3 Pzp w stosunku do przekładników napięciowych średniego napięcia (ŚN) – ustalił i zważył, co następuje:

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o których stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Środki ochrony prawnej przysługują każdemu podmiotowi, którego interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W szczególności interes prawny w skorzystaniu ze środków ochrony prawnej posiada każdy podmiot, który złożył ofertę w postępowaniu i wystarczy, że tylko może doznać uszczerbku przez naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z postanowieniami art. 1 ust 3 dyrektywy 89/665/EWG (odpowiednio art. 1 ust. 3 dyrektywy 92/13/EWG) „*Odwołanie może wnieść, co najmniej każdy podmiot, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia publicznego*”. Przesłanką do wniesienia protestu i odwołania może być naruszenie w trakcie postępowania przez zamawiającego uregulowań prawa. Podobnie szeroko rozumie interes prawny Sąd Okręgowy w Krośnie – wyrok z dnia 25 kwietnia 2006 roku (Sygn. akt I Ca 134/ 06), cyt.: „*Odmienne interpretacja >>interesu prawnego<< na tle dyrektywy Rady 89/665/EWG nie znajduje uzasadnienia.*”.

Protest jest to uprawnione działanie wykonawcy o funkcjach przede wszystkim kontrolnych i reklamacyjnych. Jego celem jest bieżące korygowanie uchybień występujących w trakcie postępowania i popełnionych przez zamawiającego. Podobnie orzekł Sąd Okręgowy w Warszawie dnia 26 listopada 2007 roku (Sygn. akt V Ca 2056/07), cyt.: „*Wykonawca ma bowiem ponadto obowiązek działania z należytą starannością jako podmiot ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego zatem również tak, aby w pełni mogła być realizowana zasada koncentracji środków ochrony prawnej przewidziana w art. 183 Pzp, a postępowanie o udzielenie zamówienia nie było zbędnie przedłużane, gdyż nie leży to w interesie publicznym.*”.

Tym samym mimo zastrzeżeń zamawiającego, że ofertę odwołującego należy uznać za odrzuconą zgodnie z art. 24 ust. 4 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp ze względu na nie zachowanie wszystkich warunków wniesienia wadium określonych w art. 46 ust. 4a Pzp, to Odwołujący w myśl powyżej przytoczonych stanowisk legitymuje się interesem prawnym we wnoszeniu środków ochrony prawnej, ponieważ niewłaściwie wykonywanie czynności albo zaniechania zamawiającego mogą doprowadzić do uszczerbku w interesie odwołującego, a w rozpatrywanej sprawie – do odrzucenia oferty odwołującego i dokonania wyboru oferty innego wykonawcy.

Skład orzekający Izby uznał, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie i podlega oddaleniu.

W granicach zarzutu pierwszego, naruszenia zasady równego traktowania wykonawców przez odrzucenie oferty odwołującego i – w podobnej, zdaniem odwołującego, sytuacji – zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, skład orzekający Izby nie przychylił się do zarzutu stwierdzając, że nie zasługuje on na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby stwierdził, że zamawiający wykluczył odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, a następnie zgodnie z art. 24 ust. 4 Pzp uznał ofertę za odrzuconą. Podstawą do wykluczenia odwołującego było stwierdzenie, że odwołujący wniósł wadium w formie gwarancji bankowej, która nie zabezpieczała możliwości zaspokojenia zamawiającego w przypadku wystąpienia okoliczności określonych w art. 46 ust. 4a Pzp, a więc gdy wystąpi

sytuacja, gdy odwołujący w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złoży żądanych dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw bez wykazania, że brak właściwej reakcji wynika z przyczyn nieleżących po stronie tego wykonawcy.

Dodatkowo należy podkreślić, że zamawiający przed terminem składania ofert, na str. 4 pisma z 12 grudnia 2008 r. przypomniał wykonawcom treść znowelizowanego przepisu art. 46 ust. 4a Pzp i zwrócił uwagę, aby wadium składane w formie niepieniężnej uwzględniało treść tego przepisu.

Mimo to w treści gwarancji bankowej złożonej przez odwołującego brak jest odniesienia do tego przepisu i w związku z tym zamawiający był obowiązany wykluczyć tego wykonawcę, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, a ofertę odwołującego zamawiający uznał za odrzuconą, zgodnie z art. 24 ust. 4 Pzp.

W przypadku oferty przystępującego zamawiający analizując załączoną do oferty przystępującego gwarancję ubezpieczeniową stwierdził, że dokument ten właściwie zabezpiecza interesy zamawiającego, gdyż swoim zakresem w pełni obejmuje wszystkie okoliczności, o których mowa w art. 46 ust. 4a Pzp (sprawa obejmowania zakresem odpowiedzialności gwarantów na podstawie art. 46 ust. 5 Pzp nie była kwestionowana przez strony).

Skład orzekający Izby stwierdził, że gwarant – InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. Viena Insurance Group – m.in. zagwarantował w ust. 1 pkt 3 gwarancji zapłatę właściwej kwoty wadium w przypadku, gdy cyt.: „Zobowiązany [odwołujący] na wezwanie Beneficjenta (Zamawiającego) z przyczyn leżących po jego stronie nie uzupełni oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania,”.

Ponadto skład orzekający Izby stwierdził, że w całej treści przedmiotowej gwarancji brak jest odniesienia do przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych. Dlatego treści tej gwarancji nie można traktować zawężająco, li tylko zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, a należy ten dokument rozumieć, zgodnie z przepisami prawa cywilnego, gdzie pełnomocnictwo nie jest traktowane jako samodzielny byt prawny, wyabstrahowany z grupy dokumentów lub oświadczeń. Skoro pełnomocnictwo zostało uznane za odrębną od oświadczeń lub dokumentów instytucję tylko na gruncie Prawa zamówień publicznych, to w przypadku braku powoływania się na to Prawo przez gwaranta i zabezpieczenia możliwości zaspokojenia się zamawiającego z tej gwarancji w przypadku wystąpienia sytuacji określonej w art. 46 ust. 4a Pzp, że względu na ogólniejsze określenie warunków możliwości zaspokojenia z gwarancji, zamawiający uznał, że jego interes został właściwie zabezpieczony i nie ma podstaw do wykluczenia protestującego z postępowania, zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. Stanowisko to podzielił skład orzekający Izby.

Na marginesie należy dodać, że odwołujący nie wykazał, że zamawiający dokonał badania gwarancji z punktu widzenia okoliczności faktycznych – braku konieczności uzupełniania dokumentów oświadczeń lub pełnomocnictw w przypadku odwołującego bądź tylko pełnomocnictw w przypadku przystępującego. Zamawiający badał obie gwarancje *stricte* z punktu widzenia treści przepisów. Bez znaczenia pozostaje fakt, że przystępujący powoływał się na okoliczności faktyczne, ale te nie były brane pod uwagę przez zamawiającego.

W związku z zaistnieniem okoliczności obligujących zamawiającego do wykluczenia odwołującego z postępowania i brakiem wystąpienia okoliczności do wykluczenia przystępującego z postępowania oraz właściwym wykonaniem czynności odrzucenia wykonawców (tylko odwołującego) z postępowania, skład orzekający Izby konstatuje, że zamawiający wykonał tę czynności zgodnie z przepisami art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 24 ust. 4 Pzp i nie naruszył zasady równego traktowania wykonawców unormowanej w art. 7 ust. 1 Pzp.

W zakresie zarzutu drugiego, dokonania wyboru oferty wykonawcy ZPUE z zaniechaniem dokonania czynności obligacyjnych, wskazanych w treści art. 26 ust. 3 Pzp, w stosunku do wszystkich elementów przedmiotu zamówienia dotyczących przekładników napięciowych średniego napięcia (ŚN), skład orzekający Izby nie przychylił się do zarzutu stwierdzając, że nie zasługuje on na uwzględnienie.

Odwołujący nie dowiódł, że przekładnik zaoferowany przez przystępującego należy traktować jako aparat średniego napięcia (ŚN), o którym mowa w części XIV pkt 1.7 specyfikacji. Podobnie w opinii dra inż. Kazimierza Zglińskiego nie zostały przedstawione argumenty, że zamawiający jednoznacznie ma obowiązek traktowania wszystkich elementów zaoferowanego przedmiotu zamówienia jako aparatury średniego napięcia (ŚN), w stosunku do której jest obowiązany wymagać, aby wykonawcy zastosowali się do postanowienia części XIV pkt 1.7 specyfikacji i następnie sam zbadać oferty pod kątem m.in. tego postanowienia, cyt. „[1. Oferta musi zawierać:] 1.7 W odniesieniu do aparatury średniego napięcia dokumenty potwierdzające wykonanie dla zaoferowanych wyrobów badań typu na zgodność z daną przedmiotową normą wydane przez jednostkę posiadającą odpowiedni zakres akredytacji udzielony przez Polskie Centrum Akredytacji.”.

W podsumowaniu opinii na str. 3 zostało zamieszczone stwierdzenie, cyt.: „Z przedstawionych rozważań teoretycznych dotyczących przekładników napięciowych średniego napięcia wynika, że przekładnik napięciowy, np. o przekładni 15000/230 V/V – jest przekładnikiem średniego napięcia, gdyż o tym decyduje napięcie górne.”. Jak z tego wynika można wziąć pod uwagę, że mogą mieć miejsce inne – niż przedstawione w opinii – rozważania teoretyczne (a także praktyczne), na których podstawie można dojść do wniosku,

że przekładnik napięciowy, np. o przekładni 15000/230 V/V – jest przekładnikiem niskiego napięcia (nN), gdyż o tym może decydować napięcie wyjściowe. I z takiego założenia wyszedł przystępujący, a podobnie ocenił zaofferowany przedmiot zamawiający.

Ponadto zamawiający ma obowiązek wziąć pod uwagę wątpliwości w stosunku do specyfikacji. Wątpliwości takie, o ile takie mają miejsce, nie mogą obciążać wykonawców.

Dlatego tak sformułowana oferta nie może zostać uznana, jako oferta niezgodna z treścią specyfikacji i oferta tego wykonawcy nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Ze względu na brak zaistnienia przesłanek do odrzucenia oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 Pzp, a w szczególności art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, zamawiający nie miał prawa odrzucić oferty przystępującego i miał obowiązek dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty, czego dokonał zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych i tak też zamawiający postąpił w związku z czym skład orzekający Izby konstatuje, że zamawiający wykonał te czynności zgodnie z przepisami art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Ponadto oferta ta nie była złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu, o czym wyżej, dlatego nie zaistniały przesłanki do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp. Również w związku z właściwymi sformułowaniami oferty nie wymagającymi zastosowania wezwania przystępującego do złożenia dodatkowych dokumentów, zamawiający nie był zobligowany do zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp i nie zastosował tego przepisu, co skład orzekający Izby uznaje jako właściwe działanie zamawiającego.

Biorąc pod uwagę właściwie przeprowadzone postępowanie i dokonanie wyboru zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiający nie naruszył przepisu art. 7 ust. 3 Pzp, a także zawarcie umowy z wybranym wykonawcą nie będzie obarczone wadami określonymi w art. 146 ust. 5 i 6 Pzp.

Ze względu na wyżej przytoczone okoliczności, skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania. Izba uwzględniła koszty noclegu pełnomocników zamawiającego w wysokości 946,95 zł, stosownie do brzmienia § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 oraz z 2008 r. Nr 182, poz. 1122).

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 oraz z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420 i Nr 227, poz. 1505) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **we Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....