

WYROK
z dnia 28 lipca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 lipca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 lipca 2014 r. przez wykonawcę TELE-FONIKA Kable S.A w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez Energa Operator S.A. w Gdańsku

przy udziale wykonawcy Zakład Produkcji Przewodów Elektrycznych - ELTRIM Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Ruszkowie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie części 1 zamówienia, dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy Zakład Produkcji Przewodów Elektrycznych - ELTRIM Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością do uzupełnienia dokumentów w zakresie dysponowania sprzętem wymaganym w pkt. IX.1.2.7 SIWZ

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Energa Operator S.A. w Gdańsku i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr [słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy] uiszczoną przez TELE-FONIKA Kable S.A w Krakowie tytułem wpisu od odwołania,

1

2.2. zasądza od Zamawiającego Energa Operator S.A. w Gdańsku na rzecz TELE-FONIKA Kable S.A w Krakowie kwotę 18 930 zł 00 gr [słownie: osiemnastu tysięcy dziewięciuset trzydziestu złotych zero groszy], stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

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.

Skład orzekający:

2

Uzasadnienie

I. Zamawiający – Energa Operator S.A. w Gdańsku prowadzi postępowanie na „Dostawę przewodów elektroenergetycznych”. Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

II. Odwołujący w dniu 18 lipca 2014 r. złożył odwołanie wobec zaniechania wykluczenia wykonawcy Zakład Produkcji Przewodów Elektrycznych - ELTRIM spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Ruszkowie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 4), w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3), w zw. art. 26 ust. 2b oraz art. 24 ust. 4 ustawy, polegające na zaniechaniu wykluczenia z postępowania ZPPE ELTRIM sp. z o.o., jako wykonawcę nie spełniającego warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym w zakresie dysponowania sprzętem do transportu, załadunku i rozładunku bębnow koniecznych do ubiegania się udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego objętego postępowaniem [pkt. IX.1.2.7 SIWZ], albowiem ZPPE ELTRIM sp. z o.o. nie przedłożyło w oryginale pisemnego oświadczenia podmiotów udzielających temu Wykonawcy zasobów w postaci środków transportu, co w konsekwencji doprowadziło do niezgodnego z prawem zaniechania uznania oferty tego wykonawcy [jako podlegającego wykluczeniu] za odrzuconą,
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 4) w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2) oraz art. 24 ust. 4 ustawy, polegające na zaniechaniu wykluczenia z postępowania ZPPE ELTRIM sp. z o.o. w zakresie części 1 zamówienia [„dostawa przewodów elektroenergetycznych niepełnoizolowanych SN”], jako wykonawcę nie spełniającego warunków udziału w postępowaniu w części 1 zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia polegającego na wykazaniu wykonania dostaw przynajmniej jednego z typów o dowolnych przekrojach, objętych normą PN-EN 50397-1:2007E [pkt. IX, albowiem ZPPE ELTRIM sp. z o.o. w złożonym wykazie wykonanych dostaw wskazał na dokonanie dostaw przewodów typu PAS-W i AAsXSn, które to typy przewodów nie są objęte normą PN-EN 50397-1 ;2007E, albowiem norma ta dotyczy przewodów oznaczonych kodem „CC...”, co w konsekwencji doprowadziło do niezgodnego z prawem zaniechania uznania oferty tego wykonawcy [jako podlegającego wykluczeniu] za odrzuconą,

3

W oparciu o tak wyrażone zarzuty, Odwołujący postawił żądania:

1. unieważnienia dokonania w dniach 8 lipca 2014 r. wyboru ZPPE ELTRIM sp. z o.o, jako najkorzystniejszej w zakresie części nr 1 zamówienia [„dostawa przewodów elektroenergetycznych niepełnoizolowanych SN”];
2. ponownego dokonania czynności badania i oceny ofert w zakresie części 1 zamówienia [„dostawa przewodów elektroenergetycznych niepełnoizolowanych SN”] po uprzednim wykluczeniu z postępowania wykonawcy ZPPE ELTRIM sp. z o.o. i uznania oferty wykonawcy ZPPE ELTRIM sp. z o.o. za odrzuconą,
3. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że w ramach rozstrzygnięcia Zamawiający m.in. w zakresie części 1 zamówienia [„dostawa przewodów elektroenergetycznych niepełnoizolowanych SN”] - jako najkorzystniejszą - wybrał ofertę złożoną przez wykonawcę ZPPE ELTRIM sp. z o.o. Z takim wyborem Zamawiającego nie można się jednak zgodzić, albowiem oferta wykonawcy ZPPE ELTRIM sp. z o.o. podlegała odrzuceniu i tym samym nie powinna być oceniana, w konsekwencji powinna być wybrana oferta Odwołującego.

[1] W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia z postępowania ZPPE ELTRIM sp. z o.o., jako wykonawcy nie spełniającego warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym w zakresie dysponowania sprzętem do transportu, załadunku i rozładunku bębnow koniecznych do ubiegania się udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego objętego postępowaniem [pkt IX.1.2.7SIWZ]:

Zamawiający wymagał by wykonawcy biorący udział w postępowaniu dysponowali m.in, *co najmniej jedną sztuką sprzętu do transportu, załadunku i rozładunku bębnow przewodów w celu zrealizowania dostawy* [pkt. IX. 1.2.7].

Wykonawca ZPPE ELTRIM sp. z o. o. w złożonym wraz z ofertą Wykazie Wyposażenia i Sprzętu Pozostającego w Dyspozycji Wykonawcy [wg wzoru z załącznika nr 6 do SIWZ] wskazał, iż dysponuje dowolną ilością „*sprzętu do załadunku, transportu*

i rozładunku bębnow- umowy z firmami spedycyjnymi SCHENKER, PEKAES", na podstawie „umowa”.

Pismem z dnia 24 czerwca 2014 roku [znak: SH/AZL/431/2014] Zamawiający wezwał ZPPE ELTRIM sp. z o.o. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, m.in. do wykazania dysponowania sprzętem do transportu, załadunku i rozładunku bębnow.

W odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie ZPPE ELTRIM sp. z o.o. pismem z dnia 26 czerwca 2014r, złożył m.in. poświadczone za zgodność z oryginałem przez Członka Zarządu ZPPE ELTRIM sp. z o.o. kopie oświadczeń złożonych przez podmioty trzecie, które to osoby oddawały do dyspozycji ZPPE ELTRIM Sp. z o.o. środki transportowe na potrzeby wykonywania zamówienia objętego Postępowaniem.

Oczywistym jest, w ocenie Odwołującego, iż oświadczenia udzielających zasoby nie zostały złożone w oryginale, lecz kopii poświadczonej za zgodność przez samego Wykonawcę, tj. ZPPE ELTRIM sp. z o.o. Uznanie przez Zamawiającego przedmiotowych oświadczeń za prawidłowe wykazanie dysponowaniem ich zasobami przez ZPPE ELTRIM sp. z o.o. jest niezgodne z treścią art. 26 ust. 2b ustawy oraz ugruntowanym orzecnictwem Krajowej Izby Odwoławczej. Zgodnie bowiem z treścią art. 26 ust. 2b ustawy oświadczenie [zobowiązanie] podmiotu udzielającego zasoby winno być złożone w formie pisemnej, czyli w oryginale.

O takim rozumieniu tego przepisu jednoznacznie przekonuje orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej, wydane w sprawie KIO 1106/11, KIO 1111/11, gdzie wyraźnie wskazano, że „wymóg formy pisemnej zobowiązania, określonej w art. 26 ust. 2b p.z.p., będzie spełniony w przypadku złożenia oryginału dokumentu zawierającego pod treścią oświadczenia podpis osoby je składającej. Zobowiązania podmiotów trzecich do udostępnienia zasobów, złożone w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę nie spełniają wymogu formy określonej w powołanym przepisie”. Podobnie w sprawie o sygnaturze akt KIO 2018/12 Izba przesądziła, że „skoro ustawodawca, dla formy zobowiązania podmiotu trzeciego, o którym mowa w art. 26 ust. 2b p.z.p., zastrzegł formę pisemną, to tym samym stanowisko zakładające możliwość posłużenia się takim zobowiązaniem składanym w formie kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem należy uznać za pozostające w wyrażnej sprzeczności z treścią tego przepisu”. Nie bez znaczenia jest również argumentacja zawarta w Uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27.12.2013r. [KIO/KD 113/13] m.in. odsyłająca przy dokonywaniu wykładni pojęcia „pisemne zobowiązanie” do stosowania art. 78 kc [w zw. z art. 14 ustawy]. Wyżej przedstawiony pogląd Krajowej Izby Odwoławczej jest poglądem stałym i ugruntowanym w orzeczeniach KIO - KIO 293/14, KIO 294/14, KIO 2030/13, KIO 1259/12, KIO 1447/11, KIO 1387/11, KIO 822/11, KIO 787/11, KIO 830/11 oraz KIO 348/11. Powyższe zapatrywanie wskazane jest również w opinii Prezesa Urzędu Zamówień

Publicznych. Co istotne sam Zamawiający w SIWZ - w pkt. X. 18 SWIZ wskazał, iż zobowiązania, o których mowa w pkt 1.4, należy złożyć w oryginale, zaś w pkt. 1.4 mowa jest właśnie o zobowiązaniach podmiotów udzielających zasobów. Tym samym nie można uznać, iż wykonawca ZPPE ELTRIM sp. z o.o. skutecznie wykazał, iż będzie dysponował co najmniej jedną sztuką sprzętu do transportu, załadunku i rozładunku bębnow. W konsekwencji ZPPE ELTRIM sp. z o.o. nie wykazał, iż spełnia warunki udziału w Postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym w wyżej wskazanym zakresie. Jednocześnie mając na uwadze, iż Zamawiający wzywał Wykonawcę ZPPE ELTRIM sp. z o.o. pismem z dnia 24 czerwca 2014 roku [znak: SH/AZL/431/2014] wprost i jednoznacznie do złożenia dokumentów dowodzących, iż Wykonawca ten będzie dysponował zasobami, niezbędnymi do realizacji zamówienia [pkt. 2 in fine pisma z dnia 24.06.2014r.] to ponowne wezwanie do złożenia oryginałów oświadczeń podmiotów trzecich, bądź innych dokumentów dowodzących dysponowaniem udzielonymi zasobami jest niedopuszczalne [por. orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej w sprawach o sygnaturach: KIO 401/14, KIO 2754/13; KIO 2757/13, KIO 2422/13, KIO/UZP 728/10]. Tym

samym uznanie stawianego w niniejszym odwołaniu zarzutu niewykazania dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym NIE może prowadzić do uchylecia decyzji Zamawiającego o wyborze ofert w części 1 postępowania i nakazaniu wezwania ZPPE ELTRIM sp. z o.o. do wykazania dysponowania potencjałem technicznym [udzielonymi zasobami], lecz winno prowadzić do nakazania Zamawiającemu bezpośrednio wykluczenia z postępowania wykonawcy ZPPE ELTRIM sp. z o.o. bez wzywania do uzupełnienia/wyjaśnienia oferty. Zgodnie bowiem z art. 24 ust. 2 pkt. 4) ustawy Wykonawca ZPPE ELTRIM sp. z o.o. winien być zostać wykluczony, a jego oferta uznana za odrzucona [art. 24 ust. 4 ustawy] i w konsekwencji nie mogła być wybrana w zakresie części 1 zamówienia [„dostawa przewodów elektroenergetycznych niepełnoizolowanych SN”].

[2] W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia z postępowania ZPPE ELTRIM sp. z o.o. w zakresie części 1 zamówienia [„dostawa przewodów elektroenergetycznych niepełnoizolowanych SN”], jako wykonawcy nie spełniającego warunków udziału w postępowaniu w części 1 zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, polegającego na wykazaniu wykonania dostaw przynajmniej jednego z typów o dowolnych przekrojach objętych normą PN-EN 50397-1:2007E:

Wykonawca ZPPE ELTRIM sp. z o.o. nie wykazał, iż spełnił warunki udziału w postępowaniu w zakresie części 1 zamówienia. Zamawiający wymagał bowiem, by wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia w części nr 1 [„dostawa przewodów elektroenergetycznych niepełnoizolowanych SN”] wykazali się wiedzą i doświadczeniem

6

poprzez wykonanie jednej lub więcej dostaw, fabrycznie nowych przewodów elektroenergetycznych niepełnoizolowanych SN – przynajmniej jednego z typów o dowolnych normą PN-EN 50397- 1:2007E: Przewody przekrojach objętych elektroenergetyczne w osłonie do linii napowietrznych oraz osprzęt do nich na napięcie znamionowe przemienne wyższe od 1kV nie przekraczające 36 kV. Części: Przewody w osłonie, o łącznej wartości co najmniej 2.000.000,00 zł [pkt. IX. 1.1.1 SIWZ]. Wykonawca ZPPE ELTRIM sp. z o.o. złożonym wraz z ofertą Wykazie Wykonanych Dostaw [wg wzoru z załącznika nr 5 do SIWZ] wskazał, iż dostarczał przewody typu PAS-W [poz. 1 i 4 wykazu] oraz typu AAsXSn [pozostałe pozycje Wykazu]. Przywołana przez Zamawiającego norma PN-EN 50397- 1:2007E w pkt. 4 przewiduje jako typy przewodów zgodne z przedmiotową normą jedynie przewody oznaczone typem „CC”. Kolejne oznaczenia opisują m.in. budowę osłony [izolacji], rodzaj żyły [vide: wyciąg z normy PN-EN 50397-1:2007E wraz z tłumaczeniem na j. polski]. Kwestie związane z przewodami typu PAS-W [czyli wskazanymi przez Wykonawcę ZPPE ELTRIM sp. z o.o.] uregulowane są w normie fińskiej SFS 5791 „Przewody napowietrzne PAS o osłonie XLPE”. W pkt. 3.1 przedmiotowej normy wskazano, iż przewody z nią zgodne winny być oznaczane kodem „PAS” [wyciąg z normy SFS 5791 „Przewody napowietrzne PAS o osłonie XLPE” wraz z tłumaczeniem na j. polski]. W przypadku ZPPE ELTRIM sp. z o.o., oznaczenie „PAS” zostało uzupełnione literą „W” jako „watertight”, czyli „wodoszczelny”. Analogiczna sytuacja dotyczy przewodów typu AAsXSn, które nie są regulowane normą PN-EN 50397-1:2007E i co oczywiste posiadają zupełnie inne oznaczenie, niż przewidziane przedmiotową [a wymaganą przez Zamawiającego] normą. Na potwierdzenie powyższego należy przytoczyć również zapisy karty katalogowej dla przewodów oferowanych przez ZPPE ELTRIM sp. z o.o. typu EKOPAS® CCST.

Odwołujący zwrócił uwagę, iż oznaczenie tego przewodu jest zgodne z przytaczanym wyżej pkt. 4 normy PN-EN 50397-1:2007E - kod „CC” oraz oznaczenia „S u - ekran półprzewodzący na żyłę oraz „T - powłoką izolacyjną wykonaną z polietylenu termoplastycznego.

W przedmiotowej karcie katalogowej wskazano, iż przewody typu EKOPAS® CCST są zmodyfikowanym odpowiednikiem fińskich przewodów typu PAS oraz SAX [wg SFS 5791:1994], a także przewodów produkcji krajowej AAsXSn, AALXSn. Następnie [na str. 2 karty katalogowej] ZPPE ELTRIM sp. z o.o. wymienia główne różnice w konstrukcji w porównaniu do przewodów typu PAS - m.in. zastosowanie ekranu półprzewodzącego bezpośrednio na żyłę oraz zastosowanie dwuwarstwowej izolacji z polietylenu

W przewodach typu PAS, SAX, AAsXSn, AALXSn izolacja wykonana jest z polietylenu usieciowanego. Oczywistym zatem jest, iż przewody typu PAS [PAS-W] nie są tożsame z przewodami typu CCST odpowiadającymi normie PN-EN 50397-1:2007E. Przewody przedstawione przez ZPPE ELTRIM sp. z o.o. w wykazie dostaw nie są zatem przewodami równoważnymi ani tożsamymi z przewodami, jakich wymaga Zamawiający [a zgodnych z normą PN-EN 50397-1:2007E]. Wykonawca ZPPE ELTRIM sp. z o.o., przewody typu EKOPAS® CCST [czyli zgodne z normą PN-EN 50397-1:2007E] produkuje dopiero od 2014 roku, świadczy o tym m.in. data wydania Certyfikatu Zgodności nr Z/12/027/14 z dnia 1 kwietnia 2014 roku [vide: Certyfikat Zgodności nr Z/12/027/14 z dnia 01.04.2014 roku]. Tym samym oczywistym jest, iż ZPPE ELTRIM sp. z o.o. nie był w stanie dostarczać przewodów zgodnych z PN-EN 50397-1:2007E w okresie wskazanym w Wykazie Wykonanych Dostaw [w latach 2011-2013], bądź referencjach potwierdzających dokonanie tychże dostaw. Nie można zatem uznać, iż Wykonawca ZPPE ELTRIM sp. z o.o. skutecznie wykazał, iż posiada wiedzę i doświadczenie polegające na wykazaniu wykonania dostaw przynajmniej jednego z typów o dowolnych przekrojach objętych normą PN-EN 50397-1:2007E. W konsekwencji ZPPE ELTRIM sp. z o.o. nie wykazał, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia w wyżej wskazanym zakresie. Zgodnie zatem z art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy, wykonawca ZPPE ELTRIM sp. z o.o. winien był zostać wykluczony, a jego oferta uznana za odrzucona [art. 24 ust. 4 ustawy] i w konsekwencji nie mogła być wybrana w zakresie części 1 zamówienia.

III. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. Zamawiający, w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy, art. 24 ust. 4 ustawy – wskazał, że jest on całkowicie bezzasadny i winien podlegać oddaleniu. Zamawiający podał, że co do zasady potwierdza tę część odwołania, w której przytaczane są okoliczności wezwania ELTRIM przez Zamawiającego z dnia 24.06.2014 r., do przedstawienia - na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy - wykazu pozostającego w dyspozycji wykonawcy wyposażenia i sprzętu wymaganego przez pkt X.1.2.7 w SIWZ. Zamawiający jest również świadomy, że w odpowiedzi na ww. wezwanie z 24.06.2014 r., otrzymał od ELTRIM nie oryginał, a kopię [poświadczoną przez członka zarządu ELTRIM za zgodność z oryginałem] oświadczenia dwóch osób, w którym oddają ELTRIM środki transportowe na potrzeby wykonywania zamówienia objętego niniejszym postępowaniem. Wbrew jednak stanowisku Odwołującego, przedstawienie Zamawiającemu przez ELTRIM ww. oświadczenia w formie kopii [poświadczonej za zgodność z oryginałem] nie stanowi - zdaniem Zamawiającego - naruszenia art. 26 ust. 2b Ustawy. Ten ostatni przepis wymaga bowiem przedstawienia przez wykonawcę pisemnych zobowiązań podmiotów, którzy oddają wykonawcy do dyspozycji niezbędne zasoby na okres korzystania

z nich przy wykonaniu zamówienia. Zwrot „pisemnych” użyty w tym przepisie nie jest bowiem tak jednolicie rozumiany jak wskazuje Odwołujący, ani w doktrynie prawa, ani w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej [KIO]. W szczególności, za M. Stachowiak [w „Przetargi Publiczne” nr 4/2012 należy wskazać, że „[...] nie można zgodzić się z tezą że dokument potwierdzający udostępnienie zasobów powinien być złożony w formie pisemnej [w oryginale]; ustawodawca podał, że zobowiązanie powinno być wyrażone na piśmie, natomiast nie uregulował formy, w jakiej zobowiązanie to ma być przedstawione zamawiającemu - a zaciągnięcie zobowiązania i przedstawienie dokumentu potwierdzającego istnienie zobowiązania to dwie różne czynności”. Autor ten zwraca uwagę, że również zgodnie z art. 1 pkt 12 dyrektywy 2004/18AA/E zwrot „pisemnie” oznacza każde wyrażenie złożone ze słów lub cyfr, które można odczytać, powielić i przekazać, a więc także informacje przekazywane i przechowywane za pomocą środków elektronicznych; brak zaś rygору nieważności przy niezachowaniu formy pisemnej oznacza konieczność brania pod uwagę poświadczonych kopii]. Również aktualne orzecznictwo KIO, zdaniem

wskazuje na takich jakie Zamawiającego, dopuszczalność składania zobowiązań, przedstawił ELTRIM w innej formie niż oryginał. I tak np. w orzeczeniach KIO 2027/12 i KIO

2043 z 8,10,2012 r, wskazuje się, że choć „[...] zwrot w art. 26 ust.2b oznacza, że zobowiązanie podmiotu ma mieć charakter pisemny, co nie oznacza, że zobowiązanie załączone do wniosku czy oferty co do zasady ma być dołączone w formie oryginału.” Ponadto, gdyby wolą ustawodawcy było wprowadzenie obowiązku składania pisemnych zobowiązań osób trzecich wyłącznie poprzez złożenie oryginału takiego dokumentu, to wskazałby w przedmiotowej normie skutek takiego niezłożenia tego dokumentu w wymaganej formie jako rygor nieważności [tak KIO 2233/10 z 27.10.2010]. Zamawiający zwrócił uwagę, że w celu zachowania zasady szybkości postępowania publicznego Zamawiający w wezwaniu do wykonawcy opartym o art. 26 ust. 3 ustawy miał prawo określić inny sposób odpowiedzi i inną formę dokumentu niż wynikającą z zapisów SIWZ. Zamawiający w wezwaniu do ELTRIM z 24.06.2014 r. wezwał, a zarazem upoważnił wykonawcę, by dostarczane w odpowiedzi dokumenty przybrały formę oryginału lub kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem. Skoro wzywany wykonawca dostosował się do tego wezwania i złożył „zobowiązanie” w drugiej z dopuszczonych przez Zamawiającego form, to obecnie nie można wykonawcy czynić zarzutu, że nie przedstawił oryginału takiego dokumentu. Byłoby to również sprzeczne z art., 27 ust. 1 ustawy który to przepis dopuszcza by „oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje” były przekazywane między stronami zgodnie z wyborem zamawiającego: pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną. Zgodnie zaś z orzeczeniem KIO 525/10 i 551/10 z 26.10,2010 r. „[...] dokumenty uzupełniane w trybie art. 26 ust. 3 ustawy mieszczą się choćby w zakresie pojęcia „informacji”, czy też pojęcia „oświadczeń”, o których mowa w art. 27 ust. 1 ustawy” - skoro tak, to Zamawiający

9

miał prawo dopuścić formę kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem dla dokumentów uzupełnianych przez Wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 24.06.2014 r.

Zdaniem Zamawiającego uprawnienie do określenia innych wymagań co do formy dokumentów aniżeli wskazane w SIWZ wynikała również z tego, że była to już odrębna/następna faza [stadium] postępowania - na kwestię odrębności tej fazy postępowania zwraca uwagę KIO w ww. orzeczeniach KIO 525/10 i 551/10 z 26.10.2010 r. W tych orzeczeniach KIO wskazuje, że „[...] faza wezwania do uzupełnienia i odpowiedzi wykonawcy należy do kontaktów zamawiającego z wykonawcami na etapie postępowania po składaniu ofert, a zatem do tej fazy mają zastosowanie przepisy art. 27 ust.1 ustawy oraz postanowienia siwz określające przyjętą przez zamawiającego formę tych kontaktów” [podobnie KIO 997, 998, 999/09]. Skoro zaś art. 27 ust. 1 ustawy dopuszcza dla tej fazy formę kontaktów i przesyłania dokumentów w formie kopii, to nie można obecnie - jak to czyni Odwołujący - zarzucać tak Zamawiającemu, jak i Wykonawcy, że przedstawiona przez Wykonawcę kopia [poświadczona za zgodność z oryginałem] wymaganego dokumentu, nie odpowiadała art. 26 ust. 2b ustawy, a więc, że Zamawiający naruszył ten przepis w toku postępowania. Wobec prawidłowości działań ELTRIM zgodnie ze stawianymi w wezwaniu wymaganiami, Zamawiający podał, że nie mógł uznać, że Wykonawca nie złożył dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i z tego względu uznać ofertę [jako podlegającą wykluczeniu] za odrzuconą. Powyższa argumentacja potwierdza, że zarzuty Odwołującego dotyczące naruszenia wskazanych przepisów ustawy nie zasługują na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Ustawy oraz art. 24 ust. 4 ustawy - w ocenie Zamawiającego zarzut ten jako całkowicie bezzasadny winien podlegać oddaleniu. Zamawiający podał, że w Rozdz. IX SIWZ określił warunki udziału w postępowaniu oraz sposobu dokonywania oceny ich spełnienia. O udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają wiedzę i doświadczenie niezbędne do realizacji zamówienia, w szczególności w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali dostawy: dla części 1: jedną lub więcej fabrycznie nowych przewodów elektroenergetycznych niepełnoizolowanych SN - przynajmniej jednego z typów o dowolnych przekrojach objętych normą PN-EN 50397-1:2007E Przewody elektroenergetyczne w osłonie do linii napowietrznych oraz osprzęt do nich na napięcie znamionowe przemienne wyższe od 1 kV nie przekraczające 36 kV. Część 1: Przewody w osłonie, o łącznej wartości co najmniej 2.000.000,00 zł. [Rozdz. IX Pkt 1,1.1. i 1.1.1.

SIWZ]. Zamawiający podał, że było dla niego wystarczające było potwierdzenie wykonania dostaw dowolnych przewodów przynajmniej jednego z typów o dowolnych przekrojach, produkowanych zgodnie z normą PN-EN 50397-1:2007E. W żadnym miejscu SIWZ Zamawiający nie zapisał wymagania, że mają to być przewody o symbolach identycznych z przedmiotową normą. Przewody niepełnoizolowane, zwane również przewodami w osłonie izolacyjnej, swój początek miały w Skandynawii. W Finlandii pierwsza instalacja linii PAS miała miejsce w 1976 r., w Szwecji pierwszą linię BLX [równoważne oznaczenie linii PAS] oddano do użytku w 1985 r., a w Norwegii pierwszą instalację linii BLX wykonano w 1986 r. Przewody produkowane do tych linii, w zależności od producenta, miały różne oznakowanie. Pierwszym producentem przewodów do ww. linii była firma Nokia Cables, która rozpoczęła produkcję przewodów typu: SAX 35, SAX 70 i SAX120, co mają potwierdzać załączone do odpowiedzi na odwołanie ulotki techniczna „Przewody SAX [PAS] - same zalety”, „Parametry elektryczne i mechaniczne przewodów systemu SAX [PAS]”; „SAX średnionapięciowy system dystrybucyjny [PAS]. Zamawiający podał, że w Polsce dla tego systemu wprowadzono nazwę PAS, jako skrót od fińskojęzycznej nazwy Paallystetty Avojohto Suurjannitteelle. Na samym początku przewody były produkowane tylko w Finlandii wg fińskiej normy SFS 5791. Po wdrożeniu systemu PAS do innych krajów produkcją przewodu zajęły się fabryki kabli i przewodów znajdujące się w innych krajach. Fabryki zaczęły również wprowadzać różne nazwy handlowe dla wyróżnienia własnej produkcji na rynku. Pojawiły się takie nazwy jak: SAX, PAS, SAX-W, PAS W, AAAC, w tym chronione znakiem towarowym [np, SAX-W]. Wszystkie one, w początkowej fazie, były produkowane zgodnie z fińską normą SFS 5791. Przewody produkowane wg ww. normy są to przewody samonośne, posiadają żyłę roboczą wykonaną ze skręconych ze sobą warstw drutów wykonanych ze stopów aluminium, mogą być zabezpieczone proszkiem przed penetracją wody i pokrytą jedną warstwą izolacji. Zamawiający podał, że w Polsce przewody do linii PAS produkowane były w oparciu o normy zakładowe, np. w Bydgoskiej Fabryce Kabli S.A. [dzisiaj Tele-Fonika Kable] zgodnie z ZN-96/MP-13-K2-116. W karcie katalogowej przewodów typu: AAsXSnu, MsXSu, Bydgoskiej Fabryki Kabli SA producent oświadcza, że „[...] przewody samonośne typu AAsXSnu i AAsXSu to odpowiednik przewodów wg norm zagranicznych u PAS” i „SAK”, [vide: Karta katalogowa przewodów typu: AAsXSnu, AAsXSu, Bydgoskiej Fabryki Kabli S.A.]. Z czasem przewody w osłonie izolacyjnej stały się przedmiotem zainteresowania Europejskiego Komitetu Normalizacyjny Elektrotechniki CENELEC. W 2006 r. ukazała się norma EN-50397-1:2006 Przewody elektroenergetyczne w osłonie do linii napowietrznych oraz osprzęt do nich na napięcie znamionowe przemienne wyższe od 1 kV i nie przekraczające 36 kV - Część 1; Przewody w osłonie [w Polsce norma ta pojawiła się pod numerem PN-EN 50397-1 w roku 2007]. Wymagania normy dotyczyły wszystkich przewodów w osłonie izolacyjnej produkowanych zgodnie z konstrukcją w niej opisaną. Ww.

norma zawierała opis konstrukcji przewodów objętych fińską normą SFS 5791 oraz opis ich zmodyfikowanych konstrukcji [norma dopuszcza min, izolację jedno lub wielowarstwową wykonaną z polietylenu termoplastycznego, warstwę półprzewodzącą na żyłę]. Zatem norma europejska EN 50397-1 nie jest nową normą wprowadzającą całkowicie odmienne regulacje techniczne w zakresie przewodów, tylko jest rozszerzeniem normy SFS 5791. Przewody produkowane wg normy EN 50397-1 spełniają równocześnie wymagania fińskiej normy SFS 5791. Od czasu publikacji normy większość producentów z czasem zaczęła produkować przewody zgodnie z ww. nową europejską normą EN-50397-1:2007E. Nazwy handlowe przewodów najczęściej nie uległy zmianie. [Karta katalogowa przewodów typu 22-PAS W FR 12/20 kV nkt cables, Karta katalogowa przewodów SAX-W 20 kV Draka, Prysmian Group, Karta katalogowa przewodów SAX-W, Prysmian Cables Systems, Karta katalogowa przewodów PAS RĘKA Kabelwerk, Karta katalogowa przewodów SAX 20 kV Pirelli Cables and Systems Oy [Tranzex]. W Polsce stało się podobnie. Polskie fabryki zaczęły produkować przewody typu PAS zgodnie z ww. normą PN-EN-50397-1, zachowując dotychczasową symbolikę i nazwy handlowe [vide: Deklaracja zgodności przewodów typu AALXSnu, AAsXSnu z normami: ZN-96/MP-13-K2-114, ZN 96/MP-13-K1205, SFS 5791, PN-EN 50397-1:2007 - TELE-FONIKA KABLE S.A, Deklaracja zgodności przewodów typu PAS-W z normami: SFS 5791:1994, ZN-1-2010, PN-EN 50397-1:2007 - ZPPE ELTRIM - Sp. z o.o. Autorzy albumów

typizacyjnych przewody typu AALXS, AALXS_n, AAsXS, AAsXS_n, AAsXS_{nu}, PAS/SAX-W, PAS-25-ADX-K traktują równoważnie [vide: Opis Techniczny [str. 7] Albumu linii napowietrznych dwunapięciowych średniego napięcia z przewodami niepełnoizolowanymi 50-120 mm² i niskiego napięcia z przewodami izolowanymi 25-120 mm² na żerdziach wirowanych LSNi+LnNi TOM I, ENERGOLINIA, Poznań, wrzesień 2004 r.]. Skoro przewody typu PAS [PAS-W] lub AAsXS_n mogą być uznane za tożsame z wymaganymi przez Zamawiającego przewodami typu CCST, i odpowiadają ww. normie PN-EN-50397-1, to nieuzasadniony jest zarzut odwołania w tym zakresie, jeżeli ELTRIM przedstawił wykaz dostaw obejmujący właśnie dostawy przewodów typu PAS [PAS-W] lub AAsXS_n - a więc potwierdził stawiany przez Zamawiającego w pkt IX.1.1. SIWZ wymóg wykazania się wiedzą i doświadczeniem w sposób tam opisany.

IV. Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca Zakład Produkcji Przewodów Elektrycznych - ELTRIM spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Ruszkowie, wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której złożone zostało przystąpienie.

12

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

I. PRZESŁANKI MATERIALNOPRAWNE, W ROZUMIENIU ART. 179 UST. 1 USTAWY PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Ustalono, że wykonawca, którego odwołanie podlega rozpatrzeniu, 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: w razie potwierdzenia podniesionych zarzutów Odwołujący będzie miał szanse na uzyskanie zamówienia.

II. ROZSTRZYGNIECIE O ZARZUTACH ODWOŁANIA

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie, choć nie wszystkie zarzuty się potwierdziły. Zasadnymi okazały się te zarzuty, które wskazywały na niewłaściwą ocenę zobowiązań do udostępnienia zasobów stanowiących sprzęt do transportu, załadunku i rozładunku bębnow przez podmioty trzecie. Ocena dokonana przez Zamawiającego w opisanym niżej zakresie wykazuje nieprawidłowości, które miały wpływ na dokonany wybór najkorzystniejszej oferty, a tym samym, potwierdzenie zarzutów postawionych w odwołaniu, ma wpływ na wynik postępowania, o którym mowa w art. 192 ust. 2 ustawy.

W zakresie postawionych w odwołaniu zarzutów, uwzględniono:

[1] Nie znalazł potwierdzenia zarzut wskazujący na niewykazanie przez Zakład Produkcji Przewodów Elektrycznych - ELTRIM spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Ruszkowie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, polegającego na wykazaniu wykonania dostaw przynajmniej jednego z typów przewodów o dowolnych przekrojach objętych normą PN-EN 50397-1:2007E.

Odwołujący upatruje zasadności stawianego zarzutu w fakcie powołania się przez Zakład Produkcji Przewodów Elektrycznych - ELTRIM spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Ruszkowie na wykonane dostawy mające za przedmiot przewody typu PAS-W i AAsXS_n, które, w ocenie Odwołującego, nie są objęte wskazaną normą.

Kluczowe dla oceny postawionego zarzutu jest brzmienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia [SIWZ], w części opisującej postawiony warunek udziału w postępowaniu. Mówi się w nim o doświadczeniu w dostawie określonych przewodów „objętych normą PN-EN 50397-1:2007E”. Powyższe oznacza, że przewody, będące przedmiotem dostaw wykonanych przez wykonawcę w przeszłości musiały być zgodne

13

z wymaganiami wskazanej normy, co nie jest równoznaczne z oznaczeniem przewodów stosowanym w tej normie.

Powyższe przekonująco wytłumaczył Zamawiający wskazując, że wystarczające w tej

mierze było potwierdzenie wykonania dostaw dowolnych przewodów [przynajmniej jednego z typów o dowolnych przekrojach] produkowanych zgodnie z normą PN-EN 50397-1:2007E. Zamawiający wskazywał, że użyte w postanowieniu SIWZ sformułowanie zostało w pełni świadomie użyte przez Zamawiającego po przeprowadzeniu badania rynku - na rynku w Polsce istnieje tylko jeden podmiot, który produkuje przewody zgodne z normą PNEN 50397-1 - jest to TELE-FONIKA Kable, która od niespełna 3 lat produkuje takie kable oraz firma ENSTO POL, która jest importerem fińskich przewodów AMO KRAFT, przy czym od niedawna do listy producentów dołączyła firma ELTRIM. Zamawiający podał, iż miał tutaj na myśli przewody o wielowarstwowej izolacji, które były przedmiotem przetargu i warunku a także, że wszystkie podmioty, które produkowały przewody zgodne z normą fińską dziś produkują je zgodnie z normą PN-EN 50397-1.

Dostrzeżenia przy tym wymaga różnica między wymaganiem dotyczącym przewodów opisanym w treści stawianego warunku udziału w postępowaniu [przewody objęte normą PN-EN 50397-1:2007E] a wymaganiem skierowanym wobec oferowanego przedmiotu, to jest, że „dostarczany przewód nieizolowany SN, powinien spełniać normę PN-EN 50397-1:2007E [...]”. Nie jest więc właściwym utożsamianie wymagania stawianego przedmiotowi zamówienia z przedmiotem dostawy, wykazywanej dla potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Oczywistym jest, że dla potwierdzenia zdolności wykonawcy do realizacji przedmiotu zamówienia zamawiający może wymagać odpowiedniego doświadczenia w realizacji podobnych dostaw oraz, że te dostawy winny być zbliżone, ale nie tożsame z przedmiotem zamówienia – zgodnie z art. 22 ust. 4 ustawy, opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

W powyższej mierze podzielono zatem stanowisko prezentowane w zakresie tego zarzutu przez Zamawiającego oraz – za Zamawiającym – przez Przystępującego.

Powyższe czyniło zasadnym wniosek, że podniesiony zarzut, oparty na odmiennej interpretacji SIWZ, nie znalazł potwierdzenia.

[2] Potwierdził się natomiast zarzut wskazujący na bezpodstawne uznanie przez Zamawiającego za poprawnie złożone dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego [sprzętu do transportu,

załadunku i rozładunku bębnow przewodów w celu realizacji zamówienia], w postaci zobowiązań podmiotów trzecich do udostępnienia na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych potencjału technicznego.

Przystępujący zawarł w wykazie sprzętu w powyższym zakresie informację, że dysponuje dowolną ilością sprzętu do transportu, załadunku i rozładunku bębnow – umowy z firmami spedycyjnymi SCHENKER, PEKAES, wskazując zarazem jako podstawę dysponowania tym sprzętem umowy. Trafnie zatem taki zapis wywołał wątpliwości Zamawiającego, który wezwał wykonawcę do złożenia m.in. następujących dokumentów: „Wykaz pozostającego w dyspozycji wykonawcy wyposażenia i sprzętu – wymagany zapisem pkt X.1.3 siwz. Wykaz ten nie potwierdza dysponowania przez Państwa wymaganym zapisem pkt XI,1.2.7 sprzętem do transportu, załadunku i rozładunku bębnow. Gdyby zawarty w wykazie, jako podstaw dysponowania, zapis „umowa” miał świadczyć o pośrednim dysponowaniu osprzętem, poprzez poleganie na zasobach innych podmiotów, zgodnie z zapisem pkt IX.2 siwz, to powinniście Państwo złożyć również dokumenty, o których mowa w pkt X1.4 siwz”

Poza sporem jest, że uzupełnione w odpowiedzi na powyższe wezwanie dwa zobowiązania podmiotów trzecich do udostępnienia sprzętu nie mają postaci oryginałów tych zobowiązań, ale stanowią ich kopie potwierdzone za zgodność przez wykonawcę.

Podkreślenia wymaga, że przepis art. 26 ust. 2b ustawy stanowi, iż wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od

charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków, przy czym w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

Ustawodawca, w celu udowodnienia przez wykonawcę Zamawiającemu dysponowania zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w przypadku korzystania z zasobów podmiotów trzecich, przewidział dla zobowiązań podmiotów trzecich - formę pisemnego zobowiązania.

Ustawa Prawo zamówień publicznych nie definiuje pojęcia pisemności. Z tego względu, posilując się przepisem art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych, koniecznym jest sięgnięcie do przepisów kodeksu cywilnego. I tak, przepis art. 78 § 1 ustawy z dnia

15

23 kwietnia 1964 roku [Dz. U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.] Kodeks cywilny przewiduje, iż do zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli, przy czym oświadczenie woli złożone w postaci elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu jest równoznaczne z oświadczeniem woli złożonym w formie pisemnej.

Powyższe oznacza zatem, że kwestie interpretacyjne w zakresie obowiązku pisemności zobowiązań podmiotów trzecich zostają rozstrzygnięte w oparciu o przepisy Kodeksu cywilnego.

Skoro ustawodawca, dla formy zobowiązania podmiotu trzeciego, o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, zastrzegł formę pisemną, to tym samym stanowisko zakładające możliwość posłużenia się takim zobowiązaniem składanym w formie kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem należy uznać za pozostające w wyraźnej sprzeczności z treścią tego przepisu.

Reasumując, z treści przywołanych wyżej przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych i kodeksu cywilnego jednoznacznie wynika, że wykonawca, który zamierza skutecznie udowodnić zamawiającemu, że może podlegać na zasobach innych podmiotów, musi to udowodnić „przedstawieniem pisemnego zobowiązania”, a nie kopią zobowiązania. Potwierdzeniem tej interpretacji językowej jest interpretacja funkcjonalna przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający nie może udzielić zamówienia publicznego wykonawcy, który sam nie spełnia warunków udziału w postępowaniu ani też nie uwiarygodni, w sposób dostateczny, że podmioty, na których polega, prawnie skutecznie zobowiązały się oddać wykonawcy zasoby niezbędne do realizacji zamówienia.

Nie sposób przy tym podzielić stanowiska prezentowanego przez Przystępującego, zgodnie z którym wezwanie Zamawiającego w powyższej mierze było niewłaściwe oraz, że już z pierwotnego wykazu wynikało dysponowanie pojazdami na podstawie umów najmu zawartych z SCHENKER i PEKAES, które to umowy, w myśl przepisów kodeksu cywilnego oznaczają dysponowanie przedmiotami jak własnymi. Przeczy takiemu stanowisku – po pierwsze - że Przystępujący w odpowiedzi na wezwanie nie podjął argumentacji ukierunkowanej na wykazanie tej tezy. Po drugie, należy przyjąć, że dysponowanie sprzętem na podstawie umów najmu nie pozwala traktować tak pozyskanych składników jak własnych i że w takim wypadku mamy do czynienia z potencjałem podmiotu trzeciego. Przypomnienia wymaga, że pisemne zobowiązanie, wymienione w treści art. 26 ust. 2b ustawy jako przykładowy środek wykazania dysponowania zasobami podmiotu trzeciego obrazuje

16

określoną relację prawną między dwoma podmiotami: wykonawcą i podmiotem udostępniającym określone zasoby. Taką relacją jest także łącząca wykonawcę z podmiotem trzecim umowa cywilnoprawna, przykładowo umowa najmu, w oparciu o którą wykonawca

dysponuje określonymi, nie należącymi do niego składnikami. Z tej perspektywy, umowę najmu także należy kwalifikować jako dokument mieszczący się w dyspozycji art. 26 ust. 2b ustawy.

Powyższe determinowało uwzględnienie odwołania w odniesieniu do zarzutu uznania przez Zamawiającego za wykazany warunku udziału w postępowaniu stawianego w zakresie dysponowania potencjałem technicznym. Pozytywna ocena dokumentów złożonych przez Zakład Produkcji Przewodów Elektrycznych - ELTRIM spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Ruszkowie była przedwczesną. Zamawiający nie miał podstaw, by przestać na złożonej kopii zobowiązania, o którym traktuje przepis art. 26 ust. 2b ustawy.

Dostrzeżenia następnie wymaga, że w orzecznictwie podkreśla się, że wezwanie do uzupełnienia dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy, powinno mieć miejsce tylko raz. Powyższe wyznacza zasada równego traktowania przez zamawiającego wykonawców w postępowaniu. Podkreśla się, także, że w wykładni art. 26 ust. 3 została przyjęta zasada jednokrotnego uzupełniania dokumentów, jednak odnosi się ona do sytuacji, gdy Zamawiający w jednym wezwaniu dokonuje wezwania kompleksowego, w jednym wezwaniu wskazując na wszystkie błędy i wady dokumentu. Jeżeli jego czynność jest wadliwa lub niepełna, nie można tym faktem obciążać wykonawcy, a czynność tę należy skorygować [tak wyrok Sądu Okręgowego w Białymstoku z dnia 18 kwietnia 2014 r. w spr. II Ca 238/14, wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z 12 lipca 2012 r. w spr. KIO 1418/12, z dnia 23 kwietnia 2012 r. w spr. KIO 732/12, z dnia 19 maja 2011 r. w spr. KIO 954/11].

W analizowanej sprawie – po pierwsze – wezwanie do uzupełnienia dokumentów wystosowane do wykonawcy Zakład Produkcji Przewodów Elektrycznych - ELTRIM spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Ruszkowie nie precyzowało czytelnie niedoskonałości zobowiązań podmiotów trzecich. Mimo, że wezwanie wystosowane zostało na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy, jego treść, w części odnoszącej się do zobowiązań podmiotów trzecich do udostępnienia sprzętu [pkt 2 wezwania], wskazuje, że nosi ono cechy wezwania do wyjaśnienia podstawy dysponowania sprzętem. Po drugie, w samym wezwaniu Zamawiający zawarł wytyczne co do sposobu uczynienia zadość postawionym oczekiwaniom, w tym dotyczące formy uzupełnianych dokumentów: „dokumenty i wyjaśnienia należy złożyć w oryginale lub w kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem”. Wykonawca nie może więc ponosić negatywnych konsekwencji z powodu treści zawartego w wezwaniu pouczenia, jeśli uzupełnione dokumenty czynią zadość treści wezwania. Wskazanie przez

17

Zamawiającego jako pełnoprawnych obu form, w jakich uzupełniane dokumenty mogą być złożone, pozwalało wykonawcy przyjąć, że złożenie każdego z uzupełnianych dokumentów w oryginale lub w kopii potwierdzonej za zgodność będzie przez Zamawiającego zaakceptowane. Powyższe determinuje wniosek, że uzupełnione dokumenty, jakkolwiek złożone w niewłaściwej formie, winny być przez Zakład Produkcji Przewodów Elektrycznych - ELTRIM spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Ruszkowie uzupełnione w prawidłowej postaci, to jest w oryginale.

Mając na względzie powyższe, orzeczono o nakazaniu Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie części 1 zamówienia, dokonania ponownego badania i oceny ofert w tym zakresie, w tym wezwania wykonawcy Zakład Produkcji Przewodów Elektrycznych - ELTRIM Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością do uzupełnienia dokumentów w zakresie dysponowania sprzętem wymaganym w pkt. IX.1.2.7 SIWZ. Uzupełnione dokumenty – zobowiązania podmiotów trzecich winny być złożone w oryginale.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) i 2) *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* [Dz.U. Nr 41 poz. 238]. Uwzględniono koszty uiszczonego wpisu, tj. 15 000 zł a także wynagrodzenia pełnomocnika

zawodowego Odwołującego w wysokości 3.600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. a także koszty jego dojazdu na posiedzenie i rozprawę w wysokość 330 zł [na podstawie złożonych biletów, obrazujących wydatek w wysokości 165 zł w każdą stronę].

Miarkowano koszty zastępstwa Odwołującego na rozprawie, ograniczając je do kosztu dojazdu pełnomocnika zawodowego, mimo złożenia wniosku o zasądzenie kosztów podróży dwóch obecnych na posiedzeniu pełnomocników - w myśl wytycznych zawartych w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 17 kwietnia 2013 r. w spr. XII Ga 73/12, zgodnie z którymi: „Sąd Okręgowy przychylił się do poglądu skarżącego, iż uzasadnionym kosztem postępowania odwoławczego jest w realiach niniejszej sprawy jedynie koszt dojazdu jednego profesjonalnego. Z akt sprawy Krajowej Izby Odwoławczej [...] wynika, że na posiedzeniu Krajowej Izby Odwoławczej ze strony Zamawiającego stawili

18

się trzech pełnomocnicy [...]. Jednakże Zamawiający, jako uczestnik postępowania w żaden sposób nie sprecyzował zarówno przed KIO jak w skargowym postępowaniu sądowym, na czym w jego ocenie polegają tzw. „uzasadnione” koszty postępowania odwoławczego. Innymi słowy zdaniem Sądu Okręgowego, takim usprawiedliwieniem dla zasądzenia kosztów dojazdu pozostałych pełnomocników z pewnością byłoby np. wykazanie przez Zamawiającego konieczności i potrzeby ich uczestnictwa z uwagi na merytoryczną znajomość przez nich spornych zagadnień będących przedmiotem odwołania”. Odwołujący nie uzasadnił celowości i zasadności zasądzenia kosztów udziału w posiedzeniu i rozprawie dwóch pełnomocników.

Uwzględniono zatem koszty dojazdu jednego pełnomocnika, to jest pełnomocnika zawodowego [stosownie do wytycznych zawartych w wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 7 sierpnia 2013 r. w spr. VIII Ga 243/13], to jest w wysokości odpowiadającej złożonym rachunkom – biletom z tytułu podróży na trasie Katowice – Warszawa i z powrotem: 165 zł w każdą stronę, co daje łącznie 330 zł.

Skład orzekający:

19