

**WYROK**  
**z dnia 8 sierpnia 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Ronikier-Dolańska**

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 sierpnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 lipca 2012 r. przez **JM – Tronik sp. z o.o. w Warszawie** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez **PKP Energetyka S.A. w Warszawie**

przy udziale uczestnika postępowania **Elmor S.A. w Gdańsku** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu:

- wykreślenie w części A w punkcie I.1.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „siwz”) sformułowania „o tym samym przeznaczeniu, nie gorszych parametrach technicznych i gabarytach zewnętrznych, pozostające w zgodności z dokumentacją projektową” i zastąpienie go precyzyjnym określeniem istotnych parametrów dla oceny równoważności oferowanych rozwiązań oraz sposobu oceny spełniania tych parametrów podczas oceny ofert oraz wykreślenie sformułowania „pod warunkiem uzyskania zgody Zamawiającego i Projektanta”,
- doprecyzowanie części A punkt I.1.5 g) poprzez wskazanie, iż jakiegokolwiek zmiany w zakresie dostawy niezgodne z dokumentacją projektową wymagają uzgodnienia w fazie realizacji umowy z zamawiającym i RWE Stoen Operator w części dotyczącej urządzeń koniecznych do uzgodnienia z dostawcą energii do stacji GSZ Olszynka Grochowska oraz wykreślenie obowiązku uzgadniania z projektantem;
- wykreślenie w części A punktu I.1.5 c) siwz;

- wykreślenie w części B w punkcie III.2 e) siwz oraz w sekcji III w punkcie III.2.3 b) ogłoszenia o zamówieniu wymagania, że „dostawy muszą być wykonane dla Zamawiających posiadających status operatorów sieci dystrybucyjnych”;
- wykreślenie w części B punktów III.2 h) oraz i) siwz, a także w sekcji III punktów III.2.3 c) oraz d) ogłoszenia o zamówieniu;
- wykreślenie w części B punktów X.7 i 8 siwz.

2. kosztami postępowania obciąża **PKP Energetyka S.A. w Warszawie** i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **JM – Tronik sp. z o.o. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od **PKP Energetyka S.A. w Warszawie** na rzecz **JM – Tronik sp. z o.o. w Warszawie** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

## **Uzasadnienie**

PKP Energetyka S.A. w Warszawie (zwana dalej „zamawiającym”), działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, prowadzi w trybie przetaru nieograniczonego postępowanie w celu zawarcia umowy na modernizację rozdzielni 110/15 kV GSZ Olszynka Grochowska - dostawa zabezpieczeń 110 kV, rozdzielnicy 15 kV, rozdzielnicy potrzeb własnych, regulatorów napięcia, rozłączników rezystorów uziemiających, urządzeń centralnej sygnalizacji zakłóceń.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie przepisu art. 11 ust. 8 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 10 lipca 2012 r. pod numerem 2012/S 130 – 216605. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej „siwz”) i ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono na stronie internetowej zamawiającego 11 lipca 2012 r.

W dniu 20 lipca 2012 r. JM – Tronik sp. z o.o. w Warszawie (dalej „odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie dotyczące treści siwz i ogłoszenia o zamówieniu.

Zamawiającemu zarzucono w odwołaniu naruszenie treścią obu dokumentów:

1. art. 7 ust. 1 w zw. art. 29 ustawy poprzez niejasne i nieprecyzyjne określenie przedmiotu zamówienia tj. poprzez:

- nieokreślenie parametrów minimalnych jakie muszą spełniać rozwiązania innych producentów - rozwiązania równoważne w stosunku do przewidzianych projektem oraz sposobu oceny spełniania tych parametrów podczas oceny ofert - część A siwz pkt I.1.4,
- uzależnienie możliwości zaoferowania rozwiązań równoważnych od uzyskania zgody zamawiającego i projektanta na proponowane rozwiązanie równoważne w stosunku do przewidzianych w projekcie - część A siwz pkt I.1.4, I.1.5 g),

- wymaganie zastosowania tego samego producenta automatyki zabezpieczeniowej 110 kV oraz 15 kV – część A siwz pkt I.1,5c),

2.art. 7 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 22 ust. 4 ustawy, poprzez sformułowanie opisu sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wykonawcy w sposób nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a także utrudniający uczciwą konkurencję, zarzut dot. wymagań określonych w części B siwz pkt III.2e) oraz sekcji III pkt III.2.3) b ogłoszenia,

3. art. 7 w zw. z art. 29 oraz art. 25 ust. 1 ustawy, poprzez sformułowanie wymagań do rozwiązań równoważnych zabezpieczeń i wyłączników zaoferowanych w stosunku do określonych przez Zamawiającego w sposób nadmierny i utrudniający uczciwą konkurencję, a ponadto naruszający zasadę równego traktowania wykonawców oraz konieczność udokumentowania instalacji i stosowania tych rozwiązań, zarzut dot. wymagań określonych w części B siwz pkt III.2 h) i i) oraz sekcji III pkt III.2.3) c i d ogłoszenia,

4. art. 45 ust. 6 ustawy, poprzez niezgodne z tym przepisem określenie form w których wadium może być wnoszone, zarzut dotyczy części B siwz pkt IV.1,

5.art. 46 ustawy, poprzez niezgodne z tym przepisem określenie terminów zwrotu wadium oraz przesłanek zatrzymania wadium, zarzut dotyczy części B siwz pkt IV.2, 3 i 4,

6.art. 89 ust. 1 Pzp, poprzez niedopuszczalne zmodyfikowanie przesłanek odrzucenia oferty, zarzut dotyczy części B siwz pkt X.5 a), b) i d),

7. art. 7 w zw. z art. 26 ust. 4 oraz 87 ust. 1 ustawy, poprzez arbitralne określenie terminu na składanie wyjaśnień oraz określenie formy i skutków składanych wyjaśnień w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, zarzut dotyczy części B siwz pkt X. 7 i 8.

oraz naruszenie innych przepisów wskazanych bądź wynikających z treści niniejszego odwołania.

Uwzględnwszy powyższe wniesiono o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu oraz siwz poprzez wprowadzenie następujących zmian:

- 1) Części A siwz pkt I.1.4 - wykreślenie sformułowania „o tym samym przeznaczeniu, nie gorszych parametrach technicznych i gabarytach zewnętrznych, pozostające w zgodności z dokumentacją projektową” i zastąpienie go precyzyjnym określeniem istotnych parametrów dla oceny równoważności oferowanych rozwiązań oraz sposobu oceny spełniania tych parametrów podczas oceny ofert,
- 2) Części A siwz pkt I.1.4, - wykreślenie sformułowania „pod warunkiem uzyskania zgody

Zamawiającego i Projektanta”, a w Cz. A SIWZ pkt I.1.4, I.1.5 g) - doprecyzowanie, iż uzyskanie zgód podmiotów tam wymienionych ma nastąpić na etapie realizacji zamówienia,

- 3) Części A siwz pkt I.1.5c) - wykreślenie tego postanowienia siwz,
- 4) Części B siwz pkt III.2e) oraz sekcji III pkt III.2.3) b ogłoszenia - zmianę brzmienia przedmiotowego postanowienia i zastąpienie treści „wykazu 3-ech dostaw rozdzielnic SN o napięciu znamionowym powyżej 10 kV o łącznej ilości 100 pól SN z trzech dostaw do rozdzielni pracujących na obiektach WN/SN Dostawy muszą być zrealizowane przez Dostawcę w ciągu ostatnich trzech lat, licząc od dnia terminu składania ofert. Dostawy muszą być wykonane dla Zamawiających posiadających status operatorów sieci dystrybucyjnych. Do wykazu należy dołączyć dokumenty wystawione przez Zamawiającego potwierdzające należyte wykonanie dostawy” treścią „wykazu 2-óch dostaw rozdzielnic SN o napięciu znamionowym powyżej 10 kV o łącznej ilości 60 pól SN z dwóch dostaw do rozdzielni pracujących na obiektach WN/SN. Dostawy muszą być zrealizowane przez Dostawcę w ciągu ostatnich trzech lat, licząc od dnia terminu składania ofert. Do wykazu należy dołączyć dokumenty potwierdzające należyte wykonanie dostawy”,
- 5) Części B siwz pkt III.2 h) oraz i), a także sekcji III pkt III.2.3) c i d ogłoszenia - wykreślenie przedmiotowych postanowień alternatywnie z ostrożności ich zmianę i zastąpienie treści „w przypadku złożenia oferty na innych typach wyłączników niż wskazane w SIWZ. do Oferty należy dołączyć dokument wystawiony przez Zamawiającego będącego operatorem sieci dystrybucyjnej, polecający i potwierdzający stosowanie przez tego Zamawiającego min. 100 wyłączników zainstalowanych w rozdzielniach pracujących na obiektach WN/SN oraz poprawne działanie tych wyłączników w okresie 5-letniej eksploatacji” treścią „w przypadku złożenia oferty na innych typach wyłączników niż wskazane w SIWZ. Do Oferty należy dołączyć wykaz dostaw min. 50 wyłączników Dostawy muszą być zrealizowane przez Dostawcę w ciągu ostatnich trzech lat, licząc od dnia terminu składania ofert. Do wykazu należy dołączyć dokumenty potwierdzające należyte wykonanie dostawy” oraz treści „w przypadku złożenia oferty na innych typach zabezpieczeń 110 kV oraz 15 kV niż wskazane w SIWZ. do Oferty należy dołączyć dokument wystawiony przez Zamawiającego będącego operatorem sieci dystrybucyjnej, polecający i potwierdzający stosowanie przez tego Zamawiającego min. 30 zabezpieczeń WN i 100 zabezpieczeń SN zainstalowanych w rozdzielniach pracujących na obiektach WN/SN oraz poprawne działanie tych zabezpieczeń w okresie 5-letniej eksploatacji” treścią „w przypadku złożenia oferty na innych typach zabezpieczeń 110 kV oraz 15 kV niż wskazane w SIWZ. do Oferty należy dołączyć wykaz dostaw min. 5 zabezpieczeń WN i 50

zabezpieczeń SN zainstalowanych w rozdzielniach pracujących na obiektach WN/SN Dostawy muszą być zrealizowane przez Dostawcę w ciągu ostatnich trzech lat, licząc od dnia terminu składania ofert. Do wykazu należy dołączyć dokumenty potwierdzające należyte wykonanie dostawy,”

- 6) Części B siwz pkt IV.1 - określenie form wnoszenia wadium zgodnych z art. 45 ust. 6 ustawy,
- 7) Części B siwz pkt IV.2, 3 i 4 - określenie terminów zwrotu wadium oraz przesłanek zatrzymania wadium zgodnie z art. 46 ustawy,
- 8) Części B siwz pkt X.5 a), b) i d) - wykreślenie przesłanek odrzucenia oferty niezgodnych z art. 89 ust. 1 ustawy,
- 9) Części B siwz pkt X.7 i 8 - wykreślenie tych postanowień.

#### **I. Zarzuty dotyczące opisu przedmiotu zamówienia.**

Stosownie do treści art. 7 ust. 1 w zw. art. 29 ustawy zamawiający zobowiązany jest do jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia w sposób wykluczający utrudnienie uczciwej konkurencji. Tymczasem warunki siwz wskazują wyraźnie na zaniechanie wykonania powyższego obowiązku przez zamawiającego. W szczególności w części A siwz pkt I.1.4, poprzez niejasne i nieprecyzyjne określenie przedmiotu zamówienia tj. poprzez nieokreślenie parametrów minimalnych jakie muszą spełniać rozwiązania innych producentów - rozwiązania równoważne w stosunku do przewidzianych projektem oraz sposobu oceny spełniania tych parametrów podczas oceny ofert, w części A siwz pkt I.1.4. oraz pkt I.1.5 g) poprzez uzależnienie możliwości zaoferowania rozwiązań równoważnych od uzyskania zgody zamawiającego i projektanta na proponowane rozwiązanie równoważne w stosunku do przewidzianych w projekcie, części A siwz pkt I.1.5 c) poprzez wymaganie zastosowania tego samego producenta automatyki zabezpieczeniowej 110 kV oraz 15 kV.

1. Zamawiający w siwz odnośnie możliwości zaproponowania rozwiązań równoważnych wskazał, że „Dopuszcza się rozwiązania innych producentów niż przedstawione w SIWZ oraz projektach wykonawczych o tym samym przeznaczeniu, nie gorszych parametrach technicznych i gabarytach zewnętrznych, pozostające w zgodności z dokumentacją projektora, pod warunkiem uzyskania zgody Zamawiającego i Projektanta”. Jednocześnie w dokumentacji projektowej określił za pomocą znaków towarowych następujące urządzenia: (rozdzielnica SN typu D17P prod. Elektrobudowa; Zabezpieczenia WN typu UTXvD i UTXvTR2 Produkcji Computer&Controls; Zabezpieczenia SN typu UTXvL i UTXvSZR Produkcji Computer&Control; Regulatory napięcia typu UTXvRNT Produkcji

Computer&Control; Centralna sygnalizacja zakłóceń CSS4E Produkcji Computer&Control Zabezpieczenia WN typu ODR-2W prod. ZEG - ENERGETYKA; Wyłączniki próżniowe SN typu VD4 prod ABB). Zdaniem odwołującego zgodnie z art. 29 ust. 3 ustawy użycie w opisie przedmiotu zamówienia znaków towarowych, patentów lub pochodzenia jest dopuszczalne tylko w przypadku gdy przy spełnieniu innych przesłanek użyciu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”. Opis przedmiotu zamówienia powinien być jednoznaczny i wyczerpujący, uwzględniać wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, nie utrudniając przy tym uczciwej konkurencji. Utrwalone orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (dalej zwanej „KIO”) potwierdza, iż obok użycia słów „lub równoważny” Zamawiający ma obowiązek określić granice oczekiwanej równoważności, aby w konsekwencji móc ocenić ofertę oraz aby wykonawcy mieli pełną jasność co do oczekiwań zamawiającego w zakresie właściwości i istotnych cech przedmiotu zamówienia (tak m.in. KIO w wyroku z 17 września 2009 r. o sygn. akt KIO/UZP 436/09 oraz z 25 sierpnia 2010 r. o sygn. akt KIO/UZP 1733/10). Zatem to na zamawiającym ciąży obowiązek określenia istotnych cech, parametrów lub funkcjonalności, których spełnienie pozwoli na uznanie oferowanego produktu za równoważny do produktu wskazanego w siwz. „Zakres opisu równoważności wyznacza (...) zestaw niezbędnych właściwości, cech fizycznych oraz funkcjonalności urządzeń, które z punktu widzenia zamawiającego w konkretnych okolicznościach są znaczące” (tak KIO w wyroku z 21 września 2010, sygn. akt KIO/UZP 1954/10). Dopuszczeniu składania ofert równoważnych musi towarzyszyć precyzyjne określenie minimalnych/granicznych parametrów technicznych i wymogów jakościowych dotyczących ofert równoważnych. Wskazanie wszystkich parametrów opisanych w karcie katalogowej bez podania które z nich są istotne jest naruszeniem ustawy (tak m.in. wyrok KIO o sygn. akt KIO 565/09). Tym samym odwołujący stwierdził, iż nie dopuszczalne, jako zbyt ogólne i wprowadzające pozorną równoważność, jest określenie rozwiązań równoważnych zastosowane przez zamawiającego w siwz i wymaganie, aby były to produkty „o tym samym przeznaczeniu, nie gorszych parametrach technicznych i gabarytach zewnętrznych, pozostające w zgodności z dokumentacją projektową”. Wprowadzenie pozornej równoważności, przy jednoczesnym preferowaniu produktu jednego producenta, narusza w opinii odwołującego ustawę. Wszystkie parametry decydujące o równoważności produktów, a tym samym mające bezpośredni wpływ na sporządzenie oferty, wykonawca powinien poznać na podstawie treści siwz. Parametry powinny być zatem określone w sposób zamknięty, a nie jak ma to miejsce w niniejszym przypadku w sposób otwarty. Powinny one zostać skonkretyzowane poprzez wskazanie konkretnych wymaganych wartości poszczególnych parametrów, funkcjonalności, które są istotne z punktu widzenia zamawiającego. Odwołujący przywołał wyrok KIO z 26 stycznia 2010r., sygn. akt KIO/UZP 1733/09, stwierdzający, że „oferta równoważna to taka, która przedstawia przedmiot

zamówienia o właściwościach funkcjonalnych i jakościowych takich samych lub zbliżonych do tych, które zostały zamieszczone w SIWZ, lecz oznaczonych innym znakiem towarowym, patentem lub pochodzeniem. Istotne jest przy tym to, że produkt równoważny to nie produkt, który jest identyczny, tożsamy z produktem referencyjnym, ale posiada pewne, istotne dla Zamawiającego, zbliżone do produktu referencyjnego cechy i parametry, które powinny zostać określone w SIWZ". Stąd też odwołujący wniósł o sprecyzowanie parametrów, funkcjonalności czy też innych okoliczności świadczących o równoważności oferowanego produktu, przy jednoczesnym zastrzeżeniu, iż sprecyzowanie powinno być zobiektywizowane i odzwierciedlające faktyczne wymagania zamawiającego, co do przedmiotu zamówienia.

2. Zamawiający określając dopuszczalność rozwiązań równoważnych uzależnił możliwość ich zastosowania od zgody swojej i projektanta. Zamawiający nie określił etapu postępowania, na jakim przedmiotowe zgody mają być uzyskiwane i w jaki sposób w związku z tym będzie oceniana oferta. Zgodnie z art. 29 i art. 30 ustawy, to zamawiający jest podmiotem, który ma prawo i obowiązek ocenienia, czy dane rozwiązania przedstawione przez wykonawcę, są rozwiązaniami równoważnymi. Jako, że przepisy ustawy stanowią *ius cogens* w zakresie w jakim nakładają obowiązki na strony umowy, niemożliwa jest ich rozszerzająca interpretacja. Zatem, niezgodna z bezwzględnie obowiązującymi przepisami, jest sytuacja, w której podmiotem uprawnionym do kontroli rozwiązań równoważnych proponowanych w ofertach jest projektant, jako osoba trzecia. Faktem jest, iż projektant posiada obowiązek pełnienia nadzoru autorskiego, lecz obowiązek ten wykonywany jest w trakcie realizacji zamówienia, a nie na etapie składania ofert. Ponadto dopuszczalność zaoferowania produktów równoważnych nie powinna być uzależniona od arbitralnej zgody projektanta, zwłaszcza, że siwz nie określa precyzyjnie kryteriów, jakimi będzie kierował się projektant udzielając zgody (bądź jej odmawiając) na zastosowanie rozwiązań równoważnych, w niniejszym przypadku projektant jest jednocześnie producentem urządzeń wskazanych w dokumentacji, tj. rozdzielnicy oraz najprawdopodobniej wykonawcą zainteresowanym udziałem w postępowaniu, co może wskazywać na naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. W opinii odwołującego ocena, czy zaoferowane rozwiązania są równoważne w stosunku do ujętych w projektach, powinna nastąpić wyłącznie na etapie badania i oceny ofert poprzez porównanie dokumentów złożonych przez wykonawcę wraz z ofertą na potwierdzenie równoważności z parametrami wskazanymi w siwz, oraz być dokonana tylko i wyłącznie przez zamawiającego. Opinia ta znajduje zdaniem odwołującego poparcie również w orzecznictwie KIO (wyrok z 28 marca 2011 r. o sygn. akt KIO 545/11), w którym wskazano, że „Pogwałceniem zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wprowadzenie do postępowania poza Zamawiającym i wykonawcami

nowego podmiotu - projektanta, który dokonuje oceny równoważności zaoferowanego przedmiotu zamówienia, całkowicie samodzielnie i według bliżej nieokreślonych zasad i ściśle określonych parametrów. Stanowisku projektanta w tej sprawie Zamawiający nadaje rolę decydującą. To projektant decyduje którą ofertę uznać za spełniającą wymogi równoważności wg tylko sobie wiadomych zasad, a brak uzgodnienia z projektantem powoduje jak w przypadku ofert o nr. 2:3:5: ich odrzucenie, bez merytorycznej ich oceny przez Zamawiającego, co stanowi kolejne pogwałcenie podstawowych zasad prawa zamówień publicznych. Każda złożona oferta musi być oceniona przez Zamawiającego. Zakres tej oceny w zależności od stwierdzonych wstępnie uchybień może być różny, ale musi to być decyzja Zamawiającego .a nie może to być powielenie stanowiska podmiotu nie przewidzianego przez prawo zamówień publicznych - projektanta.” Dlatego też zdaniem odwołującego konieczne jest wykreślenie sformułowania „pod warunkiem uzyskania zgody Zamawiającego i Projektanta”, a w części A siwz w pkt. I.1.5 doprecyzowanie poprzez wskazanie, iż konieczność uzyskania zgód tych podmiotów wystąpi podczas realizacji przedmiotu zamówienia.

3.Odnośnie wymagania zamawiającego dotyczącego konieczności zaoferowania produktów tego samego producenta automatyki zabezpieczeniowej 110 kV oraz 15 kV, odwołujący wskazał, iż nie ma żadnego racjonalnego powodu uzasadniającego tego typu wymaganie. Wymóg ten znacząco utrudnia uczciwą konkurencję, z tego względu, że na rynku występują firmy specjalizujące się w produkcji tylko zabezpieczeń 110 kV lub tylko zabezpieczeń 15 kV, a urządzenia te odpowiadają wymaganiom technicznym urządzeń przywołanych w projekcie zamawiającego i są stosowane w większości strategicznych obiektów elektroenergetycznych. Taka kompatybilność nie wpływa na ich funkcjonalność czy też bezawaryjność systemu, co potwierdza stosowanie zabezpieczeń różnych producentów np. przez RWE Stoen w Warszawie. Nie wpływa to w żaden sposób na pracę całej stacji WN/SN. Odwołujący zauważył także, iż treść tego punktu jest sprzeczna z dokumentacją projektową, w której w części dotyczącej rozdzielni 110kV zaprojektowane są zabezpieczenia 110kV firmy C&C oraz zabezpieczenia 110kV firmy ZEG Energetyka, co dowodzi, iż na podstawie projektu dopuszczalne jest zastosowanie zabezpieczeń dwóch różnych producentów. Zatem przedmiotowy wymóg może utrudniać uczciwą konkurencją oraz równe traktowanie wykonawców.

## **II. Zarzut dotyczący opisu sposobu oceny warunku wiedzy i doświadczenia.**

Zgodnie z częścią B siwz pkt III.2e) oraz sekcji III pkt III.2.3) b ogłoszenia zamawiający żąda od wykonawcy przedłożenia „wykazu 3-ech dostaw rozdzielnic SN o napięciu znamionowym

powyżej 10 kV o łącznej ilości 100 pól SN z trzech dostaw do rozdzielni pracujących na obiektach WN/SN. Dostawy muszą być zrealizowane przez Dostawcę w ciągu ostatnich trzech lat, licząc od dnia terminu składania ofert. Dostawy muszą być wykonane dla Zamawiających posiadających status operatorów sieci dystrybucyjnych. Do wykazu należy dołączyć dokumenty wystawione przez Zamawiającego potwierdzające należyte wykonanie dostawy". Dokonany przez zamawiającego opis sposobu oceny spełniania warunku wiedzy i doświadczenia jest zdaniem odwołującego nadmierny i nieproporcjonalny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odwołujący nie zakwestionował uprawnień zamawiającego do sformułowania opisu sposobu oceny spełniania warunków, jednakże w jego opinii dokonany opis znacząco wykracza poza dopuszczalne prawem granice. Po pierwsze faktycznie doświadczenie wykonawcy nie może być „incydentalne” tzn. jednorazowe, jednakże w opinii odwołującego konieczność wykazania się wykonaniem trzech dostaw jest wymaganiem nadmiernym. Przyjmuje się, że niezbędne doświadczenie wykonawcy należy rozumieć jako potwierdzone w praktyce posiadanie umiejętności w zakresie wykonywania zamówień określonego rodzaju. W wyroku z 19 maja 2008 r. Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt: KIO/UZP 428/08) stwierdzono, że doświadczenie wykonawcy ma polegać na świadczeniu usług/dostaw odpowiadających swoim rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia. Z kolei pod pojęciem „usługi/dostawy odpowiadające” należy rozumieć ścisłe związanie z przedmiotem zamówienia, którego granice nie powinny być przekroczone przy formułowaniu warunków dopuszczenia do udziału w postępowaniu. W omawianym orzeczeniu podkreślono również, że „proporcjonalność, czy adekwatność warunku musi odnosić się do przedmiotu zamówienia i przekroczenie granic tego przedmiotu należy uznać za wygórowane wymaganie, nie znajdujące uzasadnienia potrzebami zamawiającego. Warunek nie może być postawiony w taki sposób, aby w oderwaniu od przedmiotu zamówienia stanowił barierę dostępu do postępowania”. Zatem naruszeniem przepisów ustawy jest sytuacja, w której zamawiający żąda od wykonawców legitymowania się większym doświadczeniem, niż wynikałoby to z parametrów przedmiotu zamówienia. Doświadczenie wykonawcy więc ma polegać na świadczeniu usług odpowiadających swoim rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia. Odwołujący podkreślił, iż jest podmiotem zdolnym do realizacji zamówienia i posiadającym stosowną wiedzę i doświadczenie jeżeli uchylone zostaną postanowienia siwz dyskryminujące go. W wyroku KIO z 24 września 2010 r. (sygn. akt KIO 1947/10) zauważono, iż „opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie może wykraczać poza cel jakemu służy i do jakiego został powołany w niniejszym postępowaniu, a który sprowadza się do wyłonienia rzetelnego oraz wiarygodnego wykonawcy zdolnego wykonać zamówienie”.

Ponadto zamawiający wymaga, aby wykazywane dostawy zostały wykonane na rzecz

pewnego ściśle oznaczonego kręgu podmiotów tj. „wykonane dla Zamawiających posiadających status operatorów sieci dystrybucyjnych”. Takie sformułowanie dyskryminuje zdaniem odwołującego, zarówno wykonawców, którzy wykonywali dostawy na terenie RP na rzecz innego typu podmiotów, jak również wykonawców zagranicznych, którzy dostarczali swoje urządzenia do zakładów sektora elektroenergetycznego, poza granicami Polski, gdzie nie stosuje się statusu operatora sieci dystrybucyjnej, a także wykonawców krajowych, którzy dostarczali swoje urządzenia do strategicznych obiektów elektroenergetycznych, ale np. poza granicami kraju, dla podmiotów nie posiadających statusu „operatorów sieci dystrybucyjnej”. Odwołujący stał na stanowisku, że ograniczenie dokonane przez zamawiającego i zawężające możliwość wykazania się realizacją dostaw na rzecz jednego tylko typu podmiotów, nie znajduje żadnego uzasadnienia merytorycznego, gdyż dostawa zamawianych urządzeń nie wykazuje zasadniczej specyfiki w zależności od odbiorcy. Urządzenia, których dostawa jest przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia, stosuje się na większości strategicznych obiektów elektroenergetycznych (np. zakłady górnicze (praca na powierzchni i pod ziemią), elektrownie, elektrociepłownie, zakłady chemiczne, trakcja miejska - tramwaje, metro i wiele innych). Zakłady te są strategicznymi obiektami elektroenergetycznymi, a nie posiadają statusu operatora sieci dystrybucyjnej, tym samym nie można dostaw na ich rzecz wykazać w ramach przedmiotowego postępowania jako potwierdzenie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia. Dlatego odwołujący wyraził pogląd, iż takie ograniczenie narusza podstawowe zasady ustawy i w sposób niedopuszczalny dyskryminuje wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.

Na marginesie zauważono w odwołaniu, iż w polskim systemie energetycznym nie jest znane sformułowanie „operator sieci dystrybucyjnej” - tym samym wykonawcom może być trudno zweryfikować podmioty dostawy, na rzecz których mogliby wykazać jako referencyjne w niniejszym postępowaniu. System energetyczny operuje pojęciem „operator systemu dystrybucyjnego”, którym jest przedsiębiorstwo energetyczne, którego podstawowa działalność polega na dystrybucji energii elektrycznej, odpowiedzialności za ruch sieciowy w systemie dystrybucyjnym elektroenergetycznym oraz za bieżące i długookresowe bezpieczeństwo funkcjonowania systemu, w tym za eksploatację, konserwację, remonty oraz niezbędny rozwój sieci dystrybucyjnej i połączeń z innymi systemami elektroenergetycznymi.

Z przywołanej powyżej argumentacji oraz orzecznictwa w opinii odwołującego wynika, iż warunki udziału w postępowaniu powinny być tak sformułowane, aby wykonawca wybrany na ich podstawie dawał rękojmię należytego wykonania umowy. Odwołujący stwierdził, iż konkretyzując wymagania w stosunku do wiedzy i doświadczenia wykonawcy zamawiający w sposób nieuprawniony ograniczył wykonawcom, którzy są zdolni do realizacji tego

zamówienia, dostęp do postępowania, co nie zasługuje na ochronę. Jednocześnie odwołujący podniósł także, iż zamawiający w sposób niezgodny z § 1.1.3) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane doprecyzowuje podmiot wystawiający dokument potwierdzający, że dostawy zostały wykonane należycie, podczas gdy doktryna i orzecznictwo zgodnie wskazują, że podmiotem wystawiającym taki dokument może być także inny podmiot dysponujący wiedzą na temat zrealizowanych dostaw (por. wyrok z 29 września 2010 r. o sygn. akt KIO/UZP 1967/10; KIO/UZP 1980/10 np. żaden z przepisów ustawy nie wymaga, aby referencja była wystawiona wyłącznie przez zamawiającego danej usługi [dostawy]. Nie ma przeszkód, by dokument taki wystawił wykonawca dla swego podwykonawcy).

### **III. Zarzut dotyczący sformułowania obowiązku dokumentacyjnego w zakresie zastosowania rozwiązań równoważnych.**

W części A siwz pkt 1.1.5 e) i f) zamawiający dopuścił zastosowanie wyłączników typu VD-4, SION oraz HVX, oraz zabezpieczeń typu UTXv. Natomiast w przypadku zaoferowana wyłączników i zabezpieczeń innego typu zobowiązał wykonawców do przedstawienia dokumentów „do Oferty należy dołączyć dokument wystawiony przez Zamawiającego będącego operatorem sieci dystrybucyjnej, polecający i potwierdzający stosowanie przez tego Zamawiającego min. 100 wyłączników zainstalowanych w rozdzielniach pracujących na obiektach WN/SN oraz poprawne działanie tych wyłączników w okresie 5-letniej eksploatacji” oraz „do Oferty należy dołączyć dokument wystawiony przez Zamawiającego będącego operatorem sieci dystrybucyjnej, polecający i potwierdzający stosowanie przez tego Zamawiającego min. 30 zabezpieczeń WN i 100 zabezpieczeń SN zainstalowanych w rozdzielniach pracujących na obiektach WN/SN oraz poprawne działanie tych zabezpieczeń w okresie 5-letniej eksploatacji”. Zamawiający formułując w ten sposób wymaganie dokumentacyjne naruszył zdaniem odwołującego zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, gdyż możliwość zastosowania innych rozwiązań, wobec nałożonego na wykonawcę będącego dostawcą, obowiązku dokumentacyjnego jest iluzoryczna. Wykonawca nie musi być producentem dostarczanych urządzeń, w związku z tym może nie posiadać wiedzy, a tym bardziej dokumentów potwierdzających poprawne działanie wyłączników lub zabezpieczeń w okresie 5 - letniej eksploatacji. Jednocześnie w stosunku do określonych znakami towarowymi wyłączników i zabezpieczeń zamawiający nie wymaga przedstawienia dokumentów potwierdzających ich poprawne działanie w okresie 5-letniej eksploatacji. Ponadto wykonawca będący dostawcą zazwyczaj obejmuje gwarancją i rękojmią dostarczane towary na okres nie dłuższy niż 3 lata, a w związku z tym nie ma

możliwości monitorowania działania ich w okresie dłuższym. W tym aspekcie zwrócono uwagę, iż urządzenia te posiadają stosowne badanie i certyfikaty wymagane prawem, wydane przez jednostkę posiadającą odpowiednie uprawnienia do wydawania takich certyfikatów - np. Instytut Elektrotechniki w Warszawie. W opinii odwołującego to te dokumenty zamawiający powinien brać pod uwagę w przypadku oceniania, czy ma do czynienia z produktami równoważnymi. Ponadto zamawiający określając termin 5- letni nie dopuszcza do złożenia ofert wykonawców oferujących urządzenia bardziej nowatorskie, czy też będące w eksploatacji przez okres krótszy (aczkolwiek niebędące prototypami). Dlatego też odwołujący wniósł o wykreślenie tych wymagań z siwz. Z ostrożności alternatywnie wniósł o zmianę postanowień siwz w tym zakresie poprzez zmniejszenie ilości zabezpieczeń i wyłączników do ilości wskazanych w *petitum* odwołania. Są to ilości skorelowane z opisem przedmiotu zamówienia oraz określone proporcjonalnie do niego, potwierdzające jednocześnie okoliczności wymagane przez zamawiającego.

Do tego zarzutu odnosi się również i pozostaje aktualna argumentacja przedstawiona w pkt. II uzasadnienia dotycząca operatorów sieci dystrybucyjnej oraz podmiotu wystawiającego dokument.

#### IV. Zarzuty dotyczące wadium.

Odwołujący argumentował, iż zamawiający tzw. sektorowy zgodnie z dyspozycją art. 138c ust. 1 pkt 3 ustawy może odstąpić od żądania wadium, jednakże zasadą potwierdzoną orzecznictwem jest, że w przypadku rezygnacji z tego przywileju musi on przestrzegać w tym zakresie wszystkich przepisów ustawy Pzp dot. wadium (tak m.in. wyrok KIO z 8 lutego 2011 r. o sygn. akt KIO 152/11; KIO 158/11). Za ograniczające uprawnienia wykonawcy należy zatem zdaniem odwołującego uznać w świetle art. 46 ust. 1 ustawy postanowienie, wskazujące, że np. zamawiający zwróci wadium wykonawcy, którego oferta została uznana za nieważną, a nie skorzystał on z prawa do wniesienia odwołania dopiero po upływie terminu odwołania. Takie ukształtowanie postanowień siwz może narazić wykonawców na nieuzasadnione koszty np. związane z dłuższym terminem obowiązywania gwarancji bankowej. Także postanowienie określające tylko cztery formy, w których można wnieść wadium (w tym nieprzewidzianą w ustawie możliwość wniesienia wadium w wekslu z poręczeniem wekslowym banku), a brak wskazania jako takiej formy poręczeń bankowych lub poręczeń spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej oraz poręczeń udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o

utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz. U. z 2007 r. Nr 42, poz. 275, z 2008 r. Nr 116, poz. 730 i 732 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2010 r. Nr 96, poz. 620) może uniemożliwić wykonawcom wniesienie wadium lub wniesienie wadium może na skutek sformułowań w siwz uznane zostać za nieskuteczne. Powyższa sytuacja może odnosić się również do wskazania w siwz przesłanek zatrzymania wadium. Tym bardziej, że czynność wniesienia wadium nie podlega konwalidacji, nie można bowiem dokonać jego wpłaty po upływie wskazanego terminu (składania ofert), jak również nie można uzupełnić dokumentu, potwierdzającego wniesienie wadium, jeśli wadium wnoszone jest w innej formie niż pieniężna a z treści gwarancji powinno wynikać konkretne i jednoznaczne określenie warunków, w których beneficjent gwarancji tzn. zamawiający może wystąpić z żądaniem do gwaranta. To konkretne i jednoznaczne oznaczenie warunków powinno określać sytuacje wskazane w ustawie oraz definiować wykonawcę, o którym jest mowa w art. 46 ust. 4a i 5 Pzp (powołuje wyrok KIO z 30 sierpnia 2011 r. o sygn. akt KIO 1779/11).

#### **V. Zarzut dotyczący przesłanek odrzucenia oferty.**

Zarzut ten odwołujący podniósł z ostrożności, bowiem normy wyrażone w art. 89 ust. 1 ustawy tworzą zbiór przesłanek odrzucenia oferty, który jest katalogiem zamkniętym. Zamawiający dokonując badania i oceny ofert zobowiązany jest do dokonywania oceny oferty zgodnie z obowiązującymi przepisami. Niemniej jednak, postanowienia siwz wskazują na szerszy niż przewidziany przez ustawę katalog przesłanek powodujący odrzucenie oferty, w związku z tym w celu uniknięcia ewentualnych zagrożeń z tym związanych na etapie oceny ofert konieczne jest złożenie odwołania również w tym zakresie. Zamawiający w siwz zawarł następujące postanowienie „Formalną przyczyną nieważności oferty, powodującą jej odrzucenie, będzie wystąpienie choćby jednego z poniższych uchybień:

- a) brak któregośkolwiek z wymaganych dokumentów lub przedłożenie dokumentu nieważnego (wadliwego), [tak samo w Cz. B SIWZ pkt I ostatnie zdanie],
- b) brak wymaganych podpisów upoważnionej osoby (osób) na wszystkich stronach dokumentacji ofertowej,
- c) (...)
- d) nieczytelność dokumentów tworzących ofertę, przeróbki i nie autoryzowane skreślenia w tekście dokumentacji ofertowej”.

W opinii odwołującego tak arbitralne określenie podstaw do odrzucenia oferty jest niedopuszczalne w świetle ustawy i przepisów wykonawczych do niej przewidujących inne procedury w przypadku zaistnienia powyższych okoliczności. Niezłożenie dokumentów lub przedłożenie wadliwych dokumentów o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp skutkuje obowiązkiem zamawiającego do wezwania wykonawcy do uzupełnienia tych dokumentów w

oparcia o art. 26 ust. 3 ustawy. W przypadku nieczytelności dokumentu lub wątpliwości co do jego prawdziwości zamawiający może żądać przedstawienia oryginału tego dokumentu na podstawie § 6 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Również brak podpisu na wszystkich stronach dokumentacji ofertowej nie stanowi, jako uchybienie formalne, podstawy do odrzucenia oferty. Powyższą tezę potwierdza również orzecznictwo m.in. KIO w wyroku 29 września 2011 r. o sygn. akt KIO 1998/11 „Ewentualne odrzucenie oferty z powodu braku czytelnego podpisu pod jednym z elementów załącznika, stałoby w oczywistej sprzeczności z celem ustawy Prawo zamówień publicznych - efektywnym i racjonalnym wydatkowaniem środków publicznych”.

#### **VI. Zarzut dot. określenia terminu na składanie wyjaśnień oraz skutków niezłożenia wyjaśnień.**

Na podstawie części B pkt X. 7 i 8 zamawiający wymaga, aby wszelkie żądane przez komisję wyjaśnienia powinny być dostarczone komisji w formie pisemnej, w ciągu 2 dni. Przekroczenie tego terminu jest równoznaczne z odmową udzielenia wyjaśnień. Natomiast odmowa udzielenia wyjaśnień przez wykonawcę powoduje odstąpienie od rozpatrywania złożonej przez niego oferty, co jest równoznaczne z jej odrzuceniem. W opinii odwołującego, tak arbitralne określenie terminu 2 dni przy ograniczeniu wymaganej formy porozumiewania się do formy pisemnej w znaczący sposób ogranicza zasadę równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji. W takim przypadku uprzywilejowani będą wykonawcy posiadający siedziby w nieznacznej odległości od siedziby zamawiającego, a praktycznie skazani na niemożliwość spełnienia tego wymagania będą wykonawcy posiadający siedziby np. poza granicami RP. Jednocześnie dodał odwołujący, że termin wyznaczany przez zamawiającego na złożenie wyjaśnień powinien uwzględniać złożoność żądanych wyjaśnień oraz ilość żądanych informacji. Ponadto każdorazowo zamawiający, oceniając ofertę, zobowiązany jest do wzięcia pod uwagę wszystkich informacji wpływających na tę ocenę i od tego uzależnione jest odrzucenie oferty lub też nie, a nie od arbitralnego założenia, iż niezłożenie każdych wyjaśnień skutkować będzie odrzuceniem oferty. Takich postanowień siwz zdaniem odwołującego nie sposób pogodzić z podstawowymi zasadami ustawy jakimi są zasada uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Zamawiający 23 lipca 2012 r. przekazał wykonawcom odwołanie oraz wezwał ich do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Przystąpienie do postępowania

odwoławczego po stronie odwołującego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 26 lipca 2012 r. zgłosił Elmor S.A. w Gdańsku przekazując kopię przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

Pismem z 2 sierpnia 2012 r. zamawiający odpowiedział na odwołanie uwzględniając zarzuty 4, 5 i 6 odwołania. Jednocześnie wniósł o oddalenie pozostałych zarzutów odwołania tj. zarzutów 1, 2, 3 oraz 7.

**Uwzględniając załączoną do akt sprawy dokumentację przedmiotowego postępowania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowisko stron oraz uczestnika postępowania złożone podczas posiedzenia i rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp. Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego skutecznie przystąpił wykonawca Elmor S.A. w Gdańsku (dalej „przystępujący”).

Wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów 4 - 6 odwołania (tj. zarzuty w uzasadnieniu odwołania oznaczone jako IV. i V. – zarzuty dotyczące wadium i przesłanek odrzucenia oferty) Izba ich nie rozpoznała przyjmując, iż w tym zakresie pomiędzy stronami nie ma sporu (vide: wyrok KIO z 30 marca 2012 r., sygn. akt KIO 510/12). Izba wyraża pogląd, iż postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą zgodnie z art. 190 ust.1 Pzp jest postępowaniem kontradyktoryjnym, polegającym na rozstrzygnięciu sporu pomiędzy odwołującym a zamawiającym, z udziałem uczestników postępowania (przystępujących po stronie zamawiającego lub odwołującego). W sytuacji, gdy co do części podniesionych zarzutów spór nie występuje, to prowadzenie w tym zakresie postępowania staje się bezprzedmiotowe. Przyjęciu takiego stanowiska nie stoi na przeszkodzie przepis art. 186 ust. 2 ustawy, zgodnie z którym, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie. W przypadku częściowego uwzględnienia zarzutów Izba – jak już wyżej wskazano - nie może dokonać częściowego umorzenia postępowania, jednak orzekanie w zakresie już nieistniejącego przedmiotu sporu stanowiłoby naruszenie *ratio legis* ustawy. Izba podkreśla, iż w sytuacji, gdy zamawiający do zamknięcia rozprawy uwzględnia choćby częściowo zarzuty odwołania,

wówczas przedmiotem rozstrzygnięcia Izby są tylko te zarzuty, co do których między stronami istnieje spór. Inna interpretacja ustawy, w szczególności uwzględniając brzmienie art. 191 ust. 2 Pzp, nie daje się pogodzić z celem postępowania odwoławczego, którym jest rozstrzygnięcie pomiędzy stronami sporu, co do prawidłowości czynności (zaniechań) zamawiającego podejmowanych w toku postępowania o zamówienie publiczne. Zatem w sytuacji, gdy na moment zamknięcia rozprawy, spór między stronami nie istnieje, zarzuty w tym zakresie w odwołaniu podnoszone należy pozostawić bez rozpoznania. Konsekwencją przedstawionego stanowiska jest przyjęcie, iż rozpoznaniu przez Izbę podlegają pozostałe (nieuwzględnione przez zamawiającego) zarzuty odwołania i to rozstrzygnięcie o nich decyduje o wyniku sprawy, znajdując odzwierciedlenie zarówno w sentencji orzeczenia, jak i adekwatnie, w rozstrzygnięciu o kosztach postępowania.

Dokonując oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów nie uwzględnionych przez zamawiającego (zarzuty 1 - 3 oraz 7, tj. w uzasadnieniu odwołania zarzuty oznaczonej jako I. – III. oraz VI.) na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, zważywszy stanowiska stron oraz przystępującego, Izba uwzględniła odwołanie.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

Przedmiot zamówienia stanowi dostawa urządzeń do modernizacji stacji 110/15 kV GSZ Olszynka Grochowska zlokalizowanej w Warszawie, tj. dostawa zabezpieczeń 110 kV, rozdzielnic 15 kV, rozdzielnic potrzeb własnych, regulatorów napięcia, rozłączników rezystorów uziemiających, urządzeń centralnej sygnalizacji zakłóceń (część A pkt I.1.3 siwz). „Na zakres zamówienia opracowana została dokumentacja projektowa. Dopuszcza się rozwiązania innych producentów niż przedstawione w SIWZ oraz projektach wykonawczych o tym samym przeznaczeniu, nie gorszych parametrach technicznych i gabarytach zewnętrznych, pozostające w zgodności z dokumentacją projektową, pod warunkiem uzyskania zgody Zamawiającego i Projektanta” (część A pkt I.1.4 siwz). Opis przedmiotu zamówienia oraz zakres zamówienia określony został w projekcie wykonawczym (załączniki 4 - 6 do siwz, część A pkt. I.1.4.1 – 1.4.3 siwz). Przedmiot zamówienia obejmuje dostawę 40 zabezpieczeń (część A pkt I.1.4.5 siwz – 3 zabezpieczenia zapasowe oraz 37 zabezpieczeń wynikających z projektu wykonawczego – ze schematów) oraz 35 wyłączników (część A pkt I.1.4.4 – 2 wyłączniki zapasowe oraz 33 wynikających z projektu wykonawczego – ze schematów). W załączniku 7 do siwz wskazano, iż rozdzielnica ma być 39 polowa. Jakikolwiek zmiany w zakresie dostawy

niezgodne z dokumentacją projektową wymagają uzgodnienia z zamawiającym i projektantem oraz z RWE Stoen Operator w części dotyczącej urządzeń koniecznych do uzgadniania z dostawcą energii do stacji GSZ Olszynka Grochowska (część A pkt I.1.5 lit. g siwz). W załączniku 4 do siwz – projekt wykonawczy – rozdzielnica 15 kV w pkt. 3.4 „Odstępstwa” zamawiający postanowił, iż dobrane w projekcie urządzenia mogą zostać zastąpione innymi urządzeniami, jednak z zachowaniem identycznych parametrów technicznych oraz jakościowych tzw. urządzeniami równoważnymi. Przedstawione aparaty i urządzenia wyspecyfikowano podając typ urządzenia po to, aby jednoznacznie określić wymagane parametry techniczne i jakościowe. Dalej w tym dokumencie w pkt. 4.1 zawierającym opis techniczny rozdzielni 15 kV podano, iż na planach i schematach pokazano wymiary i parametry rozdzielnicy typu D – 17 P produkcji Elektrobudowy z wyłącznikami VD 4 z zastrzeżeniem pkt. 3.4. Podobne postanowienia znalazły się przykładowo w załączniku 5 do siwz – projekt wykonawczy – modernizacja zabezpieczeń pól transformatorów 110/15 kV, w pkt. 3.4 – „Odstępstwa” oraz w pkt. 4.1 – opis techniczny pola zabezpieczeń transformatorów 110/15kV, w którym wymieniono zabezpieczenia różnicowo – prądowe typu UTXvTR2 i zabezpieczenie nadprądowe UTXvD produkcji Computers & Control (C& C). Dalej zamawiający postanowił, iż wymagane jest zastosowanie tego samego producenta automatyki zabezpieczeniowej 110 kV i 15 kV (część A pkt I.1.5 lit. c siwz). Zamawiający dopuścił zastosowanie wyłączników typu VD – 4, SION oraz HVX oraz zabezpieczeń typu UTXv (część A pkt I.1.5 lit. e i f siwz). Nie było sporne w toku postępowania dowodowego, iż producentem wyłączników VD-4 jest ABB, SION – Siemens HVX - Schneider Electric, a zabezpieczeń typu UTXv – C&C.

W przypadku zaofiarowania wyłączników i zabezpieczeń innych niż wymienione należy do oferty dołączyć odpowiednio dokument wystawiony przez zamawiającego będącego operatorem sieci dystrybucyjnej, polecający i potwierdzający stosowanie przez tego zamawiającego minimum 100 wyłączników zainstalowanych w rozdzielniach pracujących na obiektach WN/SN oraz poprawne działanie tych wyłączników w okresie 5-letniej eksploatacji oraz dokument wystawiony przez zamawiającego będącego operatorem sieci dystrybucyjnej, polecający i potwierdzający stosowanie przez tego zamawiającego minimum 30 zabezpieczeń WN i 100 zabezpieczeń SN zainstalowanych w rozdzielniach pracujących na obiektach WN/SN oraz poprawne działanie tych zabezpieczeń w okresie 5-letniej eksploatacji (część B pkt III.2 lit. h oraz lit. i siwz oraz sekcja III pkt III.2.3 lit. c oraz lit. d. Termin realizacji zamówienia to 100 dni od dnia ogłoszenia wyników postępowania (część A pkt II. lit a siwz). Określając warunki gwarancji zamawiający podał wyłącznie minimalny okres gwarancji na zainstalowane urządzenia - 36 miesięcy (część A pkt IV. siwz).

Wśród dokumentów, które wykonawcy zobowiązani są złożyć w siwz wymieniono m.in. specyfikację techniczną (opisową) oferowanego wyrobu wraz ze schematami elektrycznymi, szczegółowymi parametrami zastosowanej aparatury, widokiem rozdzielnic, badaniem typu, dopuszczeniem do obrotu, deklaracjami, certyfikatami zgodności, wzorami kart gwarancyjnych (część B pkt I.2 siwz). Ponadto dokumenty, o których mowa w części B pkt III.2 lit. h oraz lit. i siwz, a także wykaz 3-ech dostaw rozdzielnic SN o napięciu znamionowym powyżej 10 kV o łącznej ilości 100 pól SN z trzech dostaw do rozdzielni pracujących na obiektach WN/SN. Dostawy muszą być zrealizowane przez dostawcę w ciągu ostatnich trzech lat, licząc od dnia terminu składania ofert. Dostawy muszą być wykonane dla zamawiających posiadających status operatorów sieci dystrybucyjnych. Do wykazu należy dołączyć dokumenty wystawione przez zamawiającego potwierdzające należyte wykonanie dostawy (część B pkt III.2 lit. e siwz oraz sekcja III pkt III.2.3 lit. b ogłoszenia o zamówieniu).

Na podstawie części B pkt X. 7 i 8 siwz zamawiający wymaga, aby wszelkie żądane przez komisję wyjaśnienia były dostarczone komisji w formie pisemnej, w ciągu 2 dni. Przekroczenie tego terminu jest równoznaczne z odmową udzielenie wyjaśnień. Odmowa udzielenia wyjaśnień przez wykonawcę powoduje odstąpienie od rozpatrywania złożonej przez niego oferty, co jest równoznaczne z jej odrzuceniem.

Powołane powyżej postanowienia siwz oraz ogłoszenia o zamówieniu Izba uznała za istotne dla rozpoznania zarzutów odwołania.

**Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje:**

**Ad. I. Zarzuty dotyczące opisu przedmiotu zamówienia.**

1. Odwołujący wniósł o wykreślenie w części A siwz pkt I.1.4 siwz sformułowania „o tym samym przeznaczeniu, nie gorszych parametrach technicznych i gabarytach zewnętrznych, pozostające w zgodności z dokumentacją projektową” i zastąpienie go precyzyjnym określeniem istotnych parametrów dla oceny równoważności oferowanych rozwiązań oraz sposobu oceny spełniania tych parametrów podczas oceny ofert.

Izba uwzględniła zarzut odwołania nakazując wykreślenie w części A w punkcie I.1.4

siwz sformułowania „o tym samym przeznaczeniu, nie gorszych parametrach technicznych i gabarytach zewnętrznych, pozostające w zgodności z dokumentacją projektową” i zastąpienie go precyzyjnym określeniem istotnych parametrów dla oceny równoważności oferowanych rozwiązań oraz sposobu oceny spełniania tych parametrów podczas oceny ofert.

Izba za istotne uważa podkreślenie, iż opisanie przedmiotu zamówienia należy do kluczowych w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie tylko uprawnień, ale i obowiązków zamawiającego. Ramy, w których zamawiający powinien poruszać się opisując przedmiot zamówienia w siwz, wyznaczone zostały w szczególności w art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 Pzp. Zatem zamawiający definiując przedmiot zamówienia powinien go opisać z zachowaniem wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Zakazane jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2 Pzp). Doprecyzowanie powołanych norm stanowią wytyczne zawarte w art. 29 ust. 1 Pzp wskazujące, iż zamawiający opisuje przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Do wyjątków dopuszczających odmienny od uregulowanego art. 29 ust. 1 Pzp opis przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia należy przepis art. 29 ust. 3 ustawy. Uwzględniając jednak, iż przepis ten ma charakter szczególnie jego rozszerzającą interpretację uznać należy za niedopuszczalną. Zatem wskazanie przez zamawiającego (adresata normy wyrażonej w art. 29 ust. 3 Pzp) znaków towarowych, patentów lub pochodzenia jest uprawnione, gdy jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia lub gdy zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a opisowi towarzyszą wyrazy „lub równoważne”, co nadaje wymienionym konkretnym produktom charakter przykładowy.

Niewątpliwie zamawiający zobligowany jest do należytego przygotowania opisu przedmiotu zamówienia, a uchybienie temu obowiązkowi nie może w sposób negatywny wpływać na pozycję wykonawcy w postępowaniu. Opis przedmiotu zamówienia – stanowiący istotny element siwz (36 ust. 1 pkt 3 Pzp) – powinien zostać tak przez zamawiającego sporządzony, aby każdy wykonawca składający ofertę miał możliwość jej przygotowania z uwzględnieniem wszystkich czynników, które mają wpływ na jej treść, w tym umożliwić prawidłową jej wycenę. Jednocześnie obowiązkiem wykonawcy jest zaoferowanie przedmiotu zamówienia odpowiadającego oczekiwaniom zamawiającego wyartykułowanym w siwz. Jeśli treść oferty

będzie niezgodna z treścią siwz ofertę należy odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp (tak też wyrok KIO w sprawie o sygn. akt KIO 2480/10 z 24 listopada 2010 r.).

Przepis art. 29 ust. 3 Pzp nakłada na zamawiającego bezwzględny obowiązek w okolicznościach w nim opisanych dopuszczenia rozwiązań równoważnych. Jednocześnie zamawiający winien dookreślić, w jaki sposób na gruncie danej sprawy będzie oceniał równoważność oferowanego urządzenia, jakie parametry czy funkcjonalności będzie brał pod uwagę dokonując w tym aspekcie analizy oferty uznanej przez wykonawcę za równoważną - wówczas ciężar udowodnienia równoważności spoczywa na wykonawcy. Zatem nie jest wystarczające, dla dokonania prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia na podstawie art. 29 ust. 3 Pzp, wskazanie przez zamawiającego na konkretny znak towarowy, patent lub pochodzenie oraz dodanie określenia „lub równoważne” albo innego podobnego wyrazu. W opisie przedmiotu zamówienia powinny znaleźć się stwierdzenia precyzujące wymogi zamawiającego w odniesieniu do dopuszczanego przez niego zakresu „równoważności” oferty. W przeciwnym razie nie będzie w stanie ocenić, czy oferty przedstawiające produkty różniące się od tych wymienionych w siwz stanowią oferty równoważne bądź ocena ta będzie charakteryzowała się arbitralnością, co również w świetle reguł wyrażonych w art. 7 ust. 1 Pzp nie może zostać zaakceptowane. Zamawiający wskazując w siwz na konkretny produkt, a pomijając minimalne wymagania wskazujące na jego oczekiwania bądź określając, że urządzenie ma być identyczne (takie samo), jak określone w siwz, nie dopełnia wynikającego z art. 29 ust. 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp obowiązku sprecyzowania równoważności. Zdefiniowanie równoważności służyć ma realizacji wyrażonej w art. 7 ust. 1 zasadzie równego dostępu wykonawców do zamówienia oraz uczciwej konkurencji odczytywanej w świetle art. 29 ust. 1 Pzp. Jak słusznie zauważyła Krajowa Izba Odwoławcza „Dla oceny w postępowaniach, w których przewidziano składanie ofert równoważnych nie wystarczy językowa wykładnia pojęcia „równoważność”, ale zawarte w siwz określenia uściślające wymogi Zamawiającego, odnoszące się do dopuszczalnego przez niego zakresu równoważności ofert (...). Zamawiający w siwz powinien doprecyzować zakres dopuszczalnej równoważności ofert. W przeciwnym razie nie będzie w stanie ocenić ofert pod kątem własnych potrzeb oraz porównać złożonych ofert. Określenie chociażby minimalnych wymagań w zakresie parametrów oferowanych wyrobów pozwala uznać ów wybór za równoważny bądź nie, a w konsekwencji dopuścić ofertę do oceny, bądź ją odrzucić jako niezgodną z treścią siwz” (vide: wyrok KIO z 7 kwietnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 254/08). Istotne jest przy tym to, że produkt równoważny to nie produkt, który jest identyczny, tożsamy z produktem referencyjnym, ale posiada pewne, istotne dla zamawiającego, zbliżone do produktu referencyjnego cechy i parametry, które powinny zostać określone w siwz.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt badanej sprawy bezspornym jest, iż zamawiający opisując przedmiot zamówienia posłużył się, w siwz, w tym w dokumentacji projektowej (projekty wykonawcze) znakami towarowymi. Dokumentacja projektowa – wbrew stanowisku zamawiającego – nie ma charakteru poglądowego. Z żadnego postanowienia siwz taki status dokumentacji projektowej nie wynika. Co więcej, wprost zamawiający odwołuje się do niej opisując przedmiot zamówienia. W siwz, w tym w załączniku 7, zamawiający nie sprecyzował, jakie minimalne parametry czy funkcjonalności muszą posiadać urządzenia równoważne, co w świetle przedstawionej powyżej wykładni przepisów art. 29 ust. 1 – 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp nie jest dopuszczalne i w konsekwencji musiało prowadzić do uwzględnienia zarzutu odwołania i nakazania zmiany w siwz zgodnie z wnioskiem odwołującego.

2. Odwołujący wniósł o wykreślenie w części A siwz pkt I.1.4 siwz sformułowania „pod warunkiem uzyskania zgody Zamawiającego i Projektanta”, a w części A siwz pkt I.1.5 lit. g siwz doprecyzowanie, iż uzyskanie zgód podmiotów tam wymienionych ma nastąpić na etapie realizacji zamówienia,

Izba nakazała wykreślenie w części A w punkcie I.1.4 siwz wykreślenie sformułowania „pod warunkiem uzyskania zgody Zamawiającego i Projektanta” oraz doprecyzowanie części A punkt I.1.5 lit. g siwz poprzez wskazanie, iż jakiegokolwiek zmiany w zakresie dostawy niezgodne z dokumentacją projektową wymagają uzgodnienia w fazie realizacji umowy z zamawiającym i RWE Stoen Operator w części dotyczącej urządzeń koniecznych do uzgodnienia z dostawcą energii do stacji GSZ Olszynka Grochowska oraz wykreślenie obowiązku uzgadniania z projektantem.

Zamawiający dopuszczając rozwiązania równoważne uzależnił możliwość ich zastosowania od zgody swojej i projektanta, co w świetle rozważań przedstawionych w uzasadnieniu wyroku w punkcie Ad. I. 1 powyżej jest niedopuszczalne. Wykonawca składając ofertę powinien wiedzieć, w jaki sposób, wg jakich kryteriów ocena równoważności, dokonywana przez zamawiającego jako podmiotu prowadzącego postępowanie, nastąpi i informacje te powinien zamawiający podać w siwz. Jak słusznie zauważył odwołujący zgodnie z art. 29 ustawy, to zamawiający jest podmiotem, który ma prawo i obowiązek ocenienia, czy dane rozwiązania przedstawione przez wykonawcę, są rozwiązaniami równoważnymi. Uzależnienie zaoferowania rozwiązania równoważnego od czyjejkolwiek zgody, w szczególności jeśli wykonawca miałby ją wg niewiadomych reguł uzyskać po otwarciu ofert, nie daje się pogodzić ani z brzmieniem art. 29 ust. 1 – 3 Pzp, ani

z art. 7 ust. 1 Pzp, co przesądziło o konieczności uwzględnieniu zarzutu odwołania w tym zakresie.

Kierując się tymi samymi motywami Izba nie zaakceptowała brzmienia siwz w części A punkt I.1.5 lit. g siwz, na podstawie którego zamawiający wymagał, aby wszelkie zmiany w zakresie dostawy niezgodne z dokumentacją projektową wymagały uzgodnienia z zamawiającym, projektantem oraz RWE Stoen Operator. Zamawiający w toku rozprawy oraz w odpowiedzi na odwołanie z 2 sierpnia 2012 r. wyjaśnił, iż przez projektanta rozumie biegłego (eksperta działającego na rzecz zamawiającego), a nie projektanta w znaczeniu wskazywanym w odwołaniu. W siwz zamawiający nie określił statusu projektanta w tym postępowaniu. Niezależnie od tego trzeba zauważyć, iż w siwz nie została także określona procedura uzyskiwania wymaganych zgód, kiedy mają być uzyskane oraz jakie są konsekwencje ich nieotrzymania. Oferty, po ich złożeniu, w trybie przetargu nieograniczonego nie mogą zostać zmienione. Dopuszczalne jest wyłącznie wyjaśnienie ich treści oraz poprawienie omyłek (art. 87 ust. 1 i 2 Pzp). Zatem wbrew stanowisku zamawiającego wyrażonemu na rozprawie nie będzie mógł on w fazie oceny ofert negocjować treści oferty z wykonawcą np. gdyby RWE Stoen Operator nie wyraziło zgody na zaoferowane rozwiązania. Izba zatem uwzględniła zarzut odwołania nakazując zgodnie z wnioskiem odwołującego doprecyzowanie, iż uzgodnienia zostaną dokonane w fazie realizacji umowy z zamawiającym i RWE Stoen Operator w części dotyczącej urządzeń koniecznych do uzgodnienia z dostawcą energii do stacji GSZ Olszynka Grochowska. Izba nakazała wykreślenie obowiązku uzgadniania z projektantem, gdyż skoro jest on osobą działającą w porozumieniu z zamawiającym, wystarczające jest uzgodnienie zmian przez zamawiającego. Uzgodnienia nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty uznanej za najkorzystniejszą, z zastrzeżeniem reguł wyrażonych w art. 144 Pzp.

3. Odwołujący wniósł o wykreślenie postanowienia części A siwz pkt 1.1.5 lit. c siwz.

Izba nakazała wykreślenie w części A punktu I.1.5 lit. c siwz.

Izba oceniła wymaganie zamawiającego dotyczące konieczności zaoferowania automatyki zabezpieczeniowej 110 kV oraz 15 kV tego samego producenta, jako sprzeczne z art. 29 ust. 2 Pzp. Zdaniem Izby omawiane postanowienie siwz opisuje przedmiot zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Postępowanie dowodowe wykazało, iż brak jest technicznego czy technologicznego uzasadnienia dla kwestionowanego w odwołaniu postanowienia siwz, w praktyce zabezpieczenia WN i SN różnych producentów współpracują, na co wskazał odwołujący i co nie było kwestionowane

przez zamawiającego. Zatem urządzenia 110 kV jednego producenta są kompatybilne i współpracują z urządzeniami 15 kV innego producenta. Nie było kwestionowane, iż na rynku funkcjonują podmioty specjalizujące się w produkowaniu zabezpieczeń albo 15 kV albo 110 kV. Pozostawienie spornego postanowienia w siwz skutkować będzie koniecznością zaoferowania przez producentów jednego rodzaju zabezpieczeń produktów innego producenta, mającego w swojej ofercie oba rodzaje urządzeń, co wpłynie na konkurencyjność oferty wykonawcy (z jednej strony nie będzie mógł w ogóle w tym zakresie zaoferować zabezpieczenia swojej produkcji, a z drugiej – oferta będzie mniej korzystna cenowo, gdyż będzie miał w tym zakresie status pośrednika – wartość tego elementu zamówienia to ok. kilkanaście procent). Izba wyraża pogląd, iż zamawiający jest uprawniony, aby kupić przedmiot zamówienia o najwyższej jakości, spełniający najnowsze osiągnięcia techniki, unikalny, nawet produkowany przez jednego wykonawcę, pod wszakże jednym warunkiem – wymagania te muszą wynikać z uzasadnionych potrzeb zamawiającego. W analizowanej sprawie zamawiający wyjaśnił, iż omawiane postanowienie siwz podyktowane jest koniecznością uproszczenia obsługi, sprawnego usuwania awarii i wiąże się z możliwością identyfikacji źródła awarii. Gdy będą to zabezpieczenia dwóch producentów może okazać się problematyczne ustalenie, kto za nią odpowiada (zamawiający powoływał się na złe doświadczenia w tej kwestii). Odwołujący jednak wyjaśnił, iż w zabezpieczeniach instalowane są rejestratory, które umożliwiają identyfikację źródła awarii. Analizując stanowiska stron oraz przystępującego po stronie odwołującego Izba doszła do przekonania, iż powoływana przez zamawiającego wygoda przy serwisowaniu nie uzasadnia wymagania, aby oba rodzaje zabezpieczeń były wykonane przez jednego producenta. W okresie gwarancji – 36 miesięcy dostawca (wykonawca, z którym zostanie zawarta umowa) będzie odpowiadał za usuwanie awarii, niezależnie od tego, kto będzie producentem urządzeń. Zamawiający – mimo, iż w toku rozprawy oraz w odpowiedzi na odwołanie z 2 sierpnia 2012 r. – akcentował kwestię sprawności serwisu, nie dookreślił w siwz szczegółowych warunków gwarancji, np. czasu reakcji, poprzestając na wymaganym minimalnym okresie gwarancji. Zamawiający był uprawniony, aby warunki gwarancji w siwz sprecyzować w sposób należycie zabezpieczający jego potrzeby w tym zakresie. Ponadto w okresie pogwarancyjnym zamawiający będzie zawierał stosowne umowy serwisowe i będzie miał wpływ na ich treść, zatem powinien zadbać o takie brzmienie tych umów, aby zagwarantować sobie sprawny serwis. Jeśli będzie miał zabezpieczenia dwóch różnych – znanych mu wówczas już - producentów na serwisanta może nałożyć stosowne obowiązki gwarantujące satysfakcjonujące zamawiającego usunięcie awarii. Zatem kwestionowane postanowienie siwz może utrudniać uczciwą konkurencję i nie jest uzasadnione względami pozwalającymi takie ograniczenia zaakceptować, co przemawia za modyfikacją siwz w tym zakresie poprzez wykreślenie spornego postanowienia.

## **Ad. II. Zarzut dotyczący opisu sposobu oceny warunku wiedzy i doświadczenia.**

Odwołujący wniósł o zmianę części B punktu III.2 lit. e siwz oraz sekcji III punktu III.2.3 lit. b ogłoszenia o zamówieniu i zastąpienie treści „wykazu 3-ech dostaw rozdzielnic SN o napięciu znamionowym powyżej 10 kV o łącznej ilości 100 pól SN z trzech dostaw do rozdzielni pracujących na obiektach WN/SN. Dostawy muszą być zrealizowane przez Dostawcę w ciągu ostatnich trzech lat, licząc od dnia terminu składania ofert. Dostawy muszą być wykonane dla Zamawiających posiadających status operatorów sieci dystrybucyjnych. Do wykazu należy dołączyć dokumenty wystawione przez Zamawiającego potwierdzające należyte wykonanie dostawy” treścią „wykazu 2-óch dostaw rozdzielnic SN o napięciu znamionowym powyżej 10 kV o łącznej ilości 60 pól SN z dwóch dostaw do rozdzielni pracujących na obiektach WN/SN. Dostawy muszą być zrealizowane przez Dostawcę w ciągu ostatnich trzech lat, licząc od dnia terminu składania ofert. Do wykazu należy dołączyć dokumenty potwierdzające należyte wykonanie dostawy”.

Izb nakazała wykreślenie w części B w punkcie III.2 lit. e siwz oraz w sekcji III w punkcie III.2.3 lit. b ogłoszenia o zamówieniu wymagania, że „dostawy muszą być wykonane dla Zamawiających posiadających status operatorów sieci dystrybucyjnych”.

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki m.in. dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia (art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp). Celem tej regulacji jest wyłonienie kręgu podmiotów, który daje rękojmię należytego zrealizowania zamówienia. Opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie może wykraczać poza wskazany cel. Warunki powinny być tak opisane, aby zatem żaden z podmiotów zdolnych do wykonania danej umowy o zamówienie publiczne, nie był takiej szansy pozbawiony. Doświadczenie, do którego odnosi się art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, to potwierdzone w praktyce posiadanie umiejętności w zakresie wykonywania zamówień określonego (związanego z przedmiotem zamówienia) rodzaju o proporcjonalnej do przedmiotu zamówienia wielkości.

Izba zgadza się z odwołującym, iż w realiach sprawy dokonany przez zamawiającego opis sposobu oceny spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, nie odpowiada wytycznym sformułowanym w art. 22 ust. 4 Pzp. Powołany przepis zobowiązuje zamawiającego, aby opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków był związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Opis dokonany przez

zamawiającego nie odpowiada tym wymaganiom w zakresie, w którym zamawiający ogranicza możliwość wykazania wymaganego doświadczenia wyłącznie do zamówień realizowanych na rzecz operatorów sieci dystrybucyjnej. Zamawiający wymaga bowiem, aby wykazywane dostawy zostały wykonane na rzecz pewnego ściśle oznaczonego kręgu podmiotów tj. dla podmiotów posiadających status operatorów sieci dystrybucyjnych. Status operatorów systemów dystrybucyjnych (nieściśle zamawiający odniósł się do podmiotów o statusie operatorów sieci dystrybucyjnych) posiadają podmioty wpisane na listę prowadzoną przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki na podstawie art. 9h ust. 1 ustawy z 10 kwietnia 1997 r. Prawo energetyczne (Dz. U. z 2006 r. Nr 89, poz. 625 ze zm.). Zgodnie z powołaną ustawą (art. 3 pkt 25) przez operatora systemu dystrybucyjnego (dalej „osd”) rozumie się przedsiębiorstwo energetyczne zajmujące się dystrybucją paliw gazowych lub energii elektrycznej, odpowiedzialne za ruch sieciowy w systemie dystrybucyjnym gazowym albo w systemie dystrybucyjnym elektroenergetycznym, bieżące i długookresowe bezpieczeństwo funkcjonowania tego systemu, eksploatację, konserwację, remonty oraz niezbędną rozbudowę sieci dystrybucyjnej, w tym połączeń z innymi systemami gazowymi albo innymi systemami elektroenergetycznymi. Aktualnie na listę osd wpisano 130 podmiotów, wśród nich np. Zakłady Azotowe w Tarnowie – Mościcach S.A., natomiast – jak wskazała w toku rozprawy odwołujący - na liście nie znajdują się Zakłady Azotowe w Puławach S.A. Odwołujący wyjaśnił, iż specyfika dostaw do wymienionych zakładów chemicznych niczym się nie różni. Zamawiający argumentował, iż realizowanie zamówień dla osd gwarantuje pewność oraz terminowość dostaw. Jednak argumentacja ta nie uzasadnia zastosowania ograniczenia doświadczenia wyłącznie do tego uzyskanego przy realizacji zamówień na rzecz osd. Przedmiotem zamówienia jest bowiem wyłącznie dostawa urządzeń, bez ich instalacji. Trafnie zauważył zatem odwołujący, iż takie postanowienie siwz i ogłoszenia o zamówieniu w sposób nieuzasadniony ogranicza dostęp do zamówienia wykonawcom, którzy wykonywali dostawy na terenie RP na rzecz innego typu podmiotów, jak również wykonawców zagranicznych, którzy dostarczali swoje urządzenia do zakładów sektora elektroenergetycznego, poza granicami Polski, gdzie nie znana jest kategoria podmiotów o statusie operatora sieci dystrybucyjnej. Odwołujący miał rację twierdząc, iż ograniczenie dokonane przez zamawiającego, zawężające możliwość wykazania realizacji dostaw na rzecz jednego tylko typu podmiotów, nie znajduje żadnego uzasadnienia merytorycznego, gdyż dostawa zamawianych urządzeń nie wykazuje zasadniczej specyfiki w zależności od odbiorcy. Urządzenia, których dostawa jest przedmiotem postępowania o udzielenie tego zamówienia, stosuje się w obiektach elektroenergetycznych takich jak np. zakłady górnicze (praca na powierzchni i pod ziemią), elektrownie, elektrociepłownie, zakłady chemiczne, niezależnie od ich statusu w świetle prawa energetycznego. W konsekwencji Izba podzieliła ocenę odwołującego, iż ograniczenie do dostaw dla osd w sposób niedopuszczalny

dyskryminuje wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.

Izba jednocześnie wyraża pogląd, iż na gruncie badanej sprawy, jeśli wyeliminowane zostanie z opisu sposobu oceny warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia ograniczenie dotyczące dostaw wyłącznie dla osd, w pozostałym zakresie opis ten będzie zgodny z ustawą, w szczególności z art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 22 ust. 4 oraz 7 ust. 1 Pzp. Wykazanie trzech dostaw w ciągu trzech lat o łącznej ilości minimum 100 pól SN nie jest nadmierne i nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, który obejmuje m.in. dostawę 39 – połowej rozdzielnicy SN. Zatem rocznie średnio dostawa powinna obejmować około 30 pól. Przedmiot zamówienia ma być zrealizowany w ciągu 100 dni, zasadnym jest zatem zweryfikowanie możliwości organizacyjnych i logistycznych wykonawców, w szczególności, iż dostawa rozdzielnicy wymaga jej wyprodukowania „na miarę” dla konkretnego klienta. Tym samym Izba w tym zakresie nie stwierdziła uchybienia przez zamawiającego przepisom Pzp wzięwszy pod uwagę także stanowisko odwołującego, iż przy wyeliminowaniu wymagania doświadczenia wyłącznie w realizacji dostaw dla osd, omawiane postanowienie siwz oraz ogłoszenia o zamówieniu nie eliminuje jego udziału w postępowaniu, gdyż będzie w stanie wylegitymować się odpowiednim doświadczeniem.

Co do wymagania, aby wystawcą dokumentu mającego potwierdzać należyte wykonanie dostaw był wyłącznie zamawiający Izba podziela pogląd odwołującego, iż § 1.1.3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, nie doprecyzowuje podmiotu wystawiającego dokument potwierdzający, że dostawy zostały wykonane należyście. Izba zgadza się, iż podmiotem wystawiającym taki dokument może być także inny podmiot, niż bezpośredni inwestor np. podwykonawca, dla którego dostawy były realizowane. Izba jednak nie nakazała zmiany treści siwz oraz ogłoszenia o zamówieniu w tym zakresie przyjmując, iż przez zamawiającego w kwestionowanym postanowieniu ogłoszenia o zamówieniu oraz siwz, chodzi o każdy podmiot, dla którego dostawa była realizowana przez wykonawcę tj. każdy podmiot, na rzecz którego dostawa, o charakterystyce spełniającej wymagania zamawiającego wyartykułowane w siwz oraz ogłoszeniu o zamówieniu, była zrealizowana.

### **Ad. III. Zarzut dotyczący sformułowania obowiązku dokumentacyjnego w zakresie zastosowania rozwiązań równoważnych.**

Odwołujący wniósł o wykreślenie części B siwz pkt III.2 lit. h oraz lit. i, a także sekcji III pkt

III.2.3 lit. c oraz lit. d ogłoszenia o zamówieniu.

Izba nakazała wykreślenie w części B punktów III.2 lit. h oraz lit. i siwz, a także w sekcji III punktów III.2.3 lit. c oraz lit. d ogłoszenia o zamówieniu.

Izba stwierdziła, iż zamawiający uchybił art. 25 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp wymagając wyłącznie od wykonawców oferujących inne, niż wymienione wprost w siwz w części A punkt I.1.5 lit. e oraz lit. f siwz wyłączniki i zabezpieczenia dokumentów wymienionych w części B punkt III.1 lit. h oraz lit. i siwz, a także sekcji III punkt III.2.3 lit. c oraz lit. d ogłoszenia o zamówieniu. W zakresie dotyczącym wymagania, aby dostawa była zrealizowana na rzecz osd Izba podtrzymuje argumentację przedstawioną w pkt. Ad. II uzasadnienia. Jednak kluczowe dla uwzględnienia tego zarzutu odwołania jest niedopuszczalne zróżnicowanie wykonawców, w zależności od tego, jakiego producenta urządzenia będą oferować. Zamawiający argumentował, iż urządzenia wymienione w siwz już posiada (także w większych ilościach w magazynie) i z powodzeniem je eksploatuje, zatem nie ma potrzeby weryfikować ich sprawności i niezawodności – może w tej kwestii polegać na własnym doświadczeniu. Izba podkreśla, iż argumentacja zamawiającego nie uprawnia go do różnicowania sytuacji wykonawców w zależności od tego, czy zamawiający posiada przekonanie o niezawodności urządzeń danego producenta, czy nie, tym bardziej, iż korzysta także z urządzeń produkcji odwołującego pracujących prawidłowo (okoliczność niesporna). Na gruncie badanej sprawy zatem wymaganie wyłącznie od niektórych wykonawców dokumentów potwierdzających poprawne działanie urządzeń w sposób nieuprawniony ogranicza konkurencję i stanowi o nierównym traktowaniu wykonawców. Zgodzić się także trzeba z odwołującym, iż dostawca może nie posiadać wiedzy, a tym bardziej dokumentów potwierdzających poprawne działanie wyłączników lub zabezpieczeń w okresie 5 - letniej eksploatacji. Ponadto wykonawca będący dostawcą nie zawsze ma możliwość monitorowania działania dostarczonych urządzeń w okresie 5 lat. Zarówno wyłączniki, jak i zabezpieczenia posiadają stosowne certyfikaty i badania, których złożenia wraz z ofertą zamawiający wymaga na podstawie części B punkt I.4 siwz. Przedstawiona argumentacja uzasadniała modyfikację siwz polegającą na wykreśleniu spornych jej postanowień.

**Ad. VI. Zarzut dotyczący określenia terminu na składanie wyjaśnień oraz skutków niezłożenia wyjaśnień.**

Odwołujący wniósł o wykreślenie postanowień części B siwz punkt X.7 i 8.

Izba nakazała wykreślenie w części B punkt X.7 i 8 siwz.

Izba wyraża pogląd, iż nie jest dopuszczalne w świetle art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 26 ust. 4 i art. 87 ust. 1 Pzp określenie przez zamawiającego w siwz, iż wykonawca zobowiązany jest udzielić wyjaśnień zamawiającemu w formie pisemnej w ciągu 2 dni, pod rygorem odrzucenia oferty. W tej kwestii Izba w pełni podziela stanowisko odwołującego, iż zamawiający zobowiązany jest każdorazowo, stosownie do potrzeb, uwzględniając złożoność pytania oraz czasochłonność przygotowania odpowiedzi, określić czas na złożenie wyjaśnień. Powinien także, ustalając termin udzielenia odpowiedzi, wziąć pod uwagę oczekiwaną przez siebie formę odpowiedzi (pisemna bądź inna, dopuszczona art. 27 ust. 1 i 2 Pzp) i termin na złożenie wyjaśnień wyznaczyć adekwatnie do niej. Zatem gdy wymaga wyjaśnień wyłącznie w formie pisemnej, powinien wyznaczyć termin odpowiednio dłuższy, tak aby także wykonawcy spoza miejsca siedziby zamawiającego mieli szansę, dokładając należytej staranności, dochować zakreślonego przez zamawiającego terminu.

W tym kontekście także za niezgodne z ustawą, z art. 89 ust. 1 Pzp Izba uważa określenie w siwz skutku niezłożenia wyjaśnień. Ustawa wskazuje na katalog przesłanek odrzucenia oferty. Ich badanie przez zamawiającego każdorazowo winna cechować należyta staranność z uwzględnieniem reguł wykładni oświadczeń woli wynikających z kodeksu cywilnego oraz wszelkich okoliczności sprawy. Nie może zyskać akceptacji Izby zatem przesądzenie już w siwz, iż niezłożenie wyjaśnień zawsze będzie oznaczało konieczność odrzucenia oferty ubiegającego się o zamówienie wykonawcy. Takich postanowień siwz nie sposób pogodzić z wyrażonymi w art. 7 ust. 1 Pzp podstawowymi zasadami udzielania zamówień publicznych. Powołane motywy legły u podstaw rozstrzygnięcia Izby prowadzącego się do nakazania zamawiającemu modyfikacji treści siwz poprzez wykreślenie spornych jej postanowień.

Izba nie wzięła pod uwagę składanych w toku rozprawy przez odwołującego oraz zamawiającego dokumentów, gdyż ich treść nie była istotna dla rozstrzygnięcia o zarzutach odwołania.

Zważywszy powyższe Izba - działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp – orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

.....