

WYROK
z dnia 3 września 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 3 września 2014 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 sierpnia 2014 r. przez wykonawcę: **Delta Power Sp. z o.o., ul. Krasnowolska 82 R 02 - 849 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Jednostka Wojskowa 4226, ul. Marsa 110, 04 - 470 Warszawa,**

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **Delta Power Sp. z o.o., ul. Krasnowolska 82 R 02 - 849 Warszawa,** i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Delta Power Sp. z o.o., ul. Krasnowolska 82 R 02 - 849 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2 zasądza kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od wykonawcy: **Delta Power Sp. z o.o., ul. Krasnowolska 82 R 02 - 849 Warszawa** na rzecz zamawiającego: **Jednostka Wojskowa 4226, ul. Marsa 110, 04 - 470 Warszawa,** stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Jednostka Wojskowa 4226 w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest: „dostawa agregatów prądotwórczych dużej mocy (kontenerowych elektrowni polowych) w ilości 4 kpl. (w tym: 3 kpl. - zamówienie gwarantowane, 1 kpl. - zamówienia opcjonalne).” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr: 2014/S 153 – 274573 w dniu 12 sierpnia 2014r. W tym samym dniu zamawiający zamieścił specyfikacje istotnych warunków zamówienia (SIWZ) na własnej stronie internetowej.

Wykonawca Delta Power Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie wobec treści postanowień SIWZ w brzmieniu określonym w:

- a) rozdziale V SIWZ - „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków - pkt 1.2,
- b) rozdziale IV - „Termin i miejsce wykonania zamówienia” - pkt 1,
- c) Załączniku nr 1 do SIWZ (punkt 2.1.4).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”:

1. art. 25 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 4 oraz art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez wprowadzenie do ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz w sposób skutkujący nierównym traktowaniem wykonawców, co wyraża się w żądaniu wylegitymowania się realizacją dostaw tożsamyh z przedmiotem zamówienia, a także dostaw o wartości nie mniejszej niż 2.400.000,00 złotych (rozdział V SIWZ „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków”, pkt 1.2 SIWZ),
2. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, poprzez opisanie w rozdziale IV SIWZ „Termin i miejsce wykonania zamówienia” terminu wykonania zamówienia w sposób faworyzujący dostawców agregatów, którym nadane zostały deklaracje OiB (Obronności i Bezpieczeństwa) oraz w sposób powodujący nieuzasadnione ograniczenie dostępu większej liczby dostawców do udziału w postępowaniu, ponieważ tylko wykonawcy, którym zostały nadane deklaracje OiB są w stanie wykonać zamówienie w terminie określonym w SIWZ, tj. w terminie do 12.12.2014 r.,
 - 1) art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez określenie w załączniku nr 1 do SIWZ, pkt 2.1.4.

„Sprzężenie techniczne z innymi rodzajami wyrobów" wymogu, iż dostawy agregatów będących przedmiotem zamówienia mają współpracować równolegle - synchronicznie z agregatami KEP, które są już na wyposażeniu Jednostki Wojskowej, a w konsekwencji preferowanie wykonawcy PEX - POOL Plus, będącego producentem agregatów KEP, które pozostają już na wyposażeniu zamawiającego.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień SIWZ poprzez zmianę:

1) treści pkt. 1 rozdziału IV SIWZ „Termin i miejsce wykonania zamówienia”, tj., zmianę terminu wykonania zamówienia z dnia 12.12.2014r., na „w ciągu 4 miesięcy od dnia podpisania umowy” tak, aby pkt 1 rozdziału IV SIWZ brzmiał:

„Termin wykonania zamówienia: Zamawiający wymaga, aby zamówienie zostało wykonane w ciągu 4 miesięcy od dnia podpisania umowy”.

2) treści pkt 1.2 rozdziału V SIWZ „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków”, poprzez:

a) wskazanie, iż dokumenty potwierdzające, że dostawy są wykonywane lub zostały wykonane mają dotyczyć dostaw systemów pracy równoległej synchronicznej o mocy pojedynczego zespołu nie mniejszej niż 250kVA,

b) zmianę wartości wymogu pojedynczej dostawy z „nie mniejszej niż 2.400.000,00* na „nie mniejszej niż 1.000.000,00 zł”,

3) wykreślenie informacji znajdującej się w ww. punkcie pod wyrazem „UWAGA” „Za dostawy tego samego rodzaju zamawiający uzna dostawy przedmiotów o przeznaczeniu i funkcji tożsamej z przedmiotem zamówienia”,

tak, aby w ostatecznym kształcie brzmiał on:

„Zamawiający uzna spełnienie tego warunku, jeżeli Wykonawca w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje, minimum 1 (jedną) główną dostawę systemów pracy równoległej synchronicznej o mocy pojedynczego zespołu nie mniejszej niż 250kVA z podaniem wartości, przedmiotu dat wykonania i podmiotów na rzecz których dostawy zostały wykonane. Wykonawca obowiązany jest do załączenia dowodów potwierdzających, że te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie np. poświadczenie. W odniesieniu do nadal wykonywanych dostaw okresowych lub ciągłych poświadczenie to powinno być wydane nie wcześniej niż na 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Jeżeli z uzasadnionych przyczyn, o obiektywnym charakterze, wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, o którym mowa powyżej, zamawiający uzna, że wystarczającym dowodem jest oświadczenie wykonawcy. Wartość (pojedynczej) dostawy winna być nie mniejsza niż 1.000 000 zł UWAGA: W przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych, wartość wykonanej dostawy do

dnia wydania poświadczenia należytego wykonania, musi być wystarczająca do wykazania spełnienia warunku udziału.

W przypadku wartości dostaw wyrażonej w innej walucie, Zamawiający w celu oceny spełnienia ww. warunków, dokona przeliczenia tych wartości wg. Kursu z dnia zawarcia umowy na podstawie tabeli kursów średnich NBP publikowanych na stronie internetowej:

<http://www.nbp.pl/home.aspx?c=/ascx/archa.ascx>,

4) zmiany treści załącznika nr 1 do SIWZ punkt 2.1.4. „Sprzężenie techniczne z innymi rodzajami wyrobów”, poprzez wykreślenie tego wymogu.

Odwołujący podniósł, że sformułowany przez zamawiającego SIWZ w rozdziale V zawiera wymóg przedstawienia przez wykonawców dokumentów potwierdzających wykonanie minimum 1 głównej dostawy odpowiadającej rodzajem dostawie stanowiącej przedmiot zamówienia z zaznaczeniem, iż wartość pojedynczej dostawy winna być nie mniejsza niż 2.400.000,00 złotych oraz iż za dostawy tego samego rodzaju zamawiający uzna dostawy przedmiotu o przeznaczeniu i funkcji tożsamej z przedmiotem zamówienia (tj. funkcji wojskowej). Ponadto w rozdziale IV SIWZ zamawiający wskazał, iż wymaga, aby zamówienie zostało wykonane od dnia zawarcia umowy do dnia 12.12.2014 r.

Z treści załącznika nr 1 do SIWZ (punkt 2.1.4) wynika, że zamawiający wymaga, aby zespoły elektrowni polowej współpracowały synchronicznie z już będącymi na wyposażeniu Sił Zbrojnych RP kontenerowymi elektrowniami polowymi KEP 900 (Numer Magazynowy NATO Stock Number NSN - 611543005580) bez szczegółowego podania KEP, co wskazuje na uprzywilejowanie firmy Agregaty PEX POOL PLUS w Dębicy.

Zdaniem odwołującego powyższe postanowienia naruszają zasadę uczciwej konkurencji, gdyż w postępowaniu będą mogli wziąć udział wyłącznie wykonawcy, którzy realizowali już zamówienia, których przedmiotem były agregaty przeznaczone dla celów wojskowych mimo, że z technicznego punktu widzenia agregaty przeznaczone dla celów wojskowych i cywilnych są tożsame, a różni je jedynie fakt nadania deklaracji OiB - Obronności i Bezpieczeństwa, a ponadto w postępowaniu będą mogli wziąć udział jedynie wykonawcy, którzy realizowali dostawy o wartości pojedynczej dostawy nie mniejszej niż 2 400 000,00 zł mimo, że szacunkowa wartość pojedynczej dostawy w niniejszym zamówieniu jest mniejsza, a zatem wymóg jest nieadekwatny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający żąda wykazania dostaw identycznych z przedmiotem zamówienia. Taki sposób kształtowania warunków udziału w postępowaniu jest niedopuszczalny co potwierdza ugruntowana linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej.

Zarzut a petitum - naruszenie art. 25 ust. 1w zw. z art 7 ust. 1 Pzp.

1. Wymóg posiadania wiedzy i doświadczenia w dostawie minimum 1 głównej dostawie stanowiącej przedmiot zamówienia.

W przedmiotowym postępowaniu wymóg dot. „dostaw przedmiotów o przeznaczeniu i funkcji tożsamej z przedmiotem zamówienia” nie tylko ogranicza konkurencyjność ale również jest sprzeczny z art. 22 ust. 4 Pzp, który stanowi, że opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący podkreślił, iż z technicznego punktu widzenia nie ma różnicy między agregatami przeznaczonymi do celów wojskowych a agregatami przeznaczonymi do celów cywilnych. Elementy składowe zamawianych agregatów KEP o mocach 2x 250 kW i 400 Kw w wykonaniu kontenerowym są typowymi rozwiązaniami stosowanymi na rynku cywilnym, nie ma zatem potrzeby ograniczania referencji wyłącznie do rynku wojskowego. System pracy równoległej-synchronicznej zespołów prądotwórczych - zgodnie z nomenklaturą przetargową ZSE (zespół spalinowo-elektryczny), z technicznego punktu widzenia zbudowany jest identycznie tak dla potrzeb cywilnych. Tzw. KEP (Kontenerowa Elektrownia Polowa) jest niczym innym, jak systemem pracy równoległej zespołów prądotwórczych umieszczonych w osobnych kontenerach, wyposażonych w rozdzielnię elektryczną zabudowaną w osobnym kontenerze. Oba rodzaje agregatów są wykonane jednakowo, różni je jedynie nadanie przez Wojskowy Instytut Techniki Inżynieryjnej we Wrocławiu deklaracji Obronności i Bezpieczeństwa po pozytywnym przejściu badań. SIWZ nakłada na wykonawcę obowiązek przeprowadzenia badań WITI, co oznacza, że urządzenia cywilne po przejściu badań z wynikiem pozytywnym otrzymują deklarację OiB w trybie II i staną się sprzętem wojskowym. Skoro w rzeczywistości urządzenia te są tożsame to brak jest uzasadnienia, aby wymóg doświadczenia ograniczać jedynie do dostaw agregatów wojskowych.

2. Wymóg posiadania wiedzy i doświadczenia w dostawie stanowiącej przedmiot zamówienia o wartości pojedynczej dostawy nie mniejszej niż 2 400 000,00 zł.

Zdaniem odwołującego wymóg wartości pojedynczej dostawy nie mniejszej niż 2.400 000. 00 zł ogranicza konkurencyjność, ponieważ w postępowaniu będą mogli wziąć udział wyłącznie dostawcy, którzy realizowali dostawy o takiej wartości. Z dokonanych przez odwołującego na podstawie doświadczenia obliczeń wynika, że szacunkowa wartość pojedynczej dostawy wynosi 1.000.000,00 zł, co oznacza, że postawiony wymóg jest nieadekwatny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Zamawiający żąda bowiem doświadczenia w realizowaniu dostaw o wartości przekraczającej znacznie wartość przedmiotowego zamówienia.

Zarzut b petitum - naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 Pzp.

Zamawiający w Rozdziale IV „Termin i miejsce wykonania zamówienia“ w ppkt 1 SIWZ, określił wymaganie, aby zamówienie zostało wykonane od dnia zawarcia umowy do

dnia 12.12.2014 r. Termin ten należy uznać za zbyt krótki, co niesie ze sobą poważne konsekwencje w postaci ograniczenia potencjalnego kręgu podmiotów, które mogłyby ubiegać się o zamówienie. Określenie zbyt krótkiego terminu wykonania przedmiotu zamówienia powoduje, że kilku z potencjalnych wykonawców zostało postawionych przez zamawiającego w nadzwyczaj uprzywilejowanej pozycji, co w jaskrawy i ewidentny sposób narusza zasady uczciwej konkurencji. Część podmiotów (dostawców agregatów), posiada przyznane już deklaracje OiB (Obronności i Bezpieczeństwa), które z uwagi na specyfikę przedmiotu zamówienia, są niezbędne do jego realizacji.

Zdaniem odwołującego, realizacja zamówienia wymaga okresu czterech miesięcy, co wynika z szeregu uwarunkowań technicznych. Specyfika tej dostawy związana jest z koniecznością sprowadzenia (dostawy wewnątrzwspólnotowej/importu) zespołów prądotwórczych (ewentualnie silników i generatorów - w przypadku producentów krajowych). Urządzenia te nie są, co do zasady, dostępne na rynku. Są produkowane, zgodnie z harmonogramem produkcji lub składanymi zamówieniami. Średni czas oczekiwania na silnik w przypadku jego braku w magazynie, dla mocy wymaganych w tym postępowaniu, wynosi od 6 do 8 tygodni. Do tego okresu należy dodać czas potrzebny na zaprojektowanie i wyprodukowanie urządzenia oraz czas niezbędny na zaprojektowanie i wykonanie kontenerów w ilości co najmniej 12 sztuk. Niezbędne jest również zainstalowanie zespołów w kontenerach, wykonanie prób zakładowych, zgłoszenie do Wojskowego Instytutu Techniki Inżynierskiej, przeprowadzenie w tym Instytucji stosownych badań (które trwają co najmniej od 2 do 3 tygodnie), odbiorów dokonanych przez Rejonowe Przedstawicielstwo Wojskowe oraz dostaw do miejsc przeznaczenia. Odwołujący zaznaczył, że procedura ta jest o wiele krótsza w przypadku podmiotów, którym zostały przyznane deklaracje OiB.

Zarzut c petitum - naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp.

W Załączniku nr 1 do SIWZ (pkt 2.1.4) zamawiający wymaga, aby zespoły elektrowni polowej współpracowały synchronicznie z już będącymi na wyposażeniu Sił Zbrojnych RP kontenerowymi elektrowniami polowymi KEP 900 (Numer Magazynowy NATO Stock Number NSN - 611543005580) bez szczegółowego podania KEP. Wskazuje to na uprzywilejowanie firmy Agregaty PEX POOL PLUS w Dębicy, która jest producentem dokładnie takiej KEP jakiej wymaga zamawiający. Odwołujący wyjaśnia, że KEP 900 składa się trzech wysokowydajnych zespołów spalinowo- elektrycznych (ZSE) o mocy sumarycznej ok. 900 kW (2x250 kW + 400kW). Odwołujący przedstawił wydruk oferty agregatów ze strony internetowej firmy PEX POOL PLUS.

Powyższe powoduje uprzywilejowanie firmy PEX POOL PLUS. Pozostali wykonawcy muszą dostosować swój produkt co w kontekście krótkiego terminu realizacji zamówienia jest czasochłonne i powoduje nierówne szanse w uzyskaniu zamówienia przez pozostałych wykonawców. Odwołujący przedstawił wydruk referencji AGREGATY PEX POOL PLUS od

Jednostki Wojskowej nr 4226 ze strony internetowej ww. firmy.

Wykonawca Janusz Kania prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Agregaty PEX POOL PLUS Janusz Kania w dniu 29 sierpnia 2014 r. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Zamawiający pismem z dnia 29 sierpnia 2014 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości.

Zamawiający podtrzymał zapisy SIWZ w zakresie warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do posiadanej wiedzy i doświadczenia. Wskazał, że użyte sformułowanie „za dostawy tego samego rodzaju zamawiający uzna dostawy o przeznaczeniu i funkcji tożsamej z przedmiotem zamówienia” stanowi wykładnię, co do przedmiotu dostaw potwierdzających zakres wiedzy i doświadczenia. Pojęcie funkcji i przeznaczenia należy rozumieć w powszechnie przyjętym znaczeniu. Zamawiający wymaga jednocześnie wykonania co najmniej jednej dostawy o minimalnej wartości 2 400 000,00 zł, co stanowi ok. 35% wartości brutto zamówienia podstawowego. Zdaniem zamawiającego, warunek doświadczenia został określony na poziomie niezbędnym, zapewniającym, że wykonawca wykona zamówienie należycie w sposób określony w SIWZ. W ocenie zamawiającego, warunek pozostaje związany z przedmiotem zamówienia i jest do niego proporcjonalny. Ponadto, wykonawcy nieposiadający wymaganego doświadczenia mogą korzystać z potencjału innych podmiotów lub złożyć ofertę wspólnie.

Zamawiający podkreślił, że załącznik nr 1 do SIWZ zawiera opis przedmiotu zamówienia, w tym techniczne parametry urządzeń wymagane przez zamawiającego. Wymagania te nie dotyczą dostaw, o których mowa w opisie warunku udziału w postępowaniu.

Wymaganie, aby oferowany sprzęt współpracował z posiadanym już sprzętem nie stanowi wskazania, iż przedmiotem zamówienia jest taki sam sprzęt. Wymagana jest jedynie określona konfiguracja, umożliwiająca współdziałanie oferowanego sprzętu ze sprzętem już posiadanym.

Odnosnie zarzutu dotyczącego terminu wykonania zamówienia, zamawiający wyjaśnił, że jako dysponent środków budżetu państwa III stopnia jest zobowiązany do rozliczenia środków budżetowych do 31 grudnia 2014 r., zgodnie z zapisami ustawy o finansach publicznych, a ponadto nie może zaciągać zobowiązań wykraczających poza dany rok budżetowy. Wskazał, że przy zachowaniu terminu (17 września 2014 r.) otwarcia ofert i 60 dni na dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, termin podpisania umowy można oznaczyć na 17 listopada 2014 r., a zatem na wykonanie umowy (do 12 grudnia 2014 r.) pozostaje 25 dni.

Zamawiający podkreślił, że uzyskanie deklaracji OiB odbywa się po odbiorze

przedmiotu umowy przez Rejonowe Przedstawicielstwo Wojskowe. W pkt 3 załącznika nr 1 do SIWZ opisano wymagania w zakresie odbioru, gdyż przedmiot zamówienia objęty tym postępowaniem podlega ocenie zgodności dla wyrobów przeznaczonych na potrzeby obronności i bezpieczeństwa państwa, co wynika z ustawy z dnia 17 listopada 2006 r. o systemie zgodności wyrobów przeznaczonych na potrzeby obronności i bezpieczeństwa państwa (Dz. U. z 2006 r. Nr 235 poz. 1700, z późn. zm.) oraz § 13 ust. 1 rozporządzenia Ministra Obrony Narodowej z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowego wykazu wyrobów podlegających ocenie zgodności oraz sposobu i trybu przeprowadzania oceny zgodności wyrobów przeznaczonych na potrzeby obronności i bezpieczeństwa państwa.

Zamawiający podniósł, że sam fakt realizacji dostawy przez firmę PEX POOL PLUS nie może stanowić podstawy do zarzutów preferowania tego wykonawcy przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający wyjaśnił, że w postępowaniu prowadzonym w 2013 r. o wartości 12 mln. zł, z terminem realizacji do 13 grudnia 2013 r., zostały złożone dwie oferty, co wskazuje, że na rynku funkcjonuje więcej niż jeden podmiot zdolny zrealizować przedmiotowe zamówienie.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony postępowania odwoławczego na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący wykazał przesłanki, o których mowa w art. 179 ust. 1 Pzp, potwierdzające legitymację materialno-prawną do wniesienia odwołania, jako wykonawca potencjalnie zainteresowany udziałem w przedmiotowym postępowaniu.

Izba stwierdziła, że wykonawca J. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Agregaty PEX POOL PPLUS J. K. nie przystąpił skutecznie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Przystąpienie zostało zgłoszone w dniu 29 sierpnia 2014 r., tj. w czwartym dniu od dnia zawiadomienia wykonawcy o wniesionym odwołaniu (25 sierpnia 2014 r.), a tym samym - po upływie ustawowego terminu, określonego w art. 185 ust. 2 Pzp.

Przedmiotem zamówienia jest: „dostawa agregatów prądotwórczych dużej mocy (kontenerowych elektrowni polowych) w ilości 4 kpl. (w tym: 3 kpl. - zamówienie gwarantowane, 1 kpl. - zamówienia opcjonalne)”. Wartość zamówienia została oszacowana przez zamawiającego w dniu 31 lipca 2014 r. na kwotę 7 400 000,00 zł (równowartość 1 751 520,75 euro), w tym wartość zamówienia podstawowego (głównego) – na kwotę

5 550 000,00 zł oraz wartość zamówienia opcjonalnego na kwotę 1 850 000,00 zł. Powyższe wynika z treści protokołu postępowania oraz wniosku o wszczęcie postępowania w sprawie przedmiotowego zamówienia publicznego.

W rozdziale V SIWZ „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków” - w punkcie 1.2 zamawiający postanowił, że o zamówienie może ubiegać się wykonawca, który „w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje, minimum 1 (jedną) główną dostawę, odpowiadającą swoim rodzajem dostawie stanowiącej przedmiot zamówienia z podaniem wartości przedmiotu, dat wykonania i podmiotów na rzecz których dostawy zostały wykonane. Wykonawca zobowiązany jest do załączenia dowodów potwierdzających, że te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie, np. poświadczenie. W odniesieniu do nadal wykonywanych dostaw okresowych lub ciągłych poświadczenie to powinno być wydane nie wcześniej niż na 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Jeżeli z uzasadnionych przyczyn, o obiektywnym charakterze, wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, o którym mowa powyżej, zamawiający uzna, że wystarczającym dowodem jest oświadczenie wykonawcy. Wartość (pojedynczej) dostawy winna być nie mniejsza niż 2 400 000,00 zł.” W „uwadze” pod ww. opisem warunku zamawiający wskazał, że „za dostawy tego samego rodzaju zamawiający uzna dostawy przedmiotów o przeznaczeniu i funkcji tożsamej z przedmiotem zamówienia.”

W rozdziale IV SIWZ „Termin i miejsce wykonania zamówienia” - w punkcie 1 zamawiający podał wymagany termin realizacji przedmiotowego zamówienia „od dnia zawarcia umowy do dnia 12.12.2014 r.”

W Załączniku nr 1 do SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” w punkcie 2.1.4 zamawiający określił wymagania w zakresie „sprzężenia technicznego z innymi rodzajami wyrobów” wskazując, że „zespoły elektrowni polowej powinny pracować synchronicznie w układzie n+1. Włączanie poszczególnych zespołów powinno następować automatycznie (z możliwością sterowania ręcznego) w zależności od poboru mocy z zespołu lub całej KEP. Zespoły elektrowni polowej powinny współpracować synchronicznie z już będącymi na wyposażeniu SZ RP kontenerowymi elektrowniami polowymi KEP 900 (Numer Magazynowy NATO Stock Number NSN – 611543005580).” Ponadto każdy kontener, w którym zainstalowany jest ZSE stanowiący całość funkcjonalną, powinien być wyposażony w wymagane elementy oraz podkreślił, że „każdy skompletowany ZSE, stanowiący odrębną całość w kontenerze, powinien posiadać przyłącza do automatyki sieciowej (współpraca z siecią energetyczną lub innymi agregatami). KEP 900 powinien zostać wyposażony w niezbędny do uruchomienia go jako całości system kabli i przewodów.”

Biorąc pod uwagę powyższe postanowienia SIWZ, Izba zważyła, co następuje.

Nie potwierdził się w ocenie Izby zarzut naruszenia art. 25 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 4 oraz art. 7 ust. 1 Pzp poprzez wprowadzenie do ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz w sposób skutkujący nierównym traktowaniem wykonawców, co wyraża się w żądaniu wylegitymowania się realizacją dostaw tożsamyh z przedmiotem zamówienia, a także dostaw o wartości nie mniejszej niż 2.400.000,00 złotych.

Zgodnie z treścią art. 25 ust. 1 Pzp „w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania”. W myśl art. 22 ust. 4 Pzp „opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków, o których mowa w ust 1, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia”. Przepis art. 7 ust. 1 Pzp stanowi, że „zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców”.

Sformułowany w rozdziale V SIWZ wymóg dotyczący doświadczenia w wykonaniu minimum 1 głównej dostawy odpowiadającej rodzajem dostawie stanowiącej przedmiot zamówienia jest niewątpliwie związany z przedmiotem zamówienia. Z powyższego opisu wynika, że zamawiający nie żąda wykazania dostawy tożsamej z przedmiotem zamówienia, tj. dostawy obejmującej konkretne, opisane od strony technicznej i funkcjonalnej kontenerowe elektrownie polowe. Określenie, iż „za dostawy tego samego rodzaju zamawiający uzna dostawy przedmiotu o przeznaczeniu i funkcji tożsamej z przedmiotem zamówienia”, nie oznacza wymagania, aby dostawy były wykonane na rzecz wojska. Nie można zgodzić się z twierdzeniem odwołującego, iż przeznaczenie i funkcję tożsamą z przedmiotem zamówienia należy rozumieć jako przeznaczenie i funkcję wojskową, a zatem, że dostawy powinny być wykonane do celów wojskowych. Sam odwołujący podnosił, że z technicznego punktu widzenia agregaty przeznaczone dla celów wojskowych i cywilnych są tożsame, a różni je wyłącznie fakt nadania deklaracji Obronności i Bezpieczeństwa. Odwołujący wskazywał, że system pracy równoległej-synchronicznej zespołów prądotwórczych - ZSE (zespół spalinowo-elektryczny), z technicznego punktu widzenia, zbudowany jest identycznie tak dla potrzeb cywilnych, jak i wojskowych. Każdy z zespołów prądotwórczych umieszczonych w osobnych kontenerach wyposażony jest w panel sterowania umożliwiający tak pracę samodzielną jak i synchroniczną z innymi zespołami prądotwórczymi. Tzw. KEP (Kontenerowa Elektrownia Polowa) jest niczym innym jak systemem pracy równoległej zespołów prądotwórczych umieszczonych w osobnych

kontenerach, wyposażonych w rozdzielnię elektryczną zabudowaną w osobnym kontenerze.

Skoro zamawiający nie podał w SIWZ szczególnego znaczenia pojęć „przeznaczenie” i „funkcja” to należy je rozumieć w znaczeniu szerokim, powszechnie używanym, a zatem przeznaczeniem przedmiotu zamówienia jest zasilanie w energię elektryczną, a funkcją tych urządzeń jest praca w warunkach tzw. polowych, niezależnie od rodzaju podmiotu, na rzecz którego dostawa została wykonana. Opis warunku doświadczenia nie wskazuje zatem na dostawy wykonane na rzecz wojska, a tym samym, nie można uznać, że zamawiający preferuje wykonawców, którzy wykonali w przeszłości dostawy na rzecz wojska, w tym np. wykonawcę PEX POOL PLUS.

W tych okolicznościach zamawiający żąda tym samym wykazania dostawy o zakresie „niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia”, umożliwiając udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zarówno wykonawcom, którzy wykonali dostawy urządzeń na rzecz podmiotów wojskowych, jak i cywilnych, o kreślonej wartości oraz przeznaczonych do zasilania energią i funkcjonujące w warunkach tzw. polowych. Fakt, że na rynku krajowym dostawy o tak wysokiej wartości nie są realizowane powszechnie, nie dowodzi twierdzenia, że warunek jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby, przy tak specjalistycznych zamówieniach należy brać pod uwagę europejski rynek wykonawców.

Ponadto, wymóg wykazania dostawy o wartości min. 2 400 000,00 zł należy uznać, za proporcjonalny i związany z przedmiotem zamówienia. Wymagana wartość zrealizowanej dostawy została określona na poziomie ok. 35% wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia podstawowego. Nie można zgodzić się z odwołującym, że jest to wartość przekraczająca wartość dostawy stanowiącej przedmiot zamówienia. Nie jest to także wartość wygórowana. Proponowana przez odwołującego wartość dostawy w kwocie 1 000 000,00 zł, przy wartości zamówienia stanowiącej 7 400 000,00 zł byłaby nieproporcjonalnie niska i stwarzałaby ryzyko, że wykonawca, którego doświadczenie obejmuje jedną dostawę o wartości 1 000 000,00 zł, nie będzie w stanie prawidłowo zrealizować siedmiokrotnie większego zamówienia w sposób należyty. Zauważyć również należy, że odwołujący powoływał się na wartość „pojedynczej dostawy”, tymczasem warunek doświadczenia, w tym wartość zrealizowanych dostaw należy odnosić do wartości całego przedmiotu zamówienia.

Za niezasadny należało uznać również zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, poprzez określenie terminu wykonania zamówienia w sposób faworyzujący dostawców agregatów, którym nadane zostały deklaracje OiB oraz w sposób powodujący nieuzasadnione ograniczenie dostępu większej liczby dostawców do udziału w postępowaniu, ponieważ tylko wykonawcy, którym zostały nadane deklaracje OiB, są

w stanie wykonać zamówienie w terminie określonym w SIWZ.

Określony przez zamawiającego w SIWZ termin wykonania zamówienia „od dnia zawarcia umowy do dnia 12.12.2014 r.” jest terminem możliwym do dotrzymania przez potencjalnych wykonawców. Odwołujący nie podnosił zarzutu, że jest to termin, który w ogóle nie może być dotrzymany. Tymczasem zamawiający wykazał, w oparciu o umowę z dnia 28 października 2013 r., że dostawa o takim zakresie przedmiotu zamówienia była wykonana w terminie do 13 grudnia 2013 r., tj. w terminie zbieżnym z termin wyznaczonym w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający wyjaśnił, że uzyskanie deklaracji OiB na urządzenia będące przedmiotem dostawy (wybranego jednego zestawu) nastąpiło w ramach procedury, określonej przez zamawiającego w SIWZ, w terminie około 2 tygodni. Odwołujący nie przedstawił dowodu przeciwnego. Złożony przez odwołującego dokument – pismo WITI we Wrocławiu z dnia 13 czerwca 2014 r. - dotyczy terminu i kosztów wykonania badań przez WITI na zgodność z normą NO-61-A208:2013 oraz WET, które to badania nie są tożsame z badaniami na uzyskanie deklaracji OiB. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający wymaga zapewnienia zgodności przedmiotu zamówienia z ww. normą, natomiast nie żąda przedstawienia w ofercie raportu z ww. badań. Odwołujący nie wykazał również, że uzyskanie deklaracji OiB na urządzenia dostarczane przez wykonawcę uprzednio, zwalnia wykonawcę lub w jakikolwiek sposób ułatwia procedurę uzyskania takiej deklaracji na urządzenia dostarczane aktualnie. Zgodnie natomiast z art. 6 k.c. i art. 190 ust. 1 Pzp, to na odwołującym w tym przypadku spoczywał ciężar dowodu.

Izba zauważa również, że to zamawiający jest gospodarzem postępowania, którego celem jest zaspokojenie obiektywnych potrzeb zamawiającego. Zamawiający jest odpowiedzialny za wydatkowanie środków finansowych, zgodnie z procedurami określonymi w ustawie o finansach publicznych, co ma istotne znaczenie w przypadku realizowanych zakupów w danym roku budżetowym. Takie potrzeby, skoro potencjalnie mogą być zaspokojone, uzasadniają określenie terminu realizacji zamówienia w sposób zapewniający dochowanie ustawowych obowiązków przez zamawiającego, na ryzyko i odpowiedzialność zamawiającego. Fakt, że nie każdy wykonawca na danym rynku, jest w stanie zrealizować tak szybko określone zamówienie, nie oznacza ograniczenia przez zamawiającego uczciwej konkurencji w danym postępowaniu. W ocenie Izby, przedmiotowe postępowanie jest kierowane do wykonawców o potencjale pozwalającym na realizację zamówienia w terminie około 4 tygodni, na co wskazuje m.in. warunek dotyczący wiedzy i doświadczenia.

Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez określenie wymogu, aby dostawy agregatów będących przedmiotem zamówienia współpracowały równoległe- synchronicznie z agregatami KEP, które są już na wyposażeniu zamawiającego,

a w konsekwencji preferowanie wykonawcy PEX - POOL PLUS - producenta ww. agregatów.

W załączniku nr 1 do SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” w pkt 2.1.4 zamawiający postawił wymaganie, aby oferowane zespoły elektrowni polowej współpracowały synchronicznie z już będącymi na wyposażeniu SZ RP kontenerowymi elektrowniami polowymi KEP 900 (Numer Magazynowy NATO Stock Number NSN - 611543005580). Zamawiający wyszczególnił elementy, które powinien posiadać każdy kontener, w którym zainstalowany jest ZSE stanowiący całość funkcjonalną.

Odwołujący nie zarzucał w odwołaniu i nie wskazywał jednoznacznie, jakie informacje są konieczne oraz jakich informacji brakuje w SIWZ, aby możliwe było zapewnienie spełnienia tego wymogu (np. dokumentacji technicznej). Skoro zamawiający podał w ww. punkcie załącznika nr 1 wymagane elementy, w które wyposażony powinien każdy kontener, to należy przyjąć, że są to elementy wymagane w ramach sprzężenia technicznego oferowanych urządzeń z innymi rodzajami wyrobów. Powyższe rozumienie wskazanych powyżej postanowień wynika wprost z wykładni literalnej tych postanowień, co potwierdził także zamawiający na rozprawie, wskazując, że SIWZ zawiera listę wymagań, których spełnienie zapewni współdziałanie oferowanego sprzętu z urządzeniami, którymi dysponuje aktualnie zamawiający.

Zamawiający przedstawił realną i obiektywną potrzebę, uzasadniającą wymaganie, aby zamawiane w tym postępowaniu agregaty współpracowały z urządzeniami, które już posiada zamawiający. Współpraca ta jest konieczna na wypadek zaistnienia potrzeby zwiększenia mocy zasilania. Okoliczność, że zamawiający dysponuje już urządzeniami tego typu, o określonych parametrach technicznych, przesądza o konieczności zapewnienia współpracy z tymi urządzeniami nowych agregatów. Jest to potrzeba obiektywna, niezależna od zamawiającego, ponieważ fakt posiadania konkretnych urządzeń leży w sferze obiektywnej rzeczywistości. Tym samym nie można ocenić wymogu współpracy synchronicznej oferowanych urządzeń z konkretnymi urządzeniami określonego producenta, jako mającego na celu preferowanie danego wykonawcy. Niegospodarnością ze strony zamawiającego byłoby zakupienie agregatów, których nie można połączyć funkcjonalnie z agregatami zakupionymi rok wcześniej. Jest oczywiste i naturalne, że wykonawca wcześniejszego zamówienia ma wiedzę lepszą, do realizacji kolejnego zamówienia, od innych potencjalnych wykonawców, co buduje jego pozycję na rynku. Takie zjawisko jest normalnym przejawem konkurencji i gry rynkowej pomiędzy przedsiębiorcami, a tym samym samo w sobie nie stanowi przejawu nieuczciwej konkurencji.

W tych okolicznościach uzasadnione i konieczne stało się oddalenie odwołania, wobec czego Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

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

Przewodniczący: