

WYROK
z dnia 22 lipca 2015 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 lipca 2015 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 lipca 2015 roku przez wykonawcę – **Schneider Electric Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Energa-Operator S.A z siedzibą w Gdańsku**,

przy udziale wykonawcy – **Industrias Mecano Electricas Fontecha Yebenes S.L., z siedzibą w Toledo w Hiszpanii**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**,
przy udziale wykonawcy – **Siemens Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**,

orzeka:

1. **oddala odwołanie**,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę – **Schneider Electric Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę – **Schneider Electric Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy – **Schneider Electric Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, na rzecz zamawiającego – **Energa-Operator S.A z siedzibą w Gdańsku** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero

1

groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Gdańsku**.

Przewodniczący:

2

UZASADNIENIE

W dniu 10 lipca 2015 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 oraz art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej jako „ustawa Pzp”), odwołanie złożył wykonawca Schneider Electric Polska spółka z odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący”).

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest przez ENERGA-OPERATOR S.A. z siedzibą w Gdańsku (dalej jako „Zamawiający”), w trybie przewidzianym w art. 99 i n. ustawy Pzp przy odpowiednim stosowaniu przepisów dotyczących udzielania zamówień w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Dostawa transformatorów SN/nn dla ENERGA-OPERATOR S.A.”. Ogłoszenie o postępowanie zamieszczone zamówieniu wszczynające przedmiotowe zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 10 lutego 2015 roku, numer ogłoszenia: 2015/S 028-047867.

Odwołanie wniesiono wobec następujących czynności Zamawiającego:

- a) badanie i ocena ofert złożonych w postępowaniu;
 - b) odrzucenie oferty Odwołującego;
 - c) wybór jako najkorzystniejszych ofert wykonawców: Imefy S.A. Indu-Strias Mecano Electricas Fonte-Cha Yebenes S.L., Ormazabal Sp. z o.o., Siemens Sp. z o.o. oraz ABB Sp. z o.o.;
 - d) zaniechanie wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty Odwołującego.
- Odwołujący o wymienionych czynnościach został zawiadomiony przez Zamawiającego pismem z dnia 29 czerwca 2015 roku, przesłanym Odwołującemu drogą elektroniczną dnia 30 czerwca 2015 roku.

Zamawiającemu zarzucono naruszenie:

- a) art. 82 ust. 3 ustawy oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na jej niezgodność z treścią specyfikacji istotnych warunków Zamówienia (dalej jako „SIWZ”), podczas gdy oferta Odwołującego odpowiadała w całości tym warunkom, w szczególności załączone do niej zostały kopie protokołów prób specjalnych w zakresie poziomu hałasu zgodnie z normami: PN EN 60076 1:2011E Transformatory — Wymagania ogólne i PN-EN 60076-10:2003P Transformatory - Część 10: Wyznaczanie poziomów dźwięku, z których wynikał poziom hałasu (ciśnienia akustycznego) wyznaczony zgodnie z tymi normami i zgodny z wymaganiami SIWZ;
- b) naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez sformułowanie uzasadnienia i faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego w sposób utrudniający prawnego

3

Odwołującemu ustalenie, w jakim zakresie Zamawiający uznał ofertę Odwołującego za sprzeczną z treścią SIWZ, a co za tym idzie sformułowanie zarzutów odwołania; ewentualnie, w razie nieuwzględnienia zarzutów wskazanych pod lit. (a) i (b), zarzucono Zamawiającemu naruszenie (c) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu wezwania Odwołującego złożenia kopii protokołów prób specjalnych wykonanych przez jednostkę akredytowaną w zakresie wymaganym i odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na niezgodność tej oferty z treścią SIWZ, pomimo braku takiego wezwania w sytuacji, gdy Odwołujący nie został nigdy wezwany do złożenia protokołów wydanych przez jednostkę akredytowaną a w konsekwencji każdego z wymienionych naruszeń

- d) naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego; jako najkorzystniejszej pomimo faktu, że odpowiadała ona w całości treści SIWZ oraz stanowiła ofertę najkorzystniejszą zgodnie z kryteriami postawionymi SIWZ oraz poprzez wybór ofert wykonawców Imefy S.A. Indu-S tri as Mecai Eléctricas Fonte-Cha Yebenes S.L., Ormazabal Sp. z o.o., Siemens Sp. z o.o. or ABB Sp. z o.o. bez uwzględnienia oferty Odwołującego.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

w razie uwzględnienia zarzutu wskazanego w (a) lub (b) oraz (d)

- a) unieważnienia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu;
 - b) unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego;
 - c) unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze najkorzystniejszych ofert w postępowaniu;
 - d) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert, uwzględnieniem oferty Odwołującego jako zgodnej z SIWZ;
 - e) dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;
- natomiast w razie uwzględnienia zarzutu ewentualnego wskazanego w pkt (c) oraz (d) powyżej:
- f) unieważnienia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu;
 - g) unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego złożonej w postępowaniu;
 - h) unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze najkorzystniejszych ofert w postępowaniu;
 - i) prawidłowego wezwania Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia złożonych w postępowaniu dokumentów poprzez złożenie kopii protokołów

4

prób specjalnych wykonanych przez jednostkę akredytowaną w zakresie wyznaczenia poziomu hałasu zgodnie z wymogami SIWZ.

Odwołujący wnosil o dopuszczenie dowodów z:

- a) dokumentów załączonych do odwołania - na okoliczności wskazane w uzasadnieniu, w szczególności na okoliczność braku sformułowanie przez Zamawiającego w SIWZ wymagania, aby protokoły prób specjalnych w zakresie wyznaczenia poziomu hałasu wymagane na podstawie działu IX pkt 7.8 SIWZ postępowania pochodziły od jednostki akredytowanej, zgodności dokumentów złożonych przez Odwołującego w postępowaniu, w szczególności protokołów prób specjalnych, z postanowieniami SIWZ postępowania, braku wezwania Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów poprzez złożenie protokołów prób specjalnych w zakresie wyznaczenia poziomu hałasu wydanych przez jednostki (laboratoria) akredytowane, typowych wymagań co do poziomu hałasu (ciśnienie akustycznego) stawianych dla transformatorów o charakterystyce wymaganej w postępowaniu, spełniania wymagań co do hałasu (ciśnienie akustycznego) stawianych w postępowaniu przez znakomitą większość transformatorów oferowanych na rynku;
- b) opinii biegłego z zakresu elektroenergetyki ze specjalnością w zakresie urządzeń średniego napięcia, w szczególności transformatorów - na okoliczność typowych wymagań co do poziomu hałasu (ciśnienia akustycznego) stawianych dla transformatorów o charakterystyce wymaganej w postępowaniu, spełniania wymagań co do hałasu (ciśnienia akustycznego) stawianych w postępowaniu przez znakomitą większość transformatorów oferowanych na rynku.

Interes Odwołującego we wniesieniu odwołania wynika z faktu, że Odwołujący złożył ofertę, która gdyby nie została przez Zamawiającego odrzucona w sposób sprzeczny z przepisami ustawy, została uznana za najkorzystniejszą i umożliwiłaby Odwołującemu zawarcie umowy z Zamawiającym oraz otworzyłaby drogę do uzyskania zamówień wykonawczych przydzielanych w trybie art. 101 ustawy Pzp. Bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego uniemożliwia mu zawarcie umowy oraz uniemożliwia uzyskanie zamówień określonych w art. 101 ustawy, co powoduje po jego stronie szkodę wyrażającą się w postaci utraconego zysku, który Odwołujący osiągnąłby w przypadku uzyskania zamówienia oraz wywołuje szkodę bezpośrednią w postaci nakładów na przygotowanie i złożenie bezpodstawnie odrzuconej oferty.

W uzasadnieniu podniesiono, że Odwołujący złożył ofertę w ramach prowadzonego postępowania i zaoferował łącznie najkorzystniejszą dla Zamawiającego cenę za dostawy objęte zakresem zamówienia.

Dnia 5 czerwca 2015 roku Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia dokumentów wymienionych w treści tego pisma. W punkcie 4 pisma

5

Zamawiający wskazał m.in. że „w załączonych do oferty dokumentach brakuje kopii protokołów prób specjalnych w zakresie wyznaczenia poziomu hałasu zgodnie z normami PN EN 60076 1:2011E Transformatory - Wymagania ogólne i PN-EN 60076-10:2003P Transformatory - Część 10: Wyznaczanie poziomów dźwięku”.

W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący złożył wszystkie dokumenty wymagane w tym wezwaniu. W zakresie pkt 4 wezwania, Odwołujący złożył cztery sprawozdania z pomiaru hałasu z dnia: 3 marca 2015 roku, 7 marca 2015 roku oraz dwa z 26 marca 2015 roku, wykonane zgodnie z wymaganymi normami przez stację prób producenta transformatorów - spółki Schneider Electric Energy Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie.

Dnia 30 czerwca 2015 roku Zamawiający przesłał do Odwołującego zawiadomienie o wynikach postępowania informując, że oferta Odwołującego została odrzucona. Jako uzasadnienie odrzucenia oferty wskazano m.in.: „Nie dostarczono kopii protokołów z prób specjalnych (wykonanych przez jednostkę akredytowaną) w zakresie wyznaczenia poziomu hałasu zgodnie z normami PN-EN-60076- 1:2011E Transformatory - wymagania ogólne i PN-EN 60076-10:2003P Transformatory - część 10: wyznaczanie poziomów dźwięku”. W ocenie Zamawiającego stanowiło to o niezgodności oferty Odwołującego z treścią SIWZ, a za prawną podstawę odrzucenia oferty Zamawiający przyjął art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty jest sprzeczna z przepisami ustawy Pzp, jak również nie zachodzą podstawy faktyczne w niej wskazane.

Wbrew ocenie Zamawiającego oferta Odwołującego odpowiada treści SIWZ i zawierała wszelkie dokumenty, które zgodnie z jego treścią powinny zostać załączone do oferty. W szczególności sprawozdania z pomiaru hałasu z dnia: 3 marca 2015 roku, 7 marca 2015 roku oraz dwa z 26 marca 2015 roku są pod każdym względem zgodne z wymaganiami SIWZ.

Zgodnie z treścią działu IX pkt 7.8 SIWZ, do oferty powinna zostać załączona kopia protokołów prób specjalnych: w zakresie wytrzymałości zwarciowej wykonanej zgodnie z normami: PN EN 60076 1:2011E Transformatory - Wymagania ogólne i PN EN 60076 3:2014 02E Transformatory - Część 3: Poziomy izolacji, próby wytrzymałości elektrycznej i zewnętrzne odstępki izolacyjne w powietrzu oraz wyznaczenia poziomu hałasu zgodnie z normami: PN EN 60076 1:2011E Transformatory - Wymagania ogólne i PN-EN 60076-10:2003P Transformatory - Część 10: Wyznaczanie poziomów dźwięku. Dla niniejszego odwołania istotna jest druga część tego postanowienia, która wymaga złożenia protokołów prób specjalnych w zakresie wyznaczenia poziomu hałasu zgodnie z normami: PN EN 60076 1:2011E Transformatory - Wymagania ogólne i PN-EN 60076-10:2003P Transformatory - Część 10: Wyznaczanie poziomów dźwięku.

6

W odpowiedzi na wezwanie z dnia 5 czerwca 2015 roku, Odwołujący złożył dokumenty odpowiadające powyższym wymaganiom SIWZ w postaci czterech sprawozdań z pomiaru hałasu: z dnia 3 marca 2015 roku, 7 marca 2015 roku oraz dwa z 26 marca 2015 roku.

Odrzucenie oferty Odwołującego jest bezpodstawne i narusza art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż złożone przez Odwołującego w postępowaniu dokumenty dotyczące wyznaczenia poziomu hałasu spełniały wszystkie wymagania SIWZ, w szczególności: 1) określały one jednoznacznie poziom hałasu (ciśnienia akustycznego), a poziom ten mieścił się w granicach przewidzianych przez wymagania SIWZ przedmiotowego postępowania - informacja w tym zakresie znajduje się w linijce „Ciśnienie akustyczne [dBA] — L_{pa}—” znajdującej się w każdym z dostarczonych dokumentów, 2) próby specjalne stanowiące podstawę wystawienia sprawozdań zostały wykonane zgodnie z normami PN EN 60076 1:2011E Transformatory — Wymagania ogólne i PN-EN 60076-10:2003P Transformatory - Część 10: Wyznaczanie poziomów dźwięku wymaganymi przez Zamawiającego (norma wskazana w sprawozdaniu dostarczonego przez Odwołującego jest tożsama z normami wymaganymi przez Zamawiającego i je obejmuje).

Sporządzone przez Zamawiającego uzasadnienie podstaw odrzucenia oferty Odwołującego jest lakoniczne i utrudnia Odwołującemu sformułowanie zarzutów odwołania. Nie wynika z niego w sposób jasny, jakich braków dopatrył się w złożonych dokumentach Zamawiający. Okoliczności wskazane w uzasadnieniu prawnym i faktycznym to w większości powtórzenie treści działu IX pkt 7.8 SIWZ, z dodaniem dwóch zdań, z których wynika, że Zamawiający uznał, iż złożone przez Odwołującego dokumenty nie spełniają wymogów tego punktu SIWZ.

Zestawienie treści uzasadnienia prawnego i faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego z treścią pkt 4 wezwania do złożenia dokumentów z dnia 5 czerwca 2015 roku prowadzi do wniosku, że podstawą odrzucenia mogło stać się załączenie przez Odwołującego protokołów prób specjalnych wykonanych przez producenta oferowanych transformatorów zamiast przez jednostkę akredytowaną.

Jednocześnie z uwagi na wspomnianą lakoniczność uzasadnienia odrzucenia oferty, z daleko posuniętej ostrożności procesowej Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez błędne uznanie, że załączone przez Odwołującego sprawozdania z pomiaru hałasu nie zawierały informacji o wyznaczonym poziomie hałasu oraz błędne uznanie, że poziom ten został wyznaczony niezgodnie z normami PN EN 60076 1:2011E Transformatory - Wymagania ogólne oraz PN-EN 60076-10:2003P Transformatory - Część 10: Wyznaczanie poziomów dźwięku. Odwołujący podkreślał, że złożone przez niego dokumenty jednoznacznie określały poziom hałasu, a próby stanowiące podstawę ich

7

wystawienia zostały przeprowadzone zgodnie z wymienionymi normami, co wynika wprost z treści złożonych przez Odwołującego sprawozdań.

Z treści uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego wynika, iż Zamawiający uznał, że niezgodne z treścią SIWZ jest załączenie przez Odwołującego protokołów prób specjalnych wykonanych przez producenta transformatorów, a nie przez „jednostkę akredytowaną”. Wniosek taki jest jednak nieuprawniony, gdyż jest sprzeczny z jednoznaczną treścią SIWZ. W przytaczanym dziale IX pkt 7.8 SIWZ Zamawiający nie zawarł wymagania, aby protokoły prób specjalnych były sporządzone przez jednostkę akredytowaną. O wymogu takim Odwołujący dowiedział się dopiero z chwilą doręczenia mu zawiadomienia o wynikach postępowania.

W treści SIWZ brak jest jakichkolwiek podstaw do stwierdzenia, że protokoły prób specjalnych powinny być sporządzone przez „jednostkę akredytowaną”. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że SIWZ nie posługuje się w ogóle pojęciem „jednostki akredytowanej”. Tak kategoria podmiotów nie została w ogóle wymieniona w SIWZ, ani tym bardziej zdefiniowana. Zamawiający posłużył się nią po raz pierwszy w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego. Już na wstępie nie jest więc jasne, dlaczego odrzucając ofertę Odwołującego Zamawiający powołuje się na pojęcia, które nie zostały wyrażone w SIWZ.

Jedynie postanowienie SIWZ odnoszące się do wymogu akredytacji (ale nie przez „jednostkę akredytowaną”) znajduje się w dziale IX pkt. 7.14 zd. 1 SIWZ, zgodnie z którym „protokoły badania typu potwierdzające zgodność z normą oraz badania potwierdzające spełnienie przez wyroby innych wymagań technicznych muszą być wydane producentowi, importerowi lub jego upoważnionemu przedstawicielowi przez laboratoria akredytowane w tym zakresie”. Odwołujący przypuszcza, że nieprawidłowe rozumienie przez Zamawiającego właśnie tego postanowienia doprowadziło do podjęcia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego. Nieprawidłowość rozumienia tego postanowienia jako nakładającego na wykonawców obowiązek złożenia protokołów prób specjalnych sporządzonych przez jednostkę akredytowaną wynika z następujących okoliczności:

W omawianym pkt 7.14 sprecyzowano wymagania dotyczące dwóch rodzajów dokumentów żądanych w poprzedzających postanowieniach SIWZ przez Zamawiającego, mianowicie mowa jest w nim o:

- protokołach badania typu potwierdzających zgodność oferowanych towarów z normą,
 - badaniach potwierdzających spełnienie przez wyroby innych wymagań technicznych.
- Tylko w odniesieniu do tych dokumentów Zamawiający żądał, aby zostały one sporządzone przez jednostkę akredytowaną. Z podziału jednoznacznie wynika, że wymóg ten dotyczył dokumentów stanowiących protokoły badań typu, wymaganych np. w dziale IX pkt. 7.10 SIWZ, które potwierdzały zgodność wyrobów z normami, oraz dokumentów z badań

8

potwierdzających spełnienie innych wymagań technicznych, nie ujętych w odpowiednich normach.

Z treści działu IX pkt 7.8 wynika natomiast, że protokoły prób specjalnych miały się odbywać zgodnie z odpowiednimi normami, a więc nie potwierdzały spełniania przez wyroby innych, nieujętych w normach wymagań technicznych. Co więcej, gdyby Zamawiający żądał w odniesieniu do protokołów prób specjalnych w zakresie hałasu, aby zostały one sporządzone przez jednostkę akredytowaną, to powinien tę kategorię dokumentów wprost wymienić w treści działu IX pkt 7.14. W treści pkt 7.6-7.11 Zamawiający wymaga złożenia 4 jasno zdefiniowanych kategorii dokumentów:

- certyfikatów zgodności (np. pkt 7.7),
- protokołów prób specjalnych (np. pkt 7.8),
- protokołów badań typu (np. pkt 7.10),
- deklaracji zgodności (np. pkt 7.11).

W dalszych postanowieniach SIWZ, tj. pkt. 7.12-7.18, Zamawiający precyzuje wymagania dot. niektórych kategorii dokumentów. Doprecyzowanie to dotyczy jednoznacznie określanych kategorii dokumentów i następuje przez odwołanie się wprost do danej kategorii (np. pkt 7.12 odnoszący się do wymagań co do certyfikatów zgodności, czy pkt 7.14 odnoszący się do wymagań co do protokołów badań typu).

W pkt 7.14 natomiast Zamawiający wprowadza dodatkową kategorię, nie we SIWZ, tj. kategorię występującą w wcześniejszych postanowieniach „badań potwierdzających spełnienie przez wyroby innych wymagań technicznych”, bez bliższego określenia, co wchodzi w jej skład. Biorąc pod uwagę, że w zarówno tym jak i poprzednich postanowieniach Zamawiający konsekwentnie posługuje się tymi samymi pojęciami na

określenie tych samych kategorii dokumentów, Odwołujący nie miał jakichkolwiek podstaw przypuszczać, że przez „badania potwierdzające spełnienie przez wyroby innych wymagań technicznych” Zamawiający rozumie „protokoły prób specjalnych”. Należy podkreślić, że gdyby przyjąć, że w pojęciu tym mieszczą się „protokoły prób specjalnych”, to w konsekwencji zakres pojęcia „badania potwierdzające spełnienie przez wyroby innych wymagań technicznych” obejmowałby tylko jedną kategorię dokumentów, a więc określenia stanowiłyby swoje synonimy. Takie rozumienie postanowień SIWZ jest nielogiczne i musi być odrzucone.

Tym samym przyjąć należy, że wymagając dla „badań potwierdzających spełnienie przez wyroby innych wymagań technicznych” ich wydania przez jednostkę akredytowaną, Zamawiający nie miał na myśli „protokołów prób specjalnych”. Dla „protokołów prób specjalnych” nie wprowadzono więc w SIWZ jakichkolwiek wymagań co do pochodzenia tych dokumentów, w szczególności wydania ich przez jednostkę akredytowaną lub laboratorium akredytowane.

9

Powyższą wykładnię postanowień SIWZ potwierdza praktyka postępowań o udzielenie zamówień publicznych na transformatory oraz poziom wymagań co do hałasu stawianych przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu. Zamawiający wymagał, aby poziom hałasu utrzymywał się na poziomie nie wyższym, niż 55 dB (załącznik nr 1 do SIWZ, dział III, pkt 3 lit. g). Zamawiający dopuścił wysoki poziom hałasu, biorąc pod uwagę żadaną przez niego klasę i rodzaj transformatorów, a przez to postawione wymaganie jest bardzo łatwe do spełnienia przez wszystkich właściwie producentów transformatorów tej klasy. Nielogiczne więc byłoby, aby dla tak niskiego (łatwego do spełnienia) wymagania Zamawiający wymagał sporządzenia badań przez jednostkę akredytowaną. Odwołujący wskazał, że wszystkie transformatory o parametrach żądanych przez Zamawiającego w tym postępowaniu spełniają bez dodatkowych modyfikacji wymaganie co do poziomu hałasu określone w SIWZ. Co więcej, w postępowaniach na zakup podobnych transformatorów organizowanych przez inne podmioty z branży elektroenergetycznej często znajdują się o wiele bardziej rygorystyczne wymagania co do dopuszczalnego poziomu hałasu, a jednocześnie organizujące te postępowania podmioty nie żądają na potwierdzenie poziomu hałasu transformatora dokumentów wystawionych przez jednostki akredytowane. Jako przykład Odwołujący podał postępowanie prowadzone przez ENEA Operator Sp. z o.o. pn. „Dostawa 300 szt. transformatorów SN/nn dla ENEA Operator Sp. z o.o. w 2015 r. na potrzeby programu wymiany transformatorów o zawyżonych stratach” (nr postępowania RPUZ/P/0684/2014/DR/RR). W rozdziale II „Opis przedmiotu zamówienia” tego postępowania zamawiający wymagał, aby dla poszczególnych rodzajów transformatorów poziom ciśnienia akustycznego (hałasu) wynosił 39-46 dB (por. rozdział II „Opis przedmiotu zamówienia”, pkt 1.2 SIWZ tego postępowania), co jest wartością znacznie niższą (a więc trudniejszą do osiągnięcia) niż wymagana w przedmiotowym postępowaniu. Pomimo tego, ENEA Operator Sp. z o.o. nie żądał, aby próby potwierdzające spełnianie tego wymagania były wykonywane przez jednostki akredytowane. Wymaganie, w tym zakresie znalazło się w pkt. 2.5-2.6 rozdziału II, gdzie jest mowa o konieczności złożenia raportów z badań oraz prób typu przykładowych transformatorów. Nie było natomiast w dokumentacji tego postępowania jakiegokolwiek wymogu, aby w zakresie poziomu hałasu sporządzenie wymaganych dokumentów czy przeprowadzenie prób miało być wykonane przez jednostki akredytowane. W postępowaniu organizowanym przez ENEA Operator Sp. z o.o. Odwołujący złożył takie same sprawozdania, jak te złożone w przedmiotowym postępowaniu. Nie były one kwestionowane przez ENEA Operator Sp. z o.o., a w konsekwencji oferta składana przez Odwołującego nie została odrzucona.

Z powyższych przyczyn i w świetle braku postawienia takiego wymagania w SIWZ dla Odwołującego było jasne, że nie jest konieczne przedstawianie protokołu z prób specjalnych wystawionego przez jednostkę akredytowaną, gdyż przy tego rodzaju i poziomie wymagań

10

co do ciśnienia akustycznego nie ma jakiegokolwiek uzasadnienia praktycznego czy technicznego, aby badania były sporządzane przez jednostkę akredytowaną. W obrocie powszechnie stosuje się i wykorzystuje badania hałasu przeprowadzane przez samego producenta transformatorów. Wprowadzanie dodatkowego rygoru, jakim jest

przeprowadzenie badania przez jednostkę akredytowaną, nie miało jakiegokolwiek uzasadnienia.

Odwołujący podkreślił, że posiada protokoły badań typu wydane przez jednostki akredytowane w zakresie norm żądanych przez Zamawiającego. Nie mamy więc tutaj do czynienia z sytuacją, w której Odwołujący próbuje wymusić swój udział w postępowaniu pomimo braku dokumentów rzekomo wymaganych przez Zamawiającego. Niezłożenie przez Odwołującego dokumentów wydanych przez jednostkę akredytowaną wynika jedynie z faktu, że Odwołujący odczytał treść SIWZ w sposób określony powyżej, co było uzasadnione, oraz stwierdził, że nie znajduje się w nim wymaganie co do wydania tych dokumentów przez jednostki akredytowane oraz złożył takie dokumenty, które z powodzeniem składał w innych przetargach na dostawy transformatorów.

Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, wszelkie niejasności w treści SIWZ należy tłumaczyć na korzyść wykonawców. Innymi słowy, to Zamawiający ponosi ryzyko niejasnego sformułowania treści SIWZ i przy wadliwym jego sformułowaniu nie może następnie powoływać się na swoją intencję przy formułowaniu danego postanowienia SIWZ, niewyrażoną wprost w treści tego dokumentu. Pomimo możliwości sformułowania postanowień SIWZ w sposób jednoznaczny i precyzyjny, np. poprzez wyraźne zamieszczenie żądania, aby również protokoły prób specjalnych potwierdzających zgodność oferowanych wyrobów z normą były wydane przez laboratoria akredytowane, Zamawiający tego nie uczynił, a wymóg, aby protokoły prób specjalnych były wydawane przez „jednostki akredytowane” wyraził dopiero w zawiadomieniu o wynikach postępowania poprzez wskazanie przyczyny odrzucenia oferty Odwołującego. Powyższe znajduje potwierdzenie np. w: wyroku KIO z dnia 15 lipca 2014 roku (KIO 1343/14), wyroku KIO z dnia 9 kwietnia 2014 roku (KIO 605/14); wyroku KIO z dnia 4 marca 2009 roku (KIO/UZP 197/09).

W związku z powyższym należy uznać, że w odniesieniu do protokołów z prób specjalnych w zakresie wyznaczenia poziomu hałasu zgodnie z normami: PN EN 60076 1:2011E Transformatory - Wymagania ogólne i PN-EN 60076-10:2003P Transformatory - Część 10: Wyznaczanie poziomów dźwięku Zamawiający nie wymagał w SIWZ, aby próby te zostały wykonane przez jednostkę akredytowaną, a brak załączenia protokołu prób wykonanych przez taką jednostkę nie stanowi o niezgodności treści oferty Odwołującego z SIWZ. Sprawozdania z badań złożone przez Odwołującego spełniały wszystkie wymagania SIWZ i nie było podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2

11

ustawy Pzp. Odrzucenie oferty Odwołującego stanowi więc naruszenie tego przepisu i potwierdza zasadność odwołania.

Ponad naruszenie wskazane w pkt (a) i (b) petitum odwołania, Odwołujący zwraca uwagę, że nawet gdyby przyjąć, że z treści SIWZ wynikał obowiązek złożenia protokołów prób specjalnych potwierdzonych przez jednostkę akredytowaną (czemu Odwołujący zaprzecza z przyczyn wskazanych powyżej), to odwołanie i tak zasługiwałoby na uwzględnienie z tego powodu, że Odwołujący nie został prawidłowo wezwany przez Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów.

Wzywając Odwołującego do złożenia dodatkowych dokumentów pismem z dnia 5 czerwca 2015 roku, Zamawiający w pkt 4 tego pisma zawarł następujące żądanie: „Kopia protokołów prób specjalnych: w zakresie wytrzymałości, zwarciowej wykonanej zgodnie z normami: PN EN 60076 1:2011E Transformatory - Wymagania ogólne i PN EN 60076 3:2014 02E Transformatory - Część 3: Poziomy izolacji, próby wytrzymałości elektrycznej i zewnętrzne odstępy izolacyjne w powietrzu oraz wyznaczenia poziomu hałasu zgodnie z normami: PN EN 60076 1:2011E Transformatory - Wymagania ogólne i PN-EN 60076-10:2003P Transformatory — Część 10: Wyznaczanie poziomów dźwięku, wymaganych zapisem dz. IX pkt 7.8 siwz.

W załączonych dokumentach brakuje kopii protokołów prób specjalnych w zakresie wyznaczenia poziomu hałasu zgodnie z normami PN-EN-60076-1:2011E Transformatory — wymagania ogólne i PN-EN 60076-10:2003P Transformatory - Część 10: Wyznaczanie poziomów dźwięku”.

W końcowej części pisma Zamawiający wskazał, że dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego nie później niż w dniu upływu terminu składania ofert, oraz że „zgodnie z zapisem dz. IX pkt 10 SIWZ dokumenty sporządzone w języku obcym muszą być złożone wraz z tłumaczeniem na

język polski". W dalszej części wezwania Zamawiający poinformował, że dokumenty muszą być składane w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem. Powyższe instrukcje wyczerpywały wymagania Zamawiającego co do dokumentacji składanej w odpowiedzi na odwołanie. W wezwaniu nie zawarto wymagania, aby próby specjalne i protokoły z nich były wykonane przez „jednostkę akredytowaną”. Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie złożył dokumenty zgodne z wezwaniem, tj. sprawozdania pomiaru hałasu wykonane zgodnie z wymaganiami SIWZ, wypełniające wszystkie jego elementy i potwierdzające spełnianie przez oferowane transformatory wymagań SIWZ.

Uzasadniając odrzucenie oferty Odwołującego Zamawiający dodał wymaganie, aby próby specjalne były wykonane przez jednostkę akredytowaną. Wymaganie to nie zostało wskazane natomiast w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów. Odwołujący o konieczności, aby protokoły prób specjalnych pochodziły od jednostki akredytowanej dowiedział się dopiero

12

z pisma o wynikach postępowania i zawartego w nim uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego.

Powyższy stan faktyczny wskazuje na rażące naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz w konsekwencji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, w którym poruszana jest kwestia wykładni art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, Zamawiający, wzywając wykonawcę do uzupełnienia dokumentów, powinien w sposób precyzyjny oznaczyć, jakich dokumentów oczekuje od wykonawcy. Jest to obowiązek ciążyący na Zamawiającym, a ryzyko i konsekwencje jego niewypełnienia obciążają Zamawiającego i nie mogą powodować negatywnych skutków dla wykonawcy, w szczególności tak dotkliwego skutku, jakim jest odrzucenie oferty. Na potwierdzenie powyższego Odwołujący przywołał przykładowe tezy wyroków KIO: wyrok z dnia 30 stycznia 2015 roku (sygn. akt KIO 92/15); wyrok z dnia 2 lipca 2014 roku (sygn. akt KIO 1208/14); wyrok z dnia 6 marca 2014 roku (sygn. akt KIO 340/14); wyrok z dnia 27 listopada 2013 roku (sygn. akt KIO 2628/13).

Jeżeli więc Zamawiający oczekiwał, aby Odwołujący złożył sprawozdanie z prób specjalnych wykonanych przez jednostkę akredytowaną, powinien był w wezwaniu wyraźnie wskazać, że wzywa do złożenia protokołów z prób wykonanych przez tę jednostkę. W braku takiego wskazania Zamawiający nie miał prawa wymagać, że zostanie złożony dokument wydany przez tę jednostkę, a tym samym nie miał podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego z powodu braku takiego dokumentu.

Jeżeli Zamawiający uznał, że wymaga, aby próby specjalne były wykonywane przez jednostki akredytowane, w szczególności w świetle okoliczności, że postanowienia SIWZ nie stawiają takiego wymagania, to powinien wezwać Odwołującego do złożenia protokołów prób wykonanych przez te jednostki. Odwołujący posiada protokoły spełniające wymagania Zamawiającego wyrażone w zawiadomieniu o wynikach postępowania, wydane przez jednostkę akredytowaną, dlatego w przypadku skierowania takiego wezwania do Odwołującego będzie on mógł bez przeszkód je wypełnić.

Wykonując wezwanie Zamawiającego do złożenia dokumentów, Odwołujący nie miał obowiązku domyślać się, do złożenia jakich dokumentów wzywa go Zamawiający i jakie dodatkowe, niewyrażone w wezwaniu, stawia co do nich wymagania. Odwołujący miał prawo oprzeć się na brzmieniu wezwania. Na podkreślenie zasługuje, że w wezwaniu Zamawiający co do zasady szczegółowo opisał, jakich dokumentów żąda, w tym wskazał na szereg pozamerytorycznych wymogów co do dokumentów. Z uwagi na szczegółowość wezwania wyrażającą się w powtórzeniu również wymagań wynikających z samej ustawy oraz rozporządzeń wykonawczych wydanych na jej podstawie, Odwołujący tym bardziej miał prawo przyjąć, że w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów zawarto wszystkie wymagania co do formy i treści protokołów prób specjalnych, a więc nie miał obowiązku domyślania się

13

dodatkowych wymagań stawianych przez Zamawiającego tym dokumentom, w szczególności wymagań nie wynikających z treści SIWZ. Ponadto w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów Zamawiający nie zawarł jakiegokolwiek odniesienia do punktu 7.14 SIWZ, z którego wynika obowiązek dostarczenia niektórych dokumentów wydanych przez laboratoria akredytowane - Zamawiający ograniczył się do przytoczenia pkt 7.8 SIWZ, a tam takie wymaganie nie jest zawarte. Odwołujący nie miał żadnych podstaw sądzić, że

jest wzywany do złożenia dokumentów z prób wykonanych przez jednostkę akredytowaną.

Jeżeli jednak Zamawiający uważa, że wymaganie co do wykonania prób specjalnych hałasu przez jednostkę akredytowaną wynika z treści SIWZ, to powinien ponownie wezwać Odwołującego do złożenia protokołów prób specjalnych w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, precyzyjnie wskazując wszystkie wymagania co do treści i formy tego dokumentu, aby Wykonawca nie miał wątpliwości co do rodzajów dokumentów, których wymaga Zamawiający w ramach wezwania do uzupełnienia. Takie zachowanie nie będzie przy tym sprzeczne z zasadą jednokrotnego wzywania do uzupełnienia dokumentów, gdyż jak wyjaśniła KIO w wyroku z dnia 20 lutego 2015 roku (sygn. akt KIO 213/15; KIO 214/15; KIO 215/15) „wezwanie do uzupełnienia dokumentów może mieć miejsce tylko jeden raz (choć wprost nie wynika to z treści art. 26 ust. 3 p.z.p.) w odniesieniu do tego samego dokumentu. Ponowione wezwanie do uzupełnienia dokumentów - w przypadku nieprecyzyjnego lub nieprawidłowego pierwszego wezwania nie stanowi wezwania drugiego, lecz nadal jest pierwsze, gdyż tylko takie wezwanie odzwierciedla prawidłowe zastosowanie się zamawiającego do obowiązku wynikającego z art. 26 ust. 3 p.z.p.”. Podobne stanowisko zostało wyrażone w wyroku z dnia 24 lipca 2013 roku (sygn. akt KIO 1682/13).

Z uwagi na powyższe, odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na jej sprzeczność z treścią SIWZ polegającą na niezłączeniu protokołów prób specjalnych pomiarów hałasu wskazanych w dziale IX pkt 7.8 SIWZ wykonanych przez jednostkę akredytowaną, w sytuacji, gdy Odwołujący nie był wzywany do uzupełnienia tego dokumentu narusza art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze wnoszono jak na wstępie.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, dokumentacji postępowania przesłanej przez Zamawiającego, wyjaśnień składanych przez wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego, stanowisk i oświadczeń Stron i Uczestników postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

14

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowała odwołanie na rozprawę.

Ustalono dalej, że Wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Odwołującego, a także zakwalifikowanie do dalszego etapu postępowania ofert innych wykonawców, w tym wykonawców Przystępujących po stronie Zamawiającego, pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożył wykonawca Siemens Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, wskazując że zarzuty odwołania są bezzasadne.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożył wykonawca Industrias Mecano Electricas Fontecha Yebenes S.L. (IMEFY S.L.) z siedzibą w Toledo w Hiszpanii, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Oba przystąpienia uznano za skuteczne.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania w całości przedstawiając szczegółową argumentację merytoryczną.

Izba ustaliła, że:

Zgodnie z rozdziałem IX, punktem 7 SIWZ, w celu potwierdzenia, że oferowane

transformatory odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego wykonawca miał złożyć wraz z ofertą kopie protokołów prób specjalnych: w zakresie wytrzymałości zwarciowej wykonane zgodnie z normami: PN EN 60076 1:2011E Transformatory – Wymagania ogólne i PN EN 60076 3:2014 02E Transformatory – Część 3: Poziomy izolacji, próby wytrzymałości elektrycznej i zewnętrzne odstępy izolacyjne w powietrzu oraz wyznaczenia poziomu hałasu zgodnie z normami: PN EN 60076 1:2011E Transformatory – Wymagania ogólne i PN EN 60076-10:2003P Transformatory – Część 10: Wyznaczenie poziomów dźwięku (punkt 7.8. SIWZ). Jak wynika z punktu 7.14 SIWZ Rozdziału IX

15

protokoły badania typu potwierdzające zgodność z normą oraz badania potwierdzające spełnienie przez wyroby innych wymagań technicznych muszą być wydane producentowi, importerowi lub jego upoważnionemu przedstawicielowi przez laboratoria akredytowane w tym zakresie. W punkcie 7.17 SIWZ określono, że definicje: akredytowane jednostki certyfikujące, notyfikowane jednostki certyfikujące, laboratoria akredytowane, laboratoria notyfikowane, certyfikaty zgodności, badanie (typu), deklaracja zgodności producenta, importer lub jego upoważnionego przedstawiciela – należy rozumieć zgodnie z ustawą z pkt 2.1.1.

W dniu 5 czerwca 2015 roku Zamawiający w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał Odwołującego do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego, w tym kopii protokołów prób specjalnych, zgodnie z zapisem dz. IX pkt 7.8 SIWZ. Wskazano, że w ofercie brakuje kopii protokołów prób specjalnych w zakresie poziomu hałasu zgodnie z normami PN EN 60076 1:2011E Transformatory – Wymagania ogólne i PN EN 60076 – 10:2003P Transformatory – Część 10: Wyznaczanie poziomów dźwięku.

Wykonawca uzupełnił dokumenty w wymaganym terminie, we wskazanym zakresie złożył protokoły badań poziomu hałasu wykonane przez producenta transformatorów.

Oferta Odwołującego uznana została za nieodpowiadającą treści SIWZ, ponieważ nie dostarczono kopii protokołów z prób specjalnych (wykonanych przez jednostkę akredytowaną) w wymaganym zakresie i została na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odrzucona.

Biorąc pod uwagę ustalony stan faktyczny, Izba uznała, że odwołanie nie mogło być uwzględnione.

Co do uwag natury ogólnej, to zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Natomiast stosownie do przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada między innymi pod względem przedmiotu zamówienia lub sposobu jego wykonania wymaganiom zawartym w SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ustawy Pzp. W tym zakresie wskazać należy, że oferta nie odpowiadająca treści SIWZ to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji. Odmienność ta może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak

16

też w sposobie jego realizacji. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy bądź też usługi, nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy Zamawiającego.

Przenosząc powyższe rozważania natury ogólnej na grunt rozpoznawanej sprawy, stwierdzić należy, iż tak rozumiana niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zaistniała w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego.

Po pierwsze, w ocenie składu orzekającego Izby, bez wątpienia treść punktu 7.14 SIWZ powiązana była i odnosiła się do punktu 7.8. SIWZ. Przyjęcie innej interpretacji,

zgodnie z wykładnią Odwołującego, byłoby nielogiczne. Zamawiający jednoznacznie wymagał, aby protokoły badań typu **oraz** badania potwierdzające spełnianie przez wyroby innych wymagań technicznych wykonywane były przez laboratoria akredytowane. Bez wątplenia również protokoły prób specjalnych w zakresie wyznaczenia poziomu hałasu zgodnie z określonymi normami uznać należało za kategorię dokumentów mieszczącą się w zakresie badań potwierdzających spełnianie przez wyrób innych wymagań określonych zapisami SIWZ. Słusznie zauważył na rozprawie Zamawiający, że Odwołujący nie umiał wskazać innych dokumentów, o złożeniu których stanowiła specyfikacja, które nie musiały być protokołami prób specjalnych ale jednocześnie miały potwierdzać inne wymogi techniczne i pochodzić od laboratoriów akredytowanych ale nie były związane z pomiarem poziomu hałasu. W SIWZ w części technicznej jasno określono wymogi dla poziomu hałasu, a wymogi te nie były niczym innym jak określonymi wymaganiami technicznymi. Skoro zaś określony został poziom spełniania wymogów dla poziomu hałasu, to obowiązkiem wykonawcy było złożenie wraz z ofertą lub na wezwanie do uzupełnienia, dokumentów potwierdzających spełnianie tych wymogów, przy jednoczesnym obowiązku wypełnienia prawidłowej formy dokumentów potwierdzających dane wymogi, co oznaczało obowiązek złożenia dokumentów, które potwierdzają przeprowadzenie stosowanych badań przez jednostkę akredytowaną, albowiem obowiązek złożenia wyników badań przeprowadzonych przez akredytowaną jednostkę wprost wynikał z punktu 7.14 SIWZ. Wbrew twierdzeniom Odwołującego w punkcie tym nie była ujęta żadna nowa, czy też dodatkowa kategoria dokumentów, ale kategoria określona przez Zamawiającego w sposób ogólny, obejmująca wszystkie dokumenty, które nie były certyfikatami jakości, deklaracjami zgodności i badaniami typu. Tym samym złożenie czterech sprawozdań z pomiaru poziomu hałasu wykonanych przez producenta transformatorów nie wypełniało wymogu SIWZ przedstawienia badań przeprowadzonych przez niezależną i obiektywną jednostkę badawczą.

17

Warte podkreślenia jest również, że wymóg ten był jasny dla pozostałych wykonawców, w tym także dla wykonawców, którzy wezwani zostali przez Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów w tożsamym zakresie. Jeżeli zaś Odwołujący miał wątpliwości odnośnie treści specyfikacji, to ustawa Pzp przewiduje instrumenty prawne, które pozwalają wykonawcom na odpowiednim etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego owe niejasności wyjaśnić. Nic nie stało także na przeszkodzie, aby w momencie otrzymania od Zamawiającego wezwania do uzupełnienia dokumentów, wykonawca upewnił się, iż prawidłowo odczytuje wymagania Zamawiającego. Ponadto, jeżeli nawet wykonawca nie był pewien jakie dokumenty należy złożyć, a jak twierdzi posiadał badania przeprowadzone przez jednostkę akredytowaną, to ze zwykłej ostrożności i pewności zakwalifikowania do kolejnego etapu postępowania, powinien był razem z raportami złożyć kopie protokołów prób specjalnych sporządzone przez jednostkę akredytowaną, jeżeli SIWZ zawierała postanowienie, które się do akredytacji odnosiło.

Za irrelewantne dla przedmiotu sporu uznać należało argumenty Odwołującego dotyczące wymagań stawianych przez tego samego Zamawiającego oraz innych Zamawiających w podobnych postępowaniach na dostawę transformatorów. Każde postępowanie charakteryzuje się odrębnością, w każdym też postępowaniu różne mogą być wymogi czy to techniczne dotyczące parametrów urządzeń, czy to wymogi w zakresie obowiązku udokumentowania określonych parametrów. Z tych samych powodów Izba oddaliła wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność typowych wymagań co do poziomu ciśnienia akustycznego stawianych dla transformatorów. Zauważyć należy, iż takie okoliczności w żadnej mierze nie były między Stronami sporne. Rozstrzygnięcia wymagało zupełnie inne zagadnienie, dla którego w ocenie składu orzekającego nie są wymagane wiadomości specjalne, spór miał bowiem charakter zagadnienia prawnego, nie zaś zagadnienia merytorycznego w zakresie spełniania określonych wymagań przez zaoferowane urządzenie.

W konsekwencji, jeżeli świadczenie wykonawcy z oferty ma odpowiadać potrzebom opisanym przez Zamawiającego w SIWZ, to ofertę, która nie zawierała odpowiednio przedstawionych dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego, uznać należało za niezgodną z treścią SIWZ.

W kwestii prawidłowości sporządzenia wezwania do uzupełnienia dokumentów oraz możliwości powtórnego wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, dostrzeżenia wymaga, że treść wezwania do uzupełnienia dokumentów z dnia 5 czerwca była precyzyjna i jasna. Niewątpliwie z obowiązku wezwania do uzupełnienia dokumentów wywodzi się konieczność dochowania precyzji i jednoznaczności w stosowanym wezwaniu. W ocenie Izby wezwanie Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu nie pozostawiało żadnych

18

wątpliwości, jakich dokumentów oczekuje Zamawiający. Przytoczone zostały odpowiednie zapisy punktu 7.8 SIWZ, albowiem to tych dokumentów brakowało w ofercie Odwołującego. Zauważyć należy, że szczegółowość wezwania uzależniona jest od okoliczności danego stanu faktycznego. Nie można jednak zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, że dopiero z informacji o wyniku postępowania dowiedział się on, że koniecznym było złożenie badań wykonanych przez jednostkę akredytowaną. Zauważyć należy, iż punkt 7.14 SIWZ, który stanowił o konieczności złożenia dokumentów w odpowiedniej formie, był postanowieniem ogólnym, odnoszącym się do różnego rodzaju dokumentów opisanych w różnych punktach SIWZ, nie tylko w punkcie 7.8. To obowiązkiem wykonawcy było zapoznać się treścią SIWZ, zarówno w zakresie merytorycznych, jak też formalnych obowiązków, które należy wypełnić, aby oferta wykonawcy uznana była za ważną i wiążącą. Zamawiający nie musiał także w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów specjalnie przywoływać i powtarzać treści punktu 7.14 SIWZ. Zamawiający wskazał, jakich dokumentów brakuje w ofercie Odwołującego, do Odwołującego zaś należało ustalenie w jakiej formie należy dane dokumenty złożyć, tak aby prawidłowo uzupełnić ofertę. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający informując o wyniku postępowania nie wskazał na żadne nowe, dodatkowe wymagania, które winny spełniać dokumenty. Jak już podniesiono w uzasadnieniu niniejszego orzeczenia, obowiązek przedstawienia badań wykonanych przez laboratorium akredytowane był jednoznacznie ujęty w postanowieniach SIWZ. Po stronie Odwołującego leżało obowiązek wypełnienia zapisów SIWZ, także w kwestiach formalnych.

Z tych także powodów nie jest możliwe ponowne wezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentów. Odwołujący miał szansę naprawić niedociągnięcia swojej oferty, jednak danej mu szansy nie wykorzystał. Ponowne wezwanie naruszałoby, po pierwsze zasadę jednokrotnego wzywania do uzupełnienia dokumentów, po drugie stałoby w sprzeczności z zasadą równego traktowania wykonawców. Obowiązek złożenia dokumentów, które potwierdzają określone okoliczności, spoczywa na wykonawcy i to on musi dołożyć należyte staranności, aby temu obowiązkowi zadośćuczynić, nie narażając się na negatywne konsekwencje w postaci odrzucenia oferty w przypadku niezłożenia dokumentów o charakterze przedmiotowym.

Za niezasadny uznano także zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zakresie takiego sformułowania uzasadnienia prawnego i faktycznego odrzucenia oferty, w sposób utrudniający wykonawcy ustalenie dlaczego treść oferty uznano za niezgodną z treścią SIWZ, a co za tym idzie utrudniono sformułowanie zarzutów odwołania.

Jak pokazuje treść samego odwołania, Odwołujący, w ocenie Izby, nie miał żadnych problemów ze zidentyfikowaniem zarówno podstawy prawnej, jak też faktycznej odrzucenia

19

oferty, a tym samym nie nastąpiła sytuacja uniemożliwiająca mu skorzystanie ze środków ochrony prawnej. Odwołujący na kilkunastu stronach odwołania przedstawił swoje zastrzeżenia do postępowania Zamawiającego, zarówno w warstwie merytorycznej, jak też prawnej decyzji Zamawiającego. Odnosił się do kilku możliwych wariantów dalszego postępowania. Trudno zatem zgodzić się z tezą, że wykonawca pozbawiony został przysługujących mu praw w zakresie korzystania ze środków ochrony prawnej. Także Izba, oraz pozostali wykonawcy nie mieli problemów ze zidentyfikowaniem zarzutów i żądań Odwołującego, które oparte były na decyzji zawierającej informacje o wyniku postępowania, przekazanej przez samego Zamawiającego.

Odnosnie zaś samego pisma informującego o wyniku postępowania i odrzuceniu oferty Odwołującego, to w ocenie składu orzekającego, pismo przekazane wykonawcom w wyczerpujący sposób prezentowało podstawę faktyczną i prawną tej decyzji. Jako

podstawę prawną wskazano art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a w przypadku podstawy faktycznej opisano (z odwołaniem się do zapisów SIWZ) jakie braki zawiera oferta Odwołującego. Zdaniem Izby Zamawiający wypełnił dyspozycję art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, co oznacza, że Odwołujący miał wystarczającą wiedzę o podstawach odrzucenia jego oferty. Jak już wcześniej zauważono, Izba nie dopatrzyła się wymienienia w informacji o wyborze i odrzuceniu, nowych obowiązków w zakresie dokumentów, które nie były wcześniej znane wykonawcom.

Mając na uwadze powyższe ustalenia, Izba nie dopatrzyła się naruszenia przepisów wymienionych przez Odwołującego w petitum odwołania i orzekła jak w sentencji. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, a czynności lub zaniechania Zamawiającego nie miały i nie mogły mieć wpływu na wynik postępowania. Zamawiający nie naruszył zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego określonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, tj. zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

20

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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:

21