

**WYROK**  
z dnia 14 lutego 2014 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Kuciak**

**Protokolant: Paulina Nowicka**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 lutego 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 stycznia 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum firm: RUTEX Sp. z o.o., J..... L..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą F.H.U. ELIOT J..... L....., ENERGOKABEL Sp. z o.o., ENERGO-MARKET ZET Sp. z o.o., P.P.H.U. MACHBUD Sp. Jawna T..... M....., A..... K....., P.P.H.U. PROSPER Sp. z o.o., ul. Św. Rocha 175, 42-200 Częstochowa** w postępowaniu prowadzonym przez **TAURON Dystrybucja S.A., Jasnogórska 11, 31-358 Kraków,**

przy udziale wykonawcy **ASAJ Sp. z o.o., ul. Tetmajera 1, 08-110 Siedlce** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Konsorcjum firm RUTEX Sp. z o.o., J..... L..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą F.H.U. ELIOT J..... L....., ENERGOKABEL Sp. z o.o., ENERGO-MARKET ZET Sp. z o.o., P.P.H.U. MACHBUD Sp. Jawna T..... M....., A..... K....., P.P.H.U. PROSPER Sp. z o.o., ul. Św. Rocha 175, 42-200 Częstochowa i:**

**2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum firm: RUTEX****

**Sp. z o.o., J..... L..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą F.H.U. ELIOT J..... L....., ENERGOKABEL Sp. z o.o., ENERGO-MARKET ZET Sp. z o.o., P.P.H.U. MACHBUD Sp. Jawna T..... M....., A..... K....., P.P.H.U. PROSPER Sp. z o.o., ul. Św. Rocha 175, 42-200 Częstochowa** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Konsorcjum firm RUTEX Sp. z o.o., J..... L..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą F.H.U. ELIOT J..... L....., ENERGOKABEL Sp. z o.o., ENERGO-MARKET ZET Sp. z o.o., P.P.H.U. MACHBUD Sp. Jawna T..... M....., A..... K....., P.P.H.U. PROSPER Sp. z o.o., ul. Św. Rocha 175, 42-200 Częstochowa** na rzecz **TAURON Dystrybucja S.A., Jasnogórska 11, 31-358 Kraków** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 907) 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 prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „dostawa ograniczników przepięć nN/SN/WN na potrzeby TAURON Dystrybucja S.A.” Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 listopada 2013 r. pod numerem 398506-2013.

W niniejszym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie w zakresie zadania nr 2, wobec zaniechania odrzucenia oferty ASAJ Sp. z o.o. z siedzibą w Siedlcach (dalej: „ASAJ”) pomimo, że oferta tego Wykonawcy podlega odrzuceniu ze względu na niezgodność jej treści z treścią SIWZ, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a w konsekwencji również art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji. Mając na względzie powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie Zamawiającemu w ramach zadania nr 2 unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty ASAJ, a w konsekwencji dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Ponadto, Odwołujący wniósł o zasądzenie od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez Odwołującego.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący wskazał, że wymaganie określone w SIWZ, dotyczące parametru wewnętrznych wyładowań niepełnych zamawianego ogranicznika ( $< 5 \text{ pC}$ ) nie jest spełnione przez produkt oferowany przez ASAJ. Z uzupełnionych dokumentów wynika bowiem wyraźnie, że oferowane ograniczniki spełniają wymóg normy PN-EN 60099-4 ze zmianą A2:2009 ( $< 10 \text{ pC}$ ), ale nie spełniają parametru zaostrożonego przez Zamawiającego, chcącego nabyć produkt o jeszcze większej trwałości niż wymaga norma.

Odwołujący wskazał, że do parametru wewnętrzne wyładowania niepełne odnosi się przedłożone na wezwanie Zamawiającego Sprawozdanie Nr/Test Report No 7997/NBR/10. Badanie momentu zginającego ogranicznika, którego dotyczy przedmiotowy raport sprawdza wytrzymałość mechaniczną ogranicznika na zginanie. Jak wyjaśnia Odwołujący, taka wytrzymałość jest potrzebna w warunkach praktycznego użytkowania ogranicznika - np. wtedy, gdy po wichurze spadająca gałąź obciąży ogranicznik lub kiedy wystąpi oblodzenie linii energetycznej. Obowiązek i sposób przeprowadzenia badania reguluje norma obowiązująca Wykonawców w niniejszym postępowaniu, a więc PN-EN 60099-4 ze zmianą A2:2009 (zgodnie z „Charakterystyką techniczną”, część B, ust. 7 pkt a),

str. 38 SIWZ). Jak wskazuje aktualna norma (zmiana A2: 2009) w przypadku badania momentu zginającego przeprowadzane są najpierw badania przygotowawcze (przed próbą/before test) a następnie wykonywane są badania właściwe (po próbie/after test, tj. po zginaniu ogranicznika, będącym odzwierciedleniem sytuacji mogących wystąpić w trakcie jego eksploatacji). W trakcie obu badań sprawdza się m.in. poziom wewnętrznych wyładowań niepełnych (WN). Badanie wstępne (przed próbą/before test) sprawdza poziom WN ogranicznika w warunkach „pudełkowych” i daje dane porównawcze do wyników badania właściwego (po próbie/after test). Badanie właściwe (po próbie/after test) pokazuje, jaki jest poziom WN ogranicznika poddanego zginaniu, jakie występuje przy jego naturalnym użytkowaniu. Zginanie ogranicznika może bowiem doprowadzić do uszkodzeń wewnętrznych izolacji ogranicznika i wystąpienia szczelin powietrznych a co za tym idzie - zwiększenia poziomu WN.

Przywołana przez Zamawiającego w SIWZ norma wskazuje też, że badanie momentu zginającego wykonuje się na trzech próbkach (trzech sztukach) ograniczników poddawanych badaniu - test jest oceniony pozytywnie, jeśli wszystkie trzy próbki osiągną oczekiwany wynik. Odwołujący zauważył, że jak wynika ze strony 8 (strona 8/18) Sprawozdania, które ASAJ dołączył do pisma z dnia 9 stycznia 2014 r., wiersz 5 od dołu - badanie WNZ (wyładowania niepełne) oferowanych ograniczników po próbie zginającej/after test dało w przypadku jednej próbki oferowanego urządzenia (No 19570) wynik  $< 2$ , a w przypadku kolejnych dwóch próbek (No 19574 i No 19575) wynik  $< 10$ . Oznacza to, że parametr wewnętrzne wyładowania niepełne dla oferowanych przez ASAJ ograniczników wynosi  $< 10$  pC, a nie jak wymagał Zamawiający  $\leq 5$ .

#### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:**

Zgodnie z rozdziałem III SIWZ, szczegółowy opis przedmiotu zamówienia w postępowaniu ujęty został w Załączniku nr 2 do SIWZ, tj. Formularzu wyceny oraz w Załączniku nr 2 do projektu umowy pn.: „Charakterystyka techniczna”, zawierającym parametry techniczne oferowanych ograniczników przepięć nN/SN/WN. Wśród parametrów konstrukcyjnych Zamawiający wymienił wewnętrzne wyładowania niepełne na poziomie  $\leq 0,5$  pC. Jednocześnie w rozdziale XIV pkt. 1.9. SIWZ Zamawiający wskazał, że oferta musi zawierać m.in. karty katalogowe z opisem parametrów technicznych oferowanych wyrobów.

Zauważyć również należy, że w części B dokumentu „Charakterystyka techniczna” (dotyczącej Zadania 2), w ust. 7 pkt a) (str. 38 SIWZ) Zamawiający postanowił, iż wyrób powinien spełniać wymagania aktualnej normy PN-EN 60099-4 (a więc PN-EN 60099-4 ze zmianą A2:2009), natomiast w części ogólnej dokumentu „Charakterystyka techniczna” Zamawiający wskazał, że podane przez niego wymagania techniczne należy traktować jako minimalne, wymagane do spełnienia przez oferowane wyroby oraz, że w przypadku, gdy

wymagania podane w specyfikacji są bardziej rygorystyczne od wymagań zawartych w dokumentach normatywnych, należy się stosować do wymagań zawartych w specyfikacji (str. 35 SIWZ).

Pismem z dnia 11 grudnia 2013 r. (odpowieź na pytanie nr 10 do SIWZ) Zamawiający dokonał zmiany powyższego postanowienia SIWZ informując, że „w załączniku nr 2 do umowy, w rozdziale B, ust 2 zapis pkt f) i rozdziale C, ust 2 zapis pkt b) ulegają zmianie na następujące: wewnętrzne wyładowania niezupełne  $\leq 5$  pC.” Zgodnie zaś z normą PN-EN 60099-4 przedmiotowy parametr wewnętrzne wyładowania niezupełne nie może być wyższy niż 10 pC.

W treści oferty ASAJ nie znalazła się wymagana informacja odnosząca się do parametru technicznego oferowanych ograniczników w zakresie wewnętrznych wyładowań niezupełnych.

Z tego powodu pismem z dnia 3 stycznia 2014 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał ASAJ do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane ograniczniki ww. wymagania.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie wraz z pismem z dnia 9 stycznia 2014 r. ASAJ przesłał wyjaśnienia, jakie otrzymał od producenta oferowanych ograniczników - APATOR oraz otrzymane od producenta „stosowne dokumenty na potwierdzenie danych technicznych”, tj. wyciąg ze sprawozdania z badań próby momentu zginającego. W sprawozdaniu z badań, która dotyczy próby momentu zginającego, pokazano wyniki pomiaru wewnętrznych wyładowań niezupełnych przed próbą (przed badaniami), które dla przeprowadzonych trzech prób wynoszą  $<2$ , zaś po próbie wynoszą odpowiednio dla trzech kolejnych prób:  $<2$ ,  $<10$ ,  $<10$ .

#### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W SIWZ Zamawiający określił wymagania co do parametru wewnętrznych wyładowań niezupełnych opisując go przy pomocy wartości, która jest wymagana, czyniąc jednocześnie odesłanie do wskazanej PN. Rzeczne odesłanie w istocie stanowi o źródle sporu między stronami. Zgodnie bowiem z PN-EN 60099-4 badanie typu ogranicznika obejmuje m.in. próbę wewnętrznych wyładowań niezupełnych i próbę momentem zginającym (pkt 8 ppkt 8.1 wskazanej PN w zw. z pkt 10.8). W próbie wewnętrznych wyładowań niezupełnych mierzy się wewnętrzne wyładowania niezupełne, zaś próba momentem zginającym sprawdza zdolność ogranicznika do wytrzymywania zadeklarowanych przez wytwórcę obciążeń zginających (opis dla pkt 8 i 9 Tablicy 3 – Badania typu ogranicznika pkt 8 ppkt 8.1 wskazanej PN). Jednocześnie próba momentu zginającego wymaga dokonania badań wstępnych i badań końcowych, których elementem

jest pomiar wyładowań niezupełnych.

Biorąc pod uwagę treść SIWZ, która określa parametr wewnętrznych wyładowań niezupełnych nie odnosząc go do konkretnej próby i mając na uwadze fakt, że parametr ten określany jest też (mierzony) przy próbie momentu zginającego powstał spór, czy określony przez Zamawiającego parametr winien być spełniony przy każdej próbie, w której występuje, niezależnie, czy próba dotyczy wewnętrznych wyładowań niezupełnych czy też momentu zginającego. Jest to o tyle istotne, że parametr wewnętrznych wyładowań niezupełnych został przez Zamawiającego zaostrożony względem PN.

Odnosząc powyższego rozważania do niniejszego stanu faktycznego należy zauważyć, że Zamawiający w SIWZ określając sporny parametr wskazał, że chodzi o parametr konstrukcyjny. Dla badań typu, o czym była mowa wyżej, PN określa próby konstrukcji, wymieniając wśród nich próbę wewnętrznych wyładowań niezupełnych i próbę momentem zginającym. Obie próby służą określeniu innych (różnych) właściwości konstrukcyjnych ograniczników. Stąd też, w ocenie Izby, parametr określony przez Zamawiającego należy odnosić do próby, która ma na celu wyłącznie pomiar wewnętrznych wyładowań niezupełnych przeprowadzany dla ograniczników nieużywanych według procedury z ppkt 8.8 powoływanej PN (pkt 10.8.7), a próby odbiorczej wykonywanej zgodnie z ppkt 9.1 lit. c tejże PN. Jest to bowiem samodzielny parametr konstrukcyjny opisany w PN i w SIWZ przez Zamawiającego. Sposób sformułowania spornego parametru w SIWZ, zdaniem Izby, nie daje podstaw do stosowania tego wymogu względem innych parametrów, dla określenia których konieczne jest dokonanie pomiaru wyładowań niezupełnych. Pomiar wyładowań niezupełnych jest bowiem jednym z elementów, który decyduje o pozytywnym wyniku próby momentu zginającego, czyli jest jednym z warunków koniecznych dla zaliczenia tejże próby nie stanowiąc o właściwościach konstrukcyjnych w spornym przedmiocie, służy bowiem do określenia zdolności ograniczników do wytrzymywania określonych obciążeń zginających. W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że wynik próby momentu zginającego należy uznać za pozytywny, jeśli nie zostały wypalone ścieżki, nie wystąpiła erozja na wskroś całej grubości zewnętrznej powłoki do następnej warstwy materiału, jeżeli klosze i osłona nie zostały przebite, jeżeli napięcie odniesienia zmierzone przed próbą i po próbie nie zmniejszyło się więcej niż o 5% i jeżeli pomiar wyładowań niezupełnych przed próbą i po próbie dały zadowalający wyniki, to znaczy poziom wyładowań niezupełnych nie przekracza 10 pC zgodnie z 8.8 (pkt 10.8.14.3 powoływanej PN). Biorąc zaś pod uwagę, że próbę wewnętrznych wyładowań niezupełnych wykonuje się przed próbą momentu zginającego (pkt 10.8.8 wspomnianej PN), zgodnie z pkt 8.8 PN, wyniki sprawozdania w tym zakresie należy uznać za wiążące dla oceny parametru wewnętrznych wyładowań niezupełnych. Jednocześnie zaś mając na względzie, że procedura próby momentu zginającego wymaga przeprowadzenia całego cyklu prób, po

którym następuje pomiar końcowych wewnętrznych wyładowań niezupełnych oczywistym jest, że cały ten cykl prób ma znaczenie dla określenia próby momentu zginającego a nie próby wewnętrznych wyładowań niezupełnych.

Podsumowując, wskazanie przez Zamawiającego w treści SIWZ na parametr wewnętrznych wyładowań niezupełnych, w świetle powoływanej PN, powoduje, że wymóg wielkości tego parametru należy odnosić jedynie do próby wewnętrznych wyładowań niezupełnych, odrębnego parametru konstrukcyjnego ogranicznika, a nie do innego parametru, dla określenia którego dokonuje się pomiaru wewnętrznych wyładowań niezupełnych i którego spełnienie na określonym poziomie pozwala uznać próbę momentu zginającego za pozytywną. W ocenie Izby, przyjęcie stanowiska proponowanego przez Odwołującego prowadziłoby do nadinterpretacji postanowień SIWZ i nadania im znaczenia, które nie znajduje oparcia w świetle powoływanej PN. Zatem, wyniki prób wewnętrznych wyładowań niezupełnych na poziomie  $<2$  (wykonane przed próbą momentu zginającego), przedstawione w sprawozdaniu przedłożonym przez Przystępującego, należy uznać za odpowiadające wymaganiom Zamawiającego. Tym samym zarzuty naruszenia przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nie mogły znaleźć potwierdzenia.

W tym miejscu zwrócić należy uwagę, że jakkolwiek stanowisko Instytutu Elektrotechniki koresponduje z rozstrzygnięciem podjętym przez Izbę, to jednakowoż przesądzające znaczenie miała interpretacja treści SIWZ w świetle powoływanej PN.

Rozważania Izby należało ograniczyć do okoliczności wskazanych w odwołaniu, jako stanowiących o treści zarzutów. Zaś, podnoszone przez Odwołującego na rozprawie nowe fakty (m.in. niekompletność sprawozdania), które nie stanowią uzasadnienia dla podnoszonych w odwołaniu zarzutów należało pominąć z uwagi na treść przepisu art. 192 ust. 7 ustawy Pzp.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz 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. Nr 41, poz. 238), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3.600,00 zł.

**Przewodniczący:** .....