

WYROK
z dnia 12 grudnia 2019 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **10 grudnia 2019 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **28 listopada 2019 roku** przez wykonawcę: **ZPUE Spółka Akcyjna z siedzibą we Włoszczowie**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **ENERGA-OPERATOR Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdańsku**

przy udziale wykonawców:

- 1) Instytut Energetyki Instytut Badawczy z siedzibą w Warszawie, Oddział w Gdańsku; zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego;
- 2) APATOR ELKOMTECH Spółka Akcyjna z siedzibą w Łodzi, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie w zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp co do niezgodności treści oferty Wykonawcy Instytut Energetyki Instytut Badawczy z siedzibą w Warszawie, Oddział w Gdańsku dla wymiarów oferowanej szafki AMI/SG typu 2W oraz zaoferowania niejednoznacznego przedmiotu zamówienia z uwagi na wskazanie wielu dostawców, a także naruszenia 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust 3 Pzp - poprzez uznanie wyjaśnień Wykonawcy w zakresie rażąco niskiej ceny za prawidłowe i

nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności badania i oceny ofert, w tym uznania oferty Przystępującego za najkorzystniejszą, a także nakazuje powtórzenie procesu badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Przystępującego Instytut Energetyki,

2. w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala.
3. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego: **ENERGA-OPERATOR Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdańsku** i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego ZPUE Spółka Akcyjna z siedzibą we Włoszczowie** tytułem wpisu od odwołania
 - 3.2. zasądza od Zamawiającego: **ENERGA-OPERATOR Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdańsku** na rzecz **Odwołującego ZPUE Spółka Akcyjna z siedzibą we Włoszczowie** kwotę w wysokości **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy sześćset złotych 00/100 groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu oraz zastępstwa procesowego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

Dnia 28 listopada 2019 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1834 ze zm.) (dalej „ustawa Pzp”) odwołanie złożył wykonawca ZPUE S.A. z siedzibą we Włoszczowie (dalej „Odwołujący” lub „ZPUE”).

Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego o zawarcie umów ramowych na „Dostawę zestawów telesterowania dla stacji SN/nn 3,4 i 5 polowych” prowadzi Zamawiający - ENERGA-OPERATOR S.A. z siedzibą w Gdańsku.

Odwołanie złożono wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

1. zaniechaniu odrzuceniu oferty Instytutu Energetyki Instytutu Badawczego z siedzibą w Warszawie (dalej „Wykonawca” lub „Instytut Energetyki”), mimo jej niezgodności ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”);
2. bezzasadnym uznaniu wyjaśnień Wykonawcy w zakresie rażąco niskiej ceny, a w konsekwencji zaniechaniu odrzucenia oferty Instytutu Energetyki jako oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zamawiającemu zarzucono naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Instytutu Energetyki, mimo jej niezgodności z SIWZ w zakresie:
 - a) zgodności oferowanej aparatury z wymaganiami normy PN-EN 609471:2010P+A1:2011E+ A2:2014-12E, z uwagi na brak jej potwierdzenia w Deklaracji zgodności producenta WAGO nr 393/2016 dla listwy kontrolno-pomiarowej WAGO LPW, typ 847-1095/0000-2180 (wymóg określony w Dziale VIII C, pkt. 6, ppkt. 6.4.5 SIWZ, plik złożony przez Wykonawcę: „06_b_1. WAGO Declaration of conformity_ 847-1095_0000_2180”)
 - b) zgodności oferowanej aparatury z wymaganiami normy PN-EN 60127-1:2008P+A1:2012P z uwagi na brak jej potwierdzenia w Deklaracji zgodności producenta Elektrokabel dla bezpieczników topikowych; (wymóg określony w Dziale VIII C, pkt. 6, ppkt. 6.4.8 SIWZ, plik złożony przez Wykonawcę: „06_b_2pl. WAGO_SIBA Deklaracja zgodności SIBA”),
 - c) zgodności oferowanej aparatury z wymaganiami normy PN:EN 50525:1:2011E, z uwagi na brak jej potwierdzenia w Deklaracji zgodności producenta Elektrokabel na kable H05V-K, H07V-K; (wymóg określony w Dziale VIII C, pkt. 6, ppkt. 6.4.9 SIWZ, plik złożony

przez Wykonawcę: „07_c_1.Technokabel H05V-K deklaracja”, „07_c_2. Technokabel H07V-K deklaracja”);

d) wymiarów oferowanej szafki AMI/SG typu 2W producenta SAKSPOL (tj. wymogu wysokości obudowy do szafki) z parametrami technicznymi określonymi przez Zamawiającego w pkt. 4.1.2. Specyfikacji technicznej.

2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Instytutu Energetyki z uwagi na zaoferowanie niejednoznacznego przedmiotu zamówienia (zestawu szafki AMI/SG typu 2W) z uwagi na wskazanie wielu dostawców w zakresie: obudowy szafki (3 różnych producentów), aparatury łączeniowej gniazdo 230V AC (2 różnych producentów), listwy kontrolno-pomiarowej (2 różnych producentów), przewodów (3 różnych producentów), akumulatorów (3 różnych producentów) w sytuacji, gdy:

a) niejednoznaczne określenie oferowanego sprzętu powoduje, iż Zamawiający nie ma pewności jakie dokładnie zestawy zostaną mu dostarczone podczas realizacji umowy;

b) Wykonawca sam wskazał, iż oferuje „opcje równoważne” w uwagach w tabeli zawierającej specyfikację techniczną oferowanych zestawów (nie wykazując przy tym jakie parametry mają poszczególne aparaty), Wykonawca dopiero na etapie kolejnych wyjaśnień sprecyzował co zamierza zaoferować, co jest niezgodne z Ustawą;

c) Wykonawca ma obowiązek skompletować przed zawarciem umowy urządzenie wzorcowe zestawu dla stacji SN/nn 3 polowej, do którego dostawy będzie zobowiązany (wymóg zawarty w Dziale XIX pkt 6 SIWZ), skoro Wykonawca wskazuje w ofercie kilku alternatywnych producentów poszczególnych elementów zestawu, to niemożliwe jest dostarczenie urządzenia wzorcowego zgodnego z ofertą, gdyż w urządzeniu wzorcowym jest możliwość zamontowania elementów wyposażenia tylko jednego z producentów wyszczególnionych w specyfikacji elementów zestawu;

d) Zamawiający nie może stwierdzić poprawności wykonania urządzenia wzorcowego przy zastosowaniu aparatury „zamiennej” innych dostawców wskazanych przez Wykonawcę, skoro fizyczne aparatura zamienna nie będzie zamontowana w urządzeniu wzorcowym, które Wykonawca dostarczy do Zamawiającego przed zawarciem umowy i które podlegać będzie ocenie;

e) załączona do oferty dokumentacja szafek AMI SG-2W („plik „Dok. AMI_SG-2W 3P ITR (SZ-A) P-I-0086_2019 + zal”) nie pokazuje rozwiązań technicznych uwzględniających aparaturę, zamienna więc dokumentacja w takiej formie nie przedstawia rozwiązania zgodnego ze złożoną ofertą. Z tego powodu nie może być wykorzystana przez Zamawiającego jako dokumentacja wzorcowa dla szafek, które ewentualnie będą dostarczane przez Wykonawcę;

f) wymogi określone w SIWZ były jasno sprecyzowane, zaś działanie Wykonawcy polegające na zaoferowaniu niejednoznacznego przedmiotu zamówienia jest niezgodne z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i może powodować oferowanie w istocie urządzeń o odmiennym wyposażeniu i specyfikacji, nieweryfikowanych przed podpisaniem umowy z Wykonawcą, o odmiennej wartości rynkowej.

3. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust 3 Pzp - poprzez uznanie wyjaśnień Wykonawcy w zakresie rażąco niskiej ceny i zaniechanie odrzucenia oferty Instytutu Energetyki, mimo faktu, iż nie da się poprawnie skalkulować oferty przy braku zadeklarowania konkretnego jednoznacznego rozwiązania, bowiem każdorazowy wybór innego dostawcy aparatury będzie bezpośrednio przekładał się na cenę oferty.

Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej Instytutu Energetyki,
2. Odrzucenia oferty Instytutu Energetyki,
3. Powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
4. Zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący zaznaczył, że jest wykonawcą, który złożył ofertę w postępowaniu, aktualnie znajduje się na piątej pozycji w rankingu punktacji przyznanej ofertom i posiada interes w uzyskaniu zamówienia. Zamawiający bowiem zamierza zawrzeć umowy ramowe z maksymalnie czterema wykonawcami, którzy przedstawili najkorzystniejsze oferty. Wskutek naruszenia przepisów Pzp, Zamawiający zamiast odrzucić ofertę Instytutu Energetyki z uwagi na jej niezgodność z SIWZ, uznał ją za najkorzystniejszą, co powoduje, iż umowa ramowa nie zostanie zawarta z Odwołującym. Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraconych korzyści, jakie osiągnąłby w przypadku uzyskania zamówienia - zysku w kalkulowanym w cenę oraz referencji. Gdyby Zamawiający przeprowadził postępowanie zgodnie z Ustawą, oferta Odwołującego zostałaaby uznana za czwartą w rankingu najkorzystniejszą ofertę, co skutkowałoby podpisaniem umowy ramowej z Zamawiającym.

Odwołujący otrzymał informację o wyborze ofert najkorzystniejszych w dniu 18.11.2019 r. drogą elektroniczną, co oznacza, że odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu przewidzianego w art. 182 ust. 1 pkt. 1 Pzp. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 180 ust. 5 Pzp. Odwołujący uiścił wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 złotych na rachunek UZP.

W uzasadnieniu podniesiono, że istota sporu sprowadza się do przede wszystkim do dwóch zasadniczych kwestii - po pierwsze zaoferowania aparatury niezgodnej z SIWZ

w zakresie zgodności z wymaganymi normami, z uwagi na brak ich potwierdzenia w Deklaracji zgodności producentów oraz zaoferowania szafki producenta SAKSPOL nie spełniającej wymogu wysokości obudowy, co winno prowadzić do odrzucenia oferty Wykonawcy. Ponadto – do zaoferowania przez Instytutu Energetyki niejednoznacznego przedmiotu zamówienia - poprzez podanie kilku dostawców aparatury w zakresie: obudowy szafki, aparatury łączeniowej, listwy kontrolno- pomiarowej, przewodów, akumulatorów, w konsekwencji czego Zamawiający nie wie jakie urządzenie zostanie mu faktycznie zaoferowane podczas realizacji umowy, nie będzie miał również realnej szansy na zweryfikowanie poprawności jego wykonania za pomocą urządzenia wzorcowego, bowiem nie będzie w nim zamontowana aparatura zamienna. Taki sposób przygotowania oferty, narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co może powodować oferowanie w istocie urządzeń; o odmiennym wyposażeniu i specyfikacji, nieweryfikowalnych przed podpisaniem umowy z Wykonawcą oraz o odmiennym wartości rynkowej. W konsekwencji przy braku zadeklarowania konkretnego jednoznacznego rozwiązania, Wykonawca nie jest w stanie poprawnie skalkulować oferty, bowiem każdorazowy wybór innego dostawcy komponentów będzie bezpośrednio przekładał się na cenę oferty.

Niezgodność oferty z SIWZ punkt 1 ppkt a)-c) petitum odwołania - w zakresie zgodności z normami

Zamawiający w Dziale VIII C pkt 6, sformułował szczegółowe wymagania dotyczące oferowanych zestawów telesterowania, wskazując konkretne normy jakie muszą one spełniać i dokumenty jakie wykonawca winien złożyć na potwierdzenie zgodności oferowanych zestawów ze stawianymi w SIWZ wymogami.

Wykonawca co prawda złożył szereg dokumentów (deklaracji zgodności producentów z normami), jednak w ich treści zabrakło faktycznego potwierdzenia:

a) zgodności oferowanej aparatury z wymaganiami normy PN-EN609471:2010P+A1:2011E+ A2:2014-12E, z uwagi na brak jej potwierdzenia w Deklaracji zgodności producenta WAGO nr 393/2016 dla listwy kontrolno-pomiarowej WAGO LPW, typ 847-1095/0000-2180

(wymóg określony w Dziale VIII C, pkt. 6, ppkt. 6.4.5 SIWZ, plik złożony przez Wykonawcę: „06_b_1. WAGO Declaration of conformity_ 847-1095_0000_2180”)

b) zgodności oferowanej aparatury z wymaganiami normy PN-EN 60127-1:2008P+A1:2012P, z uwagi na brak jej potwierdzenia w Deklaracji zgodności producenta Elektrokabel dla bezpieczników topikowych;

(wymóg określony w Dziale VIII C, pkt. 6, ppkt. 6.4.8 SIWZ, plik złożony przez Wykonawcę: „06_b_2pl. WAGO_SIBA Deklaracja zgodności SIBA”)

c) zgodności oferowanej aparatury z wymaganiami normy PN-EN 50525-1:2011E, z uwagi na brak jej potwierdzenia w Deklaracji zgodności producenta Elektrokabel na kable H05V-K, H07V-K

(wymóg określony w Dziale VIII C, pkt. 6, ppkt. 6.4.9 SIWZ, plik złożony przez Wykonawcę: „07_c_1. Technokabel H05V-K deklaracja” „07_c_2. Technokabel H07V-K deklaracja”) wobec powyższego uznać należy, iż Wykonawca nie wykazał, iż oferowane zestawy faktycznie spełniają wymienione normy, co winno prowadzić do odrzucenia oferty jako niezgodnej z SIWZ.

Zarzut punkt 1 ppkt d) petitum odwołania - w zakresie zgodności z wymiarami szafki (wysokością)

Zamawiający w Specyfikacji technicznej stanowiącej Załącznik nr 1 do SIWZ (dalej „OPZ”) wymagał:

„4.1.2 Parametry techniczne pustej obudowy:

1) *Wymiary szafki: szafka AMI/SG typ typu 2W powinna mieć następujące wymiary: szerokość 600 mm, wysokość 600 mm (z daszkiem) oraz głębokość 250 mm, z uwzględnieniem tolerancji wymiarów -2% + +12%”.*

Zatem dopuszczalne wymiary szafki powinny się zawierać w zakresie: szerokość 588- 672mm, wysokość 588-672mm oraz głębokość 245-280mm.

Instytutu Energetyki w wyjaśnieniach z dnia 06.11.2019 roku oświadczył, iż do produkcji szafki AMI/SG typ 2W użyje produktu: „Obudowa: Sakspol, typ OT65 (wys. 642 mm, szer. 662 mm, gł. 255 mm)”.

Natomiast analiza załączonego do oferty certyfikatu zgodności nr Z/12/033/18 (SAKSPOL) dla obudowy typ OT65 wskazuje na wymiary: wysokość 539 x szerokość 662 x głębokość 255 i jest niezgodna z wymaganiami Zamawiającego - bowiem wymagana minimalna wysokość to 588mm.

Również w załączonej do oferty dokumentacji szafek AMI (plik „Dok. AMI_SG-2W 3P ITR (SZ-A) P_1_0086_2019 + zal”) jako przedmiot dostawy jest pokazana obudowa szafki o wymiarach (szer x wys x gł) 530x820x245. Obudowa o takich wymiarach nie spełnia wymagań Zamawiającego - wymagana max. wysokość 672mm, min. szerokość 588mm.

Z uwagi na fakt, iż wymienione dokumenty złożone wraz z ofertą nie potwierdzają wymiarów obudowy SAKSPOL typ OT65 deklarowanych w wyjaśnieniach Wykonawcy z 06.11.2019 r., nie spełniając wymogów wysokości, oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu jako niezgodna z SIWZ.

Niezgodność oferty z SIWZ, punkt 2 ppkt a)-f) petitum odwołania - w zakresie zaoferowania niejednoznacznego przedmiotu zamówienia, niezgodnego z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców

Instytutu Energetyki zaoferował niejednoznaczny przedmiotu zamówienia (zestaw szafki AMI/SG typu 2W) z uwagi na wskazanie wielu dostawców w zakresie komponentów: obudowy szafki (3 różnych producentów), aparatury łączeniowej gniazdo 230V (2 różnych producentów), listwy kontrolno-pomiarowej (2 różnych producentów), przewodów (3 różnych producentów), akumulatorów (3 różnych producentów). Konsekwencją takiego skonstruowania oferty jest niepewności Zamawiającego jakie dokładnie zestawy zostaną mu dostarczone podczas realizacji umowy.

Wykonawca sam wskazał, iż oferuje „opcje równoważne” w uwagach w tabeli zawierającej specyfikację techniczną oferowanych zestawów. Instytutu Energetyki nie wykazał przy tym, jakie parametry mają poszczególne aparaty wyszczególnione w tabeli jako opcje równoważne, mimo ustawowego obowiązku. Wykonawca dopiero na etapie kolejnych wyjaśnień sprecyzował co zamierza zaoferować, co jest niezgodne z Ustawą Pzp.

Na mocy postanowień SIWZ zawartych w Dziale XIX pkt 6, Wykonawca ma obowiązek skompletować przed zawarciem umowy urządzenie wzorcowe zestawu dla stacji SN/nn 3 polowej, do którego dostawy będzie zobowiązany. Skoro Wykonawca wskazuje w ofercie kilku alternatywnych dostawców poszczególnych elementów zestawu to niemożliwe jest dostarczenie urządzenia wzorcowego zgodnego z ofertą, gdyż w urządzeniu wzorcowym jest możliwość zamontowania elementów wyposażenia tylko jednego z producentów wyszczególnionych w specyfikacji elementów zestawu. Ponadto Zamawiający nie może stwierdzić poprawności wykonania urządzenia wzorcowego przy zastosowaniu aparatury „zamiennej” innych dostawców wskazanych przez Wykonawcę, skoro fizyczne aparatura zamienna nie będzie zamontowana w urządzeniu wzorcowym, które Wykonawca dostarczy do Zamawiającego przed zawarciem umowy i które podlegać będzie ocenie.

Załączona do oferty dokumentacja szafek AMI SG-2W („plik „Dok. AMI_SG-2W 3P ITR (SZ-A) P_1_0086_2019 + zał”) nie pokazuje rozwiązań technicznych uwzględniających aparaturę zamienną więc dokumentacja w takiej formie nie przedstawia rozwiązania zgodnego ze złożoną ofertą. Z tego powodu nie może być wykorzystana przez Zamawiającego jako dokumentacja wzorcowa dla szafek, które ewentualnie będą dostarczane przez Wykonawcę.

Zamawiający określił w SIWZ wymogi w sposób jasny i precyzyjny. Działanie Wykonawcy polegające na zaoferowaniu niejednoznacznego przedmiotu zamówienia jest niezgodne z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i może powodować oferowanie w istocie urządzeń o po pierwsze - odmiennym wyposażeniu

i specyfikacji, po drugie - urządzeń nieweryfikowalnych uprzednio przed podpisaniem umowy z Wykonawcą, po trzecie - o odmiennej wartości rynkowej. W sytuacji, gdyby rozwiązanie zastosowane przez Instytut Energetyki zostało dopuszczone przez Zamawiającego, inni wykonawcy również zaoferowaliby rozwiązania oparte o produkty różnych dostawców komponentów, zyskując przez to bardziej konkurencyjne ceny. Nie ulega wątpliwości, iż „obowiązek przejrzystości ma na celu zagwarantowanie braku ryzyka faworyzowania i arbitralnego traktowania ze strony instytucji zamawiającej. Obowiązek ten obejmuje wymóg, by wszystkie warunki i zasady postępowania w sprawie udzielenia zamówienia były określone w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tak by, po pierwsze, umożliwić wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w ten sam sposób, a po drugie umożliwić instytucji zamawiającej rzeczywistą weryfikację, czy oferty złożone przez oferentów odpowiadają kryteriom wyznaczonym dla danego zamówienia” (wyroku ETS 324/14 z dnia 07.04.2016 r.)

Zaniechanie odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę - punkt 3 petitum odwołania - poprzez uznanie wyjaśnień Instytutu Energetyki, mimo faktu, iż nie da się poprawnie skalkulować oferty przy braku zadeklarowania konkretnego jednoznacznego rozwiązania

To na Wykonawcy leży ciężar wykazania, iż cena oferty nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odwołujący pragnie zaznaczyć, iż skoro Instytut Energetyki nie zaoferował jednoznacznego konkretnego rozwiązania, nie da się poprawnie skalkulować oferty, bowiem każdorazowy wybór innego dostawcy aparatury będzie bezpośrednio przekładał się na cenę oferty.

Powyższe Wykonawca wprost potwierdził w wyjaśnieniach, wskazując, iż w przesłanych dokumentach „wyszczególnił również innych poddostawców elementów składowych, których stosowanie przewiduje w produkcji szafki AMI/SG zamiennie (równoważnie) do wskazanych w pkt 3. Zastosowanie równoważnych części będzie miało miejsce w przypadku braku dostępności rynkowej elementów wskazanych powyżej”. W tych okolicznościach wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie powinny zostać uznane przez Zamawiającego, zaś oferta podlega odrzuceniu.

Mając na względzie Odwołujący wnosil jak w petitum odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w SIWZ, złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia ofertach, wyjaśnieniach, odwołaniu, złożonych pismach procesowych wraz z załącznikami, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Możliwość dokonania w sposób nieprawidłowy czynności badania i oceny ofert i ustalenie katalogu Wykonawców zaproszonych do podpisania umowy ramowej w prowadzonym postępowaniu, pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania kolejnych zamówień w ramach tej umowy oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia złożyli następujący wykonawcy:

- 1) Instytut Energetyki Instytut Badawczy z siedzibą w Warszawie, Oddział w Gdańsku; zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego;
- 2) APATOR ELKOMTECH Spółka Akcyjna z siedzibą w Łodzi, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

Izba potwierdziła skuteczność obu złożonych przystąpień.

Izba ustaliła, że:

Na podstawie zapisów SIWZ, Rozdział VIII, pkt C.6. ustalono, że w celu potwierdzenia, że oferowane zestawy telesterowania odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, wykonawca zobowiązany był złożyć następujące dokumenty:

6.1. Dokumentację techniczną szafki AMI/SG typu 2W zawierająca m.in. specyfikację elementów zestawu, rysunki techniczne, rysunki i opisy montażu poszczególnych elementów zestawu.

6.2. Kopia certyfikatu zgodności pustych obudów szafek AMI/SG z normą PN-EN 62208:2011E Puste obudowy rozdzielnic i sterownic niskonapięciowych. Wymagania ogólne.

6.3. Do każdego typu osprzętu do kabli elektroenergetycznych, sensorów napięciowych oraz ograniczników przepięć należy dostarczyć niżej wymienioną dokumentację techniczną:

6.3.1. Karty katalogowe osprzętu do kabli elektroenergetycznych zawierające podstawowe dane techniczne,

6.3.2. Kopie/skany certyfikatów zgodności z wymienionymi normami: głowice kablowe do kabli SN o izolacji polietylenowej : PN-HD 629.1 S2:2006 Badania osprzętu przeznaczonego do kabli na napięcie znamionowe od 3,6/6 (7,2) kV do 20,8/36 (42) kV - Część 1: Kable o izolacji wytłaczanej, PN-HD 629.1 S2:2006/A1:2008E Badania osprzętu przeznaczonego do kabli na napięcie znamionowe od 3,6/6 (7,2) kV do 20,8/36 (42) kV - Część 1: Kable o izolacji wytłaczanej.

6.4. na podstawie art. 138c ust. 1 pkt 2 ustawy - oświadczenia producenta, dystrybutora, importera lub jego upoważnionego przedstawiciela szafki AMI/SG typu 2W o zgodności z dokumentami normatywnymi oraz dyrektywami (deklaracje zgodności):

6.4.1. szafki AMI/SG: PN-EN 61439-1:2011P Rozdzielnice i sterownice niskonapięciowe - Część 1: Postanowienia ogólne, PN-EN 61439-5:2015-02P Rozdzielnice i sterownice niskonapięciowe – Część 5: Zestawy do dystrybucji mocy w sieciach publicznych,

6.4.2. wyłączniki nn: PN-EN 60947 2:2009P Aparatura rozdzielcza i sterownicza niskonapięciowa - Część 2: Wyłączniki,

6.4.3. rozłącznik bezpiecznikowy nn: PN-EN 60947-3:2009P Aparatura rozdzielcza i sterownicza niskonapięciowa - Część 3: Rozłączniki, odłączniki. Rozłączniki izolacyjne i zestawy łączników z bezpiecznikami topikowymi,

6.4.4. gniazdo wtyczkowe ze stykiem ochronnym: PN-IEC 60884-1:2006P+A1:2009P Gniazda wtyczkowe i wtyczki do użytku domowego i podobnego - Część 1: Wymagania ogólne, PN-IEC 60884-2-2:2012P Gniazda wtyczkowe i wtyczki do użytku domowego i podobnego – Część 2-2: Wymagania szczegółowe dla gniazd wtyczkowych do urządzeń,

6.4.5. zaciski torów prądowych oraz zaciski sprężynowe przewodów neutralnych: PN-EN 60947-1:2010P+A1:2011E+A2:2014-12E Aparatura rozdzielcza i sterownicza niskonapięciowa – Część 1: Postanowienia ogólne, PN-EN 60947-7-1:2012P Aparatura rozdzielcza i sterownicza niskonapięciowa - Część 7-1: Wyposażenie pomocnicze - Listwy zaciskowe do przewodów miedzianych.

6.4.6. zaciski ochronne: PN-EN 60947-1:2010P+A1:2011E+A2:2014-12E Aparatura rozdzielcza i sterownicza niskonapięciowa – Część 1: Postanowienia ogólne, PN-EN 60947-7-2:2012P Aparatura rozdzielcza i sterownicza niskonapięciowa – Część 7 2: Wyposażenie pomocnicze - Listwy zaciskowe do przewodów ochronnych miedzianych,

6.4.7. zaciski torów napięciowych z modułami bezpiecznikowymi: PN-EN 60947 1:2010P+A1:2011E+A2:2014-12E Aparatura rozdzielcza i sterownicza niskonapięciowa – Część 1: Postanowienia ogólne, PN-EN 60947-7-3:2010E Aparatura rozdzielcza i sterownicza niskonapięciowa - Część 7-3: Wyposażenie pomocnicze - Wymagania bezpieczeństwa dotyczące listew zaciskowych z bezpiecznikami,

6.4.8. bezpieczniki topikowe miniaturowe: PN-EN 60127-1:2008P+A1:2012P Bezpieczniki topikowe miniaturowe - Część 1: Definicje dotyczące bezpieczników topikowych miniaturowych oraz ogólne wymagania dotyczące wkładek topikowych miniaturowych, PN-EN 60127-2:2006P+A2:2010E Bezpieczniki topikowe miniaturowe - Część 2: Wkładki topikowe zamknięte,

6.4.9. przewód LqY: PN-EN 50525-1:2011E Przewody elektryczne - Niskonapięciowe przewody elektroenergetyczne na napięcie znamionowe nieprzekraczające 450/750 V (U_o/U) – Część 1: Wymagania ogólne, PN-EN 50525-2-31:2011E Przewody elektryczne - Niskonapięciowe przewody elektroenergetyczne na napięcie znamionowe nieprzekraczające 450/750 V (U_o/U) – Część 2-31: Przewody ogólnego zastosowania - Przewody jednożyłowe, bez powłoki, o izolacji z termoplastycznego polwinitu (PVC),

6.4.10. akumulatory: PN-EN 60896-21:2027P Baterie ołowiowe stacjonarne – Część 21: Typy wyposażone w zawory – Metody Badań,

6.4.11. zasilacz prądu stałego: PN-EN 61204:2001P+A1:2002E Zasilacze niskiego napięcia prądu stałego - Właściwości i wymagania Bezpieczeństwa, PN-EN 61204-3:2006P Zasilacze niskiego napięcia prądu stałego -- Część 3: Kompatybilność elektromagnetyczna (EMC),

6.4.12. zasilacz prądu stałego, ogranicznik przepięć nn, rozłącznik nn, wyłącznik nn: oświadczenie o zgodności z postanowieniami Dyrektywy LVD 2014/35/UE (Dz. U. UE L 96/357/2014) oraz Dyrektywy RoHS 2011/65/UE (Dz. U. UE L 174/88/2011),

6.4.13. ograniczniki przepięć: PN-EN 60099-4:2009 Ograniczniki przepięć - Część 4: Beziskiernikowe ograniczniki przepięć z tlenków metali do sieci prądu przemiennego,

6.4.14. sensory napięciowe wraz z głowicami kablowymi wskazanymi w punkcie 7 specyfikacji technicznej (deklaracja wspólna tj taka która powinna wskazywać jednoznacznie typy kompatybilnych zestawów oraz wyszczególnić numery protokołu z badań typu): PN-HD 629.1 S2:2006 Badania osprzętu przeznaczonego do kabli na napięcie znamionowe od 3,6/6 (7,2) kV do 20,8/36 (42) kV - Część 1: Kable o izolacji wytłaczanej, Tabela 10 „Dodatkowe badania dla najmniejszych i największych przekrojów kabli”, PN-HD 629.1 S2:2006/A1:2008E Badania osprzętu przeznaczonego do kabli na napięcie znamionowe od 3,6/6 (7,2) kV do 20,8/36 (42) kV - Część 1: Kable o izolacji wytłaczanej,

6.4.15. sensory napięciowe: PN-EN IEC 61869-11:2018-07 Przekładniki -- Część 11: Dodatkowe wymagania dla małej mocy pasywnych przekładników napięciowych.

6.5. na podstawie art. 138c ust. 1 pkt 2 ustawy - oświadczenia producenta, dystrybutora, importera lub jego upoważnionego przedstawiciela sterownika ze zintegrowanym sygnalizatorem zwarć o zgodności z dokumentami normatywnymi oraz dyrektywami:

6.5.1. PN-EN 61010-1:2011P Wymagania bezpieczeństwa dotyczące elektrycznych przyrządów pomiarowych, automatyki i urządzeń laboratoryjnych - Część 1: Wymagania ogólne, PN-EN 61000-62:2008 Kompatybilność elektromagnetyczna (EMC) - Część 6-2: Normy ogólne - Odporność w środowiskach przemysłowych, PN-EN 61000-6-4:2008P+A1:2012P Kompatybilność elektromagnetyczna (EMC) - Część 6-4: Normy ogólne - Norma emisji w środowiskach przemysłowych, PN-EN 60255-26:2014-01P Przekazniki pomiarowe i urządzenia zabezpieczeniowe – Część 26: Wymagania dotyczące kompatybilności elektromagnetycznej,

6.5.2. Dyrektywa RED 2014/53/UE (Dz. U. UE L 153/63/2014),

6.5.3. Dyrektywa EMC 2014/30/UE (Dz.U. UE L 96/79/2014).

Uwaga:

– Nie wymaga się podawania ww. poprawek do norm publikowanych oddzielnie na protokołach badania i certyfikatach zgodności w przeciwieństwie do zmian do norm publikowanych oddzielnie.

– Certyfikaty zgodności muszą być wydane producentowi, importerowi lub jego upoważnionemu przedstawicielowi przez akredytowane jednostki certyfikujące w tym zakresie.

– Certyfikaty zgodności wydane przed datą publikacji ww. norm, w oparciu o normy aktualne w dniu wydania certyfikatu, są taktowane na równi z certyfikatami zgodności z ww. normami, do daty wskazanej przez jednostkę certyfikującą, lecz nie dłużej niż do daty utraty aktualności norm stosowanych w ocenie zgodności podanej w Komunikacie Prezesa Polskiego Komitetu Normalizacyjnego w sprawie stosowania Polskich Norm wycofanych jako dokumentów odniesienia w ocenie zgodności.

– Protokoły badania typu wydane producentowi, importerowi lub jego upoważnionemu przedstawicielowi przed datą publikacji ww. norm, w oparciu o normy aktualne w dniu wykonywania badań, są taktowane na równi z protokołami badania typu poświadczającymi zgodność z ww. normami, ale nie dłużej niż do daty utraty aktualności norm stosowanych w ocenie zgodności podanej w Komunikacie Prezesa Polskiego Komitetu Normalizacyjnego w sprawie stosowania Polskich Norm wycofanych jako dokumentów odniesienia w ocenie zgodności.

– Normy równoważne są traktowane na równi z normami zatwierdzonymi przez Polski Komitet Normalizacyjny. Za normę równoważną uważa się normę, zawierającą w całości

treść normy EN lub dokumentu harmonizacyjnego HD, zatwierdzoną przez krajowy komitet normalizacyjny członka CENELEC Europejskiego Komitetu Normalizacyjnego Elektrotechniki lub normę zatwierdzoną przez Międzynarodową Komisję Elektrotechniczną, która bez jakichkolwiek zmian została wprowadzona jako norma EN lub dokument harmonizacyjny HD.

– **Definicje:** akredytowane jednostki certyfikujące, notyfikowane jednostki certyfikujące, laboratoria akredytowane, laboratoria notyfikowane, certyfikaty zgodności, badanie (typu), deklaracja zgodności producenta, importera lub jego upoważnionego przedstawiciela – zgodnie z aktualną ustawą z dnia 13 kwietnia 2016 r. o systemach oceny zgodności i nadzoru rynku.

Na podstawie Rozdziału XIX pkt 6, przed zawarciem umów wykonawcy zobowiązani będą do dostarczenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni terminie: urządzenia wzorcowego - zestawu dla stacji SN/nn 3 polowej. W przypadku stwierdzenia nieprawidłowości w wykonanym urządzeniu wzorcowym, wykonawca zostanie protokolarnie wezwany do usunięcia tych nieprawidłowości. Jeśli wykonawca nie usunie wskazanych w protokole nieprawidłowości w okresie nie dłuższym niż 14 dni, zamawiający ma prawo zaniechania zawarcia umowy i wyboru kolejnej oferty. Zawarcie umowy będzie możliwe po protokolarnym odbiorze wzorcowego urządzenia.

Zgodnie z treścią Załącznika nr 1 do SIWZ – Specyfikacja techniczna, punkt 4.1.2.

Parametry techniczne pustej obudowy:

1) Wymiary szafki: szafka AMI/SG typ typu 2W powinna mieć następujące wymiary: szerokość 600 mm, wysokość 600 mm (z daszkiem) oraz głębokość 250 mm, z uwzględnieniem tolerancji wymiarów $-2\% \div +12\%$.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że odwołanie w części zasługiwało na uwzględnienie.

a) Zamawiający słusznie w odpowiedzi na odwołanie zauważył, iż norma PN-EN 60947-1:2010P+A1:2011E+A2:2014-12E jest normą podstawową, zawierającą wymagania ogólne dla różnego rodzaju aparatów elektrycznych. Natomiast normy wymienione w deklaracji zgodności złożonej przez Instytut Energetyki są normami dla danego rodzaju aparatu i stanowią spełnienie wymogu z SIWZ złożenia deklaracji zgodności z normą PN-EN 60947-7-1:2012P Aparatura rozdzielcza i sterownicza niskonapięciowa - Część 7-1: Wyposażenie pomocnicze - Listwy zaciskowe do przewodów miedzianych. Spełnienie wymogów tej normy

szczegółowej jest rozwinięciem spełnienia wymogów normy ogólnej i nie jest możliwe uzyskanie deklaracji dla konkretnego rozwiązania bez spełnienia wymagań normy ogólnej. Jeżeli aparat spełnia wymogi bardziej szczegółowe, to tym samym spełnia wymogi normy o charakterze ogólnym. Jak słusznie w odpowiedzi na odwołanie zaznaczono, z normy o charakterze szczególnym korzysta się łącznie z normą o charakterze ogólnym, co wprost wynika z zapisów normy PN-EN 60947-7-1:2012P. Norma podstawowa ma zastosowanie do wszystkich aparatów, natomiast konkretne rodzaje aparatów badane są na zgodność z bardziej szczegółowymi wymaganiami norm. Nie jest możliwe uzyskanie deklaracji zgodności bardziej szczegółowej bez spełnienia wymagań normy o charakterze ogólnym. Tym samym zarzut odwołania nie potwierdził się.

b) Odwołujący i Przystępujący po jego stronie nie zaprzeczyli twierdzeniom odpowiedzi na odwołanie, że norma PN EN 60127-2:2014 zastąpiła wymienioną w SIWZ przez Zamawiającego normę PN-EN 60127-2:2006P+A2:2010E Bezpieczniki topikowe miniaturowe - Część 2: Wkładki topikowe zamknięte. Zamawiający przewidział w SIWZ zapisy odnoszące się do zmian w normach, a przedstawiona przez Instytut Energetyki deklaracja odnosi się do normy wydanej później niż ta wskazana w SIWZ, co oznacza, że norma późniejsza zastąpiła przywołaną normę z SIWZ. Podobnie jak w przypadku punktu a odwołania, złożona przez Wykonawcę deklaracja zgodności odnosi się do postanowień normy szczegółowej, dla konkretnego rozwiązania, wkładek topikowych zamkniętych, czyli dokładnie dokumentu, którego wymagał Zamawiający. Zdaniem Izby zgodzić należy się z Zamawiającym, że złożony dokument potwierdza spełnienie wymogów normy o charakterze ogólnym, bowiem ta ma zastosowanie do wszystkich rodzajów bezpieczników topikowych, a uszczegółowienie spełnienia wymagań dla wkładek zostało potwierdzone w złożonym przez Instytut dokumencie. Oznacza to, że zarzut odwołania nie potwierdził się.

c) Instytut złożył deklarację zgodności z normą PN-EN 50525-2-31:2011E Przewody elektryczne - Niskonapięciowe przewody elektroenergetyczne na napięcie znamionowe nieprzekraczające 450/750 V (Uo/U) – Część 2-31: Przewody ogólnego zastosowania - Przewody jednożyłowe, bez powłoki, o izolacji z termoplastycznego polwinitu (PVC). W ocenie Izby spełniono więc wymogi ustalone w SIWZ. Norma wymieniona w SIWZ PN-EN 50525-1:2011E ma charakter normy ogólnej, dotyczy sztywnych i giętkich przewodów elektroenergetycznych. Złożona przez Instytut deklaracja dotyczy wymogów szczegółowych dla przewodów jednożyłowych, czyli dokładnie takich, które znajdują zastosowanie dla zamawianych urządzeń. Podobnie jak w przypadku wcześniejszych zarzutów odwołania, Izba stoi na stanowisku, że spełnienie wymogów normy szczegółowej i przedstawienie na powyższą okoliczność odpowiedniego dokumentu potwierdza spełnienie wymagań dla normy ogólnej wymienionej w SIWZ przez Zamawiającego.

Odnosząc się do tej części zarzutów, zauważyć należy Zamawiający ustanowił w SIWZ pewną generalną zasadę, odnosząc się kolejno najpierw do postanowień normy ogólnej dla danej grupy elementów składowych urządzenia, następnie wskazał normę szczególną dla konkretnie stosowanego materiału. Zdaniem Izby Odwoławczy zapisy te błędnie utożsamia z obowiązkiem złożenia dokumentów odrębnie odnoszących się do norm ogólnych i norm szczegółowych. W ocenie składu konieczne było złożenie dokumentów – deklaracji zgodności – dotyczących norm szczegółowych, dla konkretnych rozwiązań listwy, wkładek topikowych i przewodów. Natomiast same deklaracje wskazujące na spełnienie wymogów norm szczegółowych potwierdzają spełnianie wymogów norm o charakterze ogólnym. Takie rozumienie zapisów SIWZ potwierdzają złożone deklaracje zgodności złożone dla innych producentów części składowych urządzenia. W deklaracjach tych najpierw wskazano normę o charakterze ogólnym dla określonej grupy produktów, następnie normę o charakterze szczegółowym dla określonego elementu.

Przechodząc do rozpoznania zasadności zarzutów dotyczących zgodności z wymiarami szafki (wysokością) opisanymi w SIWZ z informacjami podanymi przez Instytut w ofercie i wyjaśnieniach, Izba uznała, że zarzut potwierdził się.

W ramach dokumentów złożonych na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp w Wykazie elementów Przystępujący określił model i wymiary szafki jako OT 60x66x25 cm. W tym samym pliku dokumentów, w opisie rozwiązania wskazał, że wymiary obudowy to 66x66x25 cm i dołączył rysunki, na których przedstawiono inne jeszcze wymiary (53x820x24,5 oraz 66x62x24,5 cm). Złożono również certyfikat zgodności dla producenta Sakspol dla wielu typoszeregów szafki, w tym dla modeli OT65 i OT66. Następnie, po wezwaniu Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień, Przystępujący wskazał, że podstawowo (standardowo) stosować następujące elementy składowe dostarczane przez poddostawców: Obudowa: Sakspol, typ OT65 (wys. 642 mm, szer. 662 mm, gł. 255 mm).

Przypomnieć należy, iż wymogiem SIWZ było zaoferowanie szafki o wymiarach szerokość 600 mm, wysokość 600 mm (z daszkiem) oraz głębokość 250 mm, z uwzględnieniem tolerancji wymiarów $-2\% + 12\%$, czyli: szerokość 588 - 672mm, wysokość 588 - 672mm oraz głębokość 245 - 280mm.

Z certyfikatu zgodności nr Z/12/033/18 (Sakspol) załączonego do oferty dla obudowy typ OT65 wynika, że wymiary to wysokość 539 x szerokość 662 x głębokość 255.

W pierwszej kolejności dostrzeżenia wymaga, że w dokumentach złożonych w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp nie można wywnioskować jednoznacznie jakie wymiary obudowy szafki zamierza zastosować Przystępujący Instytut Energetyki. W różnych dokumentach

wskazywane są różne wymiary. Inne wymiary podano w zestawieniu, inne na rysunkach, złożona deklaracja odnosi się do wielu typów szafek, nie jest wiadomym dla którego typu konkretnie Wykonawca dokument ten przedstawia. Dopiero po złożeniu wyjaśnień pojawiają się odniesienia do konkretnego typu szafki, niestety podane wymiary temu typowi nie odpowiadają. Wymiary dla wskazanego typu w wyjaśnieniach nie natomiast spełniają wymogów SIWZ.

Izba uważa, że całkowicie nieuprawnione są twierdzenia Zamawiającego przedstawione w odpowiedzi na odwołanie, że skoro wymiary wymienione w wyjaśnieniach odnoszą się do typu OT66, to należało uznać, że mamy do czynienia z omyłką (domniemywać należy, że Zamawiający uważa, że jest ona możliwa do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp). Przede wszystkim dostrzeżenia wymaga, iż Wykonawca na wezwanie złożyć miał dokumenty przedmiotowe w postaci dokumentacji technicznej szafki AMI/SG typu 2W zawierającej m.in. specyfikację elementów zestawu, rysunki techniczne, rysunki i opisy montażu poszczególnych elementów zestawu oraz kopie certyfikatu zgodności pustych obudów szafek AMI/SG z normą PN-EN 62208:2011E Puste obudowy rozdzielnic i sterownic niskonapięciowych. Wymagania ogólne. Do Wykonawcy należało zatem sprecyzowanie przedmiotu zamówienia, który oferuje. Nie jest rolą Zamawiającego domyślać się, który model szafki, wymieniony w certyfikacie dla kilku typów będzie spełniał wymagania podane w SIWZ. To na Wykonawcy spoczywał obowiązek takiego skonstruowania przedmiotu oferty, by odpowiadał on wymaganiom SIWZ. Podany w wyjaśnieniach model OT65 parametrów szafki z SIWZ nie spełnia. Być może spełnia te wymogi model OT66, ale ten nie został w podstawowych dokumentach przez Przystępującego wskazany. Nie można w ocenie składu rozbieżności między podaniem konkretnego modelu a podaniem wymiarów dla innego modelu tłumaczyć omyłką Wykonawcy. Zwłaszcza, że Zamawiający jakichkolwiek wyjaśnień od Przystępującego Instytutu nie uzyskał, a decyzję taką podjęto arbitralnie. Co więcej, w wielu miejscach dokumentów przedmiotowych złożonych na pierwsze wezwanie Wykonawca posługuje się różnym zakresem parametrów, a sprecyzowanie przedmiotu oferowanego Zamawiającemu w odniesieniu do parametrów szafki następuję de facto dopiero w złożonych wyjaśnieniach. Inne wartości podano w Wykazie elementów, inne na rysunkach technicznych, inne w wyjaśnieniach. Zdaniem Izby doszło tym samym do zmiany treści oferty na etapie wyjaśnień, co zgodnie z przepisami, a także ze stanowiskiem doktryny i orzecznictwa, jest sytuacją niedopuszczalną. Z pierwotnej treści złożonych dokumentów nie można wywnioskować, czy wymogi SIWZ co do parametrów szafki zostały spełnione.

Reasumując, Izba uznała, że zarzut potwierdził się, a Przystępujący Instytut Energetyki złożył ofertę nie odpowiadającą treścią wymogom SIWZ, tym samym oferta taka podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W ramach kolejnego zarzutu Odwołujący wskazywał na naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaoferowanie przez Przystępującego Instytut Energetyki niejednoznacznego przedmiotu zamówienia przez wskazanie wielu dostawców dla poszczególnych elementów urządzenia.

Izba uznała, że zarzut znalazł potwierdzenie w zgromadzonym materiale dowodowym.

Na początku rozważań zgodzić należy się z Zamawiającym, że Przystępujący Instytut nie złożył oferty o charakterze wariantowym. Nie zaoferowano bowiem innego, odmiennego od opisanego w SIWZ sposobu wykonania zamówienia. Izba stoi na stanowisku, że Przystępujący nie złożył również oferty równoważnej w rozumieniu art. 29 ustawy Pzp. Opisu przedmiotu zamówienia nie sporządzono bowiem przez wymienienie konkretnych znaków towarowych, patentów, źródeł pochodzenia. Wykonawca w Wykazie elementów sformułowania „Opcje równoważne” użył w potocznym znaczeniu tych słów, mając na myśli zamienne stosowanie wymienionych w wykazie Elementów celem skonstruowania zamawianego urządzenia, co potwierdził przebieg rozprawy przed Izba i złożone w postępowaniu wyjaśnienia. Z wyjaśnień wynika, że w przypadku braku dostępności rynkowej elementów podstawowych, wykorzystywane będą elementy zamienne. W ocenie składu orzekającego Izby przedstawienie jednak w taki sposób przedmiotu zobowiązania wykonawcy miało charakter nieprawidłowy.

Ze złożonych dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp niezbiecie jednak wynika, że Przystępujący zaoferował w ramach poszczególnych komponentów: obudowy szafki (3 różnych producentów), aparatury łączeniowej gniazdo 230V (2 różnych producentów), listwy kontrolno-pomiarowej (2 różnych producentów), przewodów (3 różnych producentów), akumulatorów (3 różnych producentów). Dopiero natomiast w złożonych wyjaśnieniach wskazał Zamawiającemu w jakim zestawieniu podstawowo (standardowo) stosować będzie elementy składowe dostarczane przez poszczególnych poddostawców wymienionych w Wykazie. Zdaniem Izby nie ulega wątpliwości, że dopiero na etapie wyjaśnień nastąpiło doprecyzowanie oferowanego świadczenia. Nie można zapominać, że przed zawarciem umów wykonawcy zobowiązani będą do dostarczenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni terminie: urządzenia wzorcowego - zestawu dla stacji SN/nn 3 polowej. W przypadku stwierdzenia nieprawidłowości w wykonanym urządzeniu wzorcowym, wykonawca zostanie

protokolarnie wezwany do usunięcia tych nieprawidłowości. Oznacza to, że dokonując kwalifikacji wykonawców do podpisania umowy ramowej Zamawiający nie wiedział jakie urządzenie zostanie mu złożone, a przede wszystkim nie wiedział, czy urządzenie to spełnia wszystkie wymogi SIWZ. Nie zostało również wykazane, że urządzenie w każdej konfiguracji, także przy zastosowaniu „zamienników” spełniałoby te wymogi. Zamawiający nie ma pewności jakie dokładnie zestawy zostaną mu dostarczone podczas realizacji umowy. Warto także zauważyć, iż złożona dokumentacja techniczna odnosi się tylko do zestawienia w ujęciu podstawowym, nie zostały przedstawione jakiegokolwiek materiały potwierdzające prawidłowość działania w ujęciu zamiennych składowych. Izba zgadza się z twierdzeniami Odwołującego i Przystępującego Apator, że dopiero w wyniku złożenia wyjaśnień doszło do skonkretyzowania elementów, z których w wersji podstawowej wykonana będzie szafka. Każdy z wykonawców biorących udział w postępowaniu miał jednak obowiązek złożyć jedną ofertę, w sposób konkretny obrazującą jakie urządzenie (w jakiej konfiguracji elementów składowych) zostanie Zamawiającemu dostarczone. Przystępujący Instytut próbował natomiast zapewnić sobie pełną dowolność w konstrukcji urządzenia i doborze elementów składowych. Zamawiający, ani w odpowiedzi na odwołanie, ani na rozprawie, nie odniósł się w jaki sposób przeprowadzi badanie modelu wzorcowego i zatwierdzi dany model w ramach przyszłych dostaw, jeżeli w zależności od wyboru komponentów przez Przystępującego te modele mogą się między sobą różnić. W takich okolicznościach oferta Przystępującego Instytutu powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako niezgodna w treści z treścią SIWZ. Specyfikacja wymagała bowiem przedstawienia konkretnego rozwiązania w konkretnej konfiguracji, Wykonawca zaoferował natomiast urządzenie w różnych konfiguracjach, a doprecyzowanie zobowiązania ofertowego nastąpiło na etapie złożenia wyjaśnień. Takie postępowanie nie jest dozwolone na gruncie przepisów Pzp. Momentem złożenia oświadczenia woli dostarczenia Zamawiającemu konkretnego zobowiązania jest upływ terminu składania ofert. Izba uważa, iż zarzut odwołania o złożeniu oferty z niedoprecyzowanym przedmiotem świadczenia potwierdził się, co skutkowało musiło uwzględnieniem odwołania i zobowiązaniem Zamawiającego do ponowienia procesu badania i oceny oferty, z nakazaniem w ramach tego badania odrzucenia oferty Przystępującego Instytut Energetyki.

Izba uznała, że potwierdził się również zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust 3 Pzp - poprzez uznanie wyjaśnień Wykonawcy w zakresie rażąco niskiej ceny i zaniechanie odrzucenia oferty Instytutu Energetyki, mimo faktu, iż nie da się poprawnie skalkulować oferty przy braku zadeklarowania konkretnego jednoznacznego

rozwiązania, bowiem każdorazowy wybór innego dostawcy aparatury będzie bezpośrednio przekładał się na cenę oferty.

Złożone przez Przystępującego Instytut wyjaśnienia objęte są klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa, więc odniesienie się do zarzutu musi przyjąć pewien poziom ogólności.

Oceniając złożone wyjaśnienia w aspekcie, czy mamy w postępowaniu do czynienia ze zjawiskiem rażąco niskiej ceny, Izba pragnie podkreślić, że nie istnieje jeden wzorzec, czy schemat konstruowania wyjaśnień. Każdy z wykonawców przygotowując ofertę może zwrócić przy wycenie uwagę na inne aspekty zamówienia, każdy z wykonawców ma własne zasady polityki cenowej, funkcjonuje w innych realiach polityki cenowej własnej firmy. Nie ma jednego katalogu minimalnego, ani zakresu maksymalnego zagadnień, do którego powinien odwoływać się dany wykonawca sporządzając kalkulację ceny oferty.

W ocenie składu orzekającego Izby złożone przez Przystępującego Instytut wyjaśnienia nie były wystarczające do uznania, że cena oferty nie jest rażąco niska. Wyjaśnienia te zawierały część opisową, wskazującą co prawda na główne obszary, gdzie mogło dojść do redukcji kosztów, jednak opisu tego nie poparto żadnymi dowodami. W wyjaśnieniach powoływano się na okoliczności charakterystyczne dla każdego przedsiębiorcy, od lat funkcjonującego w określonej branży. Nie wykazano żadnych okoliczności specyficznych dla tego konkretnego wykonawcy, może poza faktem samodzielnego produkowania sterownika, co obniża koszty konfiguracji i uruchomienia urządzenia. Biorąc pod uwagę zamawiany wolumen urządzeń, wszyscy wykonawcy zamawiali będą znaczne ilości, co pozwoli im wynegocjować znaczące upusty, większe niż przy zakupach detalicznych, jednostkowych.

Choć w swoich wyjaśnieniach Przystępujący wskazało opisowo kilkanaście elementów, które według niego były głównymi czynnikami wpływającymi na cenę oferty, to są to czynniki powtarzalne dla każdego wykonawcy. Częścią wyjaśnień było również zestawienie istotnych elementów cenotwórczych w ujęciu tabelarycznym, z podziałem na poszczególne czynności opisane jako zobowiązanie do ich wykonania. Tylko jednak z zapewnień Wykonawcy wynika, że w cenach jednostkowych ujęto wszystkie koszty, w tym robocizny, zakupu materiałów i zysk. Złożono bowiem kalkulacja tych danych nie potwierdza. Wykonawca napisał jedynie, że cena jednostkowa jest zagregowaną ceną wszystkich rodzajów zestawów telesterowania. Nie przedstawił jednak na powyższe twierdzenia żadnych dowodów, choćby ofert poddostawców. Izba nie wie na jakiej podstawie Zamawiający uznał, że ceny materiałów przyjęto z ofert poddostawców, którzy zaoferowali ceny niższe o 10-20% w stosunku do zakupów jednostkowych, ponieważ żadnych materiałów w tym zakresie do wyjaśnień nie dołączono.

Skład orzekający Izby uważa że złożone wyjaśnienia nie mogą prowadzić do wniosku, że oferta cenowa Przystępującego została przedstawiona w sposób rzetelny. Wyjaśnienia te mają lakoniczną postać, nie zostały poparte jakimikolwiek dowodami. Zdaniem Izby złożone wyjaśnienia nie były wystarczająco precyzyjne, nie wskazywały na obiektywne czynniki, które mogły wpłynąć na obniżenie ceny oferty, nie zostały poparte dowodami, które potwierdzały prawidłowość kalkulacji. Wykonawca w udzielanych wyjaśnieniach nie udowodnił Zamawiającemu, że jego cena ofertowa jest realna, wiarygodna, tzn. że z tytułu realizacji zamówienia i pozyskanego za nie wynagrodzenia, przy zachowaniu należytej staranności nie będzie ponosił strat.

Reasumując, Przystępujący Instytut nie sprostął obowiązkowi wynikającemu z dyspozycji art. 90 ust. 3 ustawy Pzp i złożonymi wyjaśnieniami nie udowodnił prawidłowości kalkulacji ceny oferty.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 w zw. z ust. 2 Pzp i nakazała Zamawiającemu odrzucenie oferty Przystępującego Instytut Energetyki na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 972), w tym w szczególności § 5 ust. 4 oraz § 5 ust. 2 pkt 1.

Przewodniczący:

.....