

WYROK
z dnia 28 sierpnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **26 sierpnia 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 sierpnia 2014 r. przez **Odwołującego – ELEKTROBUDOWA S.A., 40 – 246 Katowice, ul. Porcelanowa 12** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego - ENEA Operator Sp. z o. o., 60 – 479 Poznań, ul. Strzeszyńska 58,**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie modyfikacji treści SIWZ poprzez zmianę treści warunku określonego na stronie 13 załącznika nr 11a „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia” poprzez wykreślenie sformułowania „w ilości co najmniej 50 pól” i zastąpienie go sformułowaniem „w ilości co najmniej 5 pól”.

2. kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego - ENEA Operator Sp. z o. o., 60 – 479 Poznań, ul. Strzeszyńska 58, i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego – ELEKTROBUDOWA S.A., 40 – 246 Katowice, ul. Porcelanowa 12** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Zamawiającego - ENEA Operator Sp. z o. o., 60 – 479 Poznań, ul. Strzeszyńska 58** na rzecz **Odwołującego – ELEKTROBUDOWA S.A., 40 – 246 Katowice, ul. Porcelanowa 12** kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty

postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 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 **Poznaniu**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający ENEA Operator Sp. z o.o. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest: "GPZ Leszno Gronowo modernizacja rozd. WN/SN". Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30 lipca 2014 roku pod numerem 2014/S 144-259711.

Odwołujący Elektrobudowa S.A. z siedzibą w Katowicach, wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy: art. 25 ust. 1 pzp w zw. z art. 22 ust. 4 pzp w zw. z art. 7 pzp poprzez sformułowanie w załączniku nr 11a do SIWZ (str. 13) żądań w odniesieniu do dokumentów składanych na potwierdzenie spełniania wymagań określonych przez Zamawiającego w sposób, który jest nieproporcjonalny i nieadekwatny do przedmiotu zamówienia a w konsekwencji naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców; art. 22 ust 4 pzp oraz w zw. z art. 7 ust. 1 pzp poprzez opisanie w załączniku nr 11a do SIWZ (str. 13) żądań w odniesieniu do dokumentów składanych na potwierdzenie spełniania wymagań określonych przez Zamawiającego w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji;

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości; nakazanie Zamawiającemu modyfikację treści SIWZ poprzez: modyfikację Załącznika nr 11a - Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia (str. 13) w zakresie w którym „Oferent zobowiązany jest do przedstawienia listy referencyjnej proponowanej rozdzielniczy na napięcie w przedziale 110-145kV w ilości co najmniej 50 pól zainstalowanych w ostatnich 5 latach w krajach europejskich” przez: wykreślenie sformułowania: „w ilości co najmniej 50 pól” i zastąpienie go sformułowaniem: „w ilości co najmniej 5 pól” wykreślenie sformułowania „proponowanej rozdzielniczy” i zastąpienie go sformułowaniem „rozdzielniczy dwusystemowej lub jednosystemowej, tak aby ww. wymóg w ostatecznym kształcie brzmiał: „Oferent zobowiązany jest do przedstawienia listy referencyjnej rozdzielniczy dwusystemowej lub jednosystemowej na napięcie w przedziale 110-145kV w ilości co najmniej 5 pól zainstalowanych w ostatnich 5 latach w krajach europejskich”. Wniósł także o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego w tym kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu.

Zamawiający 31 lipca 2014 roku na stronie internetowej zamieścił załącznik do SIWZ o numerze 11a - "Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia". Załącznik ten na str. 13 ustanawia wymóg przedstawienia przez Oferenta „listy referencyjnej proponowanej rozdzielnic na napięcie w przedziale 110-145kV w ilości co najmniej 50 pól zainstalowanych w ostatnich 5 latach w krajach europejskich”. Zdaniem Odwołującego powyższe postanowienie narusza zasadę uczciwej konkurencji. Postanowienie to oznacza, że tylko wykonawcy mający doświadczenie w instalacji rozdzielnic dwusystemowej w ilości co najmniej 50 pól mogą złożyć w niniejszym postępowaniu ofertę. Ponadto formułowanie ww. oczekiwania nie jest niezbędne, ani celowe do realizacji przedmiotowego zamówienia, czego dowodem jest okoliczność, że przedmiot niniejszego postępowania dotyczy rozdzielnic 110kV w ilości 13 pól.

Naruszenie art. 25 ust. 1 pzp w zw. z art. 22 ust. 4 pzp w zw. z art. 7 pzp

Odwołujący podkreślił, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia Zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania (*art. 25 ust. 1 pzp*). Jednocześnie o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące m.in. posiadania wiedzy i doświadczenia. Z kolei opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz powinien być proporcjonalny do przedmiotu zamówienia (*art. 22 ust 4 pzp*).

Zdaniem Odwołującego wymóg przedstawienia przez oferenta listy referencyjnej rozdzielnic dwusystemowej w ilości co najmniej 50 pól jest nadmierny, nieuzasadniony i nieadekwatny do przedmiotu zamówienia. Brak jest bowiem uzasadnienia merytorycznego dla wprowadzenia wymogu wykazania się przez oferenta wiedzą i doświadczeniem poprzez przedstawienie listy referencyjnej proponowanej rozdzielnic (tj. rozdzielni 110 Kv) w ilości co najmniej 50 pól, w sytuacji, gdy rozdzielnica 110kV będąca przedmiotem niniejszego zamówienia w ramach swojej funkcjonalności ma zostać wyposażona w 13 pól.

W ocenie Odwołującego, brak jest także uzasadnienia, aby listę referencyjną dotyczącą rozdzielnic w zakresie zainstalowanych pól ograniczać wyłącznie do rozdzielnic dwusystemowej, w sytuacji, gdy rozdzielnica jednosystemowa i rozdzielnica dwusystemowa są z technicznego punktu widzenia niemal tożsame.

Odwołujący argumentował, że stosowane obecnie w Polsce rozdzielnice najczęściej budowane są w układzie H5 (układ stacji) tj. pięciu pól. Taka standardowa rozdzielnica układu H5 zawiera pole liniowe, pole transformatorowe, pole zasilające, pole sprzęgła oraz pole szyn zbiorczych. Rozdzielnica składająca się z 13 pól jest tylko wielokrotnością

poszczególnych typów pól. Tak więc producent, który wykonał rozdzielnicę w układzie H5 wykona tak samo rozdzielnicę bardziej rozbudowaną, składającą się z więcej niż pięciu pól. Dla producenta są to te same zagadnienia techniczne, powiększone najczęściej o zwiększoną liczbę pól liniowych. Podobne znaczenie ma to czy rozdzielnica wykonana jest jako rozdzielnica jednosystemowa czy dwusystemowa. System dwusystemowy nie jest dla producentów wyzwaniem technicznym, gdyż jest nadal odpowiednią kombinacją zestawienia pól, które zbudowane są z tych samych aparatów tzn. odłączników, odłączników z uzemiennikiem, wyłączników, przekładników prądowych i napięciowych .

Zdaniem Odwołującego określony w załączniku nr 11a do SIWZ wymóg w zakresie listy referencyjnej 110-145kV w ilości co najmniej 50 pól zainstalowanych w ostatnich 5 latach w krajach europejskich jest także nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, który dotyczy rozdzielnicy na 13 pól i powinien zostać przez Zamawiającego zmieniony na liczbę pól standardowo występującą w rozdzielnicach tego typu tj. pięć pól. W ocenie Odwołującego zmieniony powinien zostać także wymóg wskazujący aby referencje dotyczyły wyłącznie rozdzielnicy dwusystemowej, ponieważ sposób budowy obu rozdzielnic jest tożsamy. Nie można założyć, jak uczynił to Zamawiający, że wykonawca mający doświadczenie w budowie rozdzielnicy jednosystemowej nie byłby w stanie zbudować rozdzielnicy dwusystemowej. Istota rzeczy sprowadza się bowiem do wykonania niemalże tożsamyh czynności, natomiast w odmiennym układzie.

Odwołujący przytoczył także stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie w którym prezentowany jest pogląd, że wymagane przez Zamawiającego doświadczenie powinno być proporcjonalne i adekwatne do przedmiotu zamówienia, co nie oznacza, że ma być tożsame z przedmiotem zamówienia.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 25 ust. 1 pzp Odwołujący wskazał, że jego zdaniem, określony w załączniku nr 11 a wymóg, nie jest wymogiem niezbędnym do przeprowadzenia postępowania w rozumieniu art. 25 ust. 1 pzp, ponieważ, jak zostało powyżej opisane, jest on nieadekwatny do przedmiotu zamówienia.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający formułując w załączniku 11 a do SIWZ wymóg przedstawienia listy referencyjnej dot. rozdzielnicy dwusystemowej w ilości 50 pól naruszył wyrażoną w art. 7 pzp - zasadę równego traktowania wykonawców oraz zażądał wymogu, który nie jest niezbędny do przeprowadzenia postępowania i realizacji zamierzonego celu.

Zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania bez stosowania przywilejów i środków dyskryminujących

wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji. Wskazywane warunki lub kryteria uczestnictwa w postępowaniu nie powinny więc preferować jedynie niektórych podmiotów, zamykając przy tym innym drogę do udziału w postępowaniu. Odwołujący przytoczył uzasadnienie wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 9 listopada 2005 roku, sygn. akt II Ca 587/05, zgodnie z którym *"zakazane jest formowanie warunków postępowania w sposób uniemożliwiający swobodny dostęp do udziału w postępowaniu w celu złożenia oferty. Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać konkretnego wykonawcę bądź też, eliminowałyby konkretnych wykonawców uniemożliwiając im złożenie oferty lub powodowałyby sytuację w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych."*

Dalej Odwołujący argumentował: „Zakaz ograniczania konkurencji nie oznacza konieczności nabywania przez Zamawiającego dostaw, usług lub robót budowlanych nieodpowiadających jego potrzebom, jednakże powoduje, że zamawiający ma ograniczoną swobodę precyzowania swoich wymagań w tym sensie, że jego wymagania muszą mieć uzasadnienie pozwalające na zrównoważenie ograniczenia konkurencji. Prawo zamówień publicznych chroni bowiem z jednej strony interes Zamawiającego z drugiej strony nakazuje przestrzegać zasady równego traktowania wykonawców.

Formułując warunki udziału w postępowaniu Zamawiający powinien kierować się celem, jakiemu przedmiot zamówienia ma służyć, a opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie może ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji, jak to ma miejsce w przedmiotowej sprawie. Każde wymaganie powinno znajdować uzasadnienie w obiektywnych potrzebach Zamawiającego związanych z realizacją przedmiotu zamówienia, do niego proporcjonalnych. Powyższe tezy znajdują oparcie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej.

W ocenie Odwołującego wymóg przedstawienia listy referencyjnej rozdzielnic dwusystemowej na napięcie w przedziale 110-145kV w ilości co najmniej 50 pól zainstalowanych w ostatnich 5 latach w krajach europejskich narusza zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. W nieuzasadniony sposób eliminuje bowiem z udziału w postępowaniu wykonawców, którzy posiadają wiedzę i doświadczenie niezbędne do realizacji zadania objętego przedmiotowym postępowaniem. Z technicznego punktu widzenia sposób wykonania rozdzielnic dwusystemowej czy pięcioma polami nie jest trudniejszy niż sposób wykonania rozdzielnic jednosystemowej czy

dwusystemowej z pięćdziesięcioma polami. Należy podkreślić to co zostało napisane powyżej - producent, który wykonał rozdzielnicę w układzie pięciu pól wykona tak samo rozdzielnicę bardziej rozbudowaną, składającą się z pięćdziesięciu czy trzynastu pól. Dla producenta są to te same zagadnienia techniczne, powiększone najczęściej o zwiększoną liczbę pól liniowych.

Określony w załączniku nr 11a do SIWZ wymóg w zakresie wskazania listy referencyjnej dla rozdzielnic dwusystemowej z 50 polami bezzasadnie uprzywilejowuje duże podmioty zagraniczne takie jak Siemens, ABB, Alstom, eliminując jednocześnie polskich przedsiębiorców takich jak Elektrobudowa S.A. Zamawiający powinni się otwierać na konkurencję i w tym celu umożliwiać składanie ofert odzwierciedlających różnorodność doświadczeń i rozwiązań technicznych. Zdaniem Odwołującego, treść załącznika nr 11a do SIWZ jest nieuzasadniona obiektywnymi wymaganiami Zamawiającego i faktycznie ogranicza konkurencję na rynku. Określony przez Zamawiającego wymóg stanowi istotne utrudnienie dla potencjalnych oferentów, bowiem żaden polski przedsiębiorca nie jest w stanie spełnić ww. wymogu. Zwrócić w tym miejscu należy uwagę, iż zamawiający we wskazanym załączniku nr 11a do SIWZ nie określił w sposób wyczerpujący i obiektywny powodów względem, których wykonawca musi spełniać wymóg przedstawienia listy referencyjnej rozdzielnic dwusystemowej z aż 50 polami. Ponadto należy wskazać, że posiadanie listy referencyjnej dla rozdzielnic wyposażonej w tak dużą ilość pól nie jest niezbędne, aby prawidłowo i z gwarancją należytego wykonania umowy wykonać przedmiot zamówienia.”

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawo zamówień publicznych. Jest jednym z wykonawców, którzy są zainteresowani złożeniem oferty w niniejszym postępowaniu. Dokonanie postulowanej przez Odwołującego modyfikacji treści SIWZ w zakresie spornego postanowienia może skutkować zwiększeniem kręgu potencjalnych wykonawców, którzy będą mogli złożyć ofertę z realną szansą na uzyskanie zamówienia.

W dalszej kolejności Izba ustaliła:

W treści SIWZ Zamawiający w treści załącznika nr 11a na stronie 13 sformułował wymaganie: „Oferent zobowiązany jest do przedstawienia listy referencyjnej proponowanej rozdzielnicy na napięcie w przedziale 110-145 kV w ilości co najmniej 50 pól zainstalowanych w ostatnich 5 latach w krajach europejskich.”

21 sierpnia 2014 roku Zamawiający dokonał modyfikacji treści SIWZ, poprzez dodanie w punkcie 5.1. SIWZ, określającym warunki udziału w postępowaniu, postanowienia: „wykonawca zaproponowanej w ofercie rozdzielnicy typu GIS powinien się wykazać dostawami co najmniej 50 pól dla rozdzielni jednosystemowej lub dwusystemowej, w okresie ostatnich 5 lat, wyprodukowanymi i zainstalowanymi w stacjach elektroenergetycznych Operatora Systemu Przesyłowego, lub Dystrybucyjnego na terenie UE.” W punkcie 6.1 SIWZ Zamawiający zawarł sformułowanie: „Jako potwierdzenie spełnienia wymogu należy uzupełnić listę referencyjną stanowiącą załącznik nr 4a do SIWZ.”

W dniu 25 sierpnia 2014 roku Zamawiający dokonał kolejnej modyfikacji treści SIWZ w ten sposób, że wprowadził w miejsce poprzedniego postanowienia w załączniku nr 11a na stronie 13 następującą treść: „W zakresie realizacji zamówienia zamawiający wymaga zastosowania rozdzielnicy typu GIS wyprodukowanej i zainstalowanej w stacjach elektroenergetycznych Operatora Systemu Przesyłowego lub Dystrybucyjnego na terenie UE, w ilości minimum 50 pól, dla rozdzielni jednosystemowej lub dwusystemowej, w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert. W celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane odpowiadają powyższym wymaganiom zamawiający żąda przedłożenia listy referencyjnej stanowiącej załącznik nr 4a do SIWZ.”

Zamawiający podnosił, że powyższe postanowienia stanowią opis przedmiotu zamówienia. Jednocześnie wskazywał, że brak złożenia w treści oferty wypełnionego załącznika 4a, spowoduje konieczność przeprowadzenia procedury w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, a brak złożenia takiego dokumentu po wezwaniu Zamawiającego, spowoduje konieczność wykluczenia wykonawcy z postępowania i odrzucenia jego oferty. Powyższe oznacza, że załącznik 4a stanowi jeden z dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W świetle powyższego, brak jest uzasadnienia dla twierdzenia Zamawiającego, że powyższe sformułowanie stanowi jedynie opis przedmiotu zamówienia. Jest to jeden z warunków udziału w postępowaniu, który zostanie oceniony przez Zamawiającego na etapie badania i oceny ofert. Powyższe potwierdza także fakt, że Zamawiający 21 sierpnia 2014 roku dokonał modyfikacji treści SIWZ, gdzie mające ten sam sens sformułowanie zamieszczono w treści warunków udziału w postępowaniu w SIWZ.

Izba zważyła:

W świetle powyższych czynności i zmian treści SIWZ, jakich dokonywał Zamawiający, Izba nie miała wątpliwości, że obecne twierdzenia Zamawiającego, o tym, że sporne sformułowanie zawarte na stronie 13 załącznika nr 11a do SIWZ jest jedynie opisem przedmiotu zamówienia, jest bezpodstawne. Zamawiający wymaga konkretnego dokumentu, tj. wypełnionego załącznika 4a, który będzie potwierdzał spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Fakt zamieszczenia spornego postanowienia w dziale stanowiącym opis przedmiotu zamówienia, nie oznacza, że Zamawiający nie sformułował dodatkowego warunku udziału w postępowaniu. Trafnie zatem Odwołujący dokonał w treści odwołania zaskarżenia opisu warunku określonego w postępowaniu i jako taki zarzut nie jest spóźniony.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia Zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, co wynika z treści art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące m.in. posiadania wiedzy i doświadczenia. Opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz powinien być proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. W niniejszym postępowaniu, z przedstawionych okoliczności wynika, że wymaganie SIWZ dotyczące przedstawienia przez wykonawców listy referencyjnej rozdzielnic dwusystemowej w ilości co najmniej 50 pól jest nieuzasadnione i nieadekwatne do przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby, z całokształtu materiału dowodowego, w tym dokonywanych przez Zamawiającego zmian treści SIWZ, należy stwierdzić, że Zamawiający przedstawił konieczne do spełnienia warunki dotyczące oferowanego produktu (warunki przedmiotowe) wraz z jednocześnie sformułowanymi wymaganiami odnoszącymi się do potencjalnego wykonawcy (warunki podmiotowe). W trakcie rozprawy Zamawiający wprost stwierdził, że oczekuje zaoferowania rozdzielnic produkowanej na rynku w okresie ostatnich 5 lat na terenie UE o wskazanym napięciu. Wskazał także, że oczekuje, aby była to rozdzielnica w ilości co najmniej 50 pól. Jak należy więc rozumieć, Zamawiający oczekuje urządzeń, które już zostały wypróbowane na rynku. W ocenie Izby, Zamawiający nie podał racjonalnego uzasadnienia dla swoich rzeczywistych potrzeb, które uzasadniałyby wymaganie, aby była to rozdzielnica w ilości co najmniej 50 pól. Stwierdzenie, że Zamawiającemu wolno jest stawiać dowolne żądania dotyczące ilości nie jest wystarczającym argumentem, uzasadniającym postawiony wymóg. Oczekiwania i żądania Zamawiającego co do przedmiotu zamówienia powinny wynikać z rzeczywistych potrzeb oraz doznają one ograniczeń w sytuacji wykazania naruszenia konkurencyjności. W trakcie rozprawy Zamawiający wyjaśnił, że nie żąda jednej

rozdzielnic 50 polowej, ale może to być kilka rozdzielnic o łącznej ilości 50 pól, wyprodukowanych w okresie 5 lat. Powyższe zdaniem Izby oznacza, że Zamawiający dopuszcza do udziału w postępowaniu wykonawców, którzy oferowali dotychczas różnej wielkości rozdzielnice, w tym także mają doświadczenie w dostawie lub produkcji także rozdzielnic 5 polowych. Oznacza to, że za wystarczające Zamawiający uznaje, aby zamówienie wykonał wykonawca, który posiada doświadczenie w realizacji tego rodzaju zamówienia, a także, że dostawa rozdzielnic o 5 polach jest także potwierdzeniem spełnienia wymagania, że rozdzielnica istnieje już na rynku i w ciągu 5 lat została użyta. Wymaganie, aby w postępowaniu niniejszym brał udział wykonawca, który musi wykazać się wykonaniem rozdzielnic o ilości aż 50 pól nie zostało przez Zamawiającego uzasadnione.

Należy zauważyć, że Zamawiający nie podjął próby wyjaśnienia, na czym polega trudność i odmienność przy realizacji rozdzielnic o większej ilości pól, niż 5. Odwołujący zaś wyjaśnił, że rozdzielnice budowane są w systemie pięciopolowym. Pola te są nazwane (wprost wymienił je w treści odwołania). Wyjaśnił także, że rozdzielnice o większej ilości pól są powieleniem, zwielokrotnieniem schematu i nie stanowią „wyzwania” technicznego dla realizujących zamówienie. Odwołujący wyjaśnił, że producent, który wykonał rozdzielnicę w układzie pięciu pól wykona tak samo rozdzielnicę bardziej rozbudowaną, składającą się z pięćdziesięciu, trzynastu czy siedemnastu pól. Dla producenta są to te same zagadnienia techniczne, powiększone najczęściej o zwiększoną liczbę pól liniowych. Co ważne, pola przedstawione w treści SIWZ, w niniejszym postępowaniu pokrywają się z polami nazwanymi przez Odwołującego, a więc wyjaśnienia Odwołującego są zbieżne z tym, co opisał Zamawiający. Zamawiający jedynie sformułował w trakcie rozprawy ogólne stwierdzenie, że nie jest prawdą, że wyprodukowanie 5 pól stanowi taką samą trudność technologiczną jak wyprodukowanie 10, 20 czy innej ilości pól, nie wyjaśniając, np. jakie inne pola (poza wymienionymi przez Odwołującego) istnieją w rozdzielnicach, na czym miałyby polegać trudności przy budowie/dostawie rozdzielnic o większej ilości pól niż 5 i dlaczego tak istotne jest dla Zamawiającego wykazanie się przez wykonawcę doświadczeniem związanym z rozdzielnicami o ilości pól większej niż 5. Tym samym, Zamawiający nie wykazał, na czym w niniejszym postępowaniu miałyby polegać dodatkowa techniczna trudność, której nie mógłby podjąć wykonawca, który zrealizował dotychczas rozdzielnicę pięciopolową i inne będące powieleniem systemu pięciopolowego. Tym bardziej, że przedmiot zamówienia dotyczy rozdzielnic zaledwie kilkunastopolowej, nie kilkudziesięciopolowej. A w niniejszym postępowaniu to na Zamawiającym ciążyło wykazanie szczególnych potrzeb uzasadniających treść warunku.

Należało więc uznać, że brak jest więc uzasadnienia merytorycznego dla wprowadzenia

wymogu wykazania się przez wykonawcę wiedzą i doświadczeniem poprzez przedstawienie listy referencyjnej proponowanej rozdzielnicy (tj. rozdzielni 110 Kv) w ilości co najmniej 50 pól, w sytuacji, gdy rozdzielnica 110kV będąca przedmiotem niniejszego zamówienia w ramach swojej funkcjonalności ma zostać wyposażona zaledwie w kilkanaście pól.

Wyjaśnienia Zamawiającego złożone w trakcie rozprawy wskazują także na fakt, że Zamawiający nie postawił wymogu posiadania doświadczenia dotyczącego skomplikowanych (o znacznej ilości pól) rozdzielnic, ale wymóg, w którym sumaryczna ilość pól wszystkich rozdzielnic wyprodukowanych/dostarczonych przez wykonawcę przekroczy minimum postawione przez Zamawiającego. Jednakże Zamawiający w żaden sposób nie uzasadnił postawionego wymogu posiadania doświadczenia w zakresie rozdzielnic aż o 50 polach – co jest kluczowe zwłaszcza w kontekście przedmiotu niniejszego zamówienia. Dlatego też wymóg ten, jako nieuzasadniony i nadmierny, prowadzi w ocenie Izby do ograniczenia konkurencji.

Celem Zamawiającego jest uzyskanie rozdzielnicy z seryjnej produkcji na rynku, już wcześniej wyprodukowanej i sprawdzonej. W skrajnym przypadku dostarczona/wykonana rozdzielnica mogłaby mieć pojedyncze pola (jednak, by spełnić warunek postawiony w treści SIWZ, należało się wykazać wykonaniem/dostawą rozdzielnic o łącznej ilości 50 pól). Oznacza to, że dla Zamawiającego również jest wystarczające, gdy wykonawca wykaże, że dostarczył lub wykonał rozdzielnicę o niewielkiej ilości pól. Również taki wykonawca spełnia warunki Zamawiającego. Skoro więc dostarczone dotychczas rozdzielnice z pojedynczymi polami spełniły wymagania Zamawiającego (z wyjaśnień Zamawiającego złożonych w trakcie rozprawy wynika, że bez znaczenia pozostaje okoliczność, ile pól miałyby mieć pojedyncza, dostarczona dotychczas rozdzielnica) to kwestia, ile takich rozdzielnic zostało dostarczonych ma znaczenie drugorzędne. W ocenie Izby postawienie takiego wymagania jest ukierunkowane jedynie na wykonawców, którzy prowadzą wieloletnią działalność w branży lub którzy produkują lub dostarczają rozdzielnice o bardzo dużej ilości pól.

W ocenie Izby, argumentacja Zamawiającego przedstawiona w odpowiedzi na odwołanie również nie zasługuje na uwzględnienie. Twierdzenie Zamawiającego, że „(...) zaskarżony wymóg nie uniemożliwia złożenia oferty przez firmę Elektrobudowa, jednak nie może ona zaproponować urządzenia, które właśnie wprowadza na rynek, ale może złożyć ofertę z innym urządzeniem spełniającą w/w wymagania” jest właśnie dowodem na okoliczność, że Zamawiający poprzez postawienie spornego wymagania naruszył zasadę konkurencyjności wykonawców i ich równe traktowanie. Oczywistym jest bowiem, że na tym polega konkurencja, że wykonawcy w sytuacji, gdy są jednocześnie producentami, oferują

produkowane przez siebie urządzenia. Gdy nie mogą zaoferować urządzenia produkowanego przez siebie, mamy do czynienia z ograniczeniem konkurencji. Oferując produkt firmy konkurencyjnej, przedstawia ofertę droższą niż firma, której jest to produkt. Przede wszystkim zaś należy tutaj podkreślić, że właśnie w tym sformułowaniu Zamawiający wprost wyraził okoliczność, że zdaje sobie sprawę z tego, że Odwołujący przy takim sformułowaniu warunku nie będzie mógł złożyć oferty w przedmiotowym postępowaniu. Taki stan rzeczy zdaje się potwierdzać kolejny argument Zamawiającego wyrażony w odpowiedzi na odwołanie: „(...) informujemy, że zaskarżony wymóg postawiony przez Zamawiającego ma na celu uzyskanie ofert Wykonawców z urządzeniami sprawdzonymi pod względem technicznym i będących w seryjnej produkcji, więc instalowanie prototypowej, niestandardowej czy wyprodukowanej w niewielkiej ilości aparatury lub urządzeń wiąże się z ogromnym ryzykiem utraty zasilania dla znacznego obszaru Polski.” W ocenie Izby, skoro Zamawiający życzy sobie w treści warunku, aby dostarczono mu urządzenia już działające na rynku, to jeśli urządzenia już funkcjonują na rynku, to znaczy, że są one wypróbowane i sprawdzone. Zatem nie ma przeszkód, aby ofertę mógł złożyć także wykonawca, który funkcjonuje na rynku przez krótki okres czasu, ale jego urządzenia zostały sprawdzone.

W świetle powyższego, w ocenie Izby, Zamawiający naruszył art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych przy formułowaniu warunku zawartego na stronie 13 załącznika 11a do SIWZ. Nie zostało udowodnione, że sporne postanowienie zostało wprowadzone z uwagi na racjonalne potrzeby Zamawiającego, a jedynie chęć ograniczenia możliwości realizacji zamówienia dla wykonawców, którzy działają na rynku od dawna lub dużych wykonawców, którzy dostarczali lub wykonywali wyłącznie duże rozdzielnice kilkudziesięciopółowe (50), które znacząco przekraczają potrzebę Zamawiającego w niniejszym postępowaniu (przedmiot zamówienia dotyczy rozdzielnic o ilości zaledwie kilkunastu pól). Zamawiający nie wykazał, aby producent, który wykonał rozdzielnicę w układzie H5 (pięciopółowym) nie był zdolny do wykonania rozdzielnicy składającej się z więcej niż pięciu pól. Zamawiający nie wykazał, aby były to inne zagadnienia techniczne, które stanowiłyby o konieczności wprowadzenia wymagania znacząco przekraczającego opisaną w zamówieniu rozdzielnicę kilkunastopółową. Tym samym należało uznać, że Zamawiający w sposób nieproporcjonalny opisał warunek w postępowaniu, który może prowadzić do braku możliwości udziału w postępowaniu wykonawców, którzy posiadają wiedzę i doświadczenie niezbędne do realizacji zadania objętego przedmiotowym postępowaniem (co także narusza art. 22 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych).

Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 9 listopada 2005 roku, sygn. akt II Ca 587/05 zgodnie z którym *"zakazane jest formowanie warunków postępowania w sposób uniemożliwiający swobodny dostęp do udziału w postępowaniu w celu złożenia oferty. Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać konkretnego wykonawcę bądź też, eliminowałyby konkretnych wykonawców uniemożliwiając im złożenie oferty lub powodowałyby sytuację w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych."* W niniejszym postępowaniu Zamawiający nie wykazał, dlaczego jedynie wykonawca, który posiada doświadczenie w dostawie rozdzielnic pięćdziesięciopolowej jest w stanie zrealizować zamówienie, w którym należy dostarczyć rozdzielnicę zaledwie kilkunastopolową.

Izba podziela także stanowisko Odwołującego, zgodnie z którym zakaz ograniczania konkurencji nie oznacza konieczności nabywania przez Zamawiającego dostaw, usług lub robót budowlanych nieodpowiadających jego potrzebom, jednakże powoduje, że Zamawiający ma ograniczoną swobodę precyzowania swoich wymagań w tym sensie, że jego wymagania muszą mieć uzasadnienie pozwalające na zrównoważenie ograniczenia konkurencji. Prawo zamówień publicznych chroni bowiem z jednej strony interes Zamawiającego z drugiej strony nakazuje przestrzegać zasady równego traktowania wykonawców.

W ocenie Izby sporne postanowienie stanowi warunek mieszany podmiotowo – przedmiotowy. Ma bowiem charakter warunku, który odnosi się do dotychczasowego doświadczenia wykonawców. Preferowani są wykonawcy, którzy w ciągu ostatnich pięciu lat dostarczyli rozdzielnicę pięćdziesięciopolową. Takie sformułowanie bez wątplenia jest nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, w którym dostarczona ma zostać (lub wykonana) rozdzielnica zaledwie kilkunastopolowa. Podkreślenia wymaga, że w treści warunku Zamawiający wpisał, że *„Ofertant zobowiązany jest do przedstawienia listy referencyjnej proponowanej rozdzielnicy na napięcie w przedziale 110-145 kV w ilości co najmniej 50 pól zainstalowanych w ostatnich 5 latach w krajach europejskich."* W ocenie Izby z treści warunku wprost wynika, że Zamawiający oczekuje, że wykonawca wykaże, że dostarczył jedną rozdzielnicę o ilości 50 pól. Wynika to z konstrukcji zdania i sformułowaniach w liczbie pojedynczej. Nawet jednak gdyby uznać, że rozumienie powyższego warunku zgodnie z twierdzeniem Zamawiającego wyrażonym na rozprawie, że nie żąda rozdzielnicy jednej 50 polowej, ale może to być kilka rozdzielnic o łącznej ilości 50 pól w okresie 5 lat, to i tak, w ocenie Izby postawiony warunek narusza uczciwą konkurencję. Nie wykazano uzasadnionych potrzeb Zamawiającego w tym zakresie.

Z treści warunku wynika, że Zamawiający stawia wymagania wobec oferowanej rozdzielnic (co pozornie mogłoby wskazywać, że wymagania Zamawiającego odnosi się do wymagań względem roboty budowlanej/dostawy urządzenia, a więc do warunku przedmiotowego), zgodnie z którym robot/dostawa ma zostać wykonana przez Wykonawcę, który posiada doświadczenie w dostawie rozdzielnic 50 pól. Zatem Zamawiający formułując (nawet gdyby przyjął twierdzenie Zamawiającego – opis przedmiotu zamówienia, a zgodnie ze stanem rzeczywistym -) warunek w postępowaniu stawia tak naprawdę wymagania względem podmiotu, który ma zrealizować zamówienie, wymagania względem doświadczenia tego podmiotu. Z powyższej okoliczności wynika ukierunkowanie oczekiwań Zamawiającego na podmiot, który miałby realizować zamówienie. Spełnienie warunku podmiotowego (a więc doświadczenie wykonawcy w wykonaniu lub dostawie rozdzielnic o 50 polach), będzie rzutowało na możliwość realizacji przedmiotu zamówienia przez określonego wykonawcę. W ocenie Izby należy zatem rozpatrywać sporne postanowienie pod względem postawionego warunku podmiotowego. Rozważania w tym zakresie przedstawiono powyżej.

Nawet gdyby jednak przyjął, że sporne postanowienie stanowi wymagania dotyczące oferowanej rozdzielnic, a zatem wymagania Zamawiającego o charakterze przedmiotowym, to i tak, w ocenie Izby wymagania zostały sformułowane w sposób utrudniający konkurencję Wykonawców.

W ocenie Izby, Zamawiający formułując warunek przedmiotowy (w niniejszym postępowaniu odnoszący się do rozdzielnic) dysponuje szerokim wachlarzem możliwości przedstawienia swoich wymagań. Przede wszystkim jest to opis przedmiotu zamówienia, w którym należy przedstawić żądania w zakresie oczekiwań technicznych, które bezwzględnie muszą zostać spełnione celem zrealizowania zamówienia w sposób zarówno fachowy jak i w najwyższy sposób bezpieczny, a jednocześnie w sposób, który nie zagrazi utratą prądu na terenie kraju. Na Zamawiającym ciąży obowiązek organizacji postępowania, a tym samym takiego opisu przedmiotu zamówienia, aby wykonawcy mieli świadomość, jakie zagrożenia należy wziąć pod uwagę, oraz jak należy realizować zamówienie, jakie warunki realizacji przyjąć, aby móc sprostać wysokim wymaganiom Zamawiającego w trakcie realizacji zamówienia. Te wszystkie elementy mogły składać się na opis przedmiotu zamówienia, który wykonawcy byliby zobowiązani przyjąć i przestrzegać w sposób bezwzględny. Nadto Zamawiający ma możliwość żądania przedstawienia przez wykonawców w treści oferty zaświadczeń, atestów, certyfikatów dla oferowanej rozdzielnic, tak, aby była to rozdzielnica spełniająca wymagania Zamawiającego, oraz zainstalowanie której nie zagrazi utratą prądu na terenie kraju. To właśnie są oczekiwania, jakie powinien przedstawić Zamawiający celem dokonania opisu wymagań odnoszących się do przedmiotu zamówienia.

Podkreślić ponownie należy, że skoro Zamawiający oczekuje urządzenia, które jest w

seryjnej produkcji, a zatem już funkcjonuje na rynku, to wprowadzenie dodatkowych wymagań, odnoszących się tak naprawdę do cech podmiotowych Wykonawcy, a zatem wielkości przedsiębiorstwa oferenta i długiego czasu jego funkcjonowania na rynku, nie stanowi o jakości oferowanej rozdzielnicy. Wymaganie Zamawiającego stanowi więc warunek nieadekwatny do przedmiotu zamówienia.

Podobne rozważania odnoszą się do charakteru rozdzielnicy – jednosystemowej i dwusystemowej. Izba nie nakazywała w treści sentencji modyfikacji w zakresie charakteru rozdzielnicy tj. dwusystemowej lub jednosystemowej. W ocenie Izby Zamawiający uwzględnił zarzut podnoszony przez Odwołującego w odwołaniu w tym zakresie, czego dowodem jest okoliczność, że Zamawiający dokonał modyfikacji treści SIWZ, w której zmienił dotychczasowe sformułowanie „proponowanej” na jednosystemową lub dwusystemową, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Tym samym, w ocenie Izby Zamawiający pośrednio przyznał, że kombinacja zestawienia pól nie stanowi zasadniczej różnicy w doświadczeniu wykonawcy.

Na marginesie należy wskazać, że wniesione odwołanie obejmowało zarzuty w zakresie dwóch okoliczności (ilości pól rozdzielnicy oraz jej rodzaju czy systemu, tj. jedno lub dwusystemowej). Zamawiający w trakcie procedury odwoławczej dokonał modyfikacji treści SIWZ. Izba rozpatrywała zarzuty podniesione w odwołaniu, gdyż jedynie do takich okoliczności może się odnieść. Zgodnie z artykułem 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba nie może rozpatrywać odwołań w zakresie szerszym niż wynika to z treści podnoszonych zarzutów. Odwołującemu przysługuje zatem odwołanie od dokonanej modyfikacji w zakresie sformułowań postanowień SIWZ, które nie były rozpatrywane w treści niniejszego postępowania odwoławczego.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....