

WYROK
z dnia 5 czerwca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 czerwca 2012 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 maja 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Eltrans spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie** oraz **Unię Hurtowni Elektrycznych „El-Plus” spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Tauron Dystrybucja Spółkę Akcyjną z siedzibą w Krakowie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „Prosper” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sosnowcu**, **Energo-Market ZET spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie**, **Rutex spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Częstochowie**, **Janusz Lizak**, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą **Firma Handlowo-Usługowa „Eliot” Janusz Lizak w Lipowej** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie.**

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Eltrans spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie** oraz **Unię Hurtowni Elektrycznych „El-Plus” spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością**

1

z siedzibą w Chorzowie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Eltrans spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie** oraz **Unię Hurtowni Elektrycznych „El-Plus” spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 **Krakowie**.

Przewodniczący:

2

Uzasadnienie

Tauron Dystrybucja S.A. z siedzibą w Krakowie (dalej: zamawiający) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie sektorowego zamówienia publicznego na dostawę osprzętu do napowietrznych linii izolowanych dla potrzeb TAURON Dystrybucja S.A. Oddziały 06-10 obejmującą zadanie nr 1 i nr 2.
Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: Eltrans Sp. z o.o. Chorzowie i Unia Hurtowni Elektrycznych "El-Plus" Sp. z o.o. (dalej: odwołujący) wnieśli

do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 maja 2012 r. odwołanie na czynność odrzucenia oferty odwołującego w zakresie Zadania nr 1 i wybór w zakresie zadania nr 1 oferty konsorcjum PPHU Prosper sp. z o.o., FHU Eliot Janusz Lizak, Energo-Market sp. z o.o. oraz Rutex sp. z o.o.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego wskutek przyjęcia, że oferowane w ramach zadania nr 1 taśma stalowa nierdzewna 10x0,7 mm Telenko TS 10/0,7 oraz taśma stanowa nierdzewna 20x0,7 mm Telenko TS 20/0,7 nie odpowiadają treści siwz, a także przyjęcie, że zaciski produkowane przez PPHU Alpar nr katalogowy Z2082Z i Z208Z nie odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego. Odwołujący zarzucił także naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy pzp poprzez nie zapewnienie równego traktowania wykonawców.

Wskazał, że jego oferta była korzystniejsza od konkurencyjnego konsorcjum.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert w zakresie zadania nr 1 na warunkach przewidzianych w ustawie pzp oraz siwz z uwzględnieniem oferty odwołującego i wybór tej oferty jako najkorzystniejszej.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

1/ W siwz w tabeli zawierające opis techniczny na str. 22 pkt 54 dla taśmy stalowej nierdzewnej 10x0,7 mm podano, że ma to być opaska z tworzywa o długości min. 25 cm odporna na promieniowanie UV i wpływy atmosferyczne. Podano przykładowy wyrób Sicame CF lub równoważny. W pkt 55 dla taśmy 20x0,7 podano jedynie, że ma to być taśma stalowa nierdzewna 20x0,7 mm do mocowania haków stalowych i innych elementów na słupach. Podano przykładowy wyrób Ensto COT-37 lub równoważny.

3

Odwołujący wskazuje, że zamawiający powołał się na zapis siwz, zgodnie z którym „opisane w tabeli przykładowe wyroby mają charakter informacyjny i mają na celu dostatecznie dokładne określenie przedmiotu zadania, a zamawiający jednocześnie dopuszcza produkty równoważne o takich samych bądź lepszych parametrach.”

Odwołujący wskazał na orzecznictwo KIO, zgodnie z którym oferta równoważna to taka, która przedstawia przedmiot zamówienia o właściwościach funkcjonalnych i jakościowych takich samych lub zbliżonych do określonych w siwz, a istotne jest, że produkt równoważny to produkt, który nie jest identyczny, tożsamy z produktem referencyjnym, ale posiada pewne, istotne dla zamawiającego, zbliżone do produktu referencyjnego cechy i parametry. Ponadto kryteria wg jakich oceniana będzie równoważność muszą być ujawnione w siwz (wyroki 2734/11, 2753/11, 2760/11).

Odwołujący podkreślił, że zamawiający nie określił wg jakich parametrów oceniana ma być równoważność wyrobów wskazując jedynie przykładowo na wyroby spełniające wymagania. Zamawiający nie wskazał, że odpowiednie parametry w zakresie wytrzymałości mechanicznej będą miały dla niego rozstrzygające znaczenie. Odwołujący zauważa, że nie można przyjąć tezy, iż w braku wymienienia wszystkich istotnych parametrów i cech przedmiotu, mających decydować o zachowaniu równoważności, równoważność dotyczy wszystkich parametrów danego urządzenia (KIO 2132/11).

Odwołujący wskazał, że na potwierdzenie spełnienia wymagań równoważnych wyrobów przedstawił m.in. deklaracje zgodności z 24.01.2012 r. zgodnie z pkt 8.8.a siwz potwierdzając zgodność tych wyrobów z normą PN-EN 61284:2002.

Pomimo tego zamawiający zażądał uzupełnienia oferty o deklaracje zgodności lub certyfikaty potwierdzające, że taśmy z pozycji 54 oraz 55 posiadają wytrzymałość na zrywanie nie mniejszą niż produkty referencyjne tj. 700 N/mm². Żądanie to dotyczyło parametru nie opisanego w siwz. Odwołujący wskazał, że w innym postępowaniu na analogiczny przedmiot zamówienia podał w siwz parametr wytrzymałości jako okoliczność istotną. Niezależnie od tego odwołujący przedstawił na wezwanie kolejne deklaracje zgodności podające taką wytrzymałość na zrywanie jak produkty referencyjne, jednak zamawiający wobec daty ich wystawienia (26.04.2012 r.) tj. po terminie składania ofert, nie uwzględnił ich.

Odwołujący podkreślając brak podstaw do żądania dokumentów nie wskazanych w siwz (na okoliczność wytrzymałości) zauważa jednocześnie, że oferowane przez niego wyroby są równoważne i posiadają wytrzymałość wyższą niż produkty referencyjne.

2/ Odnosnie oceny zgodności z siwz oferowanych zacisków produkowanych przez PPHU Alpar nr katalogowy Z2082Z i Z208Z odwołujący wskazał na nieuprawnione wezwanie go

oferowanych w zadaniu 1 wyszczególnionych w zał. 15a do oferty w tym w pozycjach 1, 5, 7, 8, 9, – zgodnie z pkt 8.8.a siwz, dotyczących ww produktów.

Wskazał, że załączył do oferty wystarczające deklaracje zgodności przedmiotowych produktów z polskimi normami, a jedynie dodatkowo załączył również atest, którego termin ważności rzeczywiście upłynął, był to jednak dokument alternatywny. Również złożony omyłkowo certyfikat 1005/NBR/2011 wobec prawidłowej deklaracji zgodności nie ma wpływu na ocenę poprawności oferty. Wskazał, że deklaracja zgodności załączona do oferty stanowi wzór deklaracji zgodności i jest standardowo przekazywana przez producenta jako załącznik do faktur i jest to powszechna praktyka zgodna z rozp. MG z 21.08.2007 r. w sprawie zasadniczych wymagań dla sprzętu elektrycznego (Dz. U. nr 155, poz. 1089), które nie wymaga, aby wystawione przez producenta deklaracje zgodności były podpisywane; wymóg taki nie był także postawiony w siwz. Odwołujący podniósł także, że również deklaracje zgodności złożone przez wybranego wykonawcę nie były potwierdzone przez producenta, co wskazuje na naruszenie przez zamawiającego zasady równego traktowania wykonawców.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał na postępowania odwoławcze przed Izbą w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (KIO 482/12 i 629/12). Wskazał także, że zarzuty odwołania co do zasady były już przedmiotem rozstrzygnięcia przez KIO, zawartego w wyroku z 30.03.2012 r. sygn. akt 482/12, co może uzasadniać nawet odrzucenie odwołania w świetle art. 189 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp.

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego ze względu na:

1/ oferowane zaciski prod. PPUH Alpar nr kat. Z2082Z i Z208Z nie posiadają deklaracji zgodności ani certyfikatów potwierdzających spełnienie wymagań określonych w pkt 6 siwz.

Zaciski te wg aktualnego katalogu producenta mają moment dokręcenia 14 Nm. Na potwierdzenie spełnienia wymagań technicznych i jakościowych z pkt 6 siwz przedłożono:

- nieaktualny atest (termin ważności upłynął 16.12.2011 r).,
- aktualny certyfikat dotyczący zacisków o innym momencie skręcania tj. innych wyrobów niż oferowane,
- wzory deklaracji zgodności dotyczące wyrobów PPUH Alpar nie są potwierdzone przez producenta i odwołują się do certyfikatu, który nie dotyczy tych wyrobów. \

2/ Zaoferowana taśma z poz. 54 załącznika nr 15a ma wg deklaracji zgodności wytrzymałość na zrywanie 600 N/mm² przy wytrzymałości wyrobu przykładowego podanego w siwz 700 N/mm²,

3/ Zaoferowana taśma z poz. 55 załącznika nr 15a ma wg deklaracji zgodności wytrzymałość na zrywanie 600 N/mm² przy wytrzymałości wyrobu przykładowego podanego w siwz 700 N/mm².

Zamawiający wskazał na zapisy pkt 2.3 siwz oraz opisu do tabeli – osprzęt nn w zał. Nr 1 siwz o brzmieniu: „Opisane w tabeli powyżej przykładowe wyroby mają charakter informacyjny i mają na celu dostatecznie dokładne określenie przedmiotu zadania. Zamawiający jednocześnie dopuszcza produkty równoważne o takich samych bądź lepszych parametrach.” W ocenie zamawiającego przedstawiony w ofercie wyrób nie spełnia warunku równoważności i wskazany wyżej w poz. 1-3 asortyment nie spełnia wymogów siwz, a wykonawca nie udokumentował potwierdzenia spełniania wymagań przez oferowane dostawy, na dzień składania ofert.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez oraz stanowiska i uczestników zamawiającego oświadczenia postępowania złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

W pkt 8.8.a specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) stwierdzono, że na potwierdzenie spełniania warunków określonych w opisie przedmiotu zamówienia należało załączyć deklaracje zgodności lub certyfikaty wydane przez jednostkę posiadającą

odpowiedni zakres akredytacji udzielony przez PCA potwierdzające zgodność asortymentu z odpowiednimi dla danego wyrobu Polskimi Normami.

W pkt 8.8.c SIWZ zamawiający wskazał: „W przypadku składania ofert na materiały równoważne Wykonawca winien przedstawić w zestawieniu tabelarycznym cechy proponowanego produktu w porównaniu w wymaganiach stawianymi w opisie przedmiotu zamówienia oraz dostarczyć jego specyfikację techniczną”.

W Załączniku nr 1 - Opis przedmiotu zamówienia do SIWZ, w pkt VI „Dodatkowe informacje” wskazano: „Zamawiający dopuszcza składanie ofert na materiały będą posiadają takie same lub lepsze parametry, właściwości, co produkty podane przykładowo. W przypadku składania ofert na materiały równoważne Wykonawca winien przedstawić w zestawieniu tabelarycznym cechy proponowanego produktu w porównaniu w wymaganiach stawianymi w opisie przedmiotu zamówienia oraz dostarczyć jego specyfikację.”

Zamawiający jednocześnie dopuszcza produkty równoważne o takich samych bądź lepszych parametrach (SIWZ – pkt 8.8.c. Załącznik nr 1 SIWZ pkt VI)”.

Jest niesporne, że dopuszczając produkty równoważne zamawiający nie określił szczegółowo wymaganych dla takich produktów parametrów równoważnych poprzestając na wskazaniu nazwy własnej materiałów przykładowych (referencyjnych).

W ocenie składu orzekającego odwołujący przedstawił aktualny certyfikat dotyczący zacisków o wskazanych wyżej symbolach i mimo iż w jego treści wskazany jest moment

6

skręcania śrub M8 wynoszący 22 Nm, to obejmuje on także zaciski o mniejszych momentach skręcania tj. 14 i 18 Nm, a zatem takich, jakie zostały zaoferowane. Izba uznała tę okoliczność za dowiedzioną dowodem z dokumentu – pisma Instytutu Elektrotechniki w Warszawie z dnia 23.05.2012 r. złożonego do akt sprawy. W tym stanie rzeczy zastrzeżenia zamawiającego do przedstawionego wzoru deklaracji zgodności na tę grupę wyrobów zarówno co do upływu terminu ważności deklaracji złożonej w ofercie, jak i terminu biegnącemu pod dni składania ofert stają się bezprzedmiotowe, skoro spośród wymienionych alternatywnie dokumentów wystarczającym było przedstawienie jednego.

Odnosnie zgodności z wymogami siwz oferowanej taśmy z poz. 54 załącznika nr 15a oraz taśmy z poz. 55 załącznika nr 15a skład orzekający uznaje, że w świetle powołanych postanowień siwz odwołujący zaoferował dostawę produktu firmy Telenco ZA Valmorge Francja wskazanego w załączonych deklaracjach z dnia 24.01.2012 r. zgodności z normą PN-EN 61284:2002 odnoszącą się do elektroenergetycznych linii napowietrznych w zakresie wymagań i badań dotyczących osprzętu. Deklaracjami tymi wypełnił wymóg potwierdzenia zgodności wskazany w pkt 8.8.a siwz. W tych samych deklaracjach opisano parametry techniczne tj. szerokość, grubość, materiał oraz wytrzymałość na zrywanie. Ten ostatni parametr, a w istocie ocena, czy jego wielkość jest elementem przedmiotowo istotnym dla zamawiającego i czy wymóg w tym zakresie wynika z postanowień siwz jest przedmiotem sporu stron. Jak wyżej wskazano, w postanowieniach siwz nie określono wprost tego parametru poprzestając na wskazaniu produktu referencyjnego i wskazaniu dopuszczenia produktów równoważnych o takich samych bądź lepszych parametrach. Izba uznaje, że uzasadnione jest dla oceny zgodności z siwz odniesienie się w tym zakresie do parametrów technicznych produktu referencyjnego biorąc pod uwagę, że parametr wytrzymałości wymieniany jest w opisie wyrobu jako przedmiotowo istotny zarówno w powołanych deklaracjach, jak i dostępnych katalogach producenta. W ocenie składu orzekającego zamawiający miał podstawy żądać potwierdzenia spełnienia wymogu wytrzymałości na zrywanie o parametrze nie gorszym (nie mniejszym) niż spełniany przez wyrób przykładowy (referencyjny), dla którego wielkość ta wynosi 700 N/mm². Można zauważyć, że odwołujący nie kwestionował wezwania go do uzupełnienia w tym zakresie dokumentów i złożył w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 26.04.2012 r. deklaracje zgodności dotyczące taśmy stalowej z pozycji 54 i 55 oferty z informacją o wytrzymałości na zrywanie wyższej niż w produkcie referencyjnym tj. 750-900 N/mm². Z treści tych dokumentów nie wynika potwierdzenie, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone w siwz, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert, a zatem nie wypełniają normy art. 26 ust. 3 ustawy pzp przytoczonej także w postanowieniach siwz. Dokumenty te zostały bowiem sporządzone dnia 27 kwietnia 2012 r. i nie wskazują na spełnienie wymagań do upływu terminu składania ofert.

7

Wobec powyższego czynność zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp była uzasadniona.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

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 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący: