

Sygn. akt: KIO 2439/11

WYROK
z dnia 25 listopada 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 listopada 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14.11.2011 r. przez wykonawcę **POWER ENGINEERING S.A., ul. Gdyńska 83, 62-004 Czerwonak** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **ENEA Operator Spółka z o.o., ul. Strzeszyńska 58, 60-479 Poznań** w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Dostawa transformatorów WN/SN dla potrzeb Enea Operator Spółka z o.o. w 2012 r.” (znak RPUZ/P/0383/2011/DR/RR)

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ w następującym zakresie:

- w zakresie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia nakazuje zmodyfikowanie tego zapisu poprzez nadanie mu następującej treści: **wykażą wykonanie dostaw podobnych w ilości nie mniejszej niż 3 i o wartości każda powyżej kwoty 2 000 000,00 zł brutto w ciągu ostatnich trzech lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, jako dostawy podobne rozumie się dostawy transformatorów WN/SN;**
- w zakresie zdolności finansowej nakazuje zmodyfikowanie tego zapisu poprzez nadanie mu następującej treści: **posiadają zdolność finansową pozwalającą na wykonanie zamówienia na kwotę co najmniej 4 000 000 zł;**
- w zakresie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej nakazuje zmodyfikowanie tego zapisu poprzez nadanie mu następującej treści: **posiadają opłacone ubezpieczenie od**

odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności na wartość sumy ubezpieczenia nie mniejszą niż 4 000 000 zł.

2. kosztami postępowania w wysokości **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych i zero groszy) obciąża Zamawiającego - **ENEA Operator Spółka z o.o., ul. Strzeszyńska 58, 60-479 Poznań** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez wykonawcę **POWER ENGINEERING S.A., ul. Gdyńska 83, 62-004 Czerwonak,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych i zero groszy) przez **ENEA Operator Spółka z o.o., ul. Strzeszyńska 58, 60-479 Poznań** na rzecz **POWER ENGINEERING S.A., ul. Gdyńska 83, 62-004 Czerwonak** stanowiących uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

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

Przewodniczący:

.....

U z a s a d n i e

do wyroku z dnia 25 października 2011 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2439/11

Zamawiający – ENEA Operator Spółka z o.o., ul. Strzeszyńska 58, 60-479 Poznań prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Dostawa transformatorów WN/SN dla potrzeb Enea Operator Spółka z o.o. w 2012 r.” (znak RPUZ/P/0383/2011/DR/RR).

Szacunkowa wartość zamówienia jest większa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 14.10.2011 r. Zamawiający przekazał ogłoszenie o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich;

W dniu 19.10.2011 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dziennika Urzędowego UE pod numerem 2011/S 201-327697.

W dniu 04.11.2011 r. Zamawiający dokonał na stronie internetowej opublikowania dokonanych zmian w ramach modyfikacji SIWZ dokonanej na skutek uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu wniesionym przez Odwołującego pod sygn. akt KIO 2285/11.

Odwołanie na powyższą czynność zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14.11.2011 r. Odwołujący wskazał, iż niniejsze odwołanie dotyczy (pozornie) zmodyfikowanych zapisów SIWZ dokonanych na skutek uwzględnienia w całości przez Zamawiającego odwołania obecnego odwołującego. Jak wskazał Odwołujący niniejsze uwzględnienie odwołania Zamawiający dokonał w trybie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp. Wskutek czego Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła postępowanie bez wyznaczania rozprawy na posiedzeniu niejawnym (gdyż po stronie zamawiającego nikt nie przystąpił). Po umorzeniu postępowania odwoławczego Zamawiający pismem z dnia 04.11.2011 r. zamieszczonym na stronie internetowej tego samego dnia dokonał opublikowania dokonanych zmian, które w najmniejszym nawet stopniu nie czyniły zadość żądaniom zawartym w pierwszym odwołaniu (tym na pierwotne zapisy SIWZ) obecnego odwołującego.

Następnie zostało wskazane, iż zważyć należy, że zgodnie z przywołanym art. 186 ust. 2 Pzp w przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, zamawiający wykonuje czynność w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (w tym konkretnym przypadku - dokonuje modyfikacji zapisów SIWZ) zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

W ocenie Odwołującego Zamawiający nie wykonał zatem swojego ustawowego obowiązku, natomiast dokonał zmian o charakterze pozornym narażając intencje ustawodawcy, albowiem kosmetyczne zmiany dokonane w SIWZ rozmiijające się całkowicie z żądaniami odwołującego zawartymi literalnie w odwołaniu i w najmniejszym nawet stopniu nie doprowadziły do zmiany SIWZ. W ocenie Odwołującego wniosek ten jest w pełni uzasadniony i objęty jest wprost kodeksowym pojęciem dokonania czynności mającej na celu obejście prawa i naruszającym zasady współżycia społecznego, co na podstawie art. 14 Pzp w związku z art. 58 § 1 i § 2 Kodeksu cywilnego nie zasługuje na ochronę prawną i jest czynnością nieważną.

Odwołujący wskazał, że interes do wniesienia odwołania wynika z tego, że obecne zapisy SIWZ naruszając zasadę uczciwej konkurencji i będąc w najwyższym stopniu nieadekwatne (nieproporcjonalne) do przedmiotu zamówienia uniemożliwiają Odwołującemu złożenie oferty. Więcej uwzględnienie odwołania na pierwotne zapisy SIWZ stanowi dowód na okoliczność, że Zamawiający przyznał, że warunki (oraz inne zapisy opisane w pierwszym odwołaniu) naruszały przepis ustawy Pzp.

Tym samym Odwołujący w ramach zarzutów podniósł, iż Zamawiający dokonał naruszenia następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 186 ust. 2 ustawy Pzp gdyż uwzględniając odwołanie na pierwotne zapisy SIWZ w całości nie wykonał on zgodnie z dyspozycją ustawy swojego obowiązku polegającego na modyfikacji SIWZ w sposób zgodny z żądaniami zawartymi w odwołaniu.
2. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję
3. art. 22 ust. od 1 do 4 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez wadliwe opisanie warunków uczestnictwa w postępowaniu oraz wadliwy opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków, które poprzez swoją stylizację ograniczają rażąco zasadę uczciwej konkurencji;
4. art. 41 pkt 7 ustawy Pzp z uwagi, na wadliwy opis warunków uczestnictwa w postępowaniu oraz wadliwy opis oceny spełnienia tych warunków (por. uwagi do punktu powyżej).
5. art. 29 ust. od 1 do 3 ustawy Pzp poprzez wadliwe opisanie przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wskazał, że ponawia swoje żądanie o uwzględnienie odwołania i nakazanie zmiany treści ogłoszenia i SIWZ w sposób który przywróci uczciwą konkurencję (dokonana zostanie zmiana warunków uczestnictwa w postępowaniu) w taki sposób, że będą one proporcjonalne do przedmiotu zamówienia i zakresem oraz treścią będą korespondowały z przedmiotem zamówienia, co umożliwi odwołującemu złożenie oferty w niniejszym postępowaniu.

Jednocześnie Odwołujący wniósł także o nakazanie dokonania modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia w sposób nie zagrażający zasadzie uczciwej konkurencji.

Z ostrożności Odwołujący podniósł, że uwaga tej samej treści że Odwołujący żąda uwzględnienia odwołania w sposób opisanym precyzyjnie w odwołaniu pojawiła się także w pierwszym odwołaniu, tym samym Zamawiający nie może twierdzić, że odwołujący nie sprecyzował żądania (sposobu) ewentualnej modyfikacji SIWZ (ergo kumulatywnie zapisów ogłoszenia).

1. W uzasadnieniu odwołania zostało wskazane, odnośnie zarzutu wadliwego stypizowania warunków uczestnictwa w postępowaniu (warunków podmiotowych), iż Zamawiający pierwotnie zastosował zapis:

„O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają następujące warunki: a) posiadają uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania; b) posiadają wiedzę i doświadczenie; c) dysponują odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia; d) znajdują się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia; e) wykażą wykonanie dostaw w ilości nie mniejszej niż 3 i o wartości każda powyżej kwoty 10 000 000 zł brutto w ciągu ostatnich trzech lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie; f) posiadają zdolność finansową pozwalającą na wykonanie zamówienia na kwotę co najmniej 10 000 000 zł; g) posiadają opłacone ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności na wartość sumy ubezpieczenia nie mniejszą niż 15 000 000 zł. 2. Zamawiający dokona oceny spełniania ww. warunków na zasadzie „spełnia - nie spełnia” na podstawie przedłożonych przez wykonawcę oświadczeń i dokumentów, o których mowa w pkt 7 SIWZ.

Odwołujący podniósł, iż po modyfikacji powyższy zapis ma następujące brzmienie:

Nie zmieniono ilości wymaganych dostaw tj. pozostało żądanie wykonania 3 dostaw i o wartości każdej 9 900 000 brutto w zakreślonym okresie. Oznacza to zmniejszenie ich wartości o 100 tysięcy złotych na kwocie 10 mln co uzasadnia twierdzenie, że jest to czynność pozorna mająca na celu obejście prawa.

Tak samo potraktowano kwestę zdolności finansowej, która obniżona o 100 tysięcy złotych, czyli podobnie o 1/100 jej całkowitej wysokości

Natomiast wymóg posiadania polisy oc z 15 mln została obniżona do 14 mln, co także nie stanowi zmiany zgodnej z żądaniem odwołującego, i nie jest uzasadnione ryzykiem związanym z realizacją kontraktów tego typu.

Odwołujący w odniesieniu do powyższego wskazał, iż żąda zatem modyfikacji tego warunku w sposób który będzie odpowiadał intencjom Zamawiającego, który chce partnerów

wiarygodnych i doświadczonych. Zatem Odwołujący wskazał, iż żądanie 3 dostaw jest żądaniem uprawnionym, lecz ich wartość powinna wynosić 2 mln każda, gdyż ze względu na charakter przedmiotu zamówienia wartość ta jest adekwatna do wymogów płynących z art. 22 ust. 4 Pzp oraz odpowiada „rzeczywistości rynkowej” i udzielanym zamówieniom w tym segmencie rynku, co pozwala jednocześnie zachować zasadę uczciwej konkurencji i zasadę równości pomiędzy podmiotami realizującymi tak szczególne (wąski rynek) zamówienia.

Odwołujący podtrzymał także żądanie o zmianę zapisu i zakreszenie zdolności finansowej na poziomie 4 mln złotych oraz wniósł o zmianę zapisu i obniżenie warunku posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej do kwoty takiej samej jak zdolność kredytowa czyli 4 mln złotych.

2. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 29 ust. od 1 do 3 ustawy Pzp, czyli dokonania wadliwego opisu przedmiotu zamówienia, w sposób który narusza zasadę uczciwej konkurencji i nie definiuje pojęcia równoważności Odwołujący wskazał, że Zamawiający zobowiązany jest dokonać opisu przedmiotu zamówienia sposobem jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu brak zdefiniowania, pomimo powierzchownej modyfikacji SIWZ, pojęcia oferty równoważnej (por. pkt 1, 4, 22, 25 tabeli oraz komentarz pod tabelą 2.2. rozdziału II).

Po pierwsze jako niedopuszczalne, w ocenie Odwołującego, należy przyjąć twierdzenie, co uczynił Zamawiający swoim zapisem SIWZ, że wszystkie nazwy własne użyte są wyłącznie w celu wskazania dostatecznie dokładnych określeń dla lepszego opisu przedmiotu zamówienia pod względem parametrów technicznych i funkcjonalnych. A także niedopuszczalne jest aby Zamawiający mógł poprzestać na twierdzeniu, że w przypadku gdy wskazano znak towarowy określonego producenta wykonawca może zaoferować produkt równoważny spełniający wymagania techniczne i funkcjonalne określone przez Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego po pierwsze zatem doszło do naruszenia wprost art. 29 ust. 3 ustawy Pzp który zabrania używania nazw własnych, znaków towarowych i patentów gdyż Zamawiający jako profesjonalista może dokonać opisu przedmiotu zamówienia w sposób prawidłowy poprzez użycie obiektywnych oznaczeń technicznych i funkcjonalnych, typu (klasa, lepkość oleju, rodzaj materiału z którego ma być wykonany izolator etc.)

Zdaniem Odwołującego najważniejsze jednak, że dla wypełnienia żądania Odwołującego o skonkretyzowanie, co Zamawiający ma na myśli pisząc o rozwiązaniach równoważnych odpowiada on w ten sposób, że mają to być rozwiązania równoważne ale spełniające wymagania techniczne i funkcjonalne. W ten sposób Zamawiający popadł w błąd logiczny „idem per idem” co ma fatalny wpływ w postaci naruszenia ustawy i nie wykonania żądań odwołania.

Jak zostało wskazane w uzasadnieniu takie postanowienia pozwolą na etapie oceny ofert dokonywać Zamawiającemu całkowicie arbitralnych ocen z eliminowaniem tych ofert, które w jego „mniemaniu” nie będą równoważne gdy tylko będą usiłowały spełnić wymagane parametry przy użyciu innej „nomenklatury”, niż ściśle użyta przez Zamawiającego w SIWZ.

Zważyć bowiem należy, że przedmiot zamówienia jest bardzo specjalistyczny i dopuszczenie prawa Zamawiającego do tak arbitralnej oceny graniczy z niczym nieograniczoną swobodą oceny, która w ten sposób może utrudnić uczciwą konkurencję, a ze względu na brzmienie art. 29 ust. 2 ustawy Pzp utrudnienie uczciwej konkurencji, nawet bez konieczności dowodu, że faktycznie to ograniczenie nastąpiło stanowi przyczynę aby Krajowa Izba Odwoławcza nakazała sprecyzowanie przez zamawiającego co rozumie on pod pojęciem oferty równoważnej.

W tym stanie rzeczy, w ocenie Odwołującego, odwołanie jest zasadne i w pełni usprawiedliwione - zatem wnosi o jego uwzględnienie w całości.

Izba ustaliła, że podstawą wniesienia odwołania była czynność Zamawiającego polegająca na wykonaniu czynności w postaci modyfikacji zapisów ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ w sposób niezgodny z żądaniem zawarty w uwzględnionym przez Zamawiającego odwołaniu wniesionym przez tego samego Odwołującego w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu, dokonaną przez Zamawiającego modyfikacją SIWZ, aktami postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2285/11, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody na skutek czynności Zamawiającego. Odwołujący w odwołaniu wskazał, iż obecne zapisy SIWZ naruszają zasadę uczciwej konkurencji i będąc nieadekwatnymi (nieproporcjonalnymi) do przedmiotu zamówienia uniemożliwiają mu złożenie oferty.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, przekazanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ wraz z załącznikami, dokonanej przez Zamawiającego modyfikacji postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ, korespondencji prowadzonej w ramach postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia publicznego, jak również akt postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2285/11 oraz ze stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w trakcie rozprawy.

Izba uwzględniła również jako dowód przekazaną na etapie rozprawy przez Zamawiającego dokumentację dotyczącą określenia szacunkowej wartości zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje.

W niniejszym stanie faktycznym jest kwestią bezsporną, iż dokonana przez Zamawiającego modyfikacja SIWZ oraz treści ogłoszenia o zamówieniu, a więc czynność Zamawiającego, została dokonana niezgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu POWER ENGINEERING S.A. z dnia 24.10.2011 r. (sygn. akt KIO 2285/11). Wszakże w ramach powyższego środka ochrony prawnej zostały przez Odwołującego sprecyzowane żądania, które określały jaka treść ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ, zdaniem tego ostatniego, będzie dopuszczalna w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jak wyżej wskazano powyższa okoliczność jest bezsporna i została potwierdzona przez Zamawiającego w toku rozprawy.

Zamawiający w pierwotnej treści ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ zawarł następujące zapisy kwestionowane przez Odwołującego:

1. W SIWZ w Rozdziale I Instrukcji dla wykonawców w pkt 6 zatytułowanym „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków” w ppkt 6.1. lit. e), f) oraz g) oraz w ogłoszeniu o zamówieniu w sekcji III pkt 2.1.1. lit. e), f) oraz g) wskazał, iż: o wykonanie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają następujące warunki:

e) wykażą wykonanie w ilości nie mniejszej niż 3 i o wartości każda powyżej kwoty 10 000 000 zł brutto w ciągu ostatnich trzech lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie;

f) posiadają zdolność finansowa pozwalającą na wykonanie zamówienia na kwotę co najmniej 10 000 000 zł;

g) posiadają opłacone ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności na wartość sumy ubezpieczenia nie mniejszą niż 15 000 000 zł.

2. W SIWZ w Rozdziale II zatytułowany „opis przedmiotu zamówienia” w pkt 2.2. zatytułowanym „wyposażenie transformatorów” zawarł następujące zapisy w kolumnie zatytułowanej „Nazwa wyposażenia”:

Poz. 1. Przełącznik zacze­pów (prod. f-my Maschinenfabrik Reinhausen GmbH lub równoważny);

Poz. 4. Izolatory przepustowe GN, N i DN (prod. Firmy Haffely lub ABB typu GOB lub równoważne);

Poz. 22. Tabliczka znamionowa i schematowa na zewnątrz transformatora wykonana z metalu nierdzewnego z opisami wykonanymi przez wyłaczanie lub w technologii metalfoto lub innej równoważnej (...);

Poz. 25. Olej elektroizolacyjny NYTRO firmy NYNAS lub równoważny (...).

Pod tabelą zawartą w pkt 2.2. Rozdziału II SIWZ Zamawiający zawarł zapis, iż: „Zamawiający jednocześnie dopuszcza produkty równoważne o takich samych bądź lepszych parametrach”.

W Rozdziale I SIWZ zatytułowany „Informacja dla wykonawców” Zamawiający wskazał w pkt 3 zatytułowanym „Przedmiot zamówienia”, iż przedmiotem zamówienia jest dostawa transformatorów WN/SN dla potrzeb ENEA Operator w 2012 r. Przedmiot zamówienia obejmuje dostawę 11 szt. transformatorów WN/SN (...).

Ponadto Zamawiający w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia dokonał w Rozdziale II zatytułowanym „opis przedmiotu zamówienia” określenia norm jakościowych wskazując w pkt 1.1. zatytułowanym „Normy, atesty i certyfikaty”, że transformatory powinny być wykonane zgodnie z obowiązującymi przepisami i normami oraz posiadać atesty lub certyfikaty dopuszczające do stosowania w Polsce wydane przez upoważnioną instytucję. W szczególności transformatory powinny spełniać wymagania wymienionych norm aktualnych na dzień przedłożenia oferty:

- a) PN-EN 60076-1:2001 Transformatory – wymagania ogólne;
- b) PN-EN 60076-1:2001/A1:2002(U) Transformatory – Wymagania ogólne;
- c) PN-EN 60076-1:2001/A12:2004 Transformatory – wymagania ogólne;
- d) PN-EN 60076-2:2001 Transformatory – Przyrosty temperatury;
- e) PN-EN 60076-3:2002 Transformatory – część 3: Poziomy izolacji, próby wytrzymałości elektrycznej i zewnętrzne odstęp­y izolacyjne w powietrzu;

- f) PN-EN 60076-3:2002/Ap1:2004 Transformatory – część 3: Poziomy izolacji, próby wytrzymałości elektrycznej i zewnętrzne odstępy izolacyjne w powietrzu;
- g) PN-EN 60076-4:2004 Transformatory – część 4: Przewodnik do prób udarem piorunowym i udarem łączeniowym – Transformatory i dławiki;
- h) PN-EN 60076-5:2006(U) Transformatory – Część 5: Wytrzymałość zwarciowa;
- i) PN-EN 60076-10:2003 Transformatory – Część 10: Wyznaczenie poziomów dźwięku.

Zamawiający w powyższym punkcie wskazał ponadto, iż dopuszcza rozwiązania równoważne, zaś w przypadku gdy wymagania tej specyfikacji przekraczają wymagania obowiązujących norm, decydujące są wymagania specyfikacji. Następnie wskazał, iż dopuszcza jednocześnie produkty równoważne o takich samych bądź lepszych parametrach.

W odniesieniu do poszczególnych elementów składowych transformatora określił poszczególne parametry techniczne w części II SIWZ w pkt 2.1. zatytułowanym „Parametry znamionowe” oraz w pkt 2.2 zatytułowanym „wyposażenie transformatorów”.

Odwołujący – POWER ENGINEERING S.A. w treści odwołania z dnia 24.10.2011 r. o sygn. akt KIO 2285/11 wskazał, iż wnosi o nakazanie zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ w sposób który przywróci uczciwą konkurencję opisany poniżej (dokonana zostanie zmiana warunków udziału uczestnictwa w postępowaniu) w taki sposób, że będą one proporcjonalne do przedmiotu zamówienia i zakresem oraz treścią będą korespondowały z przedmiotem zamówienia, co umożliwi odwołującemu złożenie oferty w niniejszym postępowaniu. Jednocześnie Odwołujący wniósł o nakazanie dokonania modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia w sposób nie zagrażający zasadzie uczciwej konkurencji.

W uzasadnieniu odwołania z dnia 24.10.2011 r. zostało sprecyzowane w zakresie warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia, że w pełni wystarczające byłoby gdyby Zamawiający żądał wykazania się np. dostawami 7 transformatorów, co byłoby odniesieniem do wcześniej udzielanych zamówień przez tego samego zamawiającego w 2011 r. o łącznej wartości 8 mln złotych. Następnie Odwołujący podniósł, iż w zamówieniu z tego roku na 7 sztuk takich samych transformatorów jak w obecnym przetargu, w SIWZ Zamawiający żądał 3 dostaw po 2 miliony każda. W odniesieniu do zdolności finansowej w żądanej przez Zamawiającego wysokości 10 000 000 zł wniósł o zmianę zapisu i określenie zdolności finansowej na poziomie 4 mln złotych. W zakresie koniczności dysponowania polisą ubezpieczeniową na kwotę 15 000 000 złotych Odwołujący wniósł o zmianę zapisu i obniżenie warunku posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej do kwoty takiej samej jak zdolność kredytowa czyli 4 mln złotych. W odniesieniu do zapisów SIWZ odnoszących się do przedmiotu zamówienia Odwołujący w

odwołaniu z dnia 24.10.2011 r. wskazał, iż wnosi aby Krajowa Izba nakazała sprecyzowanie przez zamawiającego co rozumie on pod pojęciem oferty równoważnej.

Zamawiający pismem z dnia 03.11.2011 r., doręczonym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w tym samym dniu i dotyczącym postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2285/11, zatytułowanym „Odpowiedź zamawiającego na odwołanie” wskazał, iż działając na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp oświadcza, iż uwzględni w całości zarzuty wskazane w odwołaniu wniesionym przez Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu.

W ramach postępowania o sygn. akt KIO 2285/11 Krajowa Izba Odwoławcza wydała w dniu 4 listopada 2011 r. orzeczenie w postaci postanowienia umarzającego postępowanie odwoławcze na podstawie art. 186 ust. 2 zdanie 1 ustawy Pzp, ze względu na fakt, iż żaden z wykonawców nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego. Tym samym, biorąc pod uwagę podstawę wydania orzeczenia w sprawie o sygn. akt KIO 2285/11 zastosowanie ma art. 186 ust. 2 zdanie 2 ustawy Pzp, który stanowi, iż w takim wypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

W dniu 04.11.2011 r. Zamawiający zamieścił na stronie internetowej modyfikację SIWZ (znak pisma DI/IM/DN/2011/751), w ramach której dokonał następujących zmian jej treści, w zakresie kwestionowanym w odwołaniu z dnia 14.11.2011 r. o sygn. akt KIO 2439/11:

Pkt 6.1. otrzymuje brzmienie:

e) wykażą wykonanie dostaw podobnych w ilości nie mniejszej niż 3 i o wartości każda powyżej kwoty 9 900 000,00 zł brutto w ciągu ostatnich trzech lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, jako dostawy podobne rozumie się dostawy transformatorów WN/SN;

f) posiadają zdolność finansową pozwalającą na wykonanie zamówienia na kwotę co najmniej 9 900 000 zł;

g) posiadają opłacone ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności na wartość sumy ubezpieczenia nie mniejszą niż 14 000 000,00 zł.

W tabeli 2.2. rozdziału II SIWZ Zamawiający w pozycjach 1, 4, 22 oraz 25 usunął zapis „lub równoważne” oraz „lub równoważne”.

W zakresie komentarza pod tabelą 2.2. rozdziału II SIWZ Zamawiający dokonał modyfikacji wprowadzając następujący zapis: Wszelkie nazwy własne użyte są wyłącznie w celu wskazania dostatecznie dokładnych określeń dla lepszego opisu przedmiotu zamówienia pod względem

parametrów technicznych i funkcjonalnych. Jednocześnie Zamawiający informuje, iż w przypadku gdy wskazano znak towarowy określonego producenta Wykonawca może zaoferować produkt równoważny, spełniający wymagania techniczne i funkcjonalne określone przez Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie należy wskazać, iż powyższe okoliczności i ustalenia należało również ocenić w kontekście jednej z przesłanek odrzucenia odwołania. Wszakże zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby Jeżeli odwołanie, które zamawiający uwzględnił, zawierało szereg zarzutów i tym samym powiązanych z nimi żądań wykonanie przez zamawiającemu czynności niezgodnie z którymkolwiek z żądań zawartych w uwzględnionym odwołaniu powoduje, iż odpada przesłanka z art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp – jednocześnie stanowiąc naruszenie art. 186 ust. 2 zdanie 2 ustawy Pzp.

Powyższe spowodowało, iż niniejsze odwołanie podlegało merytorycznemu rozpoznaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę ustalenia faktyczne Izba stwierdziła, iż w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w wyniku powtórzeniu czynności na skutek uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania z dnia 24.10.2011 r. o sygn. akt KIO 2285/11, doszło do naruszenia przez Zamawiającego dyspozycji wyrażonej w art. 186 ust. 2 zdanie 2 ustawy Pzp.

Izba wskazuje, że czynność uwzględnienia odwołania przez zamawiającego winna być czynnością przemyślaną i racjonalną. Za niewłaściwe postępowanie należy uznać uwzględnienie przez zamawiającego odwołania, którego żądania obejmują czynności sprzeczne z prawem. Jednakże Zamawiający wykonując powtórzone czynności wbrew żądaniom zawartym w uwzględnionym odwołaniu naraża się na zarzut naruszenia art. 186 ust. 2 lub 3 ustawy Pzp i tym samym merytoryczne rozpoznanie odwołania wniesionego wobec powtórzonych czynności.

Systematyka ustawy Pzp oraz rola czynności polegającej na uwzględnieniu odwołania wskazują, iż czynność ta jest elementem procedury odwoławczej i art. 186 ust. 2 i 3 ustawy Pzp ma częściowo charakter formalny. Wynika to z faktu powiązania normy prawnej wyrażonej w powyższym przepisie z instytucją uregulowaną w art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp. Tym samym ewentualne naruszenie powyższego przepisu jest badane i oceniane przez Izbę na etapie formalnej kontroli odwołania i decyduje o możliwości lub braku możliwości jego merytorycznego rozpoznania.

Izba stoi na stanowisku, iż Zamawiający każdorazowo jest uprawniony do samodzielnej konwalidacji dokonanych przez siebie czynności, jak również jest zobligowany, co jednoznacznie

wynika z art. 186 ust. 2 i 3 ustawy Pzp do powtórzenia czynności w wyniku uwzględnienia środka ochrony prawnej zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu. W obu tych przypadkach czynności powtórzone winny być zgodne z przepisami ustawy Pzp i względem tych przepisów oceniane. Nie sposób wszakże uznać, iż Zamawiający uwzględniając odwołanie ma obowiązek wykonać czynności sprzeczne z prawem. Dlatego też, jak wskazano powyższej, czynność uwzględnienia odwołania winna być przemyślana i świadoma.

Odmienne jednak, w przypadku uwzględnienie odwołania na podstawie art. 186 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, sytuacja kształtuje się w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu oraz opisu przedmiotu zamówienia. Ustalenie sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu należy do czynności dyspozytywnych zamawiającego, gdyż ustawodawca, pozostawiając w tym względzie pełną swobodę, nie nakłada na Zamawiającego obowiązku ustalania i precyzowania spełnienia warunków w odniesieniu do wszystkich dopuszczalnych obszarów zakreślonych w art. 22 ust. 1 pkt 1 – 4 ustawy Pzp i na maksymalnym poziomie odpowiadającym i ograniczonym zakresem przedmiotu zamówienia. Wszakże uregulowana w art. 22 ust. 4 ustawy Pzp zasada proporcjonalności i adekwatności odnosi się do maksymalnego sprecyzowania warunków a nie do jego minimalnego brzmienia. Tym samym Zamawiający może w ogóle nie precyzować warunków udziału w postępowaniu i nie musi tego czynić na maksymalnym poziomie zakreślonym zakresem przedmiotu zamówienia. W odniesienie do opisu przedmiotu zamówienia ustawa Pzp zawiera normy o charakterze *ius cogens* nie dające zamawiającemu swobody w kształtowaniu zapisów odnoszących się do tego elementu dokumentacji postępowania. Zamawiający ma bowiem obowiązek dokonania opisu przedmiotu zamówienia i to w określony precyzyjnie przez ustawodawcę sposób .

Tym samym w przypadku sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, wbrew twierdzeniom Zamawiającego podniesionym w toku rozprawy, Zamawiający dokonując czynności uwzględnienia odwołania na mocy art. 186 ust. 2 zdanie 2 ustawy Pzp jest związany wszystkimi żądaniami zawartymi w uwzględnionym środku ochrony prawnej. Jego uwzględnienie ma bowiem charakter dyspozytywny i jest ograniczone jedynie treścią art. 22 ust. 4 oraz 7 ust. 1 ustawy Pzp. Jak wyżej wspomniano ustalenie sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu jest czynnością dyspozytywną i ustawa Pzp, poza granicami maksymalnymi w odniesieniu do warunków, nie określa ich granic minimalnych. Wobec powyższego Zamawiającemu nie przysługują uprawnienia Izby, wynikające z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania jest on związany zarówno zarzutami jak i żądaniami zawartymi w odwołaniu – jeżeli ma możliwość swobodnego kształtowania postanowień SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu. Tylko Krajowa Izba Odwoławcza w ramach rozpoznawania środka ochrony prawnej może modyfikować żądania odwołującego i oceniać je w odniesieniu do całokształtu postępowania przetargowego przy uwzględnieniu przepisów ustawy Pzp, gdyż na mocy art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp może nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności

zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego – będąc związaną jedynie zarzutami na mocy art. 192 ust. 7 ustawy Pzp.

Jak wyżej wskazano odmienna sytuacja ma miejsce w przypadku opisu przedmiotu zamówienia, gdyż w tym wypadku, niezależnie czy powtórzone przez Zamawiającego czynności są wynikiem samodzielnej ich konwalidacji, czy też wynikiem uwzględnienia odwołania, są oceniane każdorazowo pod kątem ich zgodności z przepisami ustawy Pzp, gdyż w tym wypadku ustawa nie pozostawia zamawiającemu takiej swobody w kształtowaniu tych postanowień jak czyni to w odniesieniu do opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

1. W tym stanie faktyczny Izba stwierdzając naruszenie przez Zamawiającego art. 186 ust. 2 zdanie 2 ustawy Pzp, biorąc pod uwagę treść art. 192 ust. 2 ustawy Pzp uwzględnia odwołanie oraz w oparciu o treść art. art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp może nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba, w ramach kompetencji wynikających z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, dokona oceny żądań Odwołującego w zakresie opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przy uwzględnieniu okoliczności faktycznych niniejszej sprawy, stosownie do treści art. 191 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba wskazuje również, iż Odwołujący może na każdym etapie postępowania odwoławczego zmodyfikować swoje żądania. Odwołujący w odwołaniu wniesionym w dniu 14.11.2011 r. wskazał, w zakresie warunku dotyczącym doświadczenia, iż żąda zatem modyfikacji tego warunku w sposób, który będzie odpowiadał intencjom Zamawiającego, zatem wniósł o określenie tego warunku na poziomie 3 dostaw ale o wartości 2 mln każda. Odwołujący w pełni podtrzymał zmianę w zakresie zdolności finansowej oraz warunku posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej na poziomie 4 mln złotych.

Jeżeli zatem Odwołujący w ramach wniesionych środków ochrony prawnej wniósł o określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia na poziomie 3 dostaw o wartości 2 mln złotych każda oraz w zakresie zdolności finansowej oraz ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej na poziomie 4 mln złotych Izba uznała za stosowne uczynienie zadość powyższym żądaniom.

Izba uwzględniając żądania w zakresie wskazanym przez Odwołującego we wniesionych środkach ochrony prawnej miała na uwadze okoliczność, iż uwzględnienie odwołania, zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, następuje jedynie w przypadku stwierdzenia naruszenia przepisów, które to naruszenia miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Izba w ramach niniejszego środka ochrony prawnej stwierdziła, w odniesieniu do opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, naruszenie przez Zamawiającego art. 186 ust. 2 zdanie 2 ustawy Pzp. Ponadto, jak wynika z uzasadnienia przez Odwołującego spełnienia przesłanki interesu w uzyskaniu zamówienia, określonej w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, pierwotne i

zmodyfikowane zapisy w odniesieniu do warunków udziału uniemożliwiają Odwołującemu udział w postępowaniu. Tym samym należy wskazać, iż na etapie środka ochrony prawnej dotyczącego postanowień SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu poprzez wpływ na wynik postępowania w rozumieniu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp należy rozumieć samą możliwość udziału w postępowaniu wynikającą z możliwości spełnienia warunków udziału. Tym samym tylko uczynienie zadość żądaniom Odwołującego, w zakresie warunków udziału w postępowaniu, umożliwi Odwołującemu udział w postępowaniu i tym samym otrzyma on szansę na uzyskanie zamówienia.

W zakresie żądań dotyczących warunków udziału w postępowaniu Izba uznała, iż biorąc pod uwagę fakt uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania z dnia 24.10.2011 r. o sygn. akt 2285/11 w całości Zamawiający był na mocy art. 186 ust. 2 zdanie 2 ustawy Pzp związany tymi żądaniami w całości. Norma prawna wyrażona w art. 22 ust. 4 ustawy Pzp stanowi, że opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Jak wyżej wskazano wykładnia celowościowa normy prawnej wyrażonej w art. 22 ust. 4 ustawy Pzp pozwala na stwierdzenie, że opis warunków nie może być bardziej rygorystyczny niż pozwala na to przedmiot zamówienia. Jednakże może być on bardziej liberalny dla wykonawców niż wynika to z opisu przedmiotu zamówienia.

Tym samym, biorąc pod uwagę okoliczności niniejszej sprawy, w tym w szczególności uwzględnienie przez Zamawiającego w całości zarzutów zawartych w odwołaniu o sygn. akt KIO 2285/11 Izba uwzględniła w całej rozciągłości żądania Odwołującego w tym zakresie.

Uwzględniając te żądania Izba wzięła również pod uwagę stanowisko wyrażone przez Odwołującego na rozprawie o sygn. akt KIO 2439/11 oraz w ramach odwołania z dnia 14.11.2011 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2439/11.

W tym miejscu, jedynie na marginesie należy wskazać, iż biorąc pod uwagę wartość szacunkową zamówienia oraz zakres przedmiotowy - zarówno pierwotnie określone w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ, jak również określone w ramach modyfikacji postanowienia dotyczące warunków udziału w postępowaniu nie naruszały dyspozycji normy prawnej wyrażonej w art. 22 ust. 4 ustawy Pzp. Należy również wskazać, iż żądania Odwołującego odnoszące się do opisu sposobu spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie są sprzeczne z prawem i powodują one jedynie zliberalizowanie warunków, które umożliwiają ubieganie się o zamówienie szerszemu kręgowi podmiotów, w tym Odwołującemu. Jednakże dyspozytywna czynność Zamawiającego – jaką był uwzględnienie odwołania z dnia 24.10/2011 r. sygn. akt KIO 2285/11 spowodowała, iż Zamawiający doprowadził do zliberalizowania tych zapisów.

2. W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 1 – 3 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wadliwe opisanie przedmiotu zamówienia mające swoje miejsce w ramach modyfikacji SIWZ Izba uznała, iż nie zasługuje on na uwzględnienie.

Biorąc pod uwagę fakt, iż odmiennie niż w przypadku opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, w zakresie opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający jest związany przepisami o charakterze *ius cogens* Izba dokonaną przez Zamawiającego modyfikację oceniła w odniesieniu do norm prawa materialnego sformułowanych w odwołaniu o sygn. akt KIO 2439/11 (art. 29 ust. 1 – 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). W tym wypadku samo naruszenie przez Zamawiającego art. 186 ust. 2 zdanie 2 ustawy Pzp nie jest wystarczające dla uwzględnienia żądań zawartych we wniesionych przez Odwołującego środkach ochrony prawnej. Wszakże zaskarżona w odwołaniu czynność Zamawiającego w zakresie opisu przedmiotu zamówienia oraz żądanie jej modyfikacji sformułowane przez Odwołującego nie może być ocenione w oderwaniu od przepisów prawa regulujących kwestie związaną z opisem przedmiotu zamówienia.

W odniesieniu do żądania dotyczącego kwestii równoważności należy uznać, iż jego sformułowanie oraz okoliczności niniejszej sprawy nie umożliwiają jego uwzględnienia.

Po pierwsze sformułowane przez Odwołującego żądanie jest nieprecyzyjne i niedookreślone. W zakresie kwestii równoważności odnoszącej się do opisu przedmiotu zamówienia Odwołujący wskazał, że wnosi aby Krajowa Izba Odwoławcza nakazała sprecyzowanie przez Zamawiającego co rozumie on pod pojęciem oferty równoważnej.

Po drugie, w ocenie Izby, biorąc pod uwagę stanowisko Zamawiającego wyrażone na rozprawie, jak również dokonaną przez Zamawiającego modyfikację SIWZ należy uznać, iż obecne zapisy SIWZ czynią zadość tak sformułowanym żądaniom Odwołującego i nie stanowią naruszenia art. 29 ust. 1 – 3 ustawy Pzp.

Izba wskazuje, iż pożądane cechy oferowanego przez wykonawców produktu winny zostać precyzyjnie określone. Ich ogólne sformułowanie prowadzi bowiem do sytuacji, iż wykonawcy oferując produkt o zbliżonych cechach będą oczekiwać uznania go za odpowiadający założonym ogólnym parametrom, tj. uznania go za równoważny. Tym samym Zamawiający dopuszczając złożenie oferty na produkt równoważny winien wskazać, jakie cechy powinien on spełniać, aby mógł być za taki uznany. Znaczny stopień doprecyzowania wymagań umożliwia precyzyjną ocenę spełnienia warunku równoważności, tym samym umożliwia Zamawiającemu w większym stopniu podjęcie prawidłowej decyzji w tym zakresie. Jest to o tyle istotne, że na podstawie swoich wymagań określonych wyraźnie w SIWZ Zamawiający będzie mógł ocenić, czy złożone oferty na produkt równoważny są zgodne z treścią SIWZ.

Izba ustaliła, iż Zamawiający do opisu przedmiotu zamówienia użył norm jakościowych. Ponadto w odniesieniu do poszczególnych elementów składowych transformatora (przełączniki, izolatory, olej), których opis był kwestionowany przez Odwołującego, określił wymagania techniczne i funkcjonalne precyzując szereg parametrów technicznych. Tym samym, w ocenie

Izby, nie sposób uznać, iż dokonany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia narusza art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Wszakże dokonany przez Zamawiającego opis został sporządzony przy użyciu cech technicznych i jakościowych, z zachowaniem Polskich Norm przenoszących normy europejskie stosownie do wymagań określonych w art. 30 ust. 1 ustawy Pzp. Jak wskazał w toku rozprawy Zamawiający określone dla poszczególnych elementów transformatora wymagania techniczne są wyższe niż określone we wskazanych w SIWZ normach – zatem mają one pierwszeństwo przed tymi normami. W ocenie Izby taki sposób dokonania opisu przedmiotu zamówienia jest dla profesjonalnych uczestników rynku tego typu zamówień w pełni zrozumiały i jednoznaczny. Jak słusznie wskazał w toku rozprawy Zamawiający na stronie 19 SIWZ znajduje się zapis, iż jeżeli wymagania zawarte w SIWZ przekraczają wymagania zawarte w normach zastosowanie mają zapisy SIWZ. Powyższy zapis wskazuje jednoznacznie jaka jest hierarchia wymogów Zamawiającego odnoszących się do przedmiotu zamówienia.

Kolejną kwestią wymagającą oceny są zapisy dotyczące opisu przedmiotu zamówienia w odniesieniu do postanowień art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

W tym wypadku na uwagę zasługuje zmodyfikowany przez Zamawiającego w dniu 04.11.2011 r. zapis znajdujący się w Rozdziale II SIWZ pod tabelą 2.2., który posiada następującą treść: „Jednocześnie Zamawiający informuje, iż w przypadku gdy wskazano znak towarowy określonego producenta Wykonawca może zaoferować produkt równoważny, spełniający wymagania techniczne i funkcjonalne określone przez Zamawiającego”. W tym miejscu nie sposób uznać, wbrew twierdzeniom Odwołującego, iż Zamawiający nie odniósł pojęcia równoważności do poszczególnych i ściśle sprecyzowanych parametrów jakościowych i funkcjonalnych. Na uwagę bowiem zasługuje kwestia, iż pierwotne brzmienie zapisów odnoszących się do równoważności dotyczyło nazw własnych przykładowych produktów, zaś w wyniku dokonanej przez Zamawiającego w dniu 04.11.2011 r. modyfikacji odnosi się jedynie do określonych w dokumentacji postępowania wymagań technicznych i funkcjonalnych. Wszakże w ramach modyfikacji Zamawiający usunął znajdujące się pierwotnie obok nazw własnych produktów zapisy dotyczące równoważności. Należy również wskazać, iż dokumentacja zawierająca opis przedmiotu zamówienia odnosi się do norm technicznych, które zawierają szczegółowe wymagania techniczne i funkcjonalne, jak również zawiera w odniesieniu do poszczególnych elementów składowych transformatora takie wymagania. Tym samym zapis znajdujący się pod tabelą 2.2. dotyczący równoważności należy odnieść do określonych przez Zamawiającego wymagań technicznych i funkcjonalnych – co jednoznacznie wynika z treści tego zapisu.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, iż dokonana przez Zamawiającego w dniu 04.11.2011 r. modyfikacja SIWZ w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia czyni zadość żądaniom Odwołującego i nie narusza art. 29 ust. 1 – 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Wobec powyższego uwzględnienie przez Izbę zarzutu naruszenia art. 186 ust. 2 zdanie 2 ustawy Pzp powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. 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) w tym w szczególności § 5 ust. 2 pkt 1.

Przewodniczący:

.....

