

**WYROK**  
**z dnia 2 października 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Marek Koleśnikow**

**Protokolant: Natalia Dominiak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **28 września 2015 r.** w Warszawie odwołania z dnia **18 września 2015 r.** wniesionego przez wykonawcę **ABB Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Żegańska 1, 04-713 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **TAURON Dystrybucja S.A. z siedzibą w Krakowie, ul. Jasnogórska 11, 31-358 Kraków,**

przy udziale

wykonawcy **JM-TRONIC Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Wapienna 43/45, 04-691 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje dokonanie:**

- 1) unieważnienia czynności badania i oceny ofert w części (zadaniu) nr 1;
- 2) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części (zadaniu) nr 1 **wykonawcy JM-TRONIC sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie;**
- 3) wezwania wykonawcy **JM-TRONIC sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w części (zadaniu) nr 1 do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych oraz dokonanie wezwania tego wykonawcy do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych;
- 4) badania, oceny ofert i wyboru oferty w części (zadaniu) nr 1.

**2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę JM-TRONIC Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Wapienna 43/45, 04-691 Warszawa**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **ABB Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Żegańska 1, 04-713 Warszawa**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez wykonawcę **JM-TRONIC Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Wapienna 43/45, 04-691 Warszawa** na rzecz wykonawcy **ABB Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Żegańska 1, 04-713 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473, z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915, 1146 i 1232 oraz z 2015 r. poz. 349, 478 i 605) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

**Przewodniczący:** .....

### Uzasadnienie

**Zamawiający TAURON Dystrybucja S.A z siedzibą w Krakowie, ul. Jasnogórska 11, 31-358 Kraków** wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Dostawa wyłączników SN na potrzeby TAURON Dystrybucja S.A. oraz TAURON Dystrybucja Serwis S.A.«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej **25.07.2015 r.** pod nrem **2015/S 142-262898**.

Postępowanie jest prowadzone na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473, z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915, 1146 i 1232 oraz z 2015 r. poz. 349, **478 i 605**) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

**Zamawiający** zawiadomił **08.09.2015 r.** o wyborze najkorzystniejszej oferty **wykonawcy JM-TRONIC sp. z o.o.**

**Wykonawca ABB sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Zegańska 1, 04-713 Warszawa**, zgodnie z **art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp**, wniósł **18.09.2015 r.** do Prezesa KIO odwołanie w zakresie **części nr 1**.

**Odwołujący** zarzucił **zamawiającemu** naruszenie **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp** przez zaniechanie odrzucenia oferty **wykonawcy JM-TRONIC sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej wykonawca JM-TRONIC)** dotyczącej zadania nr 1, pomimo że nie była ona zgodna z **SIWZ**.

**Odwołujący** wniósł o nakazanie **zamawiającemu**:

- 1) unieważnienia czynności z **08.09.2015 r.** polegającej na wyborze oferty **wykonawcy JM-TRONIC** jako najkorzystniejszej w zadaniu nr 1;
- 2) odrzucenia oferty **wykonawcy JM-TRONIC** dotyczącej zadania nr 1;
- 3) dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty **odwołującego** dotyczącej zadania nr 1 jako najkorzystniejszej.

Argumentacja **odwołującego**

**Zamawiający** określił przedmiot zamówienia w **rozd. 2 pkt 2.1.1 specyfikacji** w sposób następujący:

»**2.1.1.** Przedmiotem zamówienia jest dostawa fabrycznie nowej aparatury łączeniowej – wyłączników mocy SN na potrzeby **TAURON Dystrybucja S.A. oraz TAURON Dystrybucja Serwis S.A.**«.

**Zamawiający** zgodnie z postanowieniami **pkt 2.2 SIWZ** dopuścił składanie ofert częściowych. Przedmiot zamówienia został podzielony na 3 części (3 zadania):

Zadanie nr 1 – Dostawa wyłączników wewnętrznych, próżniowych 12 kV, 17,5 kV, 24 kV.

Zadanie nr 2 – Dostawa wyłączników napowietrznych 36 kV próżniowych lub w izolacji SF6.

Zadanie nr 3 – Dostawa wyłączników 36 kV wewnętrznych, próżniowych.

**Odwołujący** złożył ofertę na wszystkie trzy zadania, zaś **wykonawca JM-TRONIC** tylko na zadanie nr 1.

**Przedmiotem odwołania jest tylko zadanie nr 1.**

Zgodnie z **pkt 3.3 SIWZ zamawiający** wymagał od wykonawców określonych dokumentów i oświadczeń na potwierdzenie wymagań określonych w **SIWZ**. Zgodnie z tym punktem oferowany produkt ma spełniać wymagane przez **zamawiającego** parametry techniczno-użytkowe określone w szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia, o którym mowa w **pkt 2.1.2 SIWZ**.

Na potwierdzenie spełniania tego wymagania **wykonawca** obowiązany jest załączyć do oferty dla zadania nr 1:

- »– wypełnioną charakterystykę techniczną (wg **załącznika nr 2 do umowy**),
- karty katalogowe zawierające dane techniczne zaoferowanych wyłączników,
- certyfikat potwierdzający wykonanie badań typu na zgodność wyrobu z normami PN-EN 62271-100:2009 i PN-EN 62271-1:2009 wydany przez jednostkę badawczą akredytowaną przez Polskie Centrum Akredytacji (dotyczy wszystkich zaoferowanych wyrobów)«.

(**dowód: str. 13 pkt 3.3.1.1 i str. 63 (tabela) SIWZ**).

Ponadto **zamawiający** powtórnie potwierdził wymóg załączenia ww. dokumentów w **pkt 4.2.1.5 SIWZ**.

(**dowód: str. 17 pkt 4.2.1.5 SIWZ**).

W ofercie **wykonawcy JM-TRONIC** można odnaleźć następujące wypełnione dokumenty bądź informacje dotyczące potwierdzenia wymagań określonych w **SIWZ**:

- 1) Załącznik nr 9 do SIWZ – załącznik nr 2 do Umowy 2015/TD-CN/TD-CN/02903/5 „Charakterystyka techniczna. Opis przedmiotu zamówienia i zestawienie ilościowe wyłączników SN” dla zadania nr 1 (**dowód: str. 27 i n. oferty**);

- 2) informacja z załączonego przez **wykonawcę JM-TRONIC** katalogu oferowanych wyłączników mówiąca o „2. Parametry techniczne wyłączników VC-1 ; 2.1 Dostępne wykonania wyłącznika VC-1” (**dowód**: str. 36 oferty);
- 3) certyfikat zgodności nr DN/083/2013; załączony zgodnie z wymogiem **zamawiającego** na potwierdzenie spełnienia wymogów **pkt 3.3.1.1.c SIWZ** (**dowód**: str. 100 i 101 oferty)”.

Z ww. dokumentów i informacji pochodzących z oferty **wykonawcy JM-TRONIC** wynika, że:

- 1) **wykonawca JM-TRONIC** zaoferował **zamawiającemu** wyłącznik VC-1 o parametrach 12 kV 2500A 25 kA i podziałce biegunowej 275 mm w liczbie 3 szt. (**dowód**: str. 27 oferty poz. 2 z tabeli) – jednocześnie z załączonego od oferty katalogu (**dowód**: str. 36 oferty) wynika, że taka wersja nie jest dostępna i **wykonawca JM-TRONIC** nie posiada takiego wyłącznika w swojej ofercie;
- 2) **wykonawca JM-TRONIC** na str. 27 oferty bardzo precyzyjnie określił parametry i wykonania oferowanych wyłączników napięcia 12, 17,5 i 24 kV; prądy znamionowe 630, 1250 i 2500 A; prądy zwarciove wyłączalne 16 kA, 20 kA i 25 kA (**dowód**: str. 27 oferty); dołączony do oferty certyfikat zgodności DN/083/2013 (**dowód**: str. 100 i 101 oferty) mający potwierdzić spełnienie wymogu **zamawiającego** opisanego w **pkt 3.3.1.1 SIWZ** tj. certyfikat potwierdzający wykonanie badań typu na zgodność wyrobu z normami PN-EN 62271-100:2009 i PN-EN 62271-1:2009 wydany przez jednostkę badawczą akredytowaną przez Polskie Centrum Akredytacji (dotyczy wszystkich zaoferowanych wyrobów) odnosi się jednak tylko i wyłącznie do wyłączników o parametrach odpowiednio: dla 12 kV 40 kA; 17,5 kV 31,5 kA; 24 kV 25 kA , a zatem nie może mieć on zastosowania do zaoferowanych przez **wykonawcę JM-TRONIC** aparatów; innymi słowy – zaoferowane przez **wykonawcę JM-TRONIC** wyłączniki opisane na str. 27 oferty nie są objęte certyfikatem dołączonym do oferty na str. 100 i 101.

Ponadto **odwołujący** załącza pismo z Instytutu Elektrotechniki w Warszawie z **17.09.2015 r.** (instytucji wystawiającej wspomniany certyfikat). W przedmiotowym piśmie wyraźnie wskazano, że dla wyłączników próżniowych typu VC-1 produkcji **wykonawcy JM-TRONIC**:

- 12 kV certyfikat nie ma zastosowania cyt.: „nie dotyczy prądów 16, 20, 25 i 31,5 kA;
- 17,5 kV certyfikat nie ma zastosowania, cyt.: „nie dotyczy prądów 16, 20 i 25 kA;
- 24 kV certyfikat nie ma zastosowania, cyt. „nie dotyczy prądów 16 i 20 kA”.
- (**dowód**: pismo z Instytutu Elektrotechniki z **17.09.2015 r.**).

Oznacza to zdaniem **odwołującego**, że wyłączniki próżniowe zaoferowane przez **wykonawcę JM-TRONIC** w **zadaniu nr 1a** opisane na **str. 27** oferty **wykonawcy**

**JM-TRONIC** nie posiadają certyfikatu potwierdzającego wykonanie badań typu na zgodność wyrobu z normami PN-EN 62271-100:2009 i PN-EN 62271-1:2009 wydanego przez jednostkę badawczą akredytowaną przez Polskie Centrum Akredytacji – dotyczy to wszystkich zaoferowanych wyrobów. Ponadto wyłącznik opisany w **pkt 2 tabeli ze strony 27 oferty wykonawcy JM-TRONIC** nie jest ujęty na karcie katalogowej zawierającej dane techniczne zaoferowanych wyłączników. Wszystko to stanowi naruszenie ww. postanowień **SIWZ**.

**Odwołujący** przesłał w terminie kopię odwołania **zamawiającemu 18.09.2015 r.** (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

**Zamawiający** przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **21.09.2015 r.** (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

**23.09.2015 r.** wykonawca **wykonawcy JM-TRONIC** złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) **zamawiającego** i (3) **odwołującego**, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie **zamawiającego** do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

**Zamawiający** wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy **25.09.2015 r.** (art. 186 ust. 1 Pzp).

**Zamawiający** uwzględnił odwołanie.

Przystępujący po stronie **zamawiającego** wniósł sprzeciw do uwzględnienia w całości odwołania przez zamawiającego **28.09.2015 r.** (art. 186 ust. 4 Pzp).

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, że odwołanie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w **art. 179 ust. 1 Pzp**, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez **odwołującego**.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez **zamawiającego**, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie Izby, zarzut naruszenia **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp** – przez zaniechanie odrzucenia oferty **wykonawcy JM-TRONIC**, pomimo że nie była ona zgodna z **SIWZ** – zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że **zamawiający** wymagał załączenia do oferty certyfikatów na oferowane produkty. Stanowił o tym **pkt 3.3.1.1 lit. c (str. 13) specyfikacji**. Postanowienie to brzmi »Dla zadania nr 1 należy dołączyć [...] certyfikat potwierdzający wykonanie badań typu na zgodność wyrobu z normami PN-EN 62271-100:2009 i PN-EN 62271-1:2009 wydany przez jednostkę badawczą akredytowaną przez Polskie Centrum Akredytacji (dotyczy wszystkich zaoferowanych wyrobów)«.

**Wykonawca JM-TRONIC** nie załączył odpowiednich certyfikatów, a mimo to **zamawiający** dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty tego **wykonawcy**.

**Odwolujący** stwierdził na rozprawie cyt. »**Przystępujący** wybiórczo powołuje się na postanowienia normy 62271-100. Celowo pomija załączniki **L1** i **L2.1**, które odnoszą się bezpośrednio do równoważności i możliwości przypisania niższych parametrów, niż w badanym egzemplarzu. Szczegółowo chodzi o próby łączenia prądu 10%, 30% i 60%«. A na rozprawie sam **przystępujący** stwierdził cyt. »być może badania nie były przeprowadzone zgodnie z załącznikiem **L**«. Ponadto na rozprawie **przystępujący** złożył jako dowód dokument zastrzeżony dla stron, a więc sam **zamawiający** nie miał możliwości wglądu do tego dokumentu. Dlatego Izba musi stwierdzić, że **zamawiający** nie mający możliwości wglądu do tych materiałów nie mógł dokonać w pełni podstawnie badania ofert i nie mógł zakwalifikować oferty **przystępujący** jako niepodlegającej odrzuceniu. W związku z tym Izba uznała zarzut naruszenia **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp** – przez zaniechanie odrzucenia oferty **wykonawcy JM-TRONIC**, pomimo że nie była ona zgodna z **SIWZ** – zasługuje na uwzględnienie.

Z tego względu **zamawiający** będzie miał obowiązek unieważnienia czynności z **08.09.2015 r.** polegającej na wyborze oferty **wykonawcy JM-TRONIC** jako najkorzystniejszej w zadaniu nr 1 i **zamawiający** będzie musiał dokonać ponownego badania i oceny ofert oraz dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej.

Z powyższych względów uwzględniono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie **art. 192 ust. 9 i 10 Pzp**, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie **3 600,00 zł** zgodnie z **§ 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b rozporządzenia** Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....