

Sygn. akt: KIO 656/13

WYROK
z dnia 4 kwietnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 kwietnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 marca 2013 r. przez wykonawcę **Elektrobudowa S.A., 40-246 Katowice, ul. Porcelanowa 12** w postępowaniu prowadzonym przez **Tauron Dystrybucja S.A. Oddział Gliwice, 44-100 Gliwice, ul. Portowa 14a**

przy udziale wykonawcy **JM-Tronik Sp. z o.o., 00-379 Warszawa, ul. Wybrzeże Kościuszkowskie 31/33**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnić czynność wyboru oferty JM-Tronik Sp. z o.o., 00-379 Warszawa, ul. Wybrzeże Kościuszkowskie 31/33 jako oferty najkorzystniejszej, wykluczyć wykonawcę JM-Tronik Sp. z o.o., 00-379 Warszawa, ul. Wybrzeże Kościuszkowskie 31/33 oraz odrzucić złożoną przez niego ofertę w ramach ponownego badania i oceny oferty tego wykonawcy,**

2. kosztami postępowania obciąża **JM-Tronik Sp. z o.o., 00-379 Warszawa, ul. Wybrzeże Kościuszkowskie 31/33** i:

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

2.2 zasądza od **JM-Tronik Sp. z o.o., 00-379 Warszawa, ul. Wybrzeże Kościuszkowskie 31/33** na rzecz **Elektrobudowa S.A., 40-246 Katowice, ul. Porcelanowa 12** kwotę **18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy)**, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczanego wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Gliwicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym przez Tauron Dystrybucja S.A. (dalej „zamawiający”) w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę rozdzielnic 20 kV dla potrzeb Tauron Dystrybucja S.A., ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2012/S 247-408080 w dniu 22.12.2012 r. wykonawca - Elektrobudowa S.A. złożył odwołanie wobec następujących czynności zamawiającego:

1. oceny oferty wykonawcy JM-Tronic Sp. z o.o., pomimo, że wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona,
2. wyboru oferty wykonawcy JM-Tronic Sp. z o.o., pomimo, że wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania, a oferta odrzucona,
3. wyboru oferty wykonawcy JM-Tronic Sp. z o.o., pomimo, że w ofercie tej zaoferowano produkt niezgodny z wymogami wskazanymi w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej “SIWZ”),
4. a także wobec zaniechania czynności wykluczenia wykonawcy JM-Tronic Sp. z o.o. i odrzucenia jego oferty, pomimo, że wykonawca ten nie wykazał, w sposób żądany w SIWZ, spełnienia wymogu posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia,

zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) (dalej “ustawa Pzp”):

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy JM-Tronic Sp. z o.o. i odrzucenia jego oferty, wskutek nieuzasadnionego uznania, że złożone przez wykonawcę JM-Tronic Sp. z o.o. dokumenty w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, potwierdzają spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy JM-Tronic Sp. z o.o. pomimo zaistnienia określonych tym przepisem przesłanek, tj. niezgodności treści oferty z SIWZ,
3. art. 91 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez jego nieuprawnione zastosowanie, polegające na dokonaniu wyboru oferty wykonawcy JM-Tronic Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej, pomimo okoliczności, że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia, jak i treść jego oferty nie odpowiada treści SIWZ.

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,
2. unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. nakazanie zamawiającemu dokonania czynności wykluczenia wykonawcy JM-Tronic Sp. z o.o. oraz odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę,
4. nakazanie zamawiającemu ponowny wybór oferty najkorzystniejszej spośród ofert pozostałych wykonawców,
5. obciążenie zamawiającego kosztami postępowania, w tym kosztami wynagrodzenia pełnomocnika i nakazanie zamawiającemu zwrotu kosztów odwołującemu.

W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy JM-Tronic Sp. z o.o. i odrzucenia jego oferty odwołujący podniósł, że wykonawca JM-Tronic Sp. z o.o. nie wykazał w sposób określony w SIWZ w pkt. 8.1.2 i 9.1.2 spełnienia warunku posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia, ponieważ wymóg SIWZ wskazany w pkt 8.1.2, należy rozumieć jako wymóg wskazania co najmniej dwóch zamówień, w których dany wykonawca dostarczył co najmniej po dwie rozdzielnice o parametrach nie gorszych niż określone w SIWZ w ramach każdego z tych zamówień. Użyte bowiem przez zamawiającego sformułowanie – *wykonał co najmniej dwa zamówienia, z których każde obejmowało dostawę zarówno co najmniej jednej rozdzielnicy o parametrach nie gorszych niż określone załącznikiem 1a, jak i co najmniej 1 rozdzielnicy o parametrach nie gorszych niż określone załącznikiem 1b.*”, oznacza, że w każdym z dwóch zamówień, dostarczona miała być zarówno co najmniej jedna rozdzielnica o parametrach nie gorszych niż określone w załączniku 1 a i co najmniej jedna rozdzielnica o parametrach nie gorszych niż określone w załączniku 1 b, co z kolei oznacza, że każda z dostaw powinna obejmować co najmniej dwie rozdzielnice spełniające jednocześnie wymogi SIWZ.

Odwołujący zwrócił uwagę, że tak sformułowanie to rozumiał również sam zamawiający, wskazując w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów, kierowanym do wykonawcy JM-Tronic Sp. z o.o., że pierwotnie załączone przez niego do oferty referencje i wykaz wykonanych dostaw, *„potwierdzają realizację pojedynczych dostaw”*.

Odwołujący podniósł, że wskazana przez wykonawcę JM-Tronic Sp. z o.o. dostawa na rzecz Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. jak i wystawiona przez tę spółkę referencja dotyczą dostawy, w której dostarczono jedną rozdzielnicę, co oznacza, że realizacja w/w dostawy nie wykazuje w sposób przewidziany w SIWZ spełnienia przez wykonawcę JM-Tronic Sp. z o.o. wymogu 8.1.2 SIWZ.

Odwołujący podał nadto, że w uzupełnieniu dokumentacji na wezwanie zamawiającego z dnia 19.02.2013 r. wykonawca JM-Tronic Sp. z o.o. wykazał dodatkową

dostawę realizowaną na rzecz ZUE S.A. Z Listu Referencyjnego z dnia 30.01.2013 r. wystawionego przez ZUE S.A. wynika, że przedmiotem tej dostawy były cztery rozdzielnice, przy czym tylko jedna z nich (Rozdzielnica 7- połowa typu MultiCell 24 kV dla PT Centrum w MPK Wrocław) posiada parametry nie gorsze od określonych w załącznikach 1a i 1b do SIWZ. W ocenie odwołującego oznacza to, że - analogicznie jak w przypadku dostawy realizowanej na rzecz Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. - nie można mówić o wykazaniu poprzez realizację tej dostawy o spełnieniu przez wykonawcę JM-Tronic Sp. z o.o. wymogu 8.1.2 SIWZ.

W uzasadnienie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy JM-Tronic Sp. z o.o. pomimo niezgodności jej treści z treścią SIWZ odwołujący wskazał, że wymogiem wskazanym w treści SIWZ było m. in. wykazanie, że oferowany produkt został przebadany zgodnie z wymogami zamawiającego, wskazanymi w załączniku 1a (str. 11 pkt 7) oraz w załączniku 1b (str.9 pkt 7) w sposób następujący: *"W przypadku rozdzielnic z wyłącznikiem wysywnym dostawca winien przedłożyć certyfikat wyłącznika wystawionego przez jednostkę z akredytacją PCA. Nie dopuszcza się certyfikatu opierającego się na badaniach wykonanych na innych typach wyłączników niż zaoferowane"*. Odwołujący podał, że wedle jego wiedzy złożony wraz z ofertą przez wykonawcę JM-Tronic Sp. z o.o. certyfikat nr 0978/NBR/2011 dla wyłącznika VC1 nie został wydany przez jednostkę posiadającą akredytację wydaną przez PCA - zgodnie bowiem z informacjami uzyskanymi przez odwołującego Instytut Elektrotechniki w Warszawie, który wydał certyfikat produktu oferowanego przez wykonawcę JM-Tronic Sp. z o.o., w dacie jego wydania, nie posiadał akredytacji PCA na certyfikację wyrobów. W ocenie odwołującego zaoferowanie produktu, co do którego nie wykazano, jak wymagała tego SIWZ, iż posiada określone przez zamawiającego parametry, tj. w tym przypadku określony certyfikat oznacza, że zaoferowano produkt niezgodny z opisem przedmiotu zamówienia, a więc treść oferty nie odpowiada treści SIWZ.

W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 91 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez jego nieuprawnione zastosowanie, polegające na dokonaniu wyboru oferty wykonawcy JM-Tronic Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej odwołujący podniósł, że dokonanie oceny i wyboru oferty wykonawcy podlegającemu wykluczeniu z postępowania stoi w sprzeczności z art. 91 ustawy Pzp, którego *ratio legis* zakłada, że zamawiający dokonuje wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert ważnych, niepodlegających odrzuceniu na mocy innych przepisów tejże ustawy.

Odwołujący ocenił, że brak wykazania przez wykonawcę JM-Tronic Sp. z o.o.

spełnienia wymogu posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia, w sposób określony w pkt 8.1.2 SIWZ i skutkująca tym konieczność wykluczenia tego wykonawcy z postępowania oznacza, że jego oferta powinna zostać przez zamawiającego odrzucona w toku badania ofert. Nadto 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 Prawie zamówień publicznych. Dodał, że zasada wyrażona w art. 7 ust. 3 ustawy Pzp w sposób oczywisty wskazuje, że zamówienia publiczne mogą pozyskać wyłącznie wykonawcy wybrani zgodnie z przepisami tejże ustawy, zaś 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 Pzp.

Na rozprawie przystępujący złożył pismo procesowe, w którym podniósł, iż brak po stronie odwołującego interesu do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ – w ocenie przystępującego – odwołujący dąży *de facto* do unieważnienia postępowania (powołał na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt: KIO 2142/12 oraz KIO 1412/11, KIO 1866/11, KIO 1557/11, KIO 1422/11, KIO 1812/12, 1824/12).

Wskazał, że skutek w postaci unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyniknie w przypadku uwzględnienia odwołania, ponieważ odwołujący przedstawiając w odwołaniu swoją interpretację warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, jakimi mają legitymować się wykonawcy w niniejszym postępowaniu, przedstawia interpretację warunków SIWZ zgodnie, z którą żaden z wykonawców, łącznie z odwołującym, ich nie spełnia, a biorąc pod uwagę fakt, że zamawiający już raz wzywał wszystkich wykonawców do uzupełnienia dokumentów w zakresie spełniania warunków, w o których mowa w pkt 8.1.2. SIWZ i żaden z nich nie przedstawił dwóch referencji potwierdzających co najmniej dwie dostawy, w taki sposób jak chciałby tego odwołujący, to przychylenie się do stanowiska odwołującego skutkować będzie koniecznością unieważnienia postępowania.

Powołał się także na wyrok KIO o sygn. akt KIO 780/11, zgodnie z którym „Stwierdzenie istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia nie może być dokonane z pominięciem okoliczności związanych z danym zamówieniem, w tym w szczególności z ofertą odwołującego. Krajowa Izba Odwoławcza wprawdzie nie może rozstrzygać o prawidłowości oferty odwołującego, jeżeli nie jest to objęte zakresem zaskarżenia, to jednak w sytuacji, kiedy okoliczności faktyczne ustalone w toku rozprawy mogą zaprzeczać istnieniu interesu odwołującego, nie mogą być one pominięte.”

Taka sytuacja – zdaniem przystępującego – ma miejsce w niniejszej sprawie, tj. rozważenie zarzutów odwołania winno być poprzedzone analizą treści oferty odwołującego w zakresie warunków udziału odwołującego w postępowaniu wg prezentowanego przez niego rozumienia spełniania warunków.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp wskazał, że przystępujący, jak również wszyscy pozostali wykonawcy kierowali się tożsamym rozumieniem postawionego warunku tj. uznali, że spełnią wymagania zamawiającego, gdy wykażą dwie realizacje (dwa zamówienia), z których każde będzie potwierdzało wykonanie rozdzielnic o parametrach nie gorszych niż określone w załączniku 1a i załączniku 1b do SIWZ. W opinii przystępującego spełniające wymagania zamawiającego jest wykonanie w ramach każdego z wykazywanych zamówień jednej rozdzielnic spełniającej określone parametry – swoje przekonanie przystępujący czerpie z własnej analizy postawionego warunku, brzmienia warunku, zachowań innych wykonawców, jak również z zachowania zamawiającego.

W ocenie przystępującego z brzmienia postawionego przez zamawiającego warunku nie wynika, że wykonawcy zobowiązani byli wykazać w każdym z dwóch zadań dostarczenie zarówno co najmniej jednej rozdzielnic o parametrach nie gorszych niż określone w załączniku 1a i co najmniej jednej rozdzielnic o parametrach nie gorszych niż określone w załączniku 1b.

Wskazał, że w sytuacji rozbieżności w interpretacji warunku udziału w postępowaniu należy przyjąć interpretację rozszerzającą, bardziej korzystną dla wykonawców. Powołał się na wyrok KIO o sygn. akt KIO 799/12).

W ocenie przystępującego nawet gdyby przyjąć za słuszną interpretację warunku udziału w postępowaniu przedstawioną przez odwołującego, to przystępujący – wobec użycia przez zamawiającego w treści warunku nieostrego i nieprecyzyjnego sformułowania „nie gorsze niż” spełnił postawiony warunek wykazując dostawy na rzecz ZUE S.A. oraz ELSTER PKP Sp. z o.o., ponieważ wykonane dostawy na rzecz tych podmiotów można uznać za dostawy rozdzielnic nie gorszych niż wymagane przez zamawiającego ze względu na fakt, że posiadają one tożsame funkcjonalności.

Dodał, że zamawiający oceniając oferty nie naruszył zasad ustawy Pzp m.in. zasady równego traktowania oraz uczciwej konkurencji, gdyż w tożsamy sposób oceniał wszystkich wykonawców i wobec wszystkich stosował te same kryteria oceny zarówno w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu, jak i oceny ofert.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz 91 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp przystępujący podniósł, iż odwołujący w żaden sposób nie udowodnił, że certyfikat nr 0978/NBR/2011 nie został wydany przez jednostkę posiadającą akredytację wydaną przez PCA. Przystępujący zaprzeczył tej tezie, a oparcie zarzutu na własnej wiedzy

odwołującego nie stanowi dowodu w rozumieniu art. 190 ust. 3 Ustawy Pzp, a jedynie gołosłowne twierdzenie.

W opinii przystępującego odwołujący, formułując zarzut, manipuluje faktami oraz dokonuje nieuprawnionej interpretacji SIWZ – odwołujący w oparciu o mylne przesłanki stara się wywieść istnienie obowiązku, który nie istnieje, tj. obowiązku przedłożenia wraz z ofertą certyfikatu wyłącznika wystawionego przez jednostkę akredytacyjną PCA.

Przystępujący stanął na stanowisku, że z postanowień opisu przedmiotu zamówienia wynika, że „w przypadku rozdzielnic z wyłącznikiem wysywnym to dostawca winien przedłożyć certyfikat wyłącznika wystawionego przez jednostkę z akredytacją PCA. Zwrócił bowiem uwagę, że w postanowieniu zamawiający adresuje swoje wymaganie do „dostawcy”, a więc podmiotu, z którym zawarł umowę dostawy i który realizuje zamówienie publiczne, zaś na etapie postępowania o udzielenie zamówienia ma się do czynienia z potencjalnymi wykonawcami i taką nomenklaturą posługuje się również zamawiający w SIWZ. Wskazał także, że zakres obowiązku dokumentacyjnego nałożonego przez zamawiającego na wykonawców został jednoznacznie i precyzyjnie określony w pkt 15.8 SIWZ – wśród tych dokumentów nie jest wymieniony przedmiotowy certyfikat. Za wyrokiem o sygn. akt KIO 643/12 powtórzył, że „Wykonawca nie ma obowiązku domniemywać, jakie dokumenty zobowiązany jest z ofertą złożyć”.

Podniósł, że potwierdzeniem słuszności jego stanowiska jest sposób oceny oferty przez zamawiającego podczas, której nie kwestionował on przedłożonych dokumentów, nie żądał również wyjaśnień w tym zakresie. Wyjaśnił, że kwestionowany przez odwołującego dokument został przedłożony jedynie w celach poglądowych.

Podniósł wreszcie, że przyjmując istnienie obowiązku przedłożenia przedmiotowego certyfikatu, jego niezłożenie lub złożenie certyfikatu wadliwego nie powoduje konieczności odrzucenia oferty przystępującego, a jedynie skutkuje koniecznością wezwania go do uzupełnienia tego dokumentu, gdyż jest on niewątpliwie dokumentem potwierdzającym spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Oświadczył, zgodnie z oświadczeniem złożonym w ofercie, że zobowiązuje się do wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ, a tym samym zaoferował rozdzielnicę z wyłącznikiem wysywnym, dla którego posiada certyfikat wyłącznika wystawiony przez jednostkę posiadającą akredytację wydaną przez PCA. Załączył do pisma certyfikat.

Na podstawie dopuszczonych przez skład orzekający Izby, wskazanych poniżej dowodów, odwołania z dnia 21 marca 2013 r., zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przez wykonawcę JM-Tronik Sp. z o.o. (dalej "przystępujący") z dnia 25 marca 2013 r., pisma procesowego przystępującego z dnia 4 kwietnia 2013 r. złożonego na rozprawie, a także stanowisk odwołującego i zamawiającego oraz przystępującego zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania, ponieważ wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Izba ustaliła bowiem, iż odwołujący złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę, która została przez zamawiającego sklasyfikowana na drugim miejscu. Zarzuty podniesione w odwołaniu zmierzają do wyeliminowania wykonawcy JM-Tronik Sp. z o.o. i odrzucenia złożonej przez niego oferty, uznanej przez zamawiającego za najkorzystniejszą, co – biorąc pod uwagę fakt, że odwołujący złożył ofertę sklasyfikowaną bezpośrednio za ofertą wykonawcy JM-Tronik Sp. z o.o. oznacza, że uwzględnienie odwołania może odwołującemu otworzyć drogę do uzyskania zamówienia.

Izba nie podzieliła stanowiska przystępującego, iż odwołujący dąży do unieważnienia postępowania, a tym samym nie istnieje po jego stronie interes w uzyskaniu zamówienia.

Jak trafnie wskazał na rozprawie odwołujący, dążenie do unieważnienia przedmiotowego postępowania nie wynika z podniesionych w odwołaniu zarzutów. Te bowiem zmierzają wyłącznie do wyeliminowania przystępującego z udziału w tym postępowaniu, jak i – na podstawie odrębnej przesłanki, nie będącej jedynie konsekwencją ewentualnego wykluczenia odwołującego z postępowania – do dyskwalifikacji jego oferty. Dążenie do unieważnienia przedmiotowego postępowania nie wynika także z wysuniętych w odwołaniu żądań. Żądania te są konsekwencją podniesionych zarzutów i wedle oczekiwania odwołującego mają doprowadzić do uznania oferty odwołującego za najkorzystniejszą, w miejsce oferty przystępującego.

Przystępujący upatrywał skutek w postaci unieważnienia postępowania w ewentualnym uwzględnieniu przez Izbę rozpoznawanego odwołania – twierdził bowiem, że uznanie przez Izbę interpretacji warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia (pkt 8.1.2. SIWZ) prezentowanej przez odwołującego będzie oznaczało, że żaden z trzech wykonawców, którzy złożyli ofertę w przedmiotowym postępowaniu (w tym odwołujący) nie spełnia tego warunku, w następstwie czego zamawiający będzie zobligowany unieważnić postępowanie.

Izba stanowiska takiego podzielić nie może. Wskazać należy, że istnienie po stronie

odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia stanowi materialnoprawną przesłankę rozpoznania odwołania. Innymi słowy – istnienie interesu w uzyskaniu zamówienia warunkuje przystąpienie do rozpoznania odwołania, tj. oceny przez Izbę podniesionych zarzutów. Skoro zatem w pierwszej kolejności Izba zdecydować musi o istnieniu interesu, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, to tym samym nie może uprzednio ocenić podniesionych zarzutów, a następnie, dopiero w ich wyniku rozstrzygnąć o istnieniu albo nie interesu w uzyskaniu zamówienia.

Odnosząc się do argumentu przystępującego, iż „Krajowa Izba Odwoławcza wprawdzie nie może rozstrzygać o prawidłowości oferty odwołującego, jeżeli nie jest to objęte zakresem zaskarżenia, to jednak w sytuacji, kiedy okoliczności faktyczne ustalone w toku rozprawy mogą zaprzeczać istnieniu interesu odwołującego, nie mogą być pominięte” (fragment wyroku z dnia 28 kwietnia 2011 r. o sygn. akt KIO 780/11) Izba wskazuje, że przywoływany wyrok Izby zapadł w sprawie, której rozpoznanie poprzedziło wydanie innego wyroku - wyroku, w którym Izba rozstrzygnęła prawidłowość zastosowanych stawek VAT (wyrok KIO z dnia 24 lutego 2011 r. o sygn. akt KIO 309/11), a w której to sprawie: „Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu między innymi dokonania weryfikacji prawidłowości zastosowanych stawek VAT (...). Faktycznie zatem odwołujący domagał się, aby zamawiający zweryfikował, czy w ofertach nie popełniono błędu w obliczeniu ceny, co również dotyczyło oferty odwołującego. Żądanie wykonania wyroku Izby powinno doprowadzić do odrzucenia oferty odwołującego (...)”.

Zauważyć zatem trzeba, że podniesiony przez odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 780/11 zarzut skorelowany był z żądaniem weryfikacji wszystkich ofert pod kątem zastosowanych stawek VAT, w tym oferty samego odwołującego. W rozpoznawanej obecnie przez Izbę sprawie, jak zaznaczono powyżej, nie wysunięto żądania weryfikacji wszystkich ofert, ale jedynie żądanie nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia przystępującego oraz odrzucenia jego oferty, wreszcie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert (czytaj: bez ich ponownego badania).

Co także istotne, Izba w sprawie o sygn. akt KIO 780/11 musiała uwzględnić rozstrzygnięcie zapadłe we wcześniej rozpoznanej już sprawie, tj. KIO 309/11, sama nie dokonując oceny prawidłowości zastosowanych stawek podatku VAT.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, tj.:

1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
2. modyfikacji SIWZ z dnia 21 stycznia 2013 r.,

3. oferty przystępującego JM-Tronik Sp. z o.o.,
4. wezwania przez zamawiającego przystępującego JM-Tronik Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów z dnia 19 lutego 2013 r. (FDZ/JK/113/2013),
5. pisma przewodniego przystępującego JM-Tronik Sp. z o.o., złożonego w następstwie wezwania, o którym mowa w pkt 4,
6. oświadczenia przystępującego JM-Tronik Sp. z o.o. z dnia 19 lutego 2013 r., złożonego w następstwie wezwania, o którym mowa w pkt 4,
7. *Wykazu wykonanych dostaw*, złożonego przez przystępującego JM-Tronik Sp. z o.o. w następstwie wezwania, o którym mowa w pkt 4,
8. Listu referencyjnego ZUE S.A. z dnia 30 stycznia 2013 r., złożonego w następstwie wezwania, o którym mowa w pkt 4,
9. zawiadomień wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 4 marca 2013 r.

Złożone przez odwołującego (pkt 1) i przystępującego (pkt 2 i 3):

1. pismo Instytutu Elektrotechniki z dnia 2 kwietnia 2013 r. oraz korespondencja mailowa pomiędzy panem W..... M..... a K..... W..... dotycząca akredytacji tego Instytutu,
2. certyfikat nr 0849/NBR/2010 z dnia 30 czerwca 2010 r. wydany przez Instytut Elektrotechniki,
3. karta katalogowa rozdzielnicy prądu stałego typu RT-1,

nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowego odwołania.

Zarzut zaniechania przez zamawiającego wykluczenia z postępowania wykonawcy JM-Tronic Sp. z o.o. i odrzucenia jego oferty, wskutek nieuzasadnionego uznania, że złożone przez wykonawcę JM-Tronic Sp. z o.o. dokumenty, w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, potwierdzają spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia potwierdził się.

Pierwotnie warunkiem udziału w postępowaniu w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia (pkt 8.1.2. SIWZ) było wykazanie przez wykonawcę, „*że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej dwa zamówienia, z których każde obejmowało dostawę zarówno co najmniej jednej rozdzielnicy o parametrach określonych załącznikiem 1a, jak i co najmniej 1 rozdzielnicy o parametrach określonych załącznikiem 1b*”.

W dniu 21 stycznia 2013 r. zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ m.in. w zakresie pkt 8.1.2., wprowadzając nowe brzmienie, tj. *„Zamawiający uzna ten warunek za spełniony, gdy Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej dwa zamówienia, z których każde obejmowało dostawę zarówno co najmniej jednej rozdzielnicy o parametrach nie gorszych niż określone załącznikiem 1a, jak i co najmniej 1 rozdzielnicy o parametrach nie gorszych niż określone załącznikiem 1b”*.

Porównując pierwotne brzmienie wymogu pkt 8.1.2. z brzmieniem nadanym SIWZ w dniu 21 stycznia 2013 r. stwierdzić należy, że wymóg ten nie uległ zmianie tak co do liczby wymaganych zamówień (dwa zamówienia, każde z nich na dwie dostawy), jak i tego, co obejmować miały te zamówienia (zamówienia na rozdzielnice). Zmianie uległ natomiast opis odnoszący się do będących przedmiotem wykazywanych dostaw rozdzielnic. O ile bowiem w pierwotnym brzmieniu mowa była o rozdzielnicach *„o parametrach określonych załącznikiem 1a”* oraz *„o rozdzielnicach o parametrach określonych załącznikiem 1b”*, o tyle po zmianie mowa była o rozdzielnicach *„nie gorszych niż określone załącznikiem 1a”* oraz *„o rozdzielnicach o parametrach nie gorszych niż określone załącznikiem 1b”*.

Odnosząc się do kluczowej kwestii – interpretacji wymagania zawartego w pkt 8.1.2. SIWZ, tj. czy zamawiający żądał wykazania co najmniej dwóch zamówień, w ramach których dany wykonawca dostarczył co najmniej po dwie rozdzielnice (jak twierdzi odwołujący i – po uwzględnieniu odwołania – zamawiający), czy też (jak chce tego przystępujący) – czy zamawiający żądał wykazania dwóch zamówień, w ramach których zostanie wykazana dostawa jednej rozdzielnicy (str. 4 pisma procesowego: *„W opinii Przystępującego spełniające wymagania Zamawiającego jest wykonanie w ramach każdego z wykazywanych zamówień jednej rozdzielnicy spełniającej określone parametry”*).

W ocenie Izby językowa wykładnia opisanego w pkt 8.2.1. SIWZ wymogu nie pozostawia wątpliwości, że zamawiający oczekiwał wykazania w ramach każdego z dwóch (co najmniej dwóch) zamówień dostaw rozdzielnic dwóch różnych typów. Świadczy o tym użycie podkreślonych w cytowanym fragmencie postanowienia 8.1.2. SIWZ sformułowań: *„zamówień, z których każde obejmowało dostawę zarówno”*.

Na twierdzenie tak rozumianego wymogu zamawiający zażądał w pkt 9.1.2 SIWZ *„Wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych dostaw (...) z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że te dostawy zostały wykonane lub są*

wykonywane należycie". Zamawiający opracował także na potrzeby tego postępowania wzór formularza „Wykaz wykonanych dostaw” (załącznik nr 5 do SIWZ).

Wykonawca JM-Tronic Sp. z o.o. na potwierdzenie spełnienia wymogu posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia wskazał, korzystając z opracowanego przez zamawiającego formularza, dwie pozycje: pierwszą – dostawę dla Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. w Bytomiu Oddział w Czeladzi, obejmującą 1 rozdzielnicę 20 kV typu MultiCell oraz drugą – dostawę dla Elster PKP sp. z o.o., obejmującą dostawę dwóch rozdzielnic typu Multicell 24 kV (str. 17 oferty), a także załączył referencje z dnia 14 stycznia 2013 r. wystawione przez Spółkę Restrukturyzacji Kopalń S.A. oraz List Referencyjny z dnia 27 listopada 2012 r. wystawiony przez Elster PKP sp. z o.o.

Pismem z dnia 19 lutego 2013 r. zamawiający wezwał wykonawcę JM-Tronic Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów, wskazując, że załączone (do oferty) dokumenty referencyjne jak i *Wykaz wykonanych dostaw* potwierdzają realizację pojedynczych dostaw rozdzielnic.

Odpowiadając na ww. wezwanie wykonawca JM-Tronic Sp. z o.o. złożył oświadczenie z dnia 19 lutego 2013 r. o treści: „Oświadczamy, iż przedstawione referencje na dostawę rozdzielnic SN spełniają warunki wymagane w punkcie 8.1.2. SIWZ. Uważamy, iż zrealizowane dostawy rozdzielnic na napięcie znamionowe 24 kV poświadczane załączonymi listami referencyjnymi spełniają wymagania zawarte w załącznikach 1a oraz 1b, a zatem dostarczone rozdzielnice posiadają parametry nie gorsze niż określone załącznikiem 1a oraz załącznikiem 1b”.

Przystępujący złożył także zmodyfikowany *Wykaz wykonanych dostaw* – uzupełniony o dostawę na rzecz ZUE S.A. oraz list referencyjny z dnia 30 stycznia 2013 r. wystawiony przez ZUE S.A.

Nowa pozycja w *Wykazie wykonanych dostaw* (poz. 3) zawierała następujący opis przedmiotu dostawy: „Dostawa rozdzielnic typu MultiCell, napięcie znamionowe 24 kV dla PT Centrum w MPK Wrocław”.

List referencyjny ZUE S.A. potwierdza, że przystępujący dostarczył na rzecz tego podmiotu, w ramach realizowanych w latach 2010–2012 zadań, 5 rozdzielnic, z których 3 to rozdzielnice typu MultiCell 17,5 kV, jedna typu MultiCell 24 kV. W przypadku ostatniej, piątej rozdzielnic nie podano typu (oraz kV).

Przypomnienia w tym miejscu wymaga, że w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego to *Wykaz wykonanych dostaw* jest dokumentem potwierdzającym wymóg w zakresie wiedzy i doświadczenia. Dokument ten ma znaczenie podstawowe. Dokumentami, które potwierdzać mogą, że wskazane uprzednio w *Wykazie* dostawy wykonane zostały należycie mają być m.in. referencje, listy referencyjne.

Uwzględniając powyższe, stwierdzić należy, że w pozycji 3 (dostawa na rzecz ZUE S.A.) przystępujący poddał pod ocenę zamawiającego wyłącznie jedną dostawę obejmującą jeden typ rozdzielnic, tj. rozdzielnicę typu MultiCell o napięciu znamionowym 24 kV. To zaś oznacza, że dostawa ta nie spełnia wymogu zamawiającego co do wykazania w ramach jednego zamówienia (jednej dostawy) rozdzielnic dwóch różnych typów.

Skoro więc przystępujący nie wykazał w dokumentach składanych wraz z ofertą i nie uczynił tego w ramach zmodyfikowanego *Wykazu wykonanych dostaw* wykonania dwóch zamówień, z których każde obejmowało dostawę rozdzielnic dwóch różnych typów, to uznać należy, że zamawiający zaniechał wykluczenia wykonawcy JM-Tronic Sp. z o.o., a tym samym naruszył przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp (w sytuacji, gdy powtórne wezwanie do uzupełnienia dokumentu – *Wykazu wykonanych dostaw* w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jest niedopuszczalne).

Izba nie orzekła o naruszeniu przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, ponieważ nie ma on zastosowania w trybie przetargu nieograniczonego, w którym – odmiennie niż np. w trybie przetargu ograniczonego – nie może mieć miejsca sytuacja złożenia oferty przez wykonawcę uprzednio wykluczonego (w ramach I etapu - oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu).

Odnosząc się (jedynie dodatkowo - kwestia ta pozostaje bez wpływu na ocenę wiedzy i doświadczenia przystępującego w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego) do stanowiska przystępującego zaprezentowanego na rozprawie, iż również rozdzielnice o napięciu znamionowym 1 kV winny być uznane za rozdzielnice nie gorsze niż określone załącznikiem 1a i 1b wskazać należy, zamawiający nie sprecyzował w SIWZ ani tego, które z parametrów rozdzielnic podanych w załącznikach 1a i 1b będzie brał pod uwagę, oceniając adekwatność parametrów rozdzielnic w wykazywanych przez wykonawców dostawach do rozdzielnic opisanych przez zamawiającego, ani też co w istocie rozumie pod sformułowaniem „nie gorsze niż”. Wskazać jednak należy, że stanowisku przystępującego przeczą dostawy wskazane przez samego przystępującego – każda z nich bowiem dotyczy rozdzielnic o napięciu znamionowym nie niższym niż 20 kV (przystępujący nie podał w *Wykazie* żadnej z rozdzielnic o kV 17,5, której zostały podane w Liście referencyjnym Elster PKP Sp. z o.o. oraz w Liście referencyjnym ZUE S.A.).

Zarzut zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy JM-Tronic Sp. z o.o., pomimo niezgodności treści oferty tego wykonawcy z SIWZ nie potwierdził się.

Zamawiający w pkt. 10 SIWZ postanowił, że w celu potwierdzenia, że oferowane

dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, każdy wykonawca bezwzględnie zobowiązany jest złożyć wraz z ofertą:

1. karty katalogowe oferowanych rozdzielnic w języku polskim,
2. dokumentację techniczno–ruchową w języku polskim zawierającą deklarację zgodności wyrobu z normami europejskimi, o ile się stosuje,
3. warunki gwarancji w języku polskim.

Jednocześnie w załącznikach 1a i 1b zamawiający opisał, jak wskazał w pkt 25 SIWZ – *Załączniki*, wymagania formalne i techniczne, które muszą spełniać będące przedmiotem zamówienia rozdzielnice, tj. 20 kV SE Łabędy oraz 20 kV SE Walenty.

Same załączniki 1a i 1b zostały zatytułowane odpowiednio „Specyfikacja techniczna dla rozdzielnicy 20 kV SE Łabędy” oraz „Specyfikacja techniczna dla wewnętrznej rozdzielni sieciowej 20 kV”.

W pkt 7 załącznika 1a oraz załącznika 1b „Badania typu i badania wyrobu” zamawiający zażądał: *„W przypadku rozdzielnic z wyłącznikiem wysuwным dostawca winien przedłożyć certyfikat wyłącznika wystawiony przez jednostkę z akredytacją PCA. Nie dopuszcza się certyfikatu opierającego się na badaniach wykonanych na innych typach wyłączników niż zaoferowane”*.

Przystępujący załączył do oferty certyfikat nr 0978/NBR/2011 dla wyłącznika SN typ VC-1 z dnia 25 lutego 2011 r. wydany przez Instytut Elektrotechniki z Warszawy, ważny do 25 lutego 2014 r., który wedle deklarowanej przez odwołującego w odwołaniu wiedzy w dacie wydania certyfikatu nie posiadał akredytacji PCA na akredytację wyrobów.

Odwołujący twierdził, że zaoferowanie produktu, co do którego przystępujący nie wykazał, iż posiada określone przez zamawiającego parametry – w tym przypadku certyfikat – oznacza, że przystępujący zaoferował produkt niezgodny z opisem przedmiotu zamówienia.

W ocenie odwołującego postanowienia SIWZ nakładały na wykonawców obowiązek złożenia certyfikatu wraz z ofertą.

Izba stanowiska takiego podzielić nie może, ponieważ postanowienia SIWZ nie przewidywały obowiązku złożenia certyfikatów (żadnych certyfikatów) wraz z ofertą.

Katalog żądanych w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dokumentów w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego został wyspecyfikowany w części SIWZ dedykowanej tej kwestii, tj. w pkt 10 SIWZ. Dodatkowo w pkt 15.8. SIWZ (w części *Opis sposobu przygotowania oferty*) zamawiający zażądał: *„Do oferty winny być załączone wszystkie dokumenty wymienione w pkt. 9 i pkt. 10 SIWZ”*. W części *Opis sposobu przygotowania oferty* zamawiający wymienił również inne dokumenty, jakie należało złożyć

(formularz ofertowy, karta ofertowa – pkt 15.2.1.). Nie ma wśród nich mowa o żadnych certyfikatach.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia w zakresie sposobu przygotowania oferty, w tym w szczególności w zakresie zawartości oferty, stwierdzić należy, że złożenie dokumentów wskazanych w pkt 15 SIWZ wyczerpało obowiązki wykonawców.

Potwierdzeniem powyższego jest także użycie w załączniku 1a i 1b sformułowania „dostawca winien przedłożyć”, co ewidentnie referuje do etapu dostawy – realizacji zamówienia, a nie etapu złożenia oferty przez wykonawcę. Podkreślał to przystępujący w złożonym na rozprawie piśmie.

Skoro postanowienia SIWZ nie przewidywały na etapie złożenia oferty obowiązku złożenia certyfikatu wyłącznika wysuwnego (jak i żadnego innego), zarzut o niezgodności oferty przystępującego z treścią SIWZ nie może się ostać.

Zarzut zaniechania odrzucenia przez zamawiającego oferty przystępującego z powodu niezłączenia do oferty certyfikatu oferowanych rozdzielnic nie został podniesiony w odwołaniu, ale dopiero na rozprawie, co – wobec przepisu art. 192 ust. 7 ustawy Pzp („Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu”) – przesądza o niedopuszczalności jego rozpoznania. Nie można uznać, że zarzut w zakresie certyfikatów rozdzielnic został ujęty w ramach zarzutu zaoferowania produktu niezgodnego z wymogami SIWZ w sytuacji, gdy uzasadnienie faktyczne tego zarzutu odnosiło się wyłącznie do certyfikatu dla wyłącznika.

Zarzut nieuprawnionego dokonania przez zamawiającego wyboru oferty wykonawcy JM-Tronic Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej, pomimo okoliczności, że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia, jak i treść jego oferty nie odpowiada treści SIWZ potwierdził się.

W konsekwencji uznania przez Izbę zasadności zarzutu naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp Izba uznała także za zasadny zarzut nieuprawnionego wyboru oferty JM-Tronic Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej, co czyni czynność zamawiającego sprzeczną z przepisem art. 7 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy, który powinien być wykluczony z udziału w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a oferta przez niego złożona winna podlegać odrzuceniu (art. 24 ust 4 ustawy Pzp). Stwierdzone naruszenie jest istotne – błędna czynność zamawiającego pozwoliła na poddanie ocenie, a następnie wybór oferty, która w ocenie tej nie powinna brać udziału, a zatem naruszenie to miało wpływ na podstawowy cel prowadzonego zamówienia – wybór oferty wykonawcy, z którym zostanie

zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego

Izba nie orzekła o naruszeniu przez zamawiającego przepisu art. 91 ustawy Pzp (*„Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia”*), ponieważ zarzuty odwołania nie dotyczyły w ogóle oceny przez zamawiającego oferty przystępującego pod kątem przewidzianych w pkt 19.1. SIWZ kryteriów oceny ofert, tj. ceny i gwarancji.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10, 186 ust. 6 pkt 3 lit. b ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 lit. a, pkt 2 lit. b, § 5 ust. 2 pkt 2 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).

Przewodniczący: