

WYROK
z dnia 25 listopada 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 22 listopada 2013 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 listopada 2013 r. przez wykonawcę: **Energy Partners Sp. z o.o., ul. Graniczna 64, Zakrzewo, 62-070 Dopiewo** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **TAURON Dystrybucja S.A., ul. Jasnogórska 11, 31-358 Kraków,**

orzeka:

1. uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu:
 - a) zmianę treści postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w taki sposób, aby czynność oceny ofert dokonywana według ustalonych w postępowaniu kryteriów oceny ofert stanowiła jeden etap – tj. etap ostatni w postępowaniu o udzielenie zamówienia - prowadzący do wyboru oferty najkorzystniejszej, a czynność badania złożonych w postępowaniu ofert poprzedzała etap oceny ofert;
 - b) zmianę treści postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zawartego w pkt 6.5 Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia (Załącznik nr 2 do Umowy nr DU/.../UZZ/95/2013), poprzez dodanie do opisu technicznego opakowań żywic w zdaniu drugim sformułowania „lub w postaci fabrycznie przyklejonej naklejki”, tj., aby jego treść przybrała postać: „Na opakowaniu zewnętrznym powinny być trwale naniesione w języku polskim lub angielskim metodą bezpośredniego nadruku lub w postaci fabrycznie przyklejonej naklejki poniższe informacje...”

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **TAURON Dystrybucja S.A., ul. Jasnogórska 11, 31-358 Kraków, i :**

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Energy Partners Sp. z o.o., ul. Graniczna 64, Zakrzewo, 62-070 Dopiewo** tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) od zamawiającego: **TAURON Dystrybucja S.A., ul. Jasnogórska 11, 31-358 Kraków** na rzecz wykonawcy: **Energy Partners Sp. z o.o., ul. Graniczna 64, Zakrzewo, 62-070 Dopiewo** stanowiącą koszty 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 2013 r., poz. 907) 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:

Uzasadnienie

Zamawiający: TAURON Dystrybucja S.A. z siedzibą w Krakowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „sukcesywne dostawy muf i głowic kablowych średniego napięcia dla potrzeb TAURON Dystrybucja S.A. (dostawy osprzętu do linii kablowych) obejmujące: zadanie 1: Mufy i głowice prefabrykowane oraz zadanie 2: Mufy taśmowe”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2013/S 211-366820 w dniu 30 października 2013 r. W tym samym dniu zamawiający opublikował Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia na własnej stronie internetowej.

Odwołujący: Energy Partners Sp. z o.o., z siedzibą w Zakrzewie wniósł odwołanie wobec treści postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) Odwołujący zarzucił w odwołaniu naruszenie przez zamawiającego następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907), zwanej dalej w skrócie „Pzp”:

- art. 91 ust.1 Pzp, poprzez bezpodstawne włączenie do zakresu kryteriów oceny ofert procedury sprawdzającej, czy oferowane dostawy spełniają wymagania zamawiającego oraz art. 91 ust. 2 i art. 91 pkt. 3 Pzp, poprzez ustalenie sposobu wyboru najkorzystniejszej oferty w oparciu kryteria nieodnoszące się do przedmiotu zamówienia oraz odnoszące się do właściwości wykonawcy;
- art. 25 ust. 1 Pzp, poprzez żądanie potwierdzenia spełnienia przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego w stopniu wykraczającym poza zakres dowodów i oświadczeń niezbędnych do przeprowadzenia postępowania;
- art. 29 ust. 1 Pzp z powodu braku wszystkich informacji potrzebnych do oszacowania całkowitych kosztów związanych ze złożeniem oferty;
- art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 Pzp, poprzez brak zapewnienia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w związku z dokonaniem opisu kryteriów oceny ofert preferującego wykonawców oferujących osprzęt o mniejszej wytrzymałości na próby starzenia w stosunku do wymogów normatywnych oraz dokonanie opisu wymagań dotyczących opakowań z żywicą w sposób utrudniający odwołującemu złożenie oferty;
- art. 8 ust. 1 Pzp, poprzez ograniczenie jawności postępowania w związku z brakiem możliwości nadzoru nad montażem i przebiegiem badań w Instytucie Energetyki.

Odwołujący wyjaśnił, że w wyniku działań i zaniechań zamawiającego, odwołujący może utracić możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia, gdyż zapisy SIWZ uniemożliwiają przeprowadzenie postępowania zgodnie z przepisami ustawy Pzp, a także

może zostać zmuszonym do poniesienia nieuzasadnionych kosztów. W takiej sytuacji odwołujący poniesie szkodę, która ma charakter ekonomiczny, co jest wprost sprzeczne z interesem odwołującego, i zgodnie z brzmieniem art 179 ust. 1, legitymuje do wniesienia odwołania.

Odwołujący wniósł w odwołaniu o jego uwzględnienie oraz o zmianę treści postanowień SIWZ polegającą na:

- usunięciu z opisu kryteriów i warunków, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty etapu II, polegającego na montażu i badaniu w Instytucie Energetyki w Warszawie wybranego osprzętu kablowego,
- dodaniu do opisu technicznego opakowań żywic w punkcie 6.5 na str.72 SIWZ sformułowania „w postaci naklejki lub w inny sposób” tak, aby jego treść przybrała postać: „...Na opakowaniu zewnętrznym powinny być trwale naniesione w języku polskim lub angielskim metodą bezpośredniego nadruku, w postaci naklejki lub w inny sposób poniższe informacje...”

Odwołujący podniósł następujące okoliczności faktyczne i prawne:

a. Zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp, zamawiający wybiera najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Ocenie tej powinny podlegać oferty złożone przez wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu, których przedmiot jest zgodny z wymaganiami zamawiającego. Określenie kryteriów oceny ofert jest uprawnieniem zamawiającego i ma charakter indywidualny, jednakże powinno odnosić się do tych elementów, które mogą różnicować poszczególne oferty. Włączenie do zakresu kryteriów oceny ofert procedury sprawdzającej, czy oferowane dostawy spełniają wymagania zamawiającego nie ma charakteru różnicującego, ponieważ wszystkie oceniane oferty muszą spełniać te wymagania. W przypadku stwierdzenia niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający ma obowiązek jej odrzucenia. Poddanie ocenie oferty niezgodnej z treścią SIWZ stanowiłoby naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji. Tak więc sprawdzenie zgodności oferty z SIWZ powinno odbywać się przed dokonaniem oceny ofert. Nawet jeżeli uznać, że procedura sprawdzająca, czy oferowane dostawy są zgodne z wymaganiami zamawiającego, spełnia przesłanki wymagane dla uznania ją za kryterium oceny, to wprowadzenie jej stanowi naruszenie art. 91 ust. 2 oraz art. 91 ust. 3 Pzp. W art. 91 ust. 2 wyraźnie stwierdzono, iż kryteria oceny ofert muszą dotyczyć przedmiotu zamówienia, a jednocześnie na podstawie art. 91 ust. 3 nie mogą one dotyczyć właściwości wykonawcy. Przyjęta przez zamawiającego procedura nie spełnia ww. warunków gdyż:

1) nie przewiduje oceny przedmiotu zamówienia w takiej formie, w jakiej będzie on dostarczany do zamawiającego a zamiast tego ocenę całkowicie innego przedmiotu, powstałego w wyniku mechanicznego, termicznego i chemicznego przetworzenia przedmiotu

zamówienia w procesie instalowania na kablu;

2) kryterium oceny zamontowanego przez wykonawcę przedmiotu zamówienia jest pośrednio kryterium dotyczącym właściwości dostawcy (wykonawcy), jego umiejętności manualnych, sprawności w posługiwaniu się narzędziami, staranności wykonania połączenia lub zakończenia kabla.

Wyraźne stwierdzenie w definicji ustawowej, że chodzi o kryteria „odnoszące się do przedmiotu zamówienia” nie pozostawia wątpliwości, iż z jednej strony decydujące znaczenie dla uznania oferty za najkorzystniejszą mają kryteria przedmiotowe, z drugiej zaś wykluczone są kryteria podmiotowe. Odwołujący podniósł, że wykonawcami zamówień, których przedmiotem są dostawy różnego rodzaju towarów są w większości firmy handlowe. Montaż osprzętu kablowego nie stanowi przedmiotu ich działalności. Nie jest to również przedmiot działalności producentów osprzętu kablowego. Ze względu na specyfikę osprzętu kablowego, nie ma możliwości poddania go badaniom bez uprzedniej instalacji na kablu elektroenergetycznym. W takiej sytuacji w zaproponowanej przez zamawiającego procedurze oceny zgodności z normami, przewidującej wykonanie badań, ocenie podlegałby osprzęt kablowy niebędący przedmiotem zamówienia, jak również umiejętność montażu przez wykonawcę, czego ocena ta nie może obejmować.

Norma PN-HD 629 przewiduje wykonanie dwóch sekwencji badań różniących się zakresem przeprowadzanych prób na poszczególnych obiektach badawczych. Żadna z nich nie obejmuje wykonania próby zwarcia w żyłę powrotną oraz próby długotrwałej wytrzymałości elektrycznej i odporności na zmiany temperatury w powietrzu (tzw. skróconego starzenia, tj. 10 cykli nagrzewania i chłodzenia). Tak więc ewentualne niepowodzenie podczas przeprowadzania sekwencji zaproponowanej przez zamawiającego nie oznacza niezgodności osprzętu z wymaganą normą PN-HD 629. Paradoksalnie, pozytywny wynik badań nie oznacza również zgodności z przedmiotową normą, ponieważ wymaga ona przeprowadzenia także innych prób, których sekwencja zaproponowana przez zamawiającego nie ujmuje. Zatem weryfikacja, czy przedmiot zamówienia jest zgodny z wymaganiami zamawiającego jest w ten sposób niewykonalna.

Zaproponowana przez zamawiającego procedura nie jest też w stanie zweryfikować parametru istotnie wpływającego na ostateczną ocenę oferty w zadaniu nr 1, jakim jest termin wykonania prób pomontażowych. Z informacji zawartych w SIWZ wynika, że próby zostaną rozpoczęte po czasie wskazanym przez wykonawcę w formularzu ofertowym. Formularz ten przewiduje podanie terminu oddzielnie dla każdej grupy osprzętu tj. głowic, muf przelotowych, muf przejściowych. Jednocześnie z opisu przeprowadzania prób wynika, że poszczególne rodzaje osprzętu, jak na przykład mufa przelotowa i głowice lub mufa przejściowa i głowice, mają być zainstalowane na tym samym odcinku kabla. W takiej sytuacji rozpoczęcie prób pomontażowych możliwe jest dopiero po określonym czasie od

zakończenia montażu całego odcinka, a nie poszczególnego rodzaju osprzętu. Nie jest więc możliwe w ten sposób zweryfikowanie deklarowanego terminu wykonania badań pomontażowych dla poszczególnych grup osprzętu.

Dodatkowo zamawiający podał, że czas montażu osprzętu musi uwzględniać posprzątanie miejsca pracy. Tak więc w celu weryfikacji deklarowanego terminu wykonania prób pomontażowych, należałoby je rozpocząć jeszcze w trakcie sprzątania, co również jest niewykonalne chociażby ze względów bezpieczeństwa. W efekcie zaproponowana przez zamawiającego procedura nie spełnia swojego zadania również w zakresie weryfikacji deklarowanych terminów badań pomontażowych.

Jak wynika z powyższej analizy, sposób oceny ofert, poza niezgodnością z postanowieniami ustawy Pzp, w rzeczywistości nie umożliwia ustalenia, czy przedmiot dostawy spełnia wymagania pod kątem zgodności z normami oraz weryfikacji deklarowanego terminu badań pomontażowych. Naraża natomiast odwołującego na nieuzasadnione koszty związane z koniecznością montażu oferowanego osprzętu w Instytucie Energetyki w Warszawie.

b. Przepis art. 25 ust. 1 Pzp stanowi, że zamawiający może żądać wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Rolą wykonawcy składającego ofertę jest wykazanie, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania zamawiającego. W celu potwierdzenia przedmiotowej okoliczności, wykonawca zobowiązany jest, zgodnie ze wskazaniem zamawiającego, przedstawić stosowne oświadczenie lub określony dokument. Są to swego rodzaju środki dowodowe, którymi wykonawca wykazuje spełnienie pożądanego przez zamawiającego cech przedmiotu zamówienia. Rodzaje i formy tych środków dowodowych, określa treść rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. - Dz. U. Nr 226, poz. 1817 w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Dokumentami potwierdzającymi zgodność ze wskazanymi normami może być np. ocena techniczna niezależnego laboratorium lub deklaracja zgodności producenta. Zamawiający sektorowy może żądać również innych dokumentów, niż wynikające z rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jednak w aktualnym stanie prawnym brzmienie przepisu art. 138c ust. 1 pkt 2 Pzp wskazuje, iż możliwość ta dotyczy jedynie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, to jest warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp.

Z powyższego wynika, że przeprowadzenie prezentacji montażu osprzętu, który potem poddany miałby zostać badaniom, nie mieści się w katalogu dopuszczalnych dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego. Ponadto stwierdzić należy, iż punktem odniesienia dla oceny możliwości zażądania dokumentów na potwierdzenie spełniania przez oferowane dostawy,

usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego sektorowego jest kryterium ich niezbędności dla prowadzonego postępowania wynikające z art. 25 ust. 1 Pzp. W przypadku osprzętu posiadającego ocenę techniczną Instytutu Energetyki potwierdzającą zgodność z właściwymi normami, nie można za niezbędne do potwierdzenia zgodności z tymi samymi normami uznać żądania montażu w Instytucie Energetyki w Warszawie i ponownego przeprowadzenia prób. Wszakże badania potwierdzające zgodność z tymi normami zostały już wcześniej wykonane przez dokładnie tę samą jednostkę badawczą w celu uzyskania ocen technicznych, które mają być załączone w ofercie. W świetle przytoczonej analizy stwierdzenie zawarte w opisie procedury wyboru najkorzystniejszej oferty „Nieprzystąpienie do prezentacji montażu osprzętu i badań w Instytucie Energetyki oznaczać będzie uchylenie się wykonawcy od potwierdzenia zgodności treści oferty z treścią SIWZ, co skutkować będzie koniecznością odrzucenia oferty, jako niezgodnej z treścią SIWZ.” jest bezpodstawne i sprzeczne z przepisami Ustawy.

c. Art. 29 ust. 1 Pzp wymaga od zamawiającego przedstawienia opisu przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. W opisaney procedurze zamawiający nie przewidział sytuacji awarii badanego odcinka kabla z oferowanym osprzętem z przyczyn leżących po stronie kabla lub głowicy dostarczonej przez zamawiającego, zgodnie z punktem A.6 Opisu kryteriów i warunków, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, co pozostaje poza kontrolą wykonawcy. Nie wynika z opisaney procedury, czy w takiej sytuacji dostarczony przez wykonawcę osprzęt zostanie uznany za spełniający wymagane normy, czy też badania zostaną powtórzone oraz kto, w przypadku powtórzenia badań, ma sfinansować koszt kolejnych testowanych egzemplarzy, koszt oddelegowania pracowników wykonawcy do montażu w Instytucie Energetyki lub zlecenia wykonania tej instalacji osobom trzecim. W związku z tym wykonawca nie jest w stanie na etapie składania oferty dokonać kalkulacji związanych z tym kosztów. Nie można zatem uznać, że opis przedmiotu zamówienia uwzględnia wszystkie okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

d. Zamawiający podał, jako wymaganie techniczne, konieczność spełnienia wymogów normy PN-HD 629. Norma ta przewiduje przeprowadzenie szeregu prób w kilku sekwencjach i tylko pozytywny wynik wszystkich tych prób w każdej sekwencji daje możliwość uznania osprzętu kablowego za zgodny z wymaganiami normy. Decydując się na dokonanie dodatkowego sprawdzenia zgodności z wyżej wymienioną normą, zamawiający powinien zażądać przeprowadzenia pełnych badań, zgodnie z opisaną w niej procedurą. W przeciwnym przypadku weryfikacji podlegają tylko niektóre parametry osprzętu. Każda konstrukcja osprzętu kablowego ma swoje mocniejsze i słabsze strony. Wynika to ze specyfiki technologii oraz stosowanych materiałów. Skupienie się na wybranych próbach przy jednoczesnym ograniczeniu zakresu sprawdzania innych parametrów prowadzi do

nieuzasadnionego preferowania osprzętu, który ze względu na swoją naturę jest bardziej odporny akurat na wybrane przez zamawiającego próby, a mniej na te, które zostały pominięte. Ograniczenie ilości cykli grzewczych do 10 powoduje przyznanie nieuzasadnionych preferencji osprzętowi, który z racji swojej natury jest mniej odporny na zmiany wymiarów kabla w trakcie cykli grzewczych niż osprzęt odwołującego. Norma PN-HD 629 wymaga przeprowadzenie 64, a nie 10 cykli grzewczych w powietrzu. Podobna sytuacja dotyczy prób napięciowych. Zamawiający proponuje wykonanie próby napięciem 2,5 Uo przez 15 min. Natomiast norma PN-HD 629 przewiduje wykonanie zarówno próby wytrzymałości elektrycznej 2,5 Uo przez 15 min. jak i próby 4,5 Uo przez 5 min. W efekcie stosowania takiego kryterium nieuzasadnione preferencje uzyskuje osprzęt, który mógłby nie wytrzymać próby wytrzymałości elektrycznej 4,5 Uo przez 5 min.

W punkcie 6.5 na stronie 72 SIWZ zamawiający sprecyzował wymagania dotyczące opakowań żywicy, będącej jednym z elementów muf taśmowo-żywicznych w następujący sposób: „... Na opakowaniu zewnętrznym powinny być trwale naniesione w języku polskim lub angielskim metodą bezpośredniego nadruku poniższe informacje...”. Wymaganie zawężone w ten sposób, że określone informacje muszą być naniesione metodą bezpośredniego nadruku nie ma żadnego związku z realizacją celu założonego w ramach postępowania. Istotne powinno być to, aby wymagane informacje były naniesione w sposób trwały, tak, aby użytkownicy mogli się z nimi zapoznać. Z punktu widzenia przedmiotu zamówienia, jakim jest mufa, nie ma znaczenia jaką technologią nanosi się oznaczenia na jej komponentach. Zapis taki prowadzi jedynie do ograniczenia konkurencji ponieważ nie wszyscy producenci nanoszą wymagane opisy metodą bezpośredniego nadruku na opakowaniu. Na przykład opakowania żywic zawartych w zestawach odwołującego zawierają wszystkie potrzebne informacje na fabrycznie przyklejonej naklejce. Odwołujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1.10.2008 r. (sygn. akt KIO/UZP1984/08), w którym stwierdzono: „Jako formę dyskryminacji pośredniej przyjmuje się również ustalanie wymagań na tyle rygorystycznych, że nie jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego, a jednocześnie ograniczający krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia”. Taki też zarzut stawia odwołujący zamawiającemu.

e. Zasada jawności postępowania o zamówienie publiczne jest jedną z fundamentalnych zasad systemu zamówień publicznych, określoną wprost w art. 8 ust. 1 Pzp. Przejawia się ona w szeregu czynności podejmowanych przez zamawiającego i uczestników postępowania, począwszy od publicznego, jawnego ogłoszenia o zamówieniu, przez jawne otwarcie ofert i udostępnienie protokołu, ofert, oświadczeń składanych w toku postępowania aż po jawność umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą. W przypadku żądania od

wykonawców montażu osprzętu, którego parametry mają być przedmiotem oceny zgodności z SIWZ, zamawiający powinien umożliwić wgląd wszystkim zainteresowanym stronom w procedurę montażu, jak również w samą procedurę badań w Instytucie Energetyki, lub dokonać rejestracji tych czynności w sposób zapewniający ich jawność. Zamawiający nie wskazuje w SIWZ żadnych mechanizmów, które jawność taką mogłyby zapewnić.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie (pismo z dnia 19 listopada 2013 r.). Wniósł o oddalenie odwołania w całości, a ponadto – o przesłuchanie p. L..... G....., pracownika Instytutu Energetycznego, w charakterze świadka, na okoliczność zakresu i celu badań muf i głowic, jakie zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia mają zostać przeprowadzone przez Instytut Energetyki.

Zamawiający wyjaśnił, że zgodnie z treścią SIWZ mufy i głowice mają zostać poddane badaniu w zakresie (pkt XVIII ppkt 1 lit. b) montażu wybranego osprzętu oraz badań pomontażowych. Badania te będą prowadzone w celu ustalenia: czasu trwania montażu osprzętu (pkt A.7 SIWZ), zgodności osprzętu z wybranymi normami podanymi w SIWZ (A.9 SIWZ), spełnienia kryterium terminu prób pomontażowych (A.11 SIWZ). W przedmiotowym postępowaniu, jako kryterium oceny ofert zamawiający ustalił: cenę oraz termin prób pomontażowych (pkt XVIII ppkt 1 lit. A i B siwz). Zamawiający wyjaśnił, że kryterium „termin prób pomontażowych” ma charakter obiektywny oraz leży w interesie zamawiającego, a ponadto zostało określone w sposób jednoznaczny i precyzyjny. Zaproponowane próby pomontażowe mają potwierdzić zgodność składu materiałowego dostawy z prototypem, jaki był poddany badaniom typu, które dały wynik pozytywny. Zagwarantują one, że po montażu osprzętu eksploatowany osprzęt będzie można w określonym przez dostawcę czasie poddać próbom pomontażowym i nie ulegnie on uszkodzeniu wskutek tych badań, których zakres w minimalny sposób symuluje starzenie osprzętu, tak jak to się dzieje podczas eksploatacji. Termin prób pomontażowych to minimalny okres czasu jaki musi upłynąć pomiędzy zakończeniem montażu mufy i głowicy a rozpoczęciem prób pomontażowych. Czas ten jest uzależniony od technologii zastosowanej do produkcji osprzętu kablowego, która ma z kolei wpływ na sposób, czasochłonność, pracochłonność i stopień skomplikowania montażu osprzętu kablowego. W zakresie prób pomontażowych, podczas codziennych napraw kabli elektroenergetycznych wykonuje się badanie poziomu wyładowań niezupełnych i próbę napięciową. Za pozytywny wynik badań uznaje się spełnienie wymagań, które zostały określone w siwz. Tak sprawdzony osprzęt może zostać włączony pod napięcie w celu realizacji bezawaryjnej pracy w sieci elektroenergetycznej. Terminy prób pomontażowych są różne i trwają od kilku minut do kilku albo kilkunastu godzin. Krótkie czasy umożliwiają zamawiającemu optymalizowanie czasów napraw kabli elektroenergetycznych i istotne obniżanie ich kosztów

poprzez należyte wykorzystanie zasobów, tj. ludzi i sprzętu, a w szczególności wozu pomiarowego, niezbędnego do lokalizacji miejsca uszkodzenia kabla, potwierdzenia jego parametrów przed rozpoczęciem montażu osprzętu i po jego zakończeniu. Zamawiający podkreślił, że będąc przedsiębiorstwem energetycznym zajmującym się dystrybucją energii elektrycznej, jak również posiadając status operatora systemu dystrybucyjnego elektroenergetycznego, zobowiązany jest na podstawie przepisów Prawa energetycznego do dostarczania energii elektrycznej do odbiorców w sposób ciągły i niezawodny, przy zachowaniu obowiązujących wymagań jakościowych. Przekroczenie czasu przerw planowanych i nieplanowanych w dostarczaniu energii zagrożone jest karą pieniężną oraz obowiązkiem wypłaty bonifikat. Z tych względów maksymalne skrócenie terminu prób pomontażowych jest istotne z punktu widzenia specyfiki działalności zamawiającego.

Zamawiający wskazał ponadto, że nie wszystkie oferty będą weryfikowane w powyższym zakresie, niemniej warunki SIWZ zostały określone w taki sposób, iż wykluczone jest naruszenie zasady uczciwej konkurencji. Badaniom poddany zostanie asortyment każdego wykonawcy, którego oferta potencjalnie może zostać wyłoniona jako najkorzystniejsza. Może zatem się zdarzyć, że zaoferowany towar niektórych wykonawców nie zostanie poddany weryfikacji, jednak skoro ich oferta nie może zostać uznana za najkorzystniejszą to w żaden sposób nie naruszy to zasady uczciwej konkurencji. Takie rozwiązanie zostało przyjęte ze względu na koszty badania w Instytucie Energetyki (kilkanaście tysięcy złotych od każdego badania), które obciążają zamawiającego. Nie jest zatem celowe badanie wszystkich ofert.

Zdaniem zamawiającego, badania mające na celu ustalenie czy zaoferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania w zakresie czasu montażu i zgodności z wymaganiami SIWZ w zakresie określonym w pkt A.9 SIWZ, odnoszą się wprost do warunków przedmiotowych i nie wykraczają poza wymagania określone w art. 22, art. 25 ust. 1 i art. 138c ust. 1 Pzp. Celem tych badań jest weryfikacja jakości osprzętu w oparciu o wymagania w zakresie dopuszczenia do eksploatacji linii kablowych w warunkach rzeczywistych, tj. w warunkach normalnych i zakłóceńowych pracy sieci elektroenergetycznej. Zamawiający nie kwestionuje oceny technicznej wydanej przez Instytut Energetyki, jednak w celu sprawdzenia terminu prób pomontażowych konieczne jest przeprowadzenie w pierwszej kolejności badania poziomu wyładowań niepełnych z uwzględnieniem tego kryterium. Instytut Energetyki w ramach oceny technicznej nie weryfikuje tego parametru, gdyż nie jest to wymagane. Zaproponowany zakres badań pomontażowych odzwierciedla jedynie prawidłowe działanie osprzętu bezpośrednio po jego montażu i nie obejmuje pełnego zakresu badań wskazanych w normach PN-HD 629.

Ponadto celem zamawiającego jest potwierdzenie możliwości spełnienia wymagań przez oferowany sprzęt kablowy w zakresie zachowania parametrów względem założonych

czasów montażu. Wbrew twierdzeniom odwołującego, przewidziana w sSIWZ prezentacja montażu osprzętu nie zmierza do uzyskania oceny niepozostającej w związku z przedmiotem zamówienia „umiejętności montażu przez wykonawcę” bądź uzyskania oceny niedopuszczonej przez przepis ustawy Pzp.

Zamawiający podkreślił, że treść SIWZ określa sposób przeprowadzenia prób pomontażowych w zdefiniowanej sekwencji, powołując się bezpośrednio na normy określone w SIWZ, w tym m.in. PN-HD 629 (pkt A.9), natomiast zakres i kolejność badań określa pkt A.10 SIWZ. Zatem jakkolwiek negatywny wynik badań pomontażowych oznacza niespełnienie wymagań SIWZ, a przez to m.in. niezgodność z sekwencją badań określoną przez zamawiającego w zakresie norm i wymagań zawartych w pkt A.10. Określone w SIWZ próby obejmują tylko te próby, które są istotne dla osprzętu po jego montażu, sprawdzają zachowanie jego właściwości bezpośrednio po określonym czasie od montażu. Rodzaje i sekwencja badań w powyższym zakresie zostały ustalone przez zamawiającego z wyspecjalizowaną jednostką badawczą – Instytutem Energetyki.

Zamawiający wyjaśnił, że do przeprowadzenia prób dostarczy kable fabrycznie nowe z odpowiednimi atestami, potwierdzającymi przeprowadzenie prób fabrycznych. Jeśli wykonawca dokona prawidłowego montażu osprzętu to należy przyjąć, że wykonał ciężące na nim obowiązki wynikające z SIWZ. Zatem w razie konieczności ponowienia tego montażu, na skutek awarii niezależnej od montażu, wszelkie koszty z tym związane będą obciążały zamawiającego.

Zamawiający wskazał, że jego intencją nie jest preferowanie wybranych technologii. Celem zamawiającego jest wyłącznie weryfikacja jakości osprzętu, z którą od wielu lat borykają się służby techniczne zamawiającego, a próby napięciowe określone przez zamawiającego są zbieżne z próbami, jakim poddawany jest osprzęt podczas jego normalnej eksploatacji. Badania pomontażowe mają również na celu wyeliminowanie awarii osprzętu spowodowanych zmianą składów materiałowych w stosunku do prototypów poddanych badaniom typu.

Odnosząc się do wymagań dotyczących opakowania zewnętrznego żywicy epoksydowej, zamawiający, mając na uwadze jakość oferowanych żywic, świadomie na bazie dotychczasowych doświadczeń, wprowadził zapis o trwale naniesionym opisie charakteryzującym parametry żywicy na opakowaniu zewnętrznym. Zdaniem zamawiającego każdy producent dbający o jakość i markę swojego wyrobu zamieszcza w sposób trwały na opakowaniu wymagane informacje. Dopuszczenie naklejek w znaczny sposób ogranicza możliwość weryfikacji jakości i producenta żywicy oraz umożliwia dokonywanie zmian w składzie żywic poza kontrolą zamawiającego, co może mieć wpływ na spełnianie wymagań normatywnych osprzętu i stanowić będzie zagrożenie dla pracowników zamawiającego i niezawodności pracy sieci elektroenergetycznej.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia jawności postępowania, zamawiający wyjaśnił, że w jego ocenie zbędne jest potwierdzenie w SIWZ zasady jawności, która obowiązuje w procedurze zamówień publicznych. Wszystkie oświadczenia i dokumenty, o ile nie zostają objęte poufnością w przypadkach i na zasadach określonych w ustawie Pzp, są jawne. Wbrew twierdzeniom odwołującego, warunkiem zachowania jawności nie jest rejestrowanie czynności podejmowanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Zamawiający podkreślił, że w żadnym punkcie SIWZ nie wyłączył ani nie ograniczył jawności postępowania, w tym w odniesieniu do udziału wykonawców w prezentacjach prowadzonych przez innych wykonawców.

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 zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z brzmieniem art 179 ust. 1 Pzp, odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania. Odwołujący wykazał, że w wyniku działań i zaniechań zamawiającego, może utracić możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia, w przypadku gdy postanowienia SIWZ uniemożliwiają przeprowadzenie postępowania zgodnie z przepisami ustawy Pzp oraz mogłyby narazić odwołującego na poniesienie nieuzasadnionych kosztów podczas ubiegania się o zamówienie.

Za zasadny należało uznać zarzut naruszenia przepisu art. 91 ust.1 Pzp, poprzez bezpodstawne włączenie do zakresu kryteriów oceny ofert - procedury sprawdzającej, czy oferowane dostawy spełniają wymagania zamawiającego, określone w SIWZ.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp, zamawiający wybiera najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert, określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Niewątpliwie w świetle przepisów ustawy Pzp, ocenie ofert na podstawie ustalonych kryteriów oceny ofert powinny podlegać oferty złożone przez wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu oraz tylko takie oferty, których przedmiot jest zgodny z wymaganiami zamawiającego. Zamawiający, przed dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert, określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jest zobowiązany dokonać badania spełniania przez wykonawców warunków udziałów w postępowaniu (podstaw wykluczenia z postępowania) oraz badania ofert - w zakresie weryfikacji podstaw do odrzucenia, w tym m.in. w zakresie spełniania przez oferowane dostawy, usługi bądź roboty budowlane wymagań określonych w specyfikacji

istotnych warunków zamówienia dotyczących przedmiotu zamówienia. Czynność oceny ofert jest ostatnią czynnością w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzącą bezpośrednio do wyboru oferty najkorzystniejszej. Czynności tej podlegają jedynie oferty, które nie podlegają odrzuceniu, a zatem tylko takie, które spełniają wszystkie wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający jest uprawniony do określenia kryteriów oceny ofert, zgodnie z dyspozycją art. 91 ust. 1, 2 i 3 Pzp. Kryteria w świetle tych przepisów służą wyborowi oferty, która w najwyższym stopniu spełnia najistotniejsze dla zamawiającego kryteria z punktu widzenia zaspokojenia jego uzasadnionych potrzeb związanych z przedmiotem zamówienia.

Z treści postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zawartych w pkt XVIII SIWZ „Opis kryteriów i warunków, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów oraz sposobu oceny ofert” wynika, że zamawiający w przedmiotowym postępowaniu określił dwa etapy oceny ofert. W I etapie zostanie „ustalona oferta najkorzystniejsza” według kryteriów: „cena brutto oferowanego osprzętu kablowego („C”) rozumiana jako suma cen uzyskanych w następujących podkryteriach:

- łączna cena brutto grupy prefabrykowanych muf przelotowych oznaczona jako C_m ,
- łączna cena brutto grupy prefabrykowanych muf przejściowych oznaczona jako C_p ,
- łączna cena brutto grupy głowic prefabrykowanych oznaczona jako C_g ”,

z wagą: max. 65 pkt oraz „termin prób pomontażowych („P”) – rozumiany jako okres czasu wyrażony w godzinach „h” jaki musi upłynąć od momentu zakończenia montażu mufy, głowicy kablowej do momentu, w którym można rozpocząć próby pomontażowe:

- w grupie prefabrykowanych muf przelotowych oznaczony jako „ P_m ”,
- w grupie prefabrykowanych muf przejściowych, oznaczony jako „ P_p ”,
- w grupie głowic prefabrykowanych, oznaczony jako „ P_g ”,

$P=0,27P_m+0,18P_p+0,55P_g$ Uwaga: Minimalna jednostka charakteryzująca Termin prób pomontażowych „P” wynosi 0,1 godziny”, z wagą: max.35 pkt.

Zamawiający ujął ocenę ofert na podstawie tych kryteriów jako „I etap” oceny ofert, którego wyniki nie zostaną zakomunikowane wykonawcom na tym etapie. Kolejny „II etap” oceny został przewidziany jako wykonanie prezentacji montażu i wykonanie badań w zakresie prób pomontażowych, które zostaną przeprowadzone w Instytucie Energetyki. Zamawiający wskazał jednocześnie, że II etap oceny ofert będzie dotyczył tylko „ustalonej najkorzystniejszej oferty”, tj. tej oferty, która w ramach I etapu uzyska najwyższą liczbę punktów. Procedura powyższa zostanie powtórzona w przypadku, gdy pierwsza oferta poddana II etapowi oceny nie będzie spełniała wymagań (zostanie odrzucona).

W toku rozprawy zamawiający wyjaśnił, że w świetle przewidzianej ww. procedury oceny nie wszystkie oferty zostaną poddane badaniu w zakresie zgodności z siwz, o której

mowa w opisie II etapu oceny. Jednocześnie zamawiający wskazał, że po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. po zakończeniu II etapu oceny, poinformuje wykonawców o wyborze, o ewentualnym odrzuceniu ofert, które nie przeszły pozytywnie II etapu (prezentacji i prób pomontażowych), a w odniesieniu do pozostałych ofert (które nie były poddane II etapowi oceny) przekaże informacje o wysokości punktacji uzyskanej w ramach I etapu oceny.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, że procedura sprawdzająca, czy oferowane dostawy są zgodne z wymaganiami zamawiającego, opisana w SIWZ jako II etap oceny ofert, nie stanowi kryterium oceny ofert. Słuszne jest w tym przedmiocie stanowisko odwołującego, który stwierdził, że włączenie do zakresu kryteriów oceny ofert procedury sprawdzającej, czy oferowane dostawy spełniają wymagania zamawiającego nie ma charakteru różnicującego, ponieważ wszystkie oceniane oferty muszą spełniać te wymagania. Podkreślić należy, że wszystkie oferty poddane ocenie ofert, według ustalonych w SIWZ kryteriów, powinny zostać wcześniej zweryfikowane przez zamawiającego pod kątem spełnienia wymagań SIWZ, zgodnie z określoną procedurą, jeśli zamawiający przewidział taką procedurę w SIWZ. W przypadku bowiem stwierdzenia niezgodności treści oferty z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zamawiający ma obowiązek odrzucić taką ofertę. Poddanie ocenie takich ofert, co do których zamawiający zaniechał badania ich zgodności z treścią SIWZ stanowiłoby istotne naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wskazana przez zamawiającego procedura sprawdzająca, czy oferowane dostawy są zgodne z wymaganiami zamawiającego, określona jako II etap, która ma służyć badaniu ofert nie stanowi de facto kryterium oceny ofert, chociaż została umieszczona przez zamawiającego w rozdziale SIWZ, określającym opis kryteriów oceny ofert. Rzeczywistymi kryteriami oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu są tylko dwa kryteria opisane powyżej tj. cena i termin prób pomontażowych, którym zamawiający przypisał jasno określone znaczenie.

Nakazując zamawiającemu zmianę treści postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w niniejszym wyroku w taki sposób, aby czynność oceny ofert dokonywana według ustalonych w postępowaniu kryteriów oceny ofert stanowiła jeden etap – tj. etap ostatni w postępowaniu o udzielenie zamówienia - prowadzący do wyboru oferty najkorzystniejszej, a czynność badania złożonych w postępowaniu ofert poprzedzała etap oceny ofert, Izba miała na uwadze konieczność wyłączenia z czynności oceny ofert procedury określonej jako II etap oceny. Jeśli zatem zamawiający jest zdecydowany wykorzystać tę procedurę, to powinien ją przeprowadzić w ramach czynności badania ofert, a zatem przed dokonaniem oceny ofert według określonych w SIWZ kryteriów (cena, termin prób pomontażowych). Wobec stwierdzenia zatem, że prezentacja montażu i przeprowadzenie prób pomontażowych osprzętu kablowego nie stanowi kryterium oceny

ofert, Izba uznała za niezasadne zarzuty naruszenia art. 91 ust. 2 oraz art. 91 ust. 3 Pzp, poprzez wprowadzenie w SIWZ omawianych wymagań, jako kryterium oceny ofert. Wskazane przepisy dotyczą kryteriów oceny ofert, a zatem nie mają zastosowania do innych elementów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, w tym do czynności badania ofert.

Zaproponowana przez zamawiającego ww. procedura badawcza w Instytucie Energetyki ma na celu m.in. zweryfikowanie parametru stanowiącego kryterium oceny ofert w zadaniu nr 1, tj. termin prób pomontażowych. Próby zostaną rozpoczęte po czasie wskazanym przez wykonawcę w formularzu ofertowym od zakończenia montażu osprzętu na kablu. Ponieważ zamawiający wymaga podania ww. terminu oddzielnie dla każdej grupy osprzętu, tj. głowic, muf przelotowych, muf przejściowych, to również przeprowadzenie prób powinno nastąpić oddzielnie dla każdego rodzaju osprzętu, w tym również w przypadku, gdy kilka elementów, na przykład mufa przelotowa i głowice lub mufa przejściowa i głowice, mają być zainstalowane na tym samym odcinku kabla. W takiej sytuacji rozpoczęcie prób pomontażowych powinno dotyczyć w ocenie Izby ostatniego elementu, którego montaż został zakończony. Aby próby spełniły swoje zadanie (oczekiwania zamawiającego co do potwierdzenia określonych parametrów), procedury ich wykonania muszą być bardzo precyzyjnie opisane w SIWZ, w szczególności w taki sposób, aby wykonawcy nie mieli żadnych wątpliwości, co do tego, od którego momentu (po zakończeniu montażu) badania zostaną rozpoczęte w odniesieniu do każdego z badanych elementów. Wątpliwości budzi w tym zakresie fakt włączenia do czasu montażu – czynności posprzątania miejsca pracy. W ocenie Izby jest to element, który pozwala wykonawcy na przesunięcie momentu zakończenia montażu w ramach maksymalnego czasu montażu przewidzianego w SIWZ. Jak stwierdził sam zamawiający rozpoczęcie prób pomontażowych nastąpi po zakończeniu montażu, a zatem po posprzątaniu miejsca pracy. Powstaje zatem wątpliwość, czy czas który upłynie od rzeczywistego zakończenia montażu, jeśli wykonawca wykorzysta czas przyznany maksymalnie na montaż sprzątając miejsce pracy, do rozpoczęcia prób pomontażowych, nie zakłuci prawidłowego wyniku przeprowadzonych badań.

Jak wynika z przedstawionej analizy przewidziana przez zamawiającego procedura badania ofert nie zapewnia niebudzącej wątpliwości weryfikacji deklarowanego terminu badań pomontażowych, co z pewnością wymaga sprecyzowania i wyjaśnienia w celu zapewnienia w postępowaniu w tym zakresie uczciwej konkurencji.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia przepisu art. 25 ust. 1 Pzp, poprzez żądanie potwierdzenia spełnienia przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego w formie prezentacji produktu lub badań, które wykraczają poza zakres dowodów i oświadczeń niezbędnych do przeprowadzenia postępowania.

Przepis art. 25 ust. 1 Pzp uprawnia zamawiającego do żądania od wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wyłącznie oświadczeń lub

dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania zamawiającego, wykonawca zobowiązany jest, zgodnie ze wskazaniem zamawiającego, przedstawić stosowne oświadczenia lub dokumenty. Rodzaje i formy tych oświadczeń i dokumentów, określają przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. - Dz. U. Nr 226, poz. 1817 w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Dokumentami potwierdzającymi zgodność ze wskazanymi normami może być np. ocena techniczna niezależnego laboratorium lub deklaracja zgodności producenta. Przepis § 6 ust. 1 ww. rozporządzenia zawiera listę przykładowych jedynie oświadczeń i dokumentów (w tym również m.in. próbek produktów). Brzmienie ww. przepisu wskazuje jednoznacznie, że „zamawiający może żądać w szczególności” wymienionych w tym przepisie rodzajów dokumentów w celu potwierdzenia, że oferowane produkty (w przypadku dostawy) spełniają określone wymagania. Powyższe oznacza, że zamawiający może rozszerzyć katalog określony w tym przepisie o inne oświadczenia lub dokumenty, w tym także o prezentację produktu lub wykonanie dodatkowych badań na koszt zamawiającego, wówczas gdy badania takie standardowo nie są wykonywane dla danego typu produktu w ramach zgodności z obowiązującymi normami. W związku z powyższym przeprowadzenie prezentacji montażu osprzętu, który potem poddany będzie specjalistycznym badaniom, mieści się w katalogu dopuszczalnych oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego.

Zauważyć także należy, że zgodnie z art. 25 ust. 1 Pzp, punktem odniesienia dla oceny możliwości zażądania dokumentów, na potwierdzenie spełniania przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, jest kryterium ich niezbędności dla prowadzonego postępowania. W ustalonym stanie faktycznym zamawiający wykazał, że osprzęt stanowiący przedmiot zamówienia nie podlega ocenie technicznej w zakresie określonym przez zamawiającego do wykonania prób pomontażowych, zatem ocena techniczna Instytutu Energetyki, potwierdzająca zgodność z właściwymi normami, nie może zastąpić w pełni wyników badań wybranego osprzętu, przeprowadzonych w terminie określonym przez wykonawcę jako termin prób pomontażowych, po wykonaniu montażu w warunkach zbliżonych do rzeczywistych warunków użytkowania danego osprzętu. Powyższe przyznał również odwołujący po części podnosząc argumentację w ramach pierwszego zarzutu odwołania. Nie można zatem uznać, że wymagania zamawiającego w omawianym zakresie nie są niezbędne dla potwierdzenia zgodności oferowanego przez wykonawców przedmiotu zamówienia z wymaganiami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Potwierdził się także zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 Pzp, poprzez niezamieszczenie w SIWZ wszystkich informacji potrzebnych do oszacowania całkowitych kosztów związanych ze złożeniem oferty. Przepis powyższy nakazuje zamawiającemu dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. W przedmiotowym postępowaniu w postanowieniach Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zamawiający nie przewidział możliwości awarii badanego odcinka kabla z zamontowanym osprzętem - z przyczyn nieleżących po stronie wykonawcy. Opis przedmiotu zamówienia musi uwzględniać wszystkie okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, a zatem także możliwą do wystąpienia w trakcie wykonywania prób sytuację np. awarii kabla. Informacje odnośnie tego, czy w takim przypadku badania zostaną powtórzone, kto poniesie koszty ewentualnego powtórzenia badań, koszty oddelegowania pracowników wykonawcy do montażu w Instytucie Energetyki lub zlecenia wykonania tej instalacji osobom trzecim itp. ma istotne znaczenie dla wykonawców w celu prawidłowego przygotowania oferty. Brak takich informacji w SIWZ powoduje, że wykonawca nie jest w stanie na etapie składania oferty dokonać kalkulacji związanych z tym kosztów.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający wyjaśnił, że ewentualne ponowne badanie osprzętu wykonawcy z ww. przyczyn zostanie przeprowadzone na koszt zamawiającego, co zamawiający potwierdził również na rozprawie. Powyższa procedura wymaga określenia w SIWZ, z czym zgodził się zamawiający, potwierdzając, że wymagane informacje w tym zakresie są przygotowywane w ramach odpowiedzi na pytania wykonawców. W tych okolicznościach zarzut należało uwzględnić w oparciu o okoliczności przyznane przez zamawiającego.

W ocenie Izby potwierdził się zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 Pzp, poprzez dokonanie opisu wymagań dotyczących opakowań żywicy w sposób utrudniający części wykonawcom, w tym odwołującemu, złożenie oferty.

W punkcie 6.5 Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia (Załącznik nr 2 do Umowy nr DU/.../UZZ/95/2013) zamawiający opisał wymagania dotyczące opakowań żywicy w następujący sposób: „Wymaga się oryginalnego (producenta) opakowania zewnętrznego żywicy. Na opakowaniu zewnętrznym powinny być trwale naniesione w języku polskim lub angielskim metodą bezpośredniego nadruku poniższe informacje: (...)” Zamawiający wymaga zatem opakowania zewnętrznego żywicy w jeden tylko sposób, tj. z naniesieniem na opakowaniu określonych informacji „metodą bezpośredniego nadruku”.

Uwzględniając ten zarzut Izba wzięła pod uwagę, że zamawiający nie wykazał w toku postępowania, że sposób naniesienia na opakowaniu wymaganych informacji, poprzez przyklejenie przez producenta naklejki z wymaganymi informacjami ma istotne znaczenie

z punktu widzenia właściwości przedmiotu zamówienia, w szczególności przesądza lub może przesądzać o niezgodności przedmiotu zamówienia z wymaganiami zamawiającego. Zamawiający nie określony w SIWZ sposób opakowania żywicy, z podaniem informacji na opakowaniu metodą bezpośredniego nadruku, ma związek z realizacją celu założonego w ramach postępowania. W ocenie Izby, wyjaśnienia zamawiającego potwierdzają, że z punktu widzenia interesu zamawiającego jest istotne to, aby wymagane informacje były naniesione w sposób trwały, pochodzący od producenta oraz taki, aby użytkownicy mogli się z nimi zapoznać. Skoro zatem nie wszyscy producenci nanoszą wymagane opisy metodą bezpośredniego nadruku na opakowaniu (np. opakowania żywic zawartych w zestawach odwołującego zawierają wszystkie konieczne informacje na fabrycznie przyklejonej naklejce), czemu zamawiający nie zaprzeczał, to należy uznać, że wymaganie zawarte w pkt 6.5 Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia prowadzi do nieuzasadnionego potrzebami zamawiającego ograniczenia kręgu wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Zamawiający nie uprawdopodobnił nawet, że sytuacje przerobienia naklejki (sfalszowania informacji podawanej na opakowaniu przez producenta kiedykolwiek miały miejsce). Izba jednocześnie nie nakazała dopuszczenia „innej” formy opatrzenia opakowania wymaganymi informacjami, gdyż żadna ze stron nie wskazywała, że oprócz „nadruku na opakowaniu” bądź „naklejki” występują jakieś inne formy w zakresie umieszczenia informacji od producenta na opakowaniu żywicy.

Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 Pzp w odniesieniu do opisu kryteriów oceny ofert preferującego wykonawców oferujących osprzęt o mniejszej wytrzymałości na próby starzenia w stosunku do wymogów normatywnych jest niezasadny.

Jak stwierdzono powyżej, badania pomontażowe przewidziane przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu nie stanowią de facto kryterium oceny ofert lecz dotyczą zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami zamawiającego określonymi w SIWZ. Mają służyć potwierdzeniu podstawowych parametrów istotnych dla zamawiającego, w tym - terminu prób pomontażowych, który stanowi jedno z kryteriów oceny ofert. Jak wyjaśnił zamawiający, próby przewidziane w SIWZ dotyczą spełnienia wybranych wymogów normy PN-HD 629, które są istotne dla zamawiającego z punktu widzenia specyfiki działalności wykonywanej przez zamawiającego i w tym zakresie wymagania muszą być potwierdzone w warunkach zbliżonych do rzeczywistych warunków montażu osprzętu na liniach elektroenergetycznych (w tym próby 10 cykli grzewczych w powietrzu oraz wytrzymałości elektrycznej $2,5 U_0$ przez 15 min.). Z tego względu nie ma konieczności przeprowadzenia prób w pełnym zakresie, przewidzianym normą PN-HD 629. Podkreślić należy, że w pełnym zakresie badania takie muszą być wykonane dla danego typu osprzętu, czego potwierdzeniem jest atest techniczny, który wykonawcy muszą przedłożyć w ofercie.

W związku z powyższym, w ocenie Izby, zamawiający jest uprawniony do przeprowadzenia weryfikacji tylko niektórych parametrów osprzętu w ramach prób pomontażowych, tj. takich, które mają istotne znaczenie dla prawidłowego wykorzystania zamawianego osprzętu w prowadzonej przez zamawiającego działalności.

Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 Pzp, poprzez ograniczenie jawności postępowania w związku z brakiem możliwości udziału wykonawców w prezentacji montażu i przeprowadzeniem w Instytucie Energetyki prób pomontażowych osprzętu zaoferowanego przez pozostałych wykonawców. Zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest jedną z fundamentalnych zasad systemu zamówień publicznych. W przypadku żądania od wykonawców montażu osprzętu, którego parametry mają być przedmiotem oceny zgodności z SIWZ, zamawiający ma obowiązek umożliwić wgląd wszystkim zainteresowanym stronom w procedurę montażu, jak również w samą procedurę badań w Instytucie Energetyki oraz dokonać rejestracji tych czynności w sposób zapewniający ich jawność. Zauważyć należy, że zasada jawności postępowania może zostać ograniczona w postępowaniu nie tylko wprost, poprzez zawarcie w SIWZ postanowień, które taki udział wyłączają bądź ograniczają. Ograniczenie jawności może nastąpić również poprzez zaniechanie określenia w SIWZ zasad i procedur związanych z zagwarantowaniem prawa wykonawców do udziału w ww. czynnościach. Izba zważyła, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie zawarł w SIWZ żadnych regulacji dotyczących kwestii m.in. powiadomienia wykonawców o przeprowadzanych prezentacjach, zasadach udziału (ilości osób), sposobu rejestrowania przebiegu wykonanych czynności (protokół, nagranie itp.). Zamawiający przyznał na rozprawie, że w SIWZ brak jest ww. informacji. Zamawiający wyjaśnił, że wykonawcom zainteresowanym takim udziałem zostanie taka informacja przekazana. W toku rozprawy zamawiający stwierdził, że w związku z wyjaśnieniami do treści SIWZ, które są aktualnie przygotowywane w odpowiedzi na zapytania zgłoszone przez wykonawców, zostaną określone stosowne procedury w powyższym zakresie. Zamawiający zobowiązał się tym samym do wykonania czynności, oraz powiadomienia wykonawców w trybie art. 38 ust. 2 Pzp. Wobec powyższego Izba uznała za zbędne nakazywanie zamawiającemu wykonania ww. czynności.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 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. 2 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: