

Sygn. akt: KIO 1110/17

WYROK
z dnia 19 czerwca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Mateusz Zientak

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 14 czerwca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 czerwca 2017 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia **E. B. P. R. E., (...)**.

w postępowaniu prowadzonym przez **E. O. Sp. z o. o. (...)**.

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Konsorcjum: I.-E. Sp. z o.o. (lider pełnomocnik), Z. U. -P. E. Sp. j. S. B., P. L., z siedzibą lidera – (...)**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **E. B. P. R. E., (...)** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **E. B. P. R. E., (...)** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni

od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Poznaniu**.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1110/17

Uzasadnienie

Zamawiający: nazwa: E. O. Sp. z o.o. z siedzibą w P. prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest: Dostawa szafek oraz rozdzielnic stacyjnych dla potrzeb zabudowy układu bilansującego w E. O. Sp. z o.o.

Ogłoszenia zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej Numer: 2017/S 025-044416.

Odwołujący: E. B. pod firmą E. B. P. R. E. z siedzibą w (...), wniósł odwołanie od odrzucenia oferty odwołującego, jak również zaniechania czynności do której zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy,

1. Zamawiający zaniechał weryfikacji dokumentów przesłanych przez, odwołującego w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego i odrzucił ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy pzp jako niezgodną z ustawą i ofertę której treść nie odpowiada treści specyfikacji.

2. Czynność odrzucania oferty jest niezgodna z art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy pzp, gdyż oferta odwołującego jest zgodna z ustawą oraz odpowiada treści Specyfikacji istotnych Warunków Zamówienia. Zamawiający nie wykazał żadnej okoliczności w zakresie nieważności oferty.

Oferta odwołującego nie została złożona jako:

- rzekoma, która nie jest ofertą w rozumieniu art. 66 § 1 kc.
- w połączeniu z drugą (kilkoma) pochodzącymi od tego samego wykonawcy,
- z uwagi na niezachowanie formy pisemnej (i np. brak podpisu pod oświadczeniem art. 73 §1 kc)
- w języku innym niż polski,
- oferta dodatkowa z ceną wyższą niż w złożonej ofercie.

Zatem nie zaistniała żadna okoliczność aby zamawiający mógł odrzucić ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp,

Podobnie na skutek zaniechania, polegającego na nie uwzględnieniu informacji mającej wpływ na wynik postępowania, zamawiający odrzucił ofertę na podstawie art 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Przesłany jako odpowiedź na wezwanie zamawiającego dokument nie był nowym innym dokumentem lecz dokumentem uszczegóławiającym odpowiedź na wątpliwości zamawiającego. Zatem potraktowanie go jako dokumentu nowego, co zarzuca zamawiający odwołującemu, jest niezasadne i niezgodne ze stanem rzeczywistym. Tym bardziej, że te informacje były zawarte w ofercie i odpowiedziach na wezwania zamawiającego.

3. Odwołujący żąda:

1) Unieważnienia czynności zamawiającego odrzucenia oferty odwołującego, oceny ofert i wyborze najkorzystniejszej oferty, jako czynności naruszających przepisy ustawy,

2) Uznania oferty odwołującego jako zgodnej z przepisami ustawy i odpowiadającej treści siwz, dokonanie ponownej oceny ofert i wybranie oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

4. Pismem z dnia 25.05.2017 zamawiający poinformował odwołującego o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu jego oferty, na podstawie art. 89 ust 1 pkt 1 i 2 pzp. Uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty odwołującego dotyczy:

1) Zastosowania rozłączników:

a. (...) z momentem dokręcenia zacisku z v-klemą o wartości do 25 Nm oraz

b. (...) z momentem dokręcenia zacisku z v-klemą o wartości do 40 Nm jako niezgodnych z wymaganiami Zamawiającego w zakresie momentów dokręcania wynoszących odpowiednio 20 Nm i 30 Nm.

2) Braku w przedstawionych kartach katalogowych informacji o rodzaju zintegrowanego zacisku z v-klemą dla rozłącznika bezpiecznikowego listwowego (...) oraz informacji o producencie zacisku kablowego śrubowego typu v-klema.

Jednak najpoważniejszym zdaniem zamawiającego był zarzut, przedstawiony na końcu przesłanego odwołującemu pisma o wyborze oferty, reasumujący całość uzasadnienia o odrzuceniu oferty, że przesłany na ostatnie wezwanie odwołującemu dokument, naruszał art. 87 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp, jako że był niedopuszczalny jako dokument uzupełniany po raz trzeci. Ponadto zamawiający twierdził, że przesłane wcześniej dokumenty nie potwierdzały, że oferowane rozłączniki jako element większej całości przedmiotu dostawy, spełniają wymagania zamawiającego.

Zamawiający w swojej ocenie mija się z prawdą w ocenie stanu rzeczywistego i formalnego oferty, a ponadto narusza przepisy ustawy pzp, przez nieuzasadnione odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp. Ponadto zamawiający naruszył przepisy art. 7 Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców i niezgodne z zasadami proporcjonalności i przejrzystości traktowanie odwołującego.

Uzasadnienie:

1) Odwołujący zaproponował w ofercie rozłączniki:

a. (...) z momentem dokręcenia zacisku z v-klemą o wartości do 25 Nm oraz

b, (...) z momentem dokręcenia zacisku z v-klemą o wartości do 40 Nm.

Wartości tych momentów dokręcenia są wartościami maksymalnymi. Zamawiający nigdzie nie wskazał czy podane w SIWZ momenty są wartościami maksymalnymi czy minimalnymi. Zatem wartości wymagane przez Zamawiającego, mieszczą się w zakresie oferowanym przez odwołującego.

Zastosowane przez producenta tj. A. rozłączniki mają możliwość zastosowania także w innych urządzeniach jako zacisk o większych możliwościach. Maksymalna wartość momentu dokręcenia istotna jest nie tylko ze względu na bezpieczne zamocowanie w tym uchwycie, ale z uwagi na możliwość zniszczenia, stosując wyższy moment dokręcania i dlatego lepiej zabezpieczają przed zerwaniem, w przypadku nie stosowania kluczy dynamometrycznych. Zatem odwołujący zaproponował produkt nie tylko spełniający wymagania zamawiającego ale też lepszy, Należy też podkreślić, że zacisk o którym mowa jest tylko małym elementem składającym się na rozłącznik i nie decydującym o poprawności działania tego rozłącznika.

2) Informacja o rodzaju zintegrowanego zacisku z v-klemą dla rozłącznika bezpiecznikowego listwowego (...) zawarta jest w odpowiedzi na stronie 6 pisma wysłanego w dniu 8 maja 2017 r., w odpowiedzi na pytania Zamawiającego. Ponownie informacja ta została wysłana 17 maja 2017 z równoczesnym wysłaniem kart katalogowych, które już były w posiadaniu Zamawiającego. Natomiast producent został wskazany na stronie 4 oferty oraz stronach 72 i 73 dokumentacji technicznej przesłanej 18 kwietnia 2017, a także stronie 61 deklaracji zgodności. Należy zaznaczyć, że wyjaśnienia odwołującego z 17 maja 2017 roku nie stanowią kolejnej (wg Zamawiającego) trzeciej wersji uzupełnień lecz są uszczegółowioną odpowiedzią na wyjaśnienia. Nie uwzględnienie tych kart jest bezzasadne tym bardziej, że informacje te jak również karty były już w posiadaniu Zamawiającego. Załączenie tych kart przez odwołującego związane było z dochowaniem należytej staranności w odpowiedzi na pytania Zamawiającego, tak aby nie było żadnych wątpliwości w jej ocenie przez zamawiającego. Taka sama należyta staranność, a szczególnie zastosowanie zasad przejrzystości i uczciwej konkurencji winna też obowiązywać zamawiającego.

Zarzut zamawiającego o naruszeniu przez odwołującego art. 87 ust. 1 w związku z art. 26 ust. 3 Pzp jest bezzasadny, gdyż w wyniku odpowiedzi nie została zmieniona w jakikolwiek sposób treść oferty odwołującego, a o tym stanowi treść tego artykułu. Zgodnie z Pzp Zamawiający i wykonawcy nie są ograniczeni w żaden sposób w procedurze wyjaśniania treści oferty. Wykonawca ma obowiązek każdorazowo odpowiedzieć na wezwanie Zamawiającego, co też zostało uczynione w tym przypadku przez odwołującego. Dodatkowo ustawa nie precyzuje formy wyjaśnień składanych przez wykonawców. Nigdzie nie jest zabronione przesyłanie w ramach wyjaśnień dokumentów, w których zawarte są odpowiedzi na pytania i wątpliwości zamawiającego, w szczególności istotne dla prawidłowej weryfikacji złożonych ofert. Zamawiający nie rozpatrując merytorycznie przesłanych dokumentów, wołał z wątpliwych względów formalnych, naruszających przepisy Pzp i nie znajdujących potwierdzenia w dotychczasowym orzecznictwie, odrzucić ofertę odwołującego. Należy zaznaczyć, ofertę najkorzystniejszą, w postępowaniu bowiem zostały złożone w tej części zamówienia 3 oferty. Oferta odwołującego z ceną 37 316 970,00 zł była tańsza od następnej

oferty z ceną 40 816 935,00 zł aż o 3 499 965,00 zł. Jedynym kryterium oceny ofert była cena.

Dodatkowo zamawiający pismem z dnia 22.03.2017 wezwał odwołującego w trybie art 26 ust. 3 w związku z art. 24aa ust. 1 Pzp do złożenia dokumentów, w tym potwierdzających nie wykluczanie odwołującego z postępowania. Czynność ta jest niejasna dla odwołującego i budzi wątpliwości czy zostały dochowane przez zamawiającego uczciwa konkurencja i zasady proporcjonalności i przejrzystości o których mowa w ust. 7 ust. 1 Pzp, Tym bardziej, że czynność ta została unieważniona przez zamawiającego, ale już po złożeniu żądanych dokumentów przez odwołującego. Następne takie samo wezwanie zostało wysłane odwołującemu 6.04.2017. Czynność ta też dziwi, gdyż zamawiający przewidział w postępowaniu zastosowanie procedury o której mowa w art. 24aa ust. 1 Pzp, czyli najpierw dokonać oceny ofert a następnie badać czy wykonawca, którego ofertą oceniona została jako najkorzystniejsza nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Z tego wynika, że procedura została dwukrotnie naruszona w postępowaniu, gdyż badanie o którym mowa wyżej, zostało dokonane w stosunku do odwołującego, chociaż jego oferta została odrzucona przez zamawiającego.

Ewidentnym dowodem na naruszenie przez zamawiającego przepisu art. 7 Pzp czyli nierówne traktowanie wykonawców oraz niezgodne z zasadami proporcjonalności i przejrzystości traktowanie odwołującego, jest przyjęcie, a nie odrzucenie (tak jak to miało miejsce w przypadku oferty odwołującego) oferty wykonawcy wybranego do wykonania tego zamówienia.

Przykładami tego naruszenia są:

- 1) Przyjęcie zaproponowanego przez tego wykonawcę w ofercie rozłącznika s. A. 3 x 2V pro (...) z zaciskami typu v-klema z momentem dokręcenia 40 Nm, a wymagany był moment 30 Nm - dowód strona 259 Katalog rozłączników s. pro rozłączniki izolacyjne bezpiecznikowe listwowe część 3.
- 2) Karty katalogowe tego wykonawcy nie pozwalają na zidentyfikowanie produktu i potwierdzenie, że Oferowane dostawy są zgodne z. wymaganiami zamawiającego np: karty katalogowe modułów kontroli stanu wkładek bezpiecznikowych - strony 239-314 Katalog rozłączników s. A. pro rozłączniki izolacyjne bezpiecznikowe listwowe i Rozłączniki bezpiecznikowe listwo we i rozłączniki izolacyjne listwo we T.
- 3) Złożenie przez tego wykonawcę oferty wariantowej (wbrew siwz) w zakresie rozłączników z modułami kontroli stanu wkładek tzn. z modułami elektronicznymi albo elektromechanicznymi. Nasuwa się również pytanie w jaki sposób zamawiający stwierdził, że produkt ten spełnia jego wymagania, skoro na podstawie dostarczonych zamawiającemu

kart katalogowych tych produktów', nie można zweryfikować i potwierdzić, że produkt spełnia wymagania zamawiającego, dotyczącego wytrzymywanego napięcia testowego 2,5 kV.

Należy podkreślić, że zamawiający bezzasadnie podnosił w korespondencji zarzut niemożności zweryfikowania nieistotnych elementów produktów stanowiących ofertę odwołującego.

W przypadku oferty wykonawcy wybranego do wykonania zamówienia, zarzuty takie nie były formułowane, o czym stanowią dowody o których mowa wyżej, chociaż winny być postawione i wyjaśnione.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie.

Wskazał na art. 179 ust. 1 ustawy pzp i stwierdził, że odwołujący winien wykazać że ma realną szansę na uzyskanie zamówienia, której to szansy będzie bronił składając odwołanie. Wobec takiej wykładni art. 179 ust. 1 ustawy pzp odwołujący, który składa odwołanie na czynność odrzucenia jego oferty musi złożyć odwołanie co do wszelkich elementów podnoszonych przez zamawiającego w treści informacji o odrzuceniu przedmiotowej oferty.

W ramach postępowania, którego odwołanie dotyczy odrzucenie oferty nastąpiło na podstawie dwóch okoliczności faktycznych tj.:

a/ z powodu zaferowania rozłączników bezpiecznikowych z zaciskami kablowymi typu „V” z siłą docisku 25 Nm oraz 40 Nm, zamiast wymaganych 20 Nm oraz 30 Nm;

oraz

b/ braku potwierdzenia, że rozłącznik (...) wraz z zaciskiem śrubowym typu v-klema uzyskał pozytywny wynik badania zgodnie z normą PN-EN 60947-3:2009+A1:2012, a także, że zastosowany zacisk śrubowy typu v-klema jest produkcji A..

Powyższe zostało wyartykułowane przez zamawiającego w treści informacji o odrzuceniu oferty.

W treści odwołania odwołujący odnosi się jedynie do okoliczności wskazanej w punkcie a/ powyżej, nie poruszając zagadnienia związanego z producentem zacisku śrubowego typu V-klema oraz z niespełnianiem zgodności oferowanego produktu z wymaganą normą. Oznacza to, że odwołanie nie realizuje postulatu ustawowego związanego z istnieniem interesu w zdobyciu zamówienia. Nawet w przypadku ewentualnego uwzględnienia odwołania wciąż pozostaje uprawomocnione odrzucenie oferty odwołującego z tytułu okoliczności, która nie została zaskarżona. Rozszerzenie odwołania o okoliczność wskazaną pod literą b/ powyżej jest niedopuszczalne, gdyż uchybia terminowi do wniesienia odwołania.

Zamawiający wskazał na zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 i 2 ustawy pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego i nie dokonanie weryfikacji złożonych dokumentów, a także brak okoliczności uzasadniających odrzucenie oferty.

Zamawiający wskazuje, że dokonał dogłębnie weryfikacji otrzymanych dokumentów.

Dnia 16 marca 2017 r. odwołujący złożył ofertę ocenioną jako najkorzystniejsza (art. 24aa ustawy pzp), w związku z tym zamawiający wezwał odwołującego do złożenia dokumentów zgodnie z art. 26 ust. 1 ustawy pzp. W ramach złożonych dokumentów, że oferowane dostawy spełniają wymóg z pkt 2 b załącznika nr 9 tj. aby:

„/.../ rozłączniki bezpiecznikowe listowe wielkości 00 wyposażone w zaciski kablowe typu /V/ /dedykowane przez producenta aparatu/ z siłą docisku 20 Nm /.../”

oraz

„/.../ rozłączniki bezpiecznikowe listwowe wielkości 2 wyposażone były w zaciski kablowe typu /V/ (dedykowane przez producenta aparatu) z siłą docisku 30 Nm /.../”.

Wykonawcy powinni złożyć m. in. karty katalogowe /pkt 6.11. siwz/.

Zamawiający wskazuje, że powyższe wymogi były ściśle określone na wartość siły docisku odpowiedni 20 Nm oraz 30 Nm (nie minimalne ani nie maksymalne, ale stricte) oznacza to, że produkt, którego siła docisku wynosiła powyżej lub poniżej 20 Nm oraz powyżej lub poniżej 30 Nm, nie spełnia wymogów. W niniejszym przypadku nie można wskazywać, że skoro zacisk kablowy, wchodzący w skład rozłącznika bezpiecznikowego listwowego posiada siłę docisku 40 Nm, to automatycznie wartość 30 Nm jest spełniona, gdyż mieści się w 40 Nm, ponieważ badania zgodności z normą (była wymagana norma PN-EN 60947-3:2009+A1:2012) przeprowadza się przy ustawionej ściśle sile docisku.

W wyniku wezwania odwołujący złożył kartę katalogową rozłącznika bezpiecznikowego listwowego (...) producenta A. z zaciskiem typu (...) produkcji A. oraz (...) producenta A. z zaciskiem typu (...) produkcji A.. Z treści karty katalogowej wynikało, że siła docisku zacisku kablowego typu V jest równa odpowiednio 25 Nm oraz 40 Nm, zamiast wymaganych 20 Nm oraz 30 Nm. W związku z tym zamawiający wezwał wykonawcę dnia 24.04.2017 r. do wyjaśnień zaistniałych rozbieżności na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy pzp. W wyniku wyjaśnień zamawiający stwierdził, że karta katalogowa zawiera błąd wskazując a produkt niespełniający ww. wymogów i na podstawie art. 26 ust. 3 wezwał do uzupełnienia karty katalogowej. W efekcie wezwania odwołujący złożył kartę katalogową, która nie zawierała informacji o rodzaju zintegrowanego zacisku kablowego typu V, co powodowało że zamawiający nie mógł stwierdzić, czy treść karty odnosi się do zaoferowanego w ofercie zacisku kablowego typu V.

Zaznaczył, że w treści załącznika 1.1 do siwz zobowiązano wykonawcę do podania producentów rozłączników wraz z zaciskiem kablowym typu V, które łącznie przeszły

badania zgodnie z normą jw. Aby wypełnić wymóg odwołujący załączył do oferty Deklarację Zgodności /str. 61 oferty z dnia 11.04.2017 r./ dla rozłączników bezpiecznikowych wraz z zaciskami kablowymi typu V, wskazanych z nazwy powyżej. Oznacza to, że stanowiły one treść oferty nie mogły być zmienione po terminie jej złożenia.

Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień, jaki rodzaj zacisku zawiera karta katalogowa dla rozłącznika bezpiecznikowego listowego (...) oraz z jakich dokumentów możliwe jest odczytanie, że zgodnie z załącznikiem 1.1 /tabela asortymentowa/ do siwz producentem zacisku kablowego typu V jest firma A..

W odpowiedzi wykonawca uzupełnił kartę katalogową po raz drugi, nie udzielając wyjaśnień. Wezwanie nie dotyczyło uzupełnienia dokumentów określonymi błędami. Zamawiający wskazał na zasadę jednokrotności do uzupełniania dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 pzp.

Analizując dokumenty zamawiający stwierdził, że zintegrowany zacisk typu V dla rozłącznika (...) na tronie 6 ma oznaczenie (...), co byłoby zmianą treści oferty w stosunku do pierwotnie złożonej karty katalogowej. Ponadto oznaczenie wskazane wyżej nie występuje w deklaracji zgodności UE z normą PN-EN 60947-3:2009/A1:2012, załączonej na stronie 61 do oferty przy aparacie (...). Identyczna sytuacja ma miejsce w przypadku rozłącznika (...), gdzie karta katalogowa wskazuje zaoferowanie nie występującego w deklaracji zgodności UE zintegrowanego zacisku typu V o oznaczeniu (...) oraz podwójnego zacisku typu V o oznaczeniu (...), a pierwotnie złożona karta katalogowa wskazuje na zaoferowanie zacisku typu V oraz podwójnego zacisku typu V o oznaczeniu (...). Na zmianę treści oferty ma też wskazywać fakt, że osłona zacisku typu V w pierwotnie złożone karcie oraz uzupełniające na wezwanie ma oznaczenie (...), zaś uzupełniony po raz kolejny dokument przedstawia osłonę dla podwójnego zacisku typu W o oznaczeniu producenta wskazującego na zupełnie inny rysunek poglądowy tej osłony.

W punkcie 2 uzasadnienia odwołania odwołujący wskazuje, że zamawiający powinien powiązać ze sobą informacje zawarte w karcie katalogowej złożonej pierwszy raz z treścią karty złożonej na wezwanie. Zamawiający wskazał w tym miejscu, że całościowe odczytanie było niemożliwe z uwagi na fakt, że uzupełniona karta katalogowa nie wskazuje produktu, którego dotyczy. Skoro karta pierwotnie złożona zawiera błąd wskazywała typ zacisku V, a uzupełniona tego nie wskazuje, zamawiający nie jest w stanie stwierdzić, czy dotyczy ona tego samego zaoferowanego produktu i czy wraz z rozłącznikiem bezpiecznikowym uzyskał pozytywny wynik badań na zgodność z przywołaną wcześniej normą.

Odnosnie zarzutów do oferty przystępującego jako zawierającej analogiczne błędy jak oferta odwołującego zamawiający wskazał, że ten ostatni wezwany do wyjaśnień w zakresie

niezgodności co do momentu dokręcenia przedstawił wyjaśnienia, z których wynika, że oferowane urządzenia spełniają wymagania siwz.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wniósł o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Podniósł w pierwszej kolejności fakt, że nie w odwołaniu nie zaskarżono w całości decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego.

Wskazał na uzasadnienie decyzji o odrzuceniu o treści:

„Uzupełniona w dniu 08.05.2017 r. przez Wykonawcę karta katalogowa rozłącznika bezpiecznikowego, nie potwierdza, że zacisk śrubowy typu v-klema, wchodzący w skład rozłącznika (...), przeszedł badania zgodnie z normą PN-EN 60947-3:2009+A1:2012 oraz, że zastosowany zacisk śrubowy typu v-klema jest produkcji A., która została zaoferowana w treści oferty przez wykonawcę.”

Z tego fragmentu decyzji o odrzuceniu wynikają dwa powody odrzucenia oferty:

- 1/ brak potwierdzenia że zacisk śrubowy typu v-klema, wchodzący w skład rozłącznika (...), przeszedł badania zgodnie z normą PN-EN 60947-3:2009+A1:2012
- 2/ brak potwierdzenia w karcie katalogowej, że zastosowany zacisk śrubowy typu v-klema jest produkcji A., która to firma została zaoferowana w treści oferty odwołującego.

Tymczasem w odwołaniu wskazano, że Pismem z dnia 25.05.2017 zamawiający poinformował odwołującego o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu jego oferty, na podstawie art. 89 ust 1 pkt 1 i 2 pzp. Uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty odwołującego dotyczy:

- 1) Zastosowania rozłączników:
 - a. (...) z momentem dokręcenia zacisku z v-klemą o wartości do 25 Nm oraz
 - b. (...) z momentem dokręcenia zacisku z v-klemą o wartości do 40 Nm jako niezgodnych z wymaganiami Zamawiającego w zakresie momentów dokręcania wynoszących odpowiednio 20 Nm i 30 Nm.
- 2) Braku w przedstawionych kartach katalogowych informacji o rodzaju zintegrowanego zacisku z v-klemą dla rozłącznika bezpiecznikowego listwowego (...) oraz informacji o producencie zacisku kablowego śrubowego typu v-klema.

Przystępujący zauważa, że odwołujący nie zaskarżył w całości podstaw odrzucenia jego oferty, a konkretnie wadliwości tej oferty polegającej na nie potwierdzeniu, że zacisk śrubowy typu v-klema, wchodzący w skład rozłącznika (...), przeszedł badania zgodnie z normą PN-EN 60947-3:2009+A1:2012.

Treść odwołania w ogóle nie referuje do tej kwestii, odwołujący temu twierdzeniu nawet nie zaprzeczył, nie przedstawił jakichkolwiek twierdzeń ani dowodów na poparcie tezy przeciwnej.

Odwołujący skoncentrował się na kwestii momentu dokręcenia, który co prawda był jedną z kwestii stanowiących przedmiot wyjaśnień, jednak decyzja o odrzuceniu jego oferty oparta została na innej okoliczności, czego odwołujący nie zaskarżył. Tymczasem potwierdzenie, że zacisk wchodzący w skład oferowanych rozłączników przeszedł badania zgodnie z normą wskazaną, jest wymaganiem, które powinno być spełnione, a treść oferty odwołującego, z uwzględnieniem dokonanych uzupełnień i wyjaśnień tego nie potwierdza. To wymaganie ma istotne praktyczne znaczenie. Odwołujący te kwestię w odwołaniu przemilczał. W toku uzupełniania dokumentów, a finalnie, także w odwołaniu, nie wykazano, że zaoferowane aparaty spełniają wymagania.

W świetle powyższego decyzja o odrzuceniu oferty uprawomocniła się w zakresie braku potwierdzenia, że omawiany produkt przeszedł badania zgodnie ze wskazaną normą.

Zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. W konsekwencji zarzuty objęte rozstrzygnięciem Izby muszą być tożsame pod względem podstawy faktycznej i prawnej z zarzutami podniesionymi w odwołaniu. Po złożeniu odwołania rozszerzanie zarzutów odwołania przez dodawanie nowych podstaw faktycznych jest niedopuszczalne.

Przepis art. 192 ust. 7 ustawy pzp ma podwójne znaczenie, nie tylko chroni zamawiającego przed podnoszeniem na rozprawie przez wykonawcę nowych zarzutów, które nie znalazły się w odwołaniu, ale i stanowi przeszkodę merytorycznego rozpoznania zasadności kwestionowania oferty z powodu uprzednio nieznanego. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy pzp powinien być postawiony w oparciu o konkretną podstawę faktyczną, w szczególności na zarzut składa wskazanie naruszonych przepisów, ale przede wszystkim wskazanie okoliczności faktycznych, na których zarzut polega i na których się zasadza.

W tym świetle powoływanie się po złożeniu odwołania na nowe okoliczności i twierdzenia, w tym ewentualnie na rozprawie, że zacisk wchodzący w skład rozłącznika przeszedł badania zgodnie z normą, należy uznać za spóźnione i wykraczające poza podstawę faktyczną zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy pzp. Wobec tego przystępujący wnosi o pominięcie tych okoliczności.

W dalszej części pisma, przystępujący stwierdził, że pomimo faktu uprawomocnienia się w części decyzji o odrzuceniu oferty, z ostrożności procesowej, odnosi się także do podniesionych w odwołaniu argumentów, twierdzeń i okoliczności.

Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego złożyli na rozprawie oświadczenia:

Odwołujący poparł odwołanie z zawartą w nim argumentacją. Okazał zaoferowany rozłącznik wraz z zaciskami a także zaciski, o jakich przedstawił zamawiający informacje w SIWZ i decyzji. Zauważył, że kwestionowane elementy stanowią znikomą część zamówienia i nie stanowią przedmiotu zamówienia, lecz są jedynie częścią składową. Stwierdził, że w SIWZ mowa jest o sile docisku V-klemy (minimalna wytrzymałość mechaniczna V-klemy) nie ma stwierdzeń o sile docisku przewodu w aparacie, o której mówi norma (PN-EN60947-3). Zaoferowane V-klemy, jako posiadające wyższą wytrzymałość odpowiadają wymogom w SIWZ. Złożył opinię SEP uzyskaną na potrzeby tego postępowania na okoliczność spełnienia przez zaciski wymogów. Przypomniał za odwołaniem (str.4), że Przystępujący zaoferował rozłącznik z zaciskami V-klemy z momentem 40 Nm, przy wymaganym 30 Nm (str. 259 oferty). Zauważył, że Przystępujący 5 czerwca 2017 tj. po ogłoszeniu wyników postępowania i wniesieniu odwołania do prezesa Izby składał Zamawiającemu wyjaśnienia dotyczące zagadnień analogicznych do kwestionowanych u Odwołującego. Zanegował walor dowodowy katalogu A., jako nieobejmującego wszystkich produktów i nieobejmującego elementów stanowiących przedmiot oferty. Podkreślił, że od początku deklarował ten sam produkt tego samego producenta tj. A. spełniający normy i przebadany. Przypomniał funkcje momentu dokręcenia zacisku i przywołał treść z swoich wyjaśnień z dnia 25 kwietnia 2017 r. Złożył kopie dokumentu dwustronnego w formie tabeli z nadrukiem A.. Wskazał na stronie 9 swoich wyjaśnień z 17 maja 2017 r. z opisem produktu, jako zestawu.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Podtrzymał stanowisko zawarte w odpowiedzi na odwołanie i w pełni podzielił stanowisko Przystępującego. Stwierdził, że wymogi SIWZ co do przedmiotowego parametru były ściśle. Zauważył, że Wykonawca mógł zadawać pytania lub skarżyć wątpliwe jego zdaniem postanowienia w SIWZ. Natomiast nie mają znaczenia nieautoryzowane informacje pozyskane przez Wykonawcę przygotowującego ofertę. Wskazał na treść SIWZ w załączniku 9 str. 29. Wskazał na przebieg postępowania wyjaśniającego. Zauważył, że Odwołujący przedstawił na wezwanie karty katalogowe z parametrem wymaganym, co oznacza, że wymóg 20 Nm i 30 Nm, uznał za wiążący (pismo z dnia 26 kwietnia 2017 r.). Wskazał na załącznik do formularza ofertowego, gdzie wymagano opisu dla rozłącznika i zacisku osobno ze wskazaniem producenta, co ma potwierdzić istotne znaczenie elementu bez względu na wartość.

Wobec zarzutu dotyczącego Przystępującego stwierdził, że wezwał ten podmiot do złożenia dokumentów w dniu 2 czerwca 2017 r. i otrzymał wyjaśnienia w dniu 5 czerwca 2017 r. z załącznikami.

Przystępujący podtrzymał stanowisko zawarte w złożonym piśmie procesowym, a w szczególności zauważył brak zaskarżenia wszystkich podstaw faktycznych decyzji o odrzuceniu oferty. Przypomniał treść wezwania Zamawiającego z dnia 12 maja 2017 r. z pytaniem o rodzaj produktu i producenta oraz odpowiedzi, z której złożono karty katalogowe, w tym na stronie 6 opis zacisku spełniającego warunek momentu dokręcenia. Natomiast numer tego zacisku nie odpowiada wcześniej opisanym dokumentacji ofertowej, w tym deklaracji zgodności (str. 61). Ocenił, że nastąpiła zmiana treści oferty. Stwierdził, że złożona przez Odwołującego opinia dotycząca innego typu zacisku niż oferowany. Wniosek autora o wielkościach momentu, jako minimalnych oceniał jako dowolny i nie wynikający z treści SIWZ. Wskazał na znacznie funkcjonalne zacisku i sposób ich obsługi oraz procedurę badania zgodnie z normą wskazaną (PN-EN60947-3). Złożył katalog produktów firmy A. na okoliczność braku dowodu o przebadaniu zaoferowanego rozłącznika z zaciskiem. Także pozostaje w przekonaniu o wymaganym przebadaniu zaoferowanego przez Odwołującego rozłącznika z zaciskiem. Stwierdził, że Odwołujący dokonywał zmian w dokumentacji ofertowej.

A podstawowym zarzutem wobec tej oferty jest brak dowodu na przeprowadzenie badań rozłączników wraz zaciskami. Wskazał na wyjaśnienia z dnia 11 kwietnia str. 54 (certyfikat zgodności).

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym dokumentację postępowania, na którą w szczególności składają się postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferta odwołującego i przystępującego, wyjaśnienia złożone zamawiającemu przez przystępującego, jak również stanowiska stron i uczestnika przedstawione do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Wskazując na art. 179 ust. 1 ustawy pzp Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący winien wykazać, że ma realną szansę na uzyskanie zamówienia, której to szansy będzie bronił składając odwołanie tj. że w wyniku uwzględnienia zarzutów podniesionych w odwołaniu, w sprawie niniejszej oferta odwołującego będzie ponownie podlegać ocenie jako niesłusznie odrzucona przez zamawiającego. Należy uznać, że odwołujący, z uwagi na

zakres podniesionych zarzutów nie legitymuje się na obecnym etapie postępowania interesem w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy pzp.

Odwołujący, który składa odwołanie na czynność odrzucenia jego oferty musi złożyć odwołanie co do wszelkich elementów podnoszonych przez zamawiającego w treści informacji o odrzuceniu przedmiotowej oferty. Pominięcie niektórych okoliczności, w szczególności okoliczności faktycznych, mających znaczenie przy ocenie oferty, i nie podniesienie wobec nich zarzutów w odwołaniu, uniemożliwia późniejsze ich wskazywanie.

W ramach postępowania, którego odwołanie dotyczy, odrzucenie oferty nastąpiło na podstawie dwóch okoliczności faktycznych tj.:

a/ z powodu zaoferowania rozłączników bezpiecznikowych z zaciskami kablowymi typu „V” z siłą docisku 25 Nm oraz 40 Nm, zamiast wymaganych 20 Nm oraz 30 Nm;

oraz

b/ braku potwierdzenia, że rozłącznik (...) wraz z zaciskiem śrubowym typu v-klema uzyskał pozytywny wynik badania zgodnie z normą PN-EN 60947-3:2009+A1:2012, a także, że zastosowany zacisk śrubowy typu v-klema jest produkcji A..

Powyższe zostało wyartykułowane przez zamawiającego w treści informacji o odrzuceniu oferty.

Natomiast w treści odwołania odwołujący odnosi się jedynie do okoliczności wskazanej w punkcie a/ powyżej, nie poruszając zagadnienia związanego z producentem zacisku śrubowego typu V-klema oraz z niespełnianiem zgodności oferowanego produktu z wymaganą normą. Oznacza to, że odwołanie nie realizuje postulatu ustawowego związanego z istnieniem interesu w zdobyciu zamówienia. Nawet w przypadku ewentualnego uwzględnienia odwołania wciąż pozostaje uprawomocnione odrzucenie oferty odwołującego z tytułu okoliczności, która nie została zaskarżona. Rozszerzenie odwołania o okoliczność wskazaną pod literą b/ powyżej byłoby przy tym niedopuszczalne w późniejszym czasie, gdyż uchybiałoby terminowi do wniesienia odwołania.

W świetle powyższego decyzja o odrzuceniu oferty uprawomocniła się w zakresie braku potwierdzenia, że omawiany produkt przeszedł badania zgodnie ze wskazaną normą.

Zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. W konsekwencji zarzuty objęte rozstrzygnięciem Izby muszą być tożsame pod względem podstawy faktycznej i prawnej z zarzutami podniesionymi w odwołaniu. Po złożeniu odwołania rozszerzanie zarzutów odwołania przez dodawanie nowych podstaw faktycznych byłoby niedopuszczalne.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 1 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. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: