

**WYROK**

**z dnia 23 czerwca 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Aneta Mlącka**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 czerwca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 czerwca 2014 r. przez wykonawcę **ELEKTROBUDOWA S.A., ul. Porcelanowa 12, 40-246 Katowice** w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Energetyka S.A. Oddział w Warszawie – Usługi Zakład Łódzki, ul. Tuwima 28, 90-002 Łódź**

przy udziale wykonawcy **REVICO S.A., Mirosław 39C, 09-472 Słupno** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. uwzględni odwołanie i nakazuje Zamawiającemu wezwanie wykonawcy Revico S.A. do uzupełnienia:
  - dokumentu potwierdzającego na dzień składania ofert spełnienie warunków udziału w postępowaniu odnoszącego się do wiedzy i doświadczenia niezbędnego do wykonania zamówienia (w zakresie potwierdzenia dostawy rozdzielnicy o napięciu 12kV),
  - dokumentu potwierdzającego na dzień składania ofert spełnienie warunku udziału w postępowaniu potwierdzającego zdolność ekonomiczną i finansową, tj. bilansu oraz rachunku zysków i strat za 2011 rok
  - dokumentów potwierdzających na dzień składania ofert spełnienie przez oferowane zabezpieczenie uREG wymagań Zamawiającego określonych w pkt 52 ppkt a) i b) oraz ppkt g), h), i) dokumentu pn. „Założenia techniczne dla rozdzielnicy 15 kV do stacji RPZ PKP 110/15 kV Fabryczna”

2. kosztami postępowania obciąża **PKP Energetyka S.A. Oddział w Warszawie – Usługi Zakład Łódzki, ul. Tuwima 28, 90-002 Łódź** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **ELEKTROBUDOWA S.A., ul. Porcelanowa 12, 40-246 Katowice** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **PKP Energetyka S.A. Oddział w Warszawie – Usługi Zakład Łódzki, ul. Tuwima 28, 90-002 Łódź** na rzecz wykonawcę **ELEKTROBUDOWA S.A., ul. Porcelanowa 12, 40-246 Katowice** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Łodzi.

**Przewodniczący:** .....

**UZASADNIENIE**

Zamawiający PKP Energetyka S.A. prowadzi postępowanie sektorowe o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na: „Dostawę rozdzielnic 15 kV dla stacji 110/15 kV dla RPZ PKP Łódź Fabryczna”. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się 5 kwietnia 2014 roku w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2014/S 068-117510.

Odwołujący Elektrobudowa S.A. wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego, polegających na dokonaniu czynności oceny oferty wykonawcy Revico S.A. pomimo, że wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona, dokonaniu czynności wyboru oferty wykonawcy Revico S.A. pomimo, że wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona, dokonaniu czynności wyboru oferty Revico S.A. pomimo, że oferta ta jest niezgodna z SIWZ, zaniechaniu czynności wykluczenia wykonawcy Revico S.A. i odrzucenia jego oferty pomimo, że wykonawca ten nie wskazał, w sposób wymagany w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, spełnienia wymogu posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia.

Zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 Prawo zamówień publicznych - poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Revico S.A. i odrzucenia jego oferty, na skutek nieuzasadnionego uznania, że dokumenty złożone przez tego wykonawcę potwierdzają spełnianie przez niego określonych w SIWZ wymogów posiadania wiedzy i doświadczenia niezbędnych do wykonania zamówienia oraz wymogów posiadania sytuacji ekonomicznej i finansowej umożliwiającej realizację zamówienia, art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Revico S.A. pomimo zaistnienia określonych tym przepisem przesłanek, tj. niezgodności treści oferty z SIWZ, art. 91 Prawo zamówień publicznych w związku z art. 7 ust. 3 ust. 3 Prawo zamówień publicznych poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, polegające na wyborze oferty wykonawcy Revico S.A. jako oferty najkorzystniejszej pomimo, że wykonawca ten nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu a złożona przez niego oferta jest niezgodna z SIWZ.

Wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, unieważnienie czynności Zamawiającego - czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności wykluczenia wykonawcy Revico S.A. oraz odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę, nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert pozostałych wykonawców, obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania, w tym kosztami wynagrodzenia pełnomocnika i nakazanie Zamawiającemu zwrotu kosztów Odwołującemu.

Zamawiający określił w pkt. 4 ppkt 1 lit a) SIWZ warunki udziału w postępowaniu, odnoszące się do wiedzy i doświadczenia niezbędne do wykonania zamówienia. Wskazał, że o udzielenie zamówienia może się ubiegać wykonawca, który: „zrealizował w okresie ostatnich 3 lat minimum 3 dostawy rozdzielnic 15 kV o wartości każdej minimum 1 milion złotych netto”.

6 maja 2014 r. Zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ w ww. zakresie, dopuszczając referencje z dostaw rozdzielnic średniego napięcia 12, 24 i 36 kV (wyjaśnienia treści SIWZ z 6 maja 2014 r., odpowiedź na pytanie nr 22).

Wykonawca Revico S.A. na potwierdzenie posiadania wiedzy i doświadczenia niezbędnych do realizacji zamówienia, przedstawił 3 listy referencyjne, z których jeden, wystawiony został przez spółkę Dalkia Łódź S.A. i potwierdzał dostawę rozdzielnic średniego napięcia o napięciu 6 kV.

W ocenie Odwołującego, powołanie się na doświadczenie w zakresie dostaw rozdzielnic 6 kV, jak czyni to wykonawca Revico S.A., jest w świetle postanowień SIWZ niedopuszczalne. W konsekwencji należy uznać, że wykonawca Revico S.A. wykazał, że w okresie ostatnich 3 lat zrealizował dwie, a nie trzy 3 dostawy rozdzielnic spełniające kryteria określone w SIWZ - jak wymagał tego Zamawiający.

Odwołujący wskazywał, że rozdzielnice na napięcie 6 kV, mimo że należą do tej samej grupy rozdzielnic średniego napięcia, znacznie różnią się od rozdzielnic na wyższe napięcia. Rozdzielnice te są prostsze w budowie, są mniejsze, różnią się istotnymi szczegółami konstrukcyjnymi oraz parametrami. Z uwagi na powyższe, zdaniem Odwołującego trudno przyjąć, że doświadczenie w zakresie rozdzielnic 6 kV jest wystarczające, do realizacji niniejszego zamówienia.

Zdaniem Odwołującego, dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawcy, który wykazał się doświadczeniem w zakresie dostawy rozdzielnic 6 kV, jest dyskryminujące wobec wykonawców, którzy nie ubiegali się o udzielenie zamówienia, gdyż dysponują doświadczeniem tylko w zakresie 6 kV. Zamawiający formułując wymogi udziału w postępowaniu jest nimi związany i nie może czynić wyjątków na rzecz jednego z wykonawców, gdyż stanowiłoby to przejaw nierównego traktowania podmiotów funkcjonujących na rynku.

Zamawiający sformułował szczegółowe wymogi odnoszące się do przedmiotu zamówienia w dokumencie pod nazwą „*Założenia techniczne dla rozdzielnic 15 kV do stacji RPZ PKP 110/15 kV Fabryczna*”, który zgodnie z pkt 2 ppkt 2.2. części A SIWZ stanowi załącznik do specyfikacji oraz jej integralną część.

Wyżej wymieniony dokument zawierał wymóg odnoszący się do minimalnego okresu gwarancji na oferowaną rozdzielnicę. Wymóg ten został sformułowany w sposób

następujący: „Požadany minimalny okres gwarancji (dla przedmiotu zamówienia) - 5 lat (chyba, że w SIWZ wymieniono osobny okres gwarancyjny dla konkretnych urządzeń). Okres gwarancji liczony od dnia dostawy potwierdzony protokołem odbioru” - pkt 95. W dalszej części przytoczonego dokumentu, Zamawiający zamieścił wskazówkę dotyczącą wykładni postanowień założeń technicznych: „ilekroć w wymaganiach mówiących, że rozdzielnica i wszelkie urządzenia „powinna”, „powinien spełniać” oznacza, że musi spełniać” - pkt 104.

W treści swojej oferty wykonawca Revico S.A. wskazał, że na cały przedmiot zamówienia udziela gwarancji na okres 36 miesięcy. Wykonawca Revico S.A. został wezwany przez Zamawiającego do potwierdzenia, że udziela 5-letniej gwarancji. W piśmie z 28 maja 2014 r. Revico S.A. potwierdził udzielenie gwarancji na 5 lat.

W argumentacji Odwołujący wskazał, że gdyby przyjąć, że wymóg 5-letniej gwarancji nie jest w istocie wymogiem, lecz rodzajem wskazówki dla wykonawców, jego umieszczenie w SIWZ nie miałyby sensu. Przyjmując kwestionowane założenie za prawdziwe trzeba uznać, że udzielenie gwarancji na okres jednego tygodnia, a nawet nie udzielenie jej wcale spełnia wymogi postawione przez Zamawiającego. Ponadto Odwołujący zwrócił uwagę, że udzielenie dłuższej gwarancji prowadzi do wzrostu kosztów, jakie wykonawca musi ponieść w celu realizacji zamówienia, a tym samym wzrostu ceny wskazanej w ofercie. Zamawiający w pkt. 104 założeń technicznych sformułował regułę interpretacyjną odnoszącą się do sformułowań „miękkich”. Odwołujący przyznał, że reguła ta nie odnosi się wprost do słowa „požadana”, jednak w ocenie Odwołującego świadczy o duchu, w jakim należy interpretować zapisy założeń technicznych i należy ją rozciągnąć również na wyraz „požadana”.

W ocenie Odwołującego bezsporna jest okoliczność, że Zamawiający żądał udzielenia 5-letniej gwarancji, gdyż sam wykonawca Revico S.A. „przyznał”, co w ocenie Odwołującego stanowiło w istocie niedozwoloną modyfikację treści oferty, że udziela gwarancji na okres 60 miesięcy.

Odwołujący zwrócił uwagę na art. 84 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym wykonawca może zmienić lub wycofać ofertę przed upływem terminu do składania ofert. Przytoczony przepis wyznacza granice swobody wykonawców przy modyfikowaniu treści ofert. W ocenie Odwołującego, z przytoczonego przepisu wynika zakaz modyfikowania bądź wycofania oferty po upływie terminu do jej złożenia, a już z całą pewnością po otwarciu ofert i zapoznaniu się wykonawców z cenami oraz okresem gwarancji udzielanymi przez pozostałych oferentów, co miało miejsce w niniejszym przypadku.

W treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Zamawiający żądał dołączenia do oferty „szczegółowych warunków gwarancji” - pkt. 8 ppkt 4 części B SIWZ. Odwołujący podniósł, że powyższy dokument nie został dołączony do oferty wykonawcy Revico S.A.,

który wezwany do wyjaśnień w tym zakresie w przytoczonym powyżej piśmie z 28 maja 2014 r. napisał: „*potwierdzamy, że udzielamy na przedmiot zamówienia szczegółowych warunków gwarancji, zgodnie z zapisami w projekcie umowy stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ.*”

W ocenie Odwołującego, już sam fakt, że Wykonawca Revico S.A. nie złożył powyższego dokumentu przesądza o niezgodności oferty Revico S.A. ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, jednak z ostrożności procesowej Odwołujący podkreślał, że z treści innych elementów oferty Revico S.A. również nie można wywnioskować szczegółowych warunków gwarancji odnoszących się do przedmiotu zamówienia.

W ocenie Odwołującego, braku dołączenia do oferty szczegółowych warunków gwarancji nie można sanować przez proste stwierdzenie „*potwierdzamy, że udzielamy na przedmiot postępowania szczegółowych warunków gwarancji, zgodnie z zapisami w projekcie umowy stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ*”, w pierwszej kolejności dlatego, że projekt umowy ma charakter blankietowy i zawiera wiele pustych miejsc (w tym zwłaszcza pole wskazujące na okres udzielanej gwarancji), a także dlatego, że Zamawiający żądał w tym zakresie odrębnego dokumentu (wymóg brzmiał: „*do oferty należy dołączyć szczegółowe warunki gwarancji*”). Nie można naprawić skutków braku dołączenia do oferty wymaganego dokumentu przez powołanie się na zgodność oświadczenia, które powinno być zawarte w tym dokumencie, z treścią SIWZ. Dodatkowo Odwołujący podkreślił, że już przez sam fakt złożenia oferty i wzięcia udziału w postępowaniu wykonawca potwierdza, że zamierza podpisać z Zamawiającym umowę według wzoru dołączonego do SIWZ. W tym zakresie wykonawcy nie potrzebują składać dodatkowych deklaracji. Jeżeli Zamawiający oczekiwał dołączenia do oferty szczegółowych warunków gwarancji oznacza to, że żądał czegoś ponad zwykłą deklarację o zgodności ofert wykonawcy z postanowieniami SIWZ.

Jeżeli Zamawiający sformułował wymóg dołączenia do oferty szczegółowych warunków gwarancji, to powinien być konsekwentny i egzekwować jego spełnienie od wszystkich wykonawców. Odstąpienie od tego wymogu w stosunku do wykonawcy, którego oferta zawiera najniższą cenę, należy uznać za nieuprawniony przejaw nierównego traktowania wykonawców, co jest niedopuszczalne na gruncie procedury przetargowej określonej w ustawie Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący podniósł także argument, że Wykonawca Revico S.A. nie przedstawił dokumentów potwierdzających jego ekonomiczno-finansową zdolność do realizacji zamówienia. Na potwierdzenie spełniania ww. warunków Zamawiający pierwotnie żądał: „bilansu oraz rachunku zysków i strat za rok 2012 oraz 2013 a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, za ten okres” - pkt 4 ppkt 4 lit. a części B SIWZ. W treści wyjaśnień do SIWZ z 6 maja 2014 r. Zamawiający, odpowiadając na pytanie nr 1, zmienił powyższy wymóg wskazując, że żąda: „*bilansu oraz rachunku zysków i strat za 3 ostatnie lata*”

*obrachunkowe a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, za ten okres”.*

Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 9 ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości przez rok obrotowy należy rozumieć: „rok kalendarzowy, lub inny okres 12 kolejnych pełnych miesięcy kalendarzowych, stosowany również do celów podatkowych”. Odwołujący argumentował, że powinny to być trzy odrębne dokumenty, dotyczące trzech kolejnych lat obrotowych. Dokumenty przedstawione przez Revico S.A. dotyczą tylko dwóch kolejnych lat obrotowych: okresu od 31.12.2011 r. do 31.12.2012 r. oraz od 31.12.2012 r. do 31.12.2013 r. W ocenie Odwołującego, w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, wykonawca Revico S.A. powinien przedstawić bilans oraz rachunek zysków i strat za jeszcze jeden rok obrotowy. W konsekwencji Odwołujący uznał, że wykonawca Revico S.A. nie przedstawił dokumentacji potwierdzającej, że posiada ekonomiczną i finansową zdolność realizacji zamówienia. Z uwagi na powyższe, zdaniem Odwołującego, wykonawca Revico S.A. powinien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona.

Uzasadnienie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp

W pkt. 14 założeń technicznych rozdzielnicy Zamawiający sformułował wymóg, zgodnie z którym: „przedziały kablowe poszczególnych celek powinny być wyposażone w nieotwieralne okienko rewizyjne (umożliwiające badanie kamerą termowizyjną)”. Odwołujący podniósł, że przedmiot oferty wykonawcy Revico S.A. nie spełnia tego wymogu, co potwierdza dołączona do jego oferty dokumentacja techniczna.

Zamawiający wymagał rozdzielnicy z układem SZR (pkt 41 założeń technicznych rozdzielnicy). Odwołujący wskazywał, że w opisie rozdzielnicy i na schemacie jednokreskowym nie ma informacji o zastosowanym układzie SZR, nie ma także informacji, że układ SZR jest realizowany przez sterownik połowy, w związku z czym nie można stwierdzić, czy oferowana rozdzielnica posiada układ SZR. W ocenie Odwołującego jest to istotny brak w ofercie wykonawcy Revico S.A., który świadczy o niezgodności jego oferty z treścią SIWZ.

Zgodnie z pkt. 22 założeń technicznych rozdzielnicy, oferowana rozdzielnica powinna być wyposażona w zabezpieczenie łukochronne, realizowane za pomocą czujników optycznych lub połączeń stykowych. Odwołujący podniósł, że w ofercie wykonawcy Revico S.A. brak informacji o sposobie zapewnienia ww. zabezpieczenia, w związku z czym nie można stwierdzić czy przedmiot oferowany przez tego wykonawcę jest w ogóle wyposażony w zabezpieczenie łuk ochronne, a jeśli tak, to na jakiej metodzie oparte jest to zabezpieczenie.

Odwołujący podniósł także zarzut, że rozdzielnica oferowana przez wykonawcę Revico S.A. nie posiada certyfikatów wymaganych przez Zamawiającego.

Odwołujący wskazywał także na niezgodność między treścią certyfikatu oraz DTR, a wymaganiami sformułowanymi przez Zamawiającego, dotyczy następujących kwestii:

a) zgodnie z wymaganiami SIWZ (załącznik do SIWZ - Założenia techniczne dla rozdzielnic 15kV - pkt 39) dla rozdzielnic wartość parametru „Odporność na działanie łuku wewnętrznego” powinna wynosić 1s - 31,5kA. Według certyfikatu oraz DTR wynosi jednak 1s - 20kA

b) Zgodnie z wymogiem określonym w SIWZ (załącznik do SIWZ - Założenia techniczne dla rozdzielnic 15kV - pkt 40) dla wyłącznika wartość parametru „prąd znamionowy wyłączalny” powinna wynosić 31,5 kA. Według certyfikatu dla wyłącznika wartość ta może wynosić jedynie: 12,5kA; 16kA; 25kA

c) Zgodnie z wymogiem określonym w SIWZ (załącznik do SIWZ - Założenia techniczne dla rozdzielnic 15kV - punkt 40) dla wyłącznika wartość parametru „prąd znamionowy wyłączalny” powinna wynosić 80 kA. Według certyfikatu na wyłącznik wartość ta może wynosić jednak 31,5kA, 40kA, 63kA

Odwołujący podniósł także zarzut, że oferta Wykonawcy Revico S.A. nie spełnia wymagań określonych w pkt 52 założeń technicznych rozdzielnic, wymagań nie spełniają również zabezpieczenia uREG:

a) wymagany był rejestrator zdarzeń do 1000 zdarzeń, z oferty wykonawcy Revico S.A. wynika, że uREG ma 225 raportów

b) wymagany był rejestrator zakłóceń 100s z częstotliwością próbkowania 2kHz, z oferty wykonawcy Revico S.A. wynika że zaproponowano max. 81,92s (2 x 40,96s)

Ponadto Odwołujący wskazał, że karta katalogowa sterownika uREG milczy na temat pozostałych wymogów sformułowanych w pkt. 52 założeń technicznych. Zgodnie z wymogiem sformułowanym przez Zamawiającego w ww. punkcie, dokumentacja techniczna dołączona do oferty powinna potwierdzać, że:

a) zaproponowany uREG ma rejestrator zakłóceń z częstotliwością 2kHz

b) zabezpieczenie umożliwia zabudowę 6 wejść lub 6 wyjść analogowych

c) zabezpieczenie umożliwia zabudowę 2 wyjść 0... 10V

d) zabezpieczenie umożliwia odwzorowanie do 8 łączników

Tym samym Zamawiający nie jest w stanie jednoznacznie stwierdzić, że przedmiot oferty Revico S.A. spełnia jego wymagania, w ww. zakresie.



W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie jest uprawniony do oparcia się wyłącznie na deklaracji, że oferowany produkt spełnia wymogi określone w SIWZ, lecz ma obowiązek zbadania, czy treść oferty jest zgodna z oświadczeniem. Zdaniem Odwołującego, gdyby Zamawiający dokonał czynności badania ofert z należytą starannością, doszedłby do wniosku, że produkt oferowany przez wykonawcę Revico S.A. nie spełnia wymogów określonych w SIWZ, w związku z czym oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona.

2. Uzasadnienie naruszenia art. 91 Pzp w związku z art. 7 ust. 3 Pzp

Odwołujący wskazywał także, że dokonanie wyboru oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ również stanowi naruszenie art. 91 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Brak wykazania przez wykonawcę Revico S.A. spełnienia wymogów posiada wiedzy i doświadczenia oraz sytuacji ekonomicznej i finansowej niezbędnej do realizacji zamówienia, skutkują koniecznością wykluczenia tego wykonawcy z postępowania, w związku z czym jego oferta powinna zostać automatycznie odrzucona. Wykonawca, który nie wykazał w żądany sposób spełnienia wymogów udziału w postępowaniu nie może pozyskać zamówienia, bowiem w sposób oczywisty narusza to reguły udzielania zamówień określone w ustawie Prawo zamówień publicznych. Zasada wyrażona w art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w sposób oczywisty wskazuje, że zamówienia publiczne mogą pozyskać wyłącznie wykonawcy wybrani zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. Oznacza to, że dokonanie wyboru oferty wykonawcy podlegającemu wykluczeniu z postępowania, skutkuje nie tylko naruszeniem przepisów regulujących kwestię dopuszczalności udziału w postępowaniu, jak i przepisów mówiących o konieczności odrzucenia oferty takiego wykonawcy, ale również naruszeniem ogólnej zasady wyrażonej w art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawo zamówień publicznych. Jest jednym z wykonawców, którzy złożyli ofertę w niniejszym postępowaniu, w przypadku potwierdzenia stawianych zarzutów miałyby szansę uzyskania przedmiotowego zamówienia.

W ocenie Izby zasadny okazał się zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wykonawca Revico S.A. nie przedstawił dokumentów potwierdzających jego ekonomiczno-finansową zdolność do realizacji zamówienia. Na potwierdzenie spełniania ww. warunków, Zamawiający w celu zbadania zdolności ekonomiczno – finansowej wykonawców żądał, aby przedstawili „bilans oraz rachunek zysków i strat za 3 ostatnie lata obrachunkowe a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, za ten okres.”

W ocenie Izby, powinny to być trzy odrębne dokumenty, dotyczące trzech kolejnych lat obrotowych. Bezsporne pomiędzy stronami jest, że Wykonawca Revico S.A. przedstawił dokumenty, które dotyczą tylko dwóch kolejnych lat obrotowych: okresu od 31.12.2011 r. do 31.12.2012 r. oraz od 31.12.2012 r. do 31.12.2013 r. W ocenie Izby, skoro Zamawiający żądał przedstawienia niezależnego bilansu i rachunku zysków i strat za okres trzech lat, to takie dokumenty powinien przedstawić wykonawca. Nie jest uzasadnione twierdzenie Zamawiającego, że w bilansie za rok 2012 znajduje się zestawienie za rok 2011. Po pierwsze należy zauważyć, że Zamawiający żądał pełnego bilansu, a nie np. jedynie danych zawartych w takim bilansie. Znajdujące się w bilansie za 2012 rok tabelaryczne końcowe zestawienie odnoszące się do roku 2011, nie stanowi bilansu za ten (2011 rok). Po drugie, Zamawiający rozszerzył wymaganie, początkowo Zamawiający w treści warunku określonego w SIWZ żądał: „bilansu oraz rachunku zysków i strat za rok 2012 oraz 2013, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, za ten okres”, po modyfikacji wyraźnie zażądał bilansu oraz rachunku zysków i strat za 3 ostatnie lata obrotowe. Tym samym sam Zamawiający uznawał, że bilans za lata 2012 i 2013 nie jest wystarczający. Żądanie od wykonawców bilansu za okres 3 ostatnich lat obrotowych, a następnie zmiana w trakcie badania i oceny ofert, polegająca na poprzestaniu żądania bilansu za 2 ostatnie lata obrotowe, stanowi nierówne traktowanie wykonawców.

Mając na uwadze powyższe, w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, Wykonawca Revico S.A. powinien przedstawić bilans oraz rachunek zysków i strat za jeszcze jeden rok obrotowy. Stąd Izba nakazała Zamawiającemu w treści sentencji niniejszego wyroku wezwanie Wykonawcy Revico S.A. do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego na dzień składania ofert spełnienie warunku udziału w postępowaniu, potwierdzającego zdolność ekonomiczną i finansową, tj. bilansu oraz rachunku zysków i strat za 2011 rok.

W ocenie Izby, nieuzasadniony jest zarzut konieczności uzupełnienia przez Wykonawcę Revico S.A. dokumentu zawierającego warunki gwarancji. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że nie był to dokument, który miał potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu lub spełnienia przez oferowane dostawy lub usługi wymagań postawionych w SIWZ. Był to dokument wyszczególniony w rozdziale dotyczącym opisu

sposobu przygotowania oferty, a więc wymogów formalnych, dotyczących oferty (jak zbindowanie, parafowanie, termin składania ofert), nie zaś warunków udziału w postępowaniu, czy też potwierdzających spełnienie przez oferowane dostawy lub usługi wymagań SIWZ.

Ponadto w ocenie Izby określenie, w którym wykonawca potwierdził, że jest związany warunkami gwarancji określonymi przez Zamawiającego w umowie, oznacza, że treść tej umowy stanowi jego zobowiązanie w zakresie obowiązków gwarancyjnych i dokumentem gwarancyjnym jest sama umowa. Zaoferowanie minimalnych warunków gwarancji, poprzez odniesienie jej warunków tylko do warunków gwarancji określonych przez Zamawiającego w umowie, nie może zostać uznane za sprzeczne z SIWZ.

Należy także zauważyć, że brak jest wzorców warunków gwarancji, dlatego też trudno jest jednoznacznie stwierdzić, aby zdanie sformułowane przez Wykonawcę Revico S.A. i jego odesłanie do warunków umowy, nie mogło być wystarczające dla spełnienia wymagania dołączenia warunków gwarancji.

W ocenie Izby stwierdzenie „*Pożyczany minimalny okres gwarancji (dla przedmiotu zamówienia) - 5 lat*” jest sformułowaniem nieostrym, wyrażającym jedynie życzenie, nie zaś obowiązek. Takie sformułowanie nie oznacza, że 5-letni okres gwarancji jest minimalnym okresem, spełniającym wymogi Zamawiającego. Podkreślenia wymaga, że nie został użyty także termin „powinien” w odniesieniu do długości okresu gwarancji, stąd w ocenie Izby nie ma zastosowania dyspozycja punktu 104 dokumentu pn. „Założenia techniczne dla rozdzielnic 15kV do stacji RPZ PKP 110/15kV FABRYCZNA”. Gdyby Zamawiający przy opisie długości okresu gwarancji wymagał, że okres ten „powinien wynosić” 5 lat, to zgodnie z pkt. 104 należałoby przyjąć, że jest to długość bezwzględnie wymagana przez Zamawiającego. Jednakże Zamawiający 5-letnią długość okresu gwarancji opisał jako „pożyczaną”. Ponieważ z treści SIWZ nie wynika, aby słowu „pożyczana/y” Zamawiający nadał swoiste znaczenie, przyjęć należy, że słowo to użyte zostało w potocznym jego rozumieniu.

Wykonawca Revico S.A oświadczył w treści oferty, że oferuje 36-miesięczny okres gwarancji. Powyższe oznacza, że choć nie zaoferował on 5-letniego terminu gwarancji, to nie można stwierdzić, że w zakresie okresu gwarancji oferta Wykonawcy Revico S.A. nie spełnia wymagań SIWZ. Jak powyżej wskazano, 5-letni termin gwarancji nie został określony przez Zamawiającego jako obowiązkowy.

Fakt, że Wykonawca Revico S.A. zmienił oświadczenie w trakcie badania i oceny ofert przez Zamawiającego i zaproponował 5-letni termin gwarancji jest w niniejszej sprawie indyferentny. Po pierwsze, takie oświadczenie nie spowodowało zmiany treści oferty tego wykonawcy, z uwagi na jednoznaczny zakaz zmiany treści oferty po upływie terminu składania ofert wynikający ustawy Prawo zamówień publicznych. Po drugie, w ofercie

Wykonawcy Revico S.A. zaofierowano 3-letni okres gwarancji i okres ten spełnia minimalne wymogi co do długości tego okresu, określone w SIWZ.

W ocenie Izby załączone do oferty karty katalogowe nie potwierdzają spełnienia przez oferowaną dostawę wymagań określonych w SIWZ przez Zamawiającego. Odwołujący wykazał, że przedstawione karty katalogowe zawierają inne niż wymagane przez Zamawiającego parametry techniczne rozdzielnicy. Wymagań Zamawiającego, określonych w pkt 52 założeń technicznych rozdzielnicy, nie spełniają zabezpieczenia uREG, tj. wymagany był rejestrator zdarzeń do 1000 zdarzeń, z oferty wykonawcy Revico S.A. wynika, że uREG ma 225 raportów, wymagany był rejestrator zakłóceń 100s z częstotliwością próbkowania 2kHz, z oferty wykonawcy Revico S.A. wynika że zaproponowano max. 81,92s (2 x 40,96s). Jednakże należy uznać, że karty katalogowe są standardowymi dokumentami wystawianymi przez producenta, zaś złożone przez wykonawcę Revico S.A. wyjaśnienia w zgłoszeniu przystąpienia wskazują, że wykonawca ten posiada dokumenty, które mogą potwierdzić spełnienie przez oferowane dostawy wymagań SIWZ. Należy podkreślić, że zgodnie z treścią SIWZ (odpowiedź na pytanie nr 15 dotycząca niezbędnych załączników do oferty) Wykonawcy byli zobowiązani przedstawić karty katalogowe wszystkich podzespołów i urządzeń przewidzianych do zastosowania w rozdzielnicy i dokumenty, potwierdzające spełnienie wymagań technicznych określonych przez Zamawiającego. Skoro więc wykonawca posiada dokumenty, które mogą potwierdzić spełnienie przez oferowaną rozdzielnicę wymagań SIWZ, a artykuł 26 ust. 3 nakazuje, aby Zamawiający wezwał wykonawcę do przedstawienia dokumentów potwierdzających spełnienie przez oferowane dostawy wymagań SIWZ, to należy uznać, że powyższe wypełnia dyspozycję art., 26 ust. 3 w związku z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W ocenie Izby wystarczającym jest zatem przedstawienie na okoliczność potwierdzenia spełnienia przez oferowaną rozdzielnicę dokumentów, które potwierdzają wymagane przez Zamawiającego parametry. Z tego względu Izba w sentencji wyroku nakazała wezwanie wykonawcy Revico S.A. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających na dzień składania ofert spełnienie przez oferowane zabezpieczenie uREG wymagań Zamawiającego określonych w pkt 52 ppkt a) i b) dokumentu pn. „Założenia techniczne dla rozdzielnicy 15 kV do stacji RPZ PKP 110/15 kV Fabryczna”.

Z treści przedstawionej referencji wynika, że wystawca referencji Dalki Łódź S.A. potwierdził, że Wykonawca Revico S.A. wykonał dostawę rozdzielnicy średniego napięcia 6kV typ RS-12. W ocenie Izby przedstawiona referencja potwierdza jedynie, że Wykonawca Revico S.A. dostarczył rozdzielnicę RS12 o mocy 6kV. Z treści wyjaśnień stron i przystępującego Revico S.A. wynika, że rozdzielnice RS 12 mogą posiadać napięcie 6 kV lub 12 kV, co wynika

posiadanych wewnątrz zespołów urządzeń. Zatem, skoro z referencji wynika jedynie, że dostarczona została rozdzielnica o napięciu 6 kV, nie można stwierdzić, aby wypełniało to wymaganie Zamawiającego o dostawie rozdzielnicy o napięciu 12 kV. Z tego też względu Izba nakazała Zamawiającemu wezwanie Przystępującego do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego na dzień składania ofert spełnienie warunków udziału w postępowaniu odnoszącego się do wiedzy i doświadczenia niezbędnego do wykonania zamówienia (w zakresie potwierdzenia dostawy rozdzielnicy o napięciu 12kV).

Zamawiający do treści SIWZ załączył dokument pn. „Założenia techniczne dla rozdzielnicy 15kV do stacji RPZ PKP 110/15kV FABRYCZNA”. W punkcie 103 zawarto stwierdzenie: „Badania typu muszą być prowadzone w certyfikowanych laboratoriach w zakresie wykonywania badań typu wyrobu. Badania muszą wykazać, że wszystkie parametry znamionowe i charakterystyki wymagane w niniejszej specyfikacji dotyczące urządzeń (rozdzielni, wyłączników oraz pozostałych aparatów) i zamieszczone w ofercie zostały potwierdzone. Zamawiający zastrzega sobie prawo do sprawdzenia technologii produkcji, uczestniczenia w próbach wyrobu, a także do przeprowadzenia wstępnego odbioru technicznego przed dostawą rozdzielnic.

Zamawiający udzielił odpowiedzi na jedno z pytań zadanych przez wykonawców. Odpowiedź brzmiała: „Opis technicznej części oferty powinien zawierać minimum: 1) Opis oferowanej rozdzielnicy, z którego będzie wynikało, że rozdzielnica będzie odpowiadała wymaganiom określonym przez Zamawiającego, 2) szczegółowy schemat oferowanej rozdzielnicy, 3) rysunki wymiarowe całej rozdzielnicy z uwzględnieniem wymiarów poszczególnych pól, 4) zestawienia podzespołów i urządzeń przewidzianych do zastosowania w rozdzielnicy, 5) zestawienia parametrów rozdzielnicy oraz parametry podzespołów i urządzeń przewidzianych do zastosowania w rozdzielnicy, 6) DTR i kartę katalogową oferowanej rozdzielnicy, 7) karty katalogowe wszystkich podzespołów i urządzeń przewidzianych do zastosowania w rozdzielnicy i dokumenty, potwierdzające spełnienie wymagań technicznych określonych przez Zamawiającego, 8) Certyfikat Zgodności potwierdzający, że oferowana rozdzielnica spełnia wymagania obowiązujących norm w zakresie badań typu, wystawiony przez Jednostkę Certyfikującą, 9) Certyfikaty Zgodności potwierdzające, że podzespoły i urządzenia przewidziane do zastosowania w rozdzielnicy spełniają wymagania obowiązujących norm w zakresie badań typu, wystawiony przez Jednostkę Certyfikującą (...)”.

W ocenie Izby powyżej przytoczona odpowiedź nie stanowi, że wykonawcy byli zobowiązani do przedstawienia wyników badań (zrealizowanych przez certyfikowane laboratorium)

wszystkich parametrów urządzenia wymienionych w SIWZ. Treść odpowiedzi na pytanie nr 15 zawiera wprost wymienione dokumenty, które należy przedstawić w ofercie. Wskazany w punkcie 8 Certyfikat Zgodności potwierdzać ma, że oferowana rozdzielnica spełnia wymagania obowiązującej normy, nie zaś przedstawiać wyniki badań dla oferowanej rozdzielnicy. Tym samym zarzut niezgodności danych zawartych w certyfikacie (str. 14 odwołania pkt a-c) nie jest zasadny, gdyż wymagania Zamawiającego stanowiły, aby certyfikaty potwierdzały zgodność z normą, nie zaś wszystkie parametry techniczne będące wynikiem badań.

Należy mieć na uwadze, że punkt 103 dokumentu pn. „Założenia techniczne dla rozdzielnicy 15kV do stacji RPZ PKP 110/15kV FABRYCZNA” stanowi element wymagań, które Zamawiający postawił względem rozdzielnicy, która dopiero ma zostać zaoferowana, po podpisaniu umowy z wybranym wykonawcą. Punkt ten dotyczy badań, które mają zostać przeprowadzone po tuż przed dostawą rozdzielnicy. W ocenie Izby brak jest powiązania pomiędzy odpowiedzią na pytanie nr 15 a punktem 103 dokumentu pn. „Założenia techniczne dla rozdzielnicy 15kV do stacji RPZ PKP 110/15kV FABRYCZNA”.

Należy także wskazać, że nie jest zasadny zarzut niezgodności oferty Przystępującego z treścią SIWZ. Przystępujący na str. 56 oferty przedstawił tabelę, w której wyszczególnił parametry oferowanej rozdzielnicy. Wskazał, że dla oferowanej rozdzielnicy wartość parametru „odporność na działanie łuku wewnętrznego” wynosi 31,5 kA/1s, co jest zgodne z wymaganiami Zamawiającego. Wykonawca w tabeli tej podał także dane dotyczące prądu znamionowego 31,5 kA, 80 kA – co również odpowiada postanowieniom SIWZ. Powyższe oznacza, że wykonawca złożył ofertę zgodnie z wymaganiem SIWZ.

W ocenie Izby bezzasadny jest także zarzut niezgodności oferowanego przez Wykonawcę Revico S.A. produktu z treścią SIWZ. W pkt. 14 założeń technicznych rozdzielnicy Zamawiający sformułował wymóg, zgodnie z którym: *„przedziały kablowe poszczególnych celek powinny być wyposażone w nieotwieralne okienko rewizyjne (umożliwiające badanie kamerą termowizyjną)”*. Odwołujący podniósł zarzut, że przedmiot oferty Wykonawcy Revico S.A. nie spełnia tego wymogu, co potwierdza dołączona do jego oferty dokumentacja techniczna. Należy wskazać, że poza ogólnym stwierdzeniem, Odwołujący nie przedstawił dowodu na tę okoliczność. Izba ustaliła, że do oferty Wykonawcy Revico S.A. został załączony ogólny rysunek. Rysunek przedstawia także dolne drzwi rozdzielnicy, które zawierają okienko. Na podstawie rysunku nie można z całą pewnością stwierdzić, że Wykonawca Revico S.A. zaoferował rozdzielnicę, której okienko jest nieotwieralne i uniemożliwia badanie kamerą termowizyjną. Należy podkreślić, że ciężar dowodu, że oferta wykonawcy jest niezgodna z wymaganiami SIWZ spoczywa na Odwołującym. Ponieważ okoliczność braku zgodności z SIWZ w zakresie nie została wykazana, Izba uznała zarzut za

bezzasadny.

Odwołujący podnosił, że załączona do oferty Przystępującego karta katalogowa sterownika uREG nie przedstawia potwierdzenia wymogów sformułowanych przez Zamawiającego w pkt. 52 założeń technicznych. Zgodnie z wymogiem sformułowanym przez Zamawiającego w ww. punkcie, dokumentacja techniczna dołączona do oferty powinna potwierdzać, że: zaproponowany uREG ma rejestrator zakłóceń z częstotliwością 2kHz, zabezpieczenie umożliwia zabudowę 6 wejść lub 6 wyjść analogowych, zabezpieczenie umożliwia zabudowę 2 wyjść 0- 10V, zabezpieczenie umożliwia odwzorowanie do 8 łączników. Izba podziela stanowisko Odwołującego, że wobec braku przedstawienia powyższych danych w ofercie, Zamawiający nie jest w stanie jednoznacznie stwierdzić, że przedmiot oferty Revico S.A. spełnia jego wymagania, w ww. zakresie. Zamawiający nakazał w treści SIWZ, aby wykonawcy przedstawili w ofercie karty katalogowe wszystkich podzespołów i urządzeń przewidzianych do zastosowania w rozdzielnicy i dokumenty, potwierdzające spełnienie wymagań technicznych przez Zamawiającego. Zamawiający jest zobowiązany do dokładnego zbadania ofert wykonawców. Skoro Zamawiający wymagał w treści SIWZ złożenia określonych dokumentów, powinien konsekwentnie wymagać ich od wszystkich wykonawców, a brak ich złożenia powinien skutkować zastosowaniem procedury przewidzianej w art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 25. Tym samym Przystępujący powinien przedstawić dokumenty potwierdzające na dzień składania ofert powyższe parametry techniczne dotyczące rozdzielnicy. Wobec braku przedstawienia dokumentów potwierdzających powyższe parametry techniczne, wykonawca powinien zostać wezwany przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 w związku z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia dokumentów potwierdzających na dzień składania ofert spełnienie przez oferowane zabezpieczenie uREG wymagań Zamawiającego, w tym określonych w pkt 52 ppkt g), h), i) dokumentu pn. „Założenia techniczne dla rozdzielnicy 15 kV do stacji RPZ PKP 110/15 kV Fabryczna”.

Odwołujący wycofał zarzut dotyczący nie przedstawienia w ofercie Wykonawcy Revico S.A. certyfikatów wymaganych przez Zamawiającego dla oferowanej rozdzielnicy.

Nadto Odwołujący oświadczył w trakcie rozprawy, że informacje dotyczące zaoferowanego przez Wykonawcę Revico S.A. układu SZR i zabezpieczeń łukochronnych wynikają z treści oferty. Tym samym Izba uznała, że Odwołujący nie podtrzymywał zarzutu dotyczącego niezgodności treści oferty Wykonawcy Revico S.A. z treścią SIWZ w zakresie punktu 41 i 22 założeń technicznych dla wymaganej rozdzielnicy. Izba ustaliła, że na stronie 45 oferty Wykonawca Revico S.A. wskazano, że rozdzielnica jest wyposażona w zabezpieczenia łukochronne, co odpowiada wymaganiom SIWZ. Nadto Izba wzięła pod uwagę wyjaśnienia

Wykonawcy Revico S.A., że na str 45 oferty tego Wykonawcy w polu nr 1 zostanie zainstalowane urządzenie uREG, które w połączeniu z zapisem w karcie katalogowej znajdującej się na str. 76 oferty odpowiada zdolności automatu SZR. Wobec braku sporu w tym zakresie i oświadczeniu Odwołującego, że wyjaśnienia są przekonujące, Izba uznała zarzuty za bezzasadne.

Zasada wyrażona w art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w sposób oczywisty wskazuje, że zamówienia publiczne mogą pozyskać wyłącznie wykonawcy wybrani zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. W tym znaczeniu można uznać, że Zamawiający naruszył tę zasadę, dokonując wyboru oferty Wykonawcy Revico S.A. w sytuacji, gdy oferta ta nie została należycie zbadana i oceniona.

Izba postanowiła o oddaleniu wniosku o przesłuchanie świadków i biegłego na okoliczność zgodności oferowanych parametrów w ofercie przystępującego z wymaganiami SIWZ. Okoliczności te stanowią stanowisko strony, bowiem to zamawiający jest zobowiązany do badania treści oferty i stwierdzenia zgodności oferowanych parametrów z SIWZ. W ocenie Izby nie zostały wskazane inne obiektywne okoliczności jakie miałyby potwierdzać świadek. Należy wskazać, że parametry zostały ujawnione zarówno w dokumentacji przystępującego, jak i w SIWZ, zatem ocena spełnienia tych parametrów nie wymaga konieczności przesłuchania świadka i jest możliwa do wykazania przez strony. Powołanie biegłego w sytuacji, gdy obowiązkiem Zamawiającego jest wskazywać dowody w zakresie oceny zgodności oferty z treścią SIWZ zmierzałoby do jedynie do przedłużenia postępowania.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

**Przewodniczący:**

.....