

Sygn. akt: KIO 1314/14

WYROK
z dnia 11 lipca 2014 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Pakulska

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 lipca 2014 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 czerwca 2014 roku przez odwołującego: **Zakład Usługowo-Produkcyjny „EMITER” Spółka jawna S. B. , P. L. z siedzibą w Limanowej, ul. Skrudlak 3, 34-600 Limanowa,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **TAURON Dystrybucja S.A. z siedzibą w Krakowie, ul. Jasnogórska 11, 31-358 Kraków,**

przy udziale:

- A. wykonawcy: **E. a B. a prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą E. B. Producent Rozdzielnic Elektrycznych, Piekary 363 /k. Krakowa, 32 - 060 L. zki,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
- B. wykonawcy: **„INCOBEX” Sp. z o. o. z siedzibą w B. sko-Białej, ul. Grażyńskiego 71, 43 - 300 B. sko-Biała,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego, i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego **kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy)**, uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2 zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę **3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy)**, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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 Krakowie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

TAURON Dystrybucja S.A. z siedzibą w Krakowie [zwana dalej: „zamawiającym”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: *Dostawa zestawów złączowych, złączowo-pomiarowych i pomiarowych w sieci dystrybucyjnej nN na potrzeby TAURON Dystrybucja S.A.*, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [j.t. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.], zwanej dalej „ustawą P.z.p.”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 marca 2014 roku pod numerem 2014/S 051-085854.

W dniu 18 czerwca 2014 roku zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyborze najkorzystniejszej oferty. Jako najkorzystniejsza w zadaniach 1, 2 i 3 została uznana oferta wykonawcy INCOBEX Sp. z o. o. z siedzibą w B. sko-Białej. Oferta wykonawcy Zakładu Usługowo-Produkcyjnego „EMITER” Spółka jawna S. B. , P. L. z siedzibą w Limanowej w zadaniach 1 i 2 została sklasyfikowana na 2 pozycji, a w zadaniu 3 na pozycji 3 za ofertą wykonawcy E. a B. a prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą E. B. Producent Rozdzielnic Elektrycznych.

W dniu 27 czerwca 2014 roku Zakład Usługowo-Produkcyjny „EMITER” Spółka jawna S. B. , P. L. z siedzibą w Limanowej [zwany dalej: „odwołującym”] wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej i zaniechania czynności zamawiającego polegającej na nie odrzuceniu oferty wykonawcy INCOBEX Sp. z o. o. w zakresie zadania nr 1, 2 i 3 oraz zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy E. a B. a prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą E. B. Producent Rozdzielnic Elektrycznych w zakresie zadania nr 3 i zaniechania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 1, 2 i 3.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie :

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. ewentualnie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 oraz art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. w związku z art. 1 ust. 1 pkt 4 oraz art. 15, art. 16 i art. 21 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002r. o systemie oceny zgodności (Dz.U. 2010 r., Nr 138, poz. 935 z późn. zm.), a także art. 4 i 5

rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 765/2008 z dnia 9 lipca 2008r. poprzez bezprawne i bezzasadne zaniechanie odrzucenia oferty ewentualnie wykluczenia wykonawców INCOBEX w zadaniu 1, 2 i 3 oraz PRE B. w zadaniu nr 3 w sytuacji, gdy oferty te nie odpowiadały wymaganiom stawianym przez Zamawiającego w treści rozdziału 3 ust 3.3.1.4 SIWZ, gdyż nie zawierały certyfikatów zgodności wydanych przez jednostki certyfikujące notyfikowane lub posiadające odpowiedni zakres akredytacji wydanej przez PCA na rozłączniki izolacyjne niskonapięciowe;

- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 i lub art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez bezprawne i bezzasadne zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy INCOBEX w zakresie zadania 1, 2 i 3 w sytuacji, gdy oferta ta nie odpowiadała wymaganiom stawianym przez zamawiającego w treści rozdziału 3 ust.3.3.1.1 SIWZ tj. "Standardom Technicznym nr I/DMN/2014..." dostępnym na stronie internetowej Zamawiającego oraz "Dodatkowym wymaganiami technicznym" stanowiącym część załącznika nr 8 do SIWZ poprzez zaoferowanie wyłączników do zabezpieczeń przetężeniowych firmy LOVATO Electric Sp. z o.o. i nie wezwanie INCOBEX Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w tym zakresie lub uzupełnienia dokumentów mimo, sygnalizacji uchybienia;
- 3) art. 82 ust. 3 w zw. z 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy P.z.p. poprzez przyjęcie i nie odrzucenie oferty INCOBEX, której treść nie odpowiada treści SIWZ poprzez zaproponowanie w Formularzu Cenowym kilku typów/producentów aparatów podczas gdy wymagany był jeden;
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 lub art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez bezprawne i bezzasadne zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy INCOBEX w zakresie zadania 1, 2 i 3 oraz PRE B. w zakresie zadania nr 3 w sytuacji gdy oferta ta nie odpowiadała wymaganiom stawianym przez Zamawiającego w treści rozdziału 3 ust. 3.3.1.3 SIWZ w związku z pkt 10.20 Standardów Technicznych nr I/DMN/2014..." (str. 12 Standardów...), tj. nie przedstawienie wymaganego certyfikatu potwierdzającego spełnianie przez oferowane obudowy wymagań normy „PN-EN 62208 Puste obudowy do rozdzielnic i sterownic niskonapięciowych. Wymagania ogólne” dla typoszeregu 26-K30cm / 72-95cm / dla głębokości 30+40cm;
- 5) art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 oraz art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. ewentualnie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. poprzez bezprawne i bezzasadne zaniechanie odrzucenia oferty ewentualnie wykluczenia wykonawcy INCOBEX

w zadaniu 1, 2 i 3 mimo, że oferując trzy typy aparatów firmy EFEN dołączył wymagane w pkt 3.3.1.4 SIWZ certyfikaty tylko dla dwóch typów i nie wezwanie INCOBEX Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów;

- 6) art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i zasady równego traktowania wykonawców poprzez nieuzasadnione wezwanie jednych wykonawców do wyjaśniania i uzupełniania ofert podczas gdy inni wykonawcy nie zostali wzywani wogóle mimo, poważnych i podobnych uchybień w ofertach a ich oferty zostały mimo wadliwości uznane za najkorzystniejsze;
- 7) z ostrożności procesowej - art. 26 ust 3 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wezwania w/w wykonawców do uzupełnienia dokumentów.

W oparciu o powyższe zarzuty odwołujący wnosił o

- uwzględnienie odwołania
- unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zadaniach nr 1, 2 i 3 z dnia 18 czerwca 2014r. polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej w postępowaniu przez INCOBEX Sp. z o.o.;
- nakazanie zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie ofert złożonych przez Incobex i PRE B. oraz nakazanie odrzucenia oferty Incobex w zadaniach 1, 2 i 3 oraz PRE B. w zadaniu nr 3 z postępowania o udzielenie zamówienia;
- dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w zakresie wszystkich trzech zadań.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący w zakresie zarzutu wskazanego w pktl.1 odwołania odwołujący podniósł, że zgodnie z punktem 3.3.1.4 SIWZ zamawiający wymagał by do oferty został dołączony certyfikat zgodności wydany producentowi lub jego upoważnionemu przedstawicielowi przez notyfikowaną jednostkę certyfikującą lub przez jednostkę certyfikującą posiadającą odpowiedni zakres akredytacji wydanej przez Polskie Centrum Akredytacji, potwierdzający spełnianie przez oferowane rozłączniki izolacyjne modułowe o prądzie znamionowym 100A wymagań normy "PN-EN 60947-3 Aparatura rozdzielcza i sterownicza niskonapięciowa. Część 3: Rozłączniki, odłączniki, rozłączniki izolacyjne i zestawy łączników z bezpiecznikami tropikowymi, tablice licznikowe". Wykonawca Incobex Sp. z o. o. oraz PRE B. do swojej oferty dołączyli certyfikat zgodności nr DN/057/2013, który został wystawiony w dniu 14 marca 2013r. przez Jednostkę Certyfikującą Wyroby Elektrotechniczne "Instytut Elektrotechniki IEL" w Warszawie. Odwołujący wskazał, że zgodnie z zakresem akredytacji AC 168 przypisanym tej jednostce

z dnia 24 września 2012r. IEL nie posiadała akredytacji w zakresie normy wpisanej na certyfikacie tj. PN-EN 60947*3:2013 a w zakresie normy PN-EN 60947-3:2009+A1:2012, która była przez zamawiającego wymagana zgodnie z pkt 11 załącznika nr 1 do "Standardu technicznego nr I/DMN/2014...". Według odwołującego IEL mógł wystawić certyfikat na normę PN-EN 60947-3:2013, ale nie w zakresie akredytacji i nie opatrując bezprawnie certyfikatu znakiem akredytacji. Odwołujący powołał przy tym postępowanie w sprawie KIO 1787/13 dotyczącą zakresu akredytacji, w wyniku którego zawieszono akredytację IEL w pełnym zakresie. Wskazał, że jedyną jednostką właściwą do przeprowadzania akredytacji na terenie Polski jest Polskie Centrum Akredytacji. Nadto, odwołujący podkreślił, że jednostka, która nie posiada akredytacji w danym zakresie nie może mieć w tym zakresie również notyfikacji jako, iż notyfikacja jest "wyższym" poziomem spełniania kwalifikacji. Uzyskanie notyfikacji jest możliwe przez podmiot który posiada już akredytację a następnie przeszedł pozytywnie proces autoryzacji prowadzony przez ministra właściwego ze względu na przedmiot oceny zgodności. Podkreślił, że obaj w/w wykonawcy nie przedstawili certyfikatu wystawionego przez jednostkę certyfikującą posiadającą akredytację w odpowiednim zakresie akredytacji wydanym przez PCA, jednostka ta nie była także w tym zakresie notyfikowana. Dalej odwołujący podniósł, że nie można uznać, że jednostka certyfikująca posiadająca akredytację na starszą edycję normy posiada równocześnie akredytację na jej nowsze wersje, aktualizacje. Jednostki certyfikujące określają samodzielnie zakres własnej akredytacji we wniosku o jej udzielenie. Mogą ten zakres także modyfikować po przejściu weryfikacji spełniania warunków wskazanych w ustawie. IEL nie zmodyfikował swojego zakresu akredytacji AC 168 poprzez dodanie normy PN -EN 60947-3:2013, a mimo to wystawiał certyfikaty ze znakiem akredytacji co spowodowało zawieszenie akredytacji nr AC 168 w całym zakresie.

Odnosząc się do zarzutu wskazanego w pkt 1.2 odwołania odwołujący wskazał, że zgodnie z punktem 3.3.1.6. SIWZ zamawiający wymagał przedłożenia certyfikatu zgodności wydanego producentowi lub jego upoważnionemu przedstawicielowi przez notyfikowaną jednostkę certyfikującą lub przez jednostkę certyfikującą posiadającą odpowiedni zakres akredytacji wydanej przez Polskie Centrum Akredytacji, potwierdzający spełnienie przez oferowane wyłączniki wyposażone w człon przeciążeniowy, ale bez członu zwarciovego, z funkcją ręcznego rozłączania obwodu, wymagań normy „PN-EN 60898-1 Sprzęt elektroinstalacyjny - Wyłączniki do zabezpieczeń przetężeniowych instalacji domowych i podobnych - Część 1: Wyłączniki do obwodów prądu przemiennego” lub certyfikatu upoważniającego do oznaczania wyrobu znakiem bezpieczeństwa, potwierdzający spełnienie przez oferowane wyłączniki wyposażone w człon przeciążeniowy, ale bez członu zwarciovego, z funkcją ręcznego rozłączania obwodu, wymagań normy "PN-EN 60898-1

Sprzęt elektroinstalacyjny - Wyłączniki do zabezpieczeń przetężeniowych instalacji domowych i podobnych - Część 1: Wyłączniki do obwodów prądu przemiennego.” Wykonawca INCOBEX Sp.z o. o. przedstawił certyfikat zgodności wystawiony dla LOVATO Electric Sp. z o. o. na wyłączniki do zabezpieczeń przetężeniowych w Instalacjach domowych i podobnych. Ograniczniki mocy. Typ PI MB 1 PT 06. Odwołujący podniósł, że nazwa wyrobu –„Wyłączniki do zabezpieczeń przetężeniowych w instalacjach domowych i podobnych. Ograniczniki mocy” oznacza, że aparat zastosowany przez firmę INCOBEX jest wyłącznikiem nadprądowym do zabezpieczeń zwarców, przetężeń w instalacjach domowych i podobnych, zaś użycie nazewnictwa zabezpieczenie przetężeniowe na certyfikacie jednoznacznie informuje, że aparat zawiera człon zwarcowy- co jest sprzeczne z wymaganiami SIWZ. Potwierdzeniem tego jest także według odwołującego norma PN- EN 60898-1 „Sprzęt elektroinstalacyjny - Wyłączniki do zabezpieczeń przetężeniowych instalacji domowych i podobnych - Część 1: Wyłączniki do obwodów prądu przemiennego”, gdzie znajdują się pojęcia definiujące prąd przetężeniowy oraz prąd zwarcowy, a to oznacza, iż aparat służy jako zabezpieczenie przetężeniowe instalacji domowych a więc zabezpiecza przed skutkami prądu zwarcowego, czyli posiada człon zwarcowy. Odwołujący wskazał, że certyfikat nr Z/12/024/14 na oferowany aparat został wystawiony kilka dni przed otwarciem postępowania, a sam aparat ten nigdy wcześniej nie był stosowany na rynku polskim oraz, że nie można uzyskać od producenta jakichkolwiek informacji technicznych (karty katalogowe, sprawozdania z przeprowadzonych badań), które mogłyby rozwiązać wszelkie niejasności dotyczące przedmiotowego aparatu typu P1 MB 1 PT. Odwołujący wskazał, że skoro nazewnictwo wskazane na certyfikacie sugerowało człon zwarcowy obowiązkiem zamawiającego było wezwanie wykonawcy INCOBEX do wyjaśnienia czy aparat zawiera człon zwarcowy i przedłożenia stosownej dokumentacji.

W zakresie zarzutu I.3 odwołania odwołujący wywodził, że Zamawiający w SIWZ w pkt 2.3.1 zapisał, iż niedopuszcza składania ofert wariantowych, zaś zgodnie z pkt.4.2.2.1 SIWZ wykonawcy mogli złożyć tylko jedną ofertę. Natomiast zgodnie z pkt. 4.2.2.6 wykonawca powinien wypełnić Formularz Oferty wg załącznika nr 1 do SIWZ. Elementem Formularza Oferty był jego załącznik nr 1 Formularz Cenowy (zmieniony w dniu 7.04.2014 r.), w którym nakazano wskazanie typu aparatu i producenta. Odwołujący zwrócił uwagę, iż jednoznacznie zapisano "typ aparatu" a nie "aparatów" i "producenta" a nie "producentów", użyto zatem w zamyśle liczby pojedynczej. Z czego należało wnioskować, iż każdy wykonawca powinien w tabeli wpisać po jednym typie aparatu danego rodzaju jednego producenta w danym wierszu. W tym celu nawet został zmieniony Formularz Ceny i ujęto w nim miejsce do wpisania jednego typu i producenta dla danego rodzaju aparatu. Jednocześnie odwołujący wskazał, iż kilku wykonawców, w tym INCOBEX Sp. z o.o., we

wszystkich zadaniach w polu tabeli "Typ aparatu/Producent" wpisały niezgodnie z wymaganiami SIWZ po dwóch i więcej typów aparatów i producentów. Zdaniem odwołującego, treść Formularza Cenowego, będącego częścią SIWZ, w sposób jasny wskazuje na określenie jednego typu aparatu i jednego producenta, a więc podanie większej ilości jest sprzeczne z treścią SIWZ, nawet jeśli wykonawca działał w dobrej woli. Zgodnie zaś z art. 82 ust. 3 ustawy P.z.p. treść oferty winna odpowiadać treści SIWZ. Odwołujący podniósł, że wykonawca zaproponował nie jeden produkt końcowy, ale kilka różnych w tej samej cenie. Jego oferta zatem jest sprzeczna z treścią SIWZ. Zamawiający nie będzie wiedział jaki finalny produkt otrzyma, jakie wyposażenie zostanie zastosowane. Zdaniem odwołującego można nawet stwierdzić, iż wykonawcy złożyli nie jedną, ale kilka ofert na jednym formularzu oferty. Wykonawcy zaproponowali różne produkty w tej samej cenie. W takiej sytuacji oferty te powinny zostać odrzucone zgodnie z 4.2.2.1 SIWZ i art. 82 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 P.z.p.

Zarzuty wskazane w pkt I.4 i I.5 odwołania odwołujący cofnął w toku posiedzenia, w związku ze złożeniem przez zamawiającego odpowiedzi na odwołanie, w której zamawiający uwzględnił część zarzutów odwołania.

Uzasadniając zarzut wskazany w pkt I.6 odwołania, tj. zarzut naruszenia zasady uczciwej konkurencji i zasady równego traktowania wykonawców, odwołujący wskazał, że zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. prowadząc postępowanie z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i zasady równego traktowania wykonawców poprzez nieuzasadnione wezwania jednych wykonawców do wyjaśniania i uzupełniania ofert podczas, gdy inni wykonawcy nie zostali wzywani wogóle mimo, poważnych uchybień w ofertach. Odwołujący zauważył, że wysłał do zamawiającego pisma sygnalizujące wykryte przez niego wady w ofertach pozostałych wykonawców. Zamawiający jednak nie wezwał wykonawcy INCOBEX Sp. z o. o. i PRE B. ani do złożenia wyjaśnień, ani do uzupełnienia dokumentów mimo, iż o wadach został wcześniej poinformowany. Natomiast odwołującego wzywał do złożenia szczegółowych wyjaśnień w zakresie przedstawionego certyfikatu. Według odwołującego drążenie wątpliwości co do jednego wykonawcy przy braku jakichkolwiek wezwań co do innych u których wątpliwości w ofertach są oczywiste i na które zwracają zamawiającemu uwagę inni wykonawcy jest wskazaniem na brak równego traktowania.

W dniu 30 czerwca 2014 roku wykonawca E. B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą E. B. Producent Rozdzielnic Elektrycznych zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania [zwany dalej: „przystępującym I”].

W tym samym dniu, tj. 30 czerwca 2014 roku, wykonawca INCOBEX Sp. z o.o. z siedzibą w B. sko-Białej zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania [zwany dalej: „przystępującym II”].

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania, ponieważ wypełniona została materialnoprawna przesłanka interesu w uzyskaniu zamówienia, określona w art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p., kwalifikowana możliwością poniesienia przez niego szkody.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o przepis art. 189 ust. 2 ustawy P.z.p.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów znajdujących się w dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienie publicznego, a przedłożonej Izbie przez Zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, tj. z: protokołu postępowania, ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ofert wykonawców złożonych w przedmiotowym postępowaniu, informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, a także korespondencji stron oraz z dokumentów złożonych przez strony i uczestników w toku rozprawy.

Izba postanowiła oddalić wniosek odwołującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego w zakresie wyłączników do zabezpieczeń przetężeniowych w celu wyjaśnienia czy wyłącznik LOVATO Electric typu P1 MB 1 PT jest aparatem wyposażonym w człon przetężeniowy, ale bez członu zwarciovego z funkcją ręcznego rozłączania obwodu, z uwagi na to, że ustalenie stanu faktycznego sprawy w tym zakresie nie wymagało wiadomości specjalnych, co także przyznały obie strony w trakcie rozprawy.

Nadto, Izba rozważyła stanowiska stron i uczestników postępowania przedstawione w pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując odwołanie w granicach podnoszonych zarzutów podtrzymanych na rozprawie, za wyjątkiem zarzutów wskazanych w pkt I.4 i I.5 odwołania, które zostały cofnięte przez odwołującego – stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp - Izba ustaliła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu wskazanego w pkt I.1. odwołania Izba stwierdziła, co następuje.

W rozdziale 3 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia [dalej: „SIWZ”] zatytułowanym *Warunki udziału Wykonawców w Postępowaniu* zamawiający wskazał, że *„wymaga się, aby oferowany produkt spełniał wymagane przez Zamawiającego parametry techniczno-użytkowe określone w szczegółowym opisie Przedmiotu Zamówienia, o którym mowa w pkt 2.1.2. SIWZ”*[punkt 3.3.1. SIWZ].

Na potwierdzenie spełniania powyższego wymagania Wykonawca zobowiązany był do załączenia do oferty m.in. dokumentu określonego w punkcie 3.3.1.4. SIWZ, tj.: certyfikatu zgodności wydanego producentowi lub jego upoważnionemu przedstawicielowi przez notyfikowaną jednostkę certyfikującą lub przez jednostkę certyfikującą posiadającą odpowiedni zakres akredytacji wydanej przez Polskie Centrum Akredytacji, potwierdzającego spełnianie przez oferowane:

- rozłączniki bezpiecznikowe skrzynkowe wielkości „000”,
- rozłączniki bezpiecznikowe L. twowe wielkości „2” i „3”,
- rozłączniki izolacyjne modułowe o prądzie znamionowym 100A,

wymagań normy "PN-EN 60947-3 Aparatura rozdzielcza i sterownicza niskonapięciowa. Część 3: Rozłączniki, odłączniki, rozłączniki izolacyjne i zestawy łączników z bezpiecznikami tropikowymi, tablice licznikowe".

Obaj wykonawcy zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego załączyli do swoich ofert certyfikat zgodności z normami nr DN/057/2013, który został wystawiony w dniu 14 marca 2013 r. przez Instytut Elektrotechniki - Jednostkę Certyfikującą Wyroby Elektrotechniczne [dalej: „IEL”]. Z treści przedmiotowego certyfikatu wynika, że dotyczy on następujących norm odniesienia: PN-EN 60947-1:2010+A1:2011 oraz PN-EN 60947-3:2013.

Odwołujący wskazał, że IEL zgodnie z zakresem akredytacji nr AC 168 wydanym przez Polskie Centrum Akredytacyjne [dalej: „PCA”] w dniu 24 września 2012 roku, nie posiadał akredytacji w zakresie normy wskazanej na certyfikacie tj. normy PN-EN 60947-3:2013, lecz jedynie w zakresie normy PN-EN 60947-3:2009+A1:2012 [przedmiotowy dokument został załączony przez odwołującego do odwołania].

W toku postępowania przed Izbą zostało wykazane, że norma PN-EN 60947-3:2009+A1:2012, która była objęta akredytacją nr AC 168, swą treścią odpowiada normie PN-EN 60947-3:2013, wskazanej w treści certyfikatu nr DN/057/2013, tj. normie PN-EN 60947-3:2013.

Odwołujący podnosił, że nieuprawnione jest posługiwanie się certyfikatem, oznaczonym znakiem akredytacji, w sytuacji, gdy obejmuje on normę, na którą IEL nie uzyskał akredytacji. Jednocześnie odwołujący przyznał, że w/w normy są tożsame pod względem merytorycznym, a jedyna różnica dotyczy dat opublikowania ww. norm.

Z treści decyzji 1/2013 Prezesa Polskiego Komitetu Normalizacyjnego z dnia 19 czerwca 2013 roku w sprawie przeniechania Polskich Norm, która została załączona przez przystępującego II do pisma procesowego z dnia 10.07.2014 r., wynika, że w związku z wprowadzeniem od 01.01.2013 r. zmiany zasad numeracji Polskich Norm oraz publikowania tej samej Polskiej Normy w kilku wersjach językowych zmienia się numerację Polskich Norm wprowadzających Normy Europejskie w języku polskim zatwierdzone w 2012 r. i opublikowane w 2013 r. Z treści nagłówka decyzji wynika, iż zmieniony numer PN podany w wykazie oznacza polską wersję językową wcześniej zatwierdzonej PN-EN metodą uznania. Wersja polska językowa jest w wykazie identyfikowana literą P po numerze PN.

Z wykazu Polskich Norm przeniechanianych, opublikowanych w 2013 r. wynika, że opublikowana norma PN-EN 60947-3:2013 (Tytuł: Aparatura rozdzielcza i sterownicza niskonapięciowa. Część 3: Rozłączniki, odłączniki, rozłączniki izolacyjne i zestawy łączników z bezpiecznikami tropikowymi), została przeniechaniana na normę PN-EN 60947-3:2009P.

Ponadto, w decyzji 2/2013 Prezesa Polskiego Komitetu Normalizacyjnego z dnia 19 czerwca 2013 roku w sprawie przywrócenia aktualności Polskich Norm wskazano, że w związku z wprowadzeniem od 1.01.2013 r. zmiany zasad numeracji Polskich Norm oraz publikowania tej samej Polskiej Normy w kilku wersjach językowych przywraca się aktualność Polskich Norm wprowadzających Normy Europejskie metodą uznania wycofanych w wyniku zastąpienia przez Polskie Normy wprowadzające Normy Europejskie w języku polskim zatwierdzone w 2012 r. i opublikowane w 2013 r. W wykazie Polskich Norm wycofanych w styczniu 2013 r., którym przywrócona została aktualność, znalazła się norma o numerze PN-EN 60947-3:2013.

Powyższe potwierdza tylko fakt, że norma PN-EN 60947-3:2013 odpowiada pod względem merytorycznym normie PN-EN 60947-3:2009P, a różnice wynikają z przeniechaniania tych norm.

Wobec powyższego, skoro norma PN-EN 60947-3:2013 jest tożsama pod względem merytorycznym z normą PN-EN 60947-3:2009+A1:2012, obie normy dotyczą produktów o jednakowych wymaganiach technicznych i standardach, co wynika zarówno z dokumentów złożonych w toku postępowania, jak i z przyznania tego faktu przez odwołującego w toku rozprawy, to należy stwierdzić, że certyfikat DN/057/2013 załączony do oferty przez Przystępujących potwierdza spełnianie przez oferowane rozłączniki wymagań normy PN-EN

60947-3:2013 oraz, że został wydany przez jednostkę certyfikującą posiadającą odpowiedni zakres akredytacji.

Odwołujący podnosił, że na skutek postępowania w sprawie KIO 1787/13 akredytacja Instytutu Elektrotechniki w Warszawie została zawieszona w całym zakresie. Niemniej jednak, w dacie wystawienia certyfikatu Instytut Elektrotechniki w Warszawie posiadał akredytację AC 168, obejmującą normę PN-EN 60947-3:2009+A1:2012 tożsamą pod względem merytorycznym z normą PN-EN 60947-3:2013.

Dodatkowo należy wskazać, że przedmiotowy certyfikat nie został unieważniony ani też nie udowodniono, że został wycofany z obrotu. Wprawdzie odwołujący powoływał się na korespondencję e-mailową z pracownikiem Instytutu Elektrotechniki w Warszawie, która miała potwierdzać wycofanie tegoż certyfikatu. Jednak w ocenie Izby, ww. dowód nie jest wiarygodny, z uwagi na to, że nie zostało wykazane w żaden sposób, czy osoba udzielająca odpowiedzi na zadane pytanie jest w ogóle upoważniona do formułowania oświadczeń w imieniu Instytutu Elektrotechniki w Warszawie w zakresie kwestii obowiązywania certyfikatów wydanych przez Instytut Elektrotechniki w Warszawie. Ponadto, wskazać należy, że z treści powołanej korespondencji e-mailowej, nie wynika, jakie stanowisko zajmuje ta osoba w Instytucie Elektrotechniki w Warszawie.

Wobec powyższego należało uznać, że zarzut odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się do zarzutu wskazanego w pkt I.2. odwołania Izba stwierdziła, co następuje.

W celu potwierdzenia spełniania przez oferowany produkt wymagań zamawiającego, w zakresie parametrów techniczno-użytkowych określonych w szczegółowym opisie Przedmiotu Zamówienia, zgodnie z punktem 3.3.1.6. SIWZ zamawiający wymagał także przedłożenia certyfikatu zgodności wydanego producentowi lub jego upoważnionemu przedstawicielowi przez notyfikowaną jednostkę certyfikującą lub przez jednostkę certyfikującą posiadającą odpowiedni zakres akredytacji wydanej przez Polskie Centrum Akredytacji, potwierdzający spełnienie przez oferowane wyłączniki wyposażone w człon przeciążeniowy, ale bez członu zwarciovego, z funkcją ręcznego rozłączania obwodu, wymagań normy „PN-EN 60898-1 Sprzęt elektroinstalacyjny - Wyłączniki do zabezpieczeń przetężeniowych instalacji domowych i podobnych - Część 1: Wyłączniki do obwodów prądu przemiennego”.

Wykonawca INCOBEX Sp. z o. o. przedstawił certyfikat zgodności nr Z/12/024/14 wystawiony w dniu 31 marca 2014 r. dla LOVATO Electric Sp. z o. o. na wyłączniki do

zabezpieczeń przetężeniowych w instalacjach domowych i podobnych. Ograniczniki mocy, dotyczący oferowanego przez niego urządzenia. Z treści ww. certyfikatu wynika, że produkt spełnia wymagania normy PN-EN 60898-1:2007+A12:2008 oraz PN-EN 60898-2:2008.

Przystępujący II załączył do pisma procesowego z dnia 10 lipca 2014 r., kopię karty katalogowej urządzenia modułowego: ogranicznika mocy LOVATO Electric serii P1MB. Bezpośrednio z treści charakterystyki ogólnej tego aparatu, zawartej w karcie katalogowej, wynika, że przedmiotowy ogranicznik to wyłącznik nadprądowy bez członu zwarciovego.

W toku rozprawy, odwołujący wskazywał, że karta katalogowa, nie może stanowić dowodu w sprawie, gdyż nie wiadomo czy dotyczy ona produktu objętego certyfikatem, który wykonawca INCOBEX Sp. z o. o., załączył do oferty, tj. certyfikatem nr Z/12/024/14. Ponadto, w ocenie odwołującego, nie może stanowić dowodu dlatego, że zamawiający nie wymagał jej od wykonawców na etapie składania ofert.

Odnosząc się do stwierdzenia odwołującego, że nie wiadomo czy przedmiotowa karta katalogowa dotyczy produktu objętego certyfikatem zgodności nr Z/12/024/14 należy zauważyć, że zarówno w certyfikacie, jak i w karcie katalogowej zostały wskazane te same typy (modele) wyłączników, tj.: P1 MB 1 PT 06, P1 MB 1 PT 10, P1 MB 1 PT 16 itd.

Natomiast to czy zamawiający wymagał załączenia do oferty kart katalogowych produktu, nie ma znaczenia dla oceny tego dowodu. Zamawiający wyjaśnił w trakcie rozprawy, że posiada karty katalogowe producenta LOVATO we własnym zakresie z uwagi na to, że od dawna prowadzi profesjonalną działalność w zakresie energetyki i dlatego też nie miał wątpliwości co do tego, że oferowany przez wykonawcę INCOBEX Sp. z o. o., wyłącznik to wyłącznik bez członu zwarciovego. Zamawiający wskazał także, że bezpośrednio z treści certyfikatu nr Z/12/024/14 wynika, że oferowany przez przystępującego produkt spełnia jego wymagania w tym zakresie, ponieważ w certyfikacie nie ma oznaczenia „B/C/D”, które wskazywałoby na występowanie członu zwarciovego.

Należy również wskazać, że odwołujący nie kwestionował prawdziwości karty katalogowej.

Dodatkowo, w toku rozprawy, odwołujący podnosił, że parametr wskazany w certyfikacie Z/12/024/14 I_{cn} : 10 kA, wskazuje na to, że oferowany wyłącznik posiada człon zwarciovy. Izba, w tym zakresie, dała wiarę wyjaśnieniom zamawiającego, że ww. parametr oznacza tylko tyle, że wyłącznik ma znamionową zwarciovą zdolność łączeniową, tak jak zresztą każdy wyłącznik. Przy czym wyłącznik nadprądowy, który wyposażony jest w człon zwarciovy może sam wyłączyć zwarcie do wartości 10kA. Z uwagi na to, że wyłącznik oferowany przez przystępującego II, nie posiada członu zwarciovego, o czym świadczy

choćby brak oznaczenia „B/C/D” w załączonym do jego oferty certyfikacie zgodności nr Z/12/024/14, wyłącznik ten musi być zabezpieczony dodatkowym urządzeniem wyłączającym zwarcie, co z kolei znajduje potwierdzenie w karcie katalogowej (sformułowanie „z zabezpieczeniem wstępnym wkładka topikowa”).

Przystępujący II, załączył także do pisma procesowego, o którym mowa powyżej, oświadczenie producenta, tj. LOVATO Electric Sp. z o. o. z dnia 9 lipca 2014 roku, że *ograniczniki mocy P1 MB T spełniają funkcje opisane w karcie katalogowej tego produktu oraz, że są to wyłączniki nadmiarowo-prądowe pozbawione funkcjonalności zabezpieczenia zwarciovego.*

Wobec powyższego, nie można także się zgodzić z twierdzeniem odwołującego zawartego w odwołaniu, iż: *„nie można uzyskać od producenta jakichkolwiek informacji technicznych (karty katalogowe, sprawozdania z przeprowadzonych badań), które mogłyby rozwiązać wszelkie niejasności dotyczące przedmiotowego aparatu typu P1 MB 1 PT”.*

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba stwierdziła, że zarzut wskazany w pkt. I.2 odwołania, a dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 i / lub art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się do zarzutu wskazanego w pkt I.3. odwołania Izba stwierdziła, co następuje.

Tak jak słusznie wskazał odwołujący zamawiający nie dopuścił składania ofert wariantowych [punkt 2.3.1. SIWZ], a wykonawcy mogli złożyć jedną ofertę [punkt 4.2.2.1. SIWZ]. Wykonawcy zobowiązani byli do złożenia wraz z Formularzem Oferty Formularza Cenowego, stanowiącego załącznik nr 1 do Formularza Oferty.

Odwołujący podnosił, iż z brzmienia Formularza Cenowego, wynika, że zamawiający wymagał wskazania jednego „typu aparatu” i jednego „Producenta”, o czym świadczy użycie liczby pojedynczej. Zdaniem odwołującego, wykonawca INCOBEX Sp. z o. o. we wszystkich zadaniach w polu tabeli „Typ aparatu/Producent” wpisał, niezgodnie z wymaganiami SIWZ, po dwa i więcej typy aparatów i Producentów, a zatem zaproponował nie jeden produkt końcowy, ale kilka różnych w tej samej cenie. W ocenie odwołującego świadczy to o niezgodności oferty z SIWZ oraz o tym, że wykonawca złożył nie jedną, ale kilka ofert na jednym formularzu oferty.

Nie sposób się zgodzić ze stanowiskiem odwołującego, że wykonawca INCOBEX Sp. z o. o. złożył ofertę nie odpowiadającą treści SIWZ, czy też, że złożył faktycznie kilka ofert, choć na jednym formularzu oferty albo, że złożył ofertę wariantową.

Definicję oferty wariantowej zawiera art. 2 pkt 7 ustawy P.z.p. O ofercie wariantowej można by było mówić tylko i wyłącznie w sytuacji, gdyby oferta wykonawcy INCOBEX Sp. z o. o. przewidywała, zgodnie z warunkami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odmienny niż określony przez zamawiającego sposób wykonania zamówienia publicznego. Tymczasem ww. wykonawca złożył ofertę określającą wykonanie zamówienia publicznego w postaci dostawy zestawów złączowych, złączowo-pomiarowych i pomiarowych w sieci dystrybucyjnej nN w sposób określony przez zamawiającego w treści SIWZ.

Nie można także uznać, że wykonawca INCOBEX Sp. z o. o. złożył w istocie kilka ofert, choć na jednym formularzu oferty. Wykonawca zaproponował w ofercie jedną cenę i zapewnił jednolite warunki realizacji całego zamówienia.

Także z treści SIWZ nie można wywieść, że zamawiający oczekiwał wskazania jednego konkretnego typu aparatu danego producenta. W Formularzu Cenowym zamawiający zawarł sformułowanie: *„W ramach jednego zadania dopuszcza się wykonanie obudów zestawów tylko z jednego rodzaju materiału. Tzn. obudowy mogą być wykonane tylko z tworzywa sztucznego termoutwardzalnego lub tworzywa chemoutwardzalnego lub z blachy aluminiowej”*. Zatem, w zakresie obudów zestawów zamawiający wymagał wskazania jednego rodzaju materiału, a nie zawarł takiego postanowienia odnośnie wskazania jednego typu/producenta aparatu. Z treści SIWZ nie wynika więc ograniczenie, na które wskazuje odwołujący.

Na marginesie należy zauważyć, że także pozostali wykonawcy wypełnili w podobny sposób Formularz Cenowy w zakresie wskazania kilku typów/producentów urządzeń, co zresztą zauważył sam odwołujący.

Zamawiający powołał się także na brzmienie § 1 ust. 4 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 8 do SIWZ, z którego wynika, że zamawiający zastrzegł sobie możliwość zwiększenia ilości zamawianych urządzeń z zachowaniem takich samych warunków i standardów, co urządzenia objęte pierwotnym zamówieniem, przy czym nie wymagał, aby to był jeden typ/ producent urządzenia. Zamawiający, jak i przystępujący II, wskazywali również na dotychczasową praktykę w tego typu zamówieniach, z której wynikało, że zamawiający dopuszczał możliwość złożenia oferty, w której, dla danego zestawu złączeniowego, wskazywano kilka typów/ producentów aparatów.

W ocenie Izby, odwołujący nie wykazał, że oferta wykonawcy INCOBEX Sp. z o. o. jest niezgodna z treścią SIWZ, w zakresie zarzutu wskazanego w pkt. I.3 odwołania, dlatego też także ten zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Mając powyższe na uwadze, również zarzut wskazany w pkt. I.6 odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p., jak i podniesiony z ostrożności procesowej zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p., wskazany w pkt. I.7 odwołania, nie potwierdził się.

W świetle powyższego, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, a także stosownie do postanowień zawartych w § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 pkt 1 lit. a, § 3 pkt 2 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: