

**Wyrok**

**z dnia 10 stycznia 2019 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Beata Pakulska-Banach**

**Protokolant: Marta Słoma**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 21 grudnia 2018 roku i 8 stycznia 2019 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 grudnia 2018 roku przez wykonawcę: **ABB Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, w postępowaniu prowadzonym przez: **Tauron Dystrybucja S.A. z siedzibą w Krakowie**,

przy udziale: wykonawcy **Siemens Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **ABB Sp. z o.o. z siedzibą 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 wykonawcę **ABB Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od wykonawcy **ABB Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** na rzecz zamawiającego **Tauron Dystrybucja S.A. z siedzibą w Krakowie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986, 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 Krakowie.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Tauron Dystrybucja S.A. z siedzibą w Krakowie (zwana dalej: „zamawiającym”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego (zamówienie sektorowe) w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania pn.: *Dostawa wyłączników WN 110 kV w izolacji SF6 – numer referencyjny 2018/TD-CN/TD-CN/03163/S* na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986, ze zm.) - zwanej dalej: „ustawą Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23 sierpnia 2018 roku pod numerem 2018/S 161-369136. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Zamawiający pismem z dnia 29 listopada 2018 roku poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyniku postępowania, tj. o wyborze oferty najkorzystniejszej – oferty złożonej przez wykonawcę Siemens Sp. z o.o.

W dniu 10 grudnia 2018 roku wykonawca ABB Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwana dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności oraz zaniechań zamawiającego polegających na:

- 1) zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Siemens Sp. z o.o., pomimo, że oferta ta jest niezgodna z opisem przedmiotu zamówienia i jako taka powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, art. 82 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp;
- 2) wyborze oferty Siemens Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w postępowaniu, pomimo, że oferta ta powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, co stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 oraz art. 82 ust. 3 ustawy Pzp;
- 3) zaniechaniu wezwania Siemens Sp. z o.o. do złożenia dokumentów potwierdzających, że wskazany w ofercie produkt spełnia wymogi określone przez zamawiającego w SIWZ, a także zaniechaniu wezwania Siemens Sp. z o.o. do przedłożenia sprawozdań, raportów i wyników badań potwierdzających wykonanie pełnego badania w celu zweryfikowania parametrów oferowanych wyłączników oraz potwierdzenia pozytywnego wyniku badań, w sytuacji, gdy przedstawiony przez Siemens Sp. z o.o. certyfikat zgodności wywołuje wątpliwości co do zgodności oferowanego urządzenia

ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, co stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z § 13 rozporządzenia Ministra Rozwoju Regionalnego w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp;

- 4) zaniechania dokonania czynności polegającej na wyborze oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu, pomimo, że oferta odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą w świetle kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ spośród ofert złożonych w postępowaniu, a nie podlegających odrzuceniu, co stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp.

W oparciu o powyższe zarzuty odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty Siemens Sp. z o.o.;
- 2) dokonanie ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu;
- 3) wezwania Siemens Sp. z o.o. do złożenia próby typu potwierdzającej spełnianie przez oferowany wyłącznik wymagań określonych w SIWZ;
- 4) odrzucenie oferty Siemens Sp. z o.o. w postępowaniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp;
- 5) dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez odwołującego.

Ponadto, odwołujący wnosił o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podnosił, co następuje.

Odwołujący wskazywał, że zgodnie z pkt 2.1 i 2.2 SIWZ przedmiotem postępowania jest dostawa fabrycznie nowej aparatury łączeniowej - wyłączników mocy WN 110 kV w izolacji SF6 na potrzeby TAURON Dystrybucja S.A., zaś szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został określony we wzorze umowy, stanowiącej załącznik nr 6 do SIWZ. Z kolei zgodnie z pkt 3.7.1 SIWZ zamawiający wymagał, aby oferowany produkt spełniał wymagane przez zamawiającego parametry techniczno-użytkowe określone w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia. W załączniku nr 6 do wzoru umowy zamawiający określił w pkt 4 wymagania techniczne dla obwodów pierwotnych wyłączników 110 kV. Zgodnie z pkt 4.1 wyłączniki 110 kV powinny spełniać wymagania oraz posiadać parametry znamionowe nie gorsze od wymienionych w tabeli w tym punkcie. W pozycji 13 w tabeli dla prądu znamionowego wyłączalnego linii napowietrznej w stanie jałowym określono parametr 31,5 A.

Wykonawca mógł złożyć ofertę zawierającą parametr nie gorszy niż określony przez zamawiającego.

Następnie, odwołujący podał, że zamawiający w dniu 17 października 2018 roku, działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał Siemens Sp. z o.o. do wyjaśnienia rozbieżności w treści złożonych dokumentów, gdyż z karty katalogowej dołączonej do oferty wynikało, że Siemens Sp. z o.o. zaoferował produkt o parametrze 31,5 A dla prądu znamionowego wyłączalnego linii napowietrznej w stanie jałowym, tymczasem ze złożonego certyfikatu zgodności nr 080/2015 wynikało, że zaoferowany wyłącznik charakteryzuje się parametrem 50 A w tym zakresie. Wykonawca Siemens Sp. z o.o. w dniu 23 października 2018 r. złożył wyjaśnienia, oświadczając, że zaoferowany wyłącznik w zakresie prądu znamionowego wyłączalnego linii napowietrznej w stanie jałowym faktycznie spełnia wartość 50 A, tj. nie gorszą (lepszą) od wymaganej w specyfikacji przetargowej.

W ocenie odwołującego, wykonawca Siemens Sp. z o.o. zaoferował wyłącznik o parametrze gorszym niż wymagany przez zamawiającego.

Odwołujący stwierdził, że zamawiający nie określił czy oferowany przez wykonawców parametr ma być wyższy, niższy czy równy wymaganemu przez niego w tabeli, brak bowiem analogicznego jak np. w pozycji 4 tabeli znaku równości. Zamawiający nie wskazał również w treści SIWZ jakie parametry będą decydować o uznaniu zaoferowanego rozwiązania za „nie gorsze”. Zdaniem odwołującego, oznacza to, że aby oferta mogła zostać uznana za zgodną z opisem przedmiotu zamówienia, powinna charakteryzować się parametrami co najmniej takimi jak określił zamawiający lub lepszymi jakościowo, funkcjonalnie oraz użytkowo. Odwołujący podkreślił, że zamawiający przez sam fakt uznania, że parametr prądu znamionowego wyłączalnego linii napowietrznej w stanie jałowym ma wyższy współczynnik niż wymagany przez niego w opisie przedmiotu zamówienia uznał, że jest on parametrem lepszym, bez oceny czy zaoferowany parametr faktycznie ma wyższą wartość jakościową, funkcjonalną lub użytkową.

W dalszej kolejności odwołujący podniósł, że zgodnie z posiadaną przez niego wiedzą, wartość prądu znamionowego wyłączalnego linii napowietrznej w stanie jałowym dla wyłącznika w izolacji SF6 równa 31,5 A jest lepsza niż wartość 50 A. Wyłącznik zaprojektowany, przebadany i oznaczony na wartość prądu nieobciążonej linii napowietrznej 31,5 A (lub mniejszej) przy przejściu prądu przez zero nie zrywa go. Wyłącznik zaprojektowany, przebadany i oznaczony na wartość prądu nieobciążonej linii napowietrznej 50 A, będzie zrywał (ucinał) niższe prądy czemu towarzyszą wysokie przepięcia łączeniowe, groźne dla izolacji innych urządzeń w podstacji 110 kV.

Odwołujący podał, że w świetle pozycji 6.111.9.1 Normy PN-EN 62271-100, która była obligatoryjna dla wykonawców w postępowaniu, wymagane jest, aby po wyłączeniu prądu pojemnościowego nieobciążonej linii napowietrznej o wartości 31,5 A lub mniejszej, napięcie powrotne TRV o częstotliwości 50Hz przekraczało amplitudę 300 kV (napięcie dwa razy większe niż robocze). Ponadto, odwołujący wskazał, iż spełnienie wymagań Normy PN- EN 62271-100 opisanych w pozycji nr 6.111.9.1 w oparciu o Próby Typu wyłącznika o napięciu znamionowym 123kV polegające na wyłączaniu prądu nieobciążonej linii napowietrznej 110 kV o wartości 31,5 A lub mniejszej jest szczególnie ważne w przypadku komór z termo-ekspansją gazu SF6. W wyłącznikach tego typu, podczas wyłączania niewielkich prądów pojemnościowych nieobciążonej linii napowietrznej na poziomie kilkudziesięciu amperów, przyrost ciśnienia gazu SF6 od nisko-energetycznego i niestabilnego łuku elektrycznego należy uznać za pomijalny i cały proces wyłączania tak małego prądu zależy od przepływu skompresowanego gazu SF6. Walory konstrukcyjne komory gaszeniowej oraz energia napędu są decydujące. Szczególnie ważne jest, aby potwierdzić czy wyłącznik nie zrywa (ucina) małego prądu pojemnościowego przed jego naturalnym przejściem przez zero, na skutek zbyt szybkiego przepływu gazu SF6 w przestrzeni między-stykowej, w rezultacie zbyt dużej kompresji gazu SF6 przez napęd wyłącznika, gdyż w takiej sytuacji należy się liczyć z wysokimi przepięciami łączeniowymi, w rezultacie zapłonów ponownych łuku elektrycznego w przerwie między-stykowej podczas szybkiego narastania napięcia powrotnego TRV.

Z uwagi na powyższe, w ocenie odwołującego, wartość 50 A w zakresie prądu znamionowego wyłączalnego linii napowietrznej w stanie jałowym jest gorsza niż wartość 31,5A, ponieważ taka wartość prądu może prowadzić do wysokich przepięć łączeniowych, groźnych dla izolacji innych urządzeń w podstacji 110 kV.

Następnie odwołujący zauważył, że zgodnie z pozycją nr 3 w tabeli nr 1 załącznika nr 6 do SIWZ, zamawiający wymagał zapewnienia przez oferowany wyłącznik środowiskowych warunków pracy w postaci minimalnej temperatury otoczenia -40 st. C. Odwołujący wskazał, że w świetle wyjaśnień wykonawcy Siemens Sp. z o.o. z dnia 23 października 2018 r. przedmiotem oferty był wyłącznik 0,6MPa (20 st. C) na -40 st. C. Wykonawca Siemens Sp. z o.o. na potwierdzenie, że oferowany produkt spełnia wymagania zamawiającego, złożył także certyfikat zgodności nr 080/2015, z którego wynika, że wyłącznik cechuje się ciśnieniem znamionowym 0,7 MPa i minimalnym 0,6 MPa oraz klasą temperaturową -30 st. C. Według odwołującego, przedstawiony certyfikat odnosi się do ciśnienia znamionowego 0,7 MPa i temperatury -30 st. C, a nie ciśnienia znamionowego 0,6 MPa i temperatury -40 st. C, a to takie wartości powinien certyfikat potwierdzać, zgodnie

z oświadczeniem Siemens Sp. z o.o. z dnia 23 października 2018 r. Odwołujący stwierdził, że oferowany przez wykonawcę Siemens Sp. z o.o., zgodnie z jego oświadczeniem, aparat o ciśnieniu znamionowym 0,6 MPa (20 st. C) dla temperatury -40 st. C z parametrem „Znamionowe napięcie wytrzymywane krótkotrwałe o częstotliwości sieciowej” równym 275 kV, to inny typ aparatu niż wynikający z przedstawionego certyfikatu zgodności nr 080/2015, który odnosi się do aparatu o ciśnieniu znamionowym 0,7 MPa (20 st. C) na -30 st. C z parametrem „Znamionowe napięcie wytrzymywane krótkotrwałe o częstotliwości sieciowej” równym 230 kV.

Odwołujący podniósł, iż certyfikat musi zawierać zestawienie przypisanych parametrów wyrobu dla oferowanego typu potwierdzone próbami typu zgodnie z normą PN-EN 62271-100 oraz PN-EN 62271-1. Natomiast przedstawiony przez Siemens Sp. z o.o. certyfikat zgodności nr 080/2015 nie jest certyfikatem dla wyłącznika będącego przedmiotem oferty. Dodał, iż wariantem może być dodatkowe wyposażenie, a nie parametry znamionowe łącznie z napięciami.

Ponadto, podkreślił, że zamawiający zgodnie z pkt 3.7.2.3 SIWZ miał prawo zażądać od wykonawcy dostarczenia sprawozdań, raportów i wyników badań potwierdzających wykonanie pełnego badania w celu zweryfikowania parametrów oferowanych wyłączników oraz potwierdzenia pozytywnego wyniku badań i powinien z takiego prawa skorzystać wówczas, gdy poweźmie wątpliwość czy przedstawiony przez danego wykonawcę certyfikat zgodności potwierdza, że oferowany produkt spełnia wymagania określone w SIWZ.

Odwołujący powołał się na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 24 lutego 2014 roku w sprawie o sygn. akt KIO 256/14, z dnia 18 lutego 2013 roku w sprawie o sygn. akt KIO 241/13, z dnia 18 marca 2010 roku w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 258/09, z których wynika, że zamawiający jest związany postanowieniami SIWZ. Zdaniem odwołującego, zamawiający przyjął w sposób arbitralny nie poparte żadnymi dowodami stwierdzenie Siemens Sp. z o.o. jakoby parametr 50 A w zakresie prądu znamionowego wyłączalnego linii napowietrznej w stanie jałowym był lepszy niż wymagany przez zamawiającego. Jeżeli zamawiający nie zdefiniował pojęcia „parametry nie gorsze niż” określone w SIWZ lub nie określił pewnych ram, na podstawie których byłoby możliwe określenie parametrów jakimi powinien cechować się przedmiot zamówienia, określenie takich parametrów powinno zostać poczynione zgodnie aktualnym stanem wiedzy technicznej. Jednocześnie, określenie, że przedmiot zamówienia powinien posiadać parametry nie gorsze niż oznaczone w opisie przedmiotu zamówienia, nie zawsze musi prowadzić do wniosków, że jedynie parametry o wyższej wartości będą spełniały minimalne wymagania postawione przez zamawiającego, na potwierdzenie czego odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby

Odwoławczej z dnia 17 czerwca 2011 roku, wydany w sprawie o sygn. akt: KIO 1150/11. Odwołujący wskazał, że zaoferowany przez Siemens Sp. z o.o. produkt, którego jeden z parametrów naraża zamawiającego na powstanie wysokich przepięć łączeniowych, groźnych dla izolacji innych urządzeń w podstacji 110 kV, niewątpliwie nie spełnia wymagań zamawiającego o konieczności zaoferowania parametru nie gorszego niż określone przez niego. Przepięcia takie nie powstają w przypadku wyłączników, w których parametr ten jest równy lub mniejszy niż wartość 31,5 A. Tym samym, zdaniem odwołującego, wyłączniki posiadające parametr w zakresie prądu znamionowego wyłączalnego linii napowietrznej w stanie jałowym o wartości wyższej niż 31, 5 A, a w szczególności o wartości 50 A, należy uznać za wyłącznik o parametrze gorszym niż określony przez zamawiającego w SIWZ, a zatem nie spełniający minimalnych wymagań wynikających z treści specyfikacji.

Odwołujący zauważył, iż czynność polegająca na złożeniu oferty nieodpowiadającej wymogom SIWZ jest niezgodna z ustawą Pzp, co potwierdza m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 czerwca 2017 roku, wydany w sprawie o sygn. akt: KIO 1045/17. Odwołujący podkreślił też, że skoro zamawiający zastrzegł w treści SIWZ, że parametry oferowanego urządzenia mają być „nie gorsze”, nie może na etapie oceny ofert odstępować od tak określonego wymogu. W tym zakresie powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 maja 2016 roku w sprawie o sygn. akt: KIO 669/16 oraz z dnia 6 marca 2014 roku w sprawie o sygn. akt: KIO 340/14.

Reasumując rozważania w tym zakresie odwołujący stwierdził, że wykonawca Siemens Sp. z o.o. złożył ofertę nieodpowiadającą wymogom SIWZ, dlatego też jego oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Jednocześnie odwołujący dodał, iż podziela stanowisko, że podstawą odrzucenia oferty stanowiąc winien art. 82 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, co wynika m. in. z wyroku z dnia 30 października 2012 roku w sprawie o sygn. akt KIO 2241/12.

Odnosnie certyfikatu zgodności nr 080/2015, złożonego przez Siemens Sp. z o.o. w toku postępowania odwołujący stwierdził, że nie jest on certyfikatem mającym za przedmiot wyłącznik o ciśnieniu znamionowym 0,6 MPa (20 st. C) dla temperatury - 40 st. C. A zatem, wykonawca Siemens Sp. z o.o. nie złożył dokumentu potwierdzającego, że oferowane przez niego urządzenie spełnia wymagania określone w SIWZ przez zamawiającego. Odwołujący podniósł, że Prawo zamówień publicznych wyraźnie nakłada na zamawiającego w takiej sytuacji określone obowiązki bez podjęcia których nie pozwala uznać, że wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania a jego oferta - odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Ponadto, zamawiający nie skorzystał z uprawnienia – wynikającego z postanowień SIWZ - do wezwania wykonawcy do przedstawienia sprawozdań,



raportów i wyników badań potwierdzających wykonanie pełnego badania w celu zweryfikowania parametrów oferowanych wyłączników oraz potwierdzenia pozytywnego wyniku badań, co skutkowało brakiem wyjaśnienia powstałych wątpliwości i wyborem oferty niespełniającej minimalnych wymagań określonych w SIWZ. W przypadku zaś powzięcia jakichkolwiek wątpliwości co do certyfikatu zgodności takie uprawnienie staje się obowiązkiem zamawiającego. Odwołujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 lipca 2012 roku w sprawie o sygn. akt KIO 1474/12.

Odwołujący ponadto podkreślił, że wybór oferty wykonawcy Siemens Sp. z o.o. w przedmiotowym postępowaniu jako najkorzystniejszej narusza również przepis art. 91 ustawy Pzp.

Podsumowując, odwołujący stwierdził, że odwołanie jest w pełni zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

W dniu 11 grudnia 2018 roku zamawiający przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu informację o wniesieniu odwołania – za pośrednictwem poczty elektronicznej oraz pocztą tradycyjną ze zwrotnym potwierdzeniem odbioru.

*Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w postaci papierowej albo elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.*

W dniu 14 grudnia 2018 roku wykonawca Siemens Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, przy czym zgłaszający przystąpienie wskazał stronę, do której zgłasza przystąpienie i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść tej strony. Strony w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron potwierdziły otrzymanie kopii zgłoszenia przystąpienia.

Mając powyższe na uwadze, Izba ustaliła, że wykonawca Siemens Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego z zachowaniem wymogów określonych w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, tym samym stając się uczestnikiem tego postępowania.

W dniu 21 grudnia 2018 roku – w toku posiedzenia z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego – zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania w całości oraz przedstawił swoje stanowisko w sprawie.

Ponadto, strony i uczestnik postępowania złożyli w dniu 4 stycznia 2019 roku stanowiska pisemne w sprawie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, przekazanej przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym z: ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej: „SIWZ”), oferty wykonawcy Siemens Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, korespondencji prowadzonej przez zamawiającego z wykonawcą Siemens Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w toku postępowania (w tym wezwania do wyjaśnień z dnia 17.10.2018 roku i odpowiedzi wykonawcy z dnia 25.10.2018 roku na to wezwanie) oraz z zawiadomienia o wynikach postępowania.

Ponadto, Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentów złożonych przez strony i przystępującego w toku rozpraw w dniach 21 grudnia 2018 roku i 8 stycznia 2019 roku, jak również przy pismach składanych w sprawie.

Izba oddaliła wniosek odwołującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu techniki łączeniowej aparatów wysokiego napięcia na okoliczność potwierdzenia:

1. czy parametr prądu pojemnościowego ładowania linii napowietrznej w stanie jałowym, w przypadku urządzenia firmy Siemens o wartości 50A, spełnia wymagania zamawiającego wskazane w pkt 4.1 załącznika nr 6 do SIWZ?,
2. czy certyfikat przedstawiony przez Przystępującego odnosi się do temperatury  $-40^{\circ}\text{C}$  i napięcia znamionowego 123 kV, i czy w ten sposób spełnia wymagania zamawiającego określone w pkt 4.1 załącznika nr 6 do SIWZ?

stwierdzając, iż dowód z opinii biegłego został powołany jedynie dla zwłoki i nie jest konieczny dla rozstrzygnięcia tej sprawy.

Izba wzięła również pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone odpowiednio w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie i w pozostałych pismach, a także wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 21 grudnia 2018 roku i 8 stycznia 2019 roku.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:**

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

Ponadto, nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła także, że odwołującemu w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania jako, że spełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania, tj. istnienie interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Przedmiotem zamówienia jest dostawa fabrycznie nowej aparatury łączeniowej - wyłączników mocy WN 110 kV w izolacji SF6. Szczegółowy opis Przedmiotu Zamówienia został określony we wzorze umowy stanowiącej Załącznik nr 6 do SIWZ (pkt 2.1.2. SIWZ).

W pkt 3.7.1 i 3.7.2 SIWZ zamawiający określił, że:

*„3.7.1 Wymaga się, aby oferowany produkt spełniał wymagane przez Zamawiającego parametry techniczno-użytkowe określone w szczegółowym opisie Przedmiotu Zamówienia, o którym mowa w pkt 2.1.2. SIWZ.*

*3.7.2 Na potwierdzenie spełniania powyższego wymagania Wykonawca przekaże Zamawiającemu:*

*3.7.2.1 Wypełniony wzór formularza Charakterystyka techniczna wyłącznika 110 kV (wg załącznika nr 1 do umowy).*

*3.7.2.2 Wymaga się, aby udział towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej, państw, z którymi Unia Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, lub państw, wobec których na mocy decyzji Rady stosuje się przepisy dyrektywy 2014/25/UE, przekraczał 50%.*

*3.7.2.3 Certyfikat zgodności wydany producentowi lub jego upoważnionemu przedstawicielowi, przez jednostkę certyfikującą posiadającą odpowiedni zakres akredytacji wydanej przez Polskie Centrum Akredytacji potwierdzający, że oferowane wyłączniki spełniają wymagania normy „PN-EN 62271-100:2009 Wysokonapięciowa aparatura rozdzielcza i sterownicza - Część 100: Wyłączniki wysokiego napięcia prądu przemiennego”*

*Ww. certyfikat zgodności powinien obejmować następujące próby typu:*

- próby izolacji,*
- pomiar rezystancji obwodu głównego,*
- próby nagrzewania,*
- próby prądem krótkotrwałym wytrzymywanym i prądem szczytowym wytrzymywanym,*
- dodatkowe badania dotyczące obwodów pomocniczych i kontrolnych,*
- próby działania mechanicznego w temperaturze otoczenia,*
- próby załączania i wyłączania prądu zwarciovego,*
- sprawdzanie poziomu zakłóceń radioelektrycznych,*
- próby szczelności Zamawiający może zażądać od Wykonawcy dostarczenia sprawozdań, raportów i wyników badań potwierdzających wykonanie pełnego badania w celu*

zweryfikowania parametrów oferowanych wyłączników oraz potwierdzenia pozytywnego wyniku badań

#### 3.7.2.4 Karty katalogowe zawierające dane techniczne wszystkich zaoferowanych wyrobów.”

W Załączniku nr 6 do SIWZ, stanowiącym *Wzór Umowy*, zamawiający podał charakterystykę techniczną Przedmiotu Umowy (Załącznik nr 1 do Umowy), w ramach której określił m.in. środowiskowe warunki pracy wyłączników w sieci 110kV oraz wymagania techniczne dla obwodów pierwotnych wyłączników 110kV.

Odnosnie środowiskowych warunków pracy wyłączników w sieci 110kV zamawiający wskazał, że: *„Konstrukcja wyłączników 110 kV powinna być przystosowana do pracy w warunkach środowiskowych określonych w poniżej tabeli (...)”*, przy czym w pozycji 3 tabeli zamawiający określił parametr: *„minimalna temperatura otoczenia”* – wymagane: *„-40 °C”*. Natomiast odnośnie wymagań technicznych dla obwodów pierwotnych wyłączników 110kV zamawiający wskazał, że: *„Wyłączniki 110 kV powinny spełniać wymagania oraz posiadać parametry znamionowe nie gorsze od wymienionych poniżej: (...)”*, przy czym w pozycji 13 tabeli Wymagań technicznych zamawiający określił parametr: *„prąd znamionowy wyłączalny linii napowietrznej w stanie jałowym”* – wymagane: *„31,5 A”*.

Wykonawca Siemens Sp. z o.o. zaoferował wyłącznik 3AP1FG123 producenta Siemens. Do oferty załączył charakterystykę techniczną Przedmiotu Umowy, wskazując parametry oferowanych wyłączników:

- Minimalna temperatura otoczenia: *„-40 °C”*;
- Prąd znamionowy wyłączalny linii napowietrznej w stanie jałowym: *„31,5 A”*.

Ponadto, wykonawca Siemens Sp. z o.o. załączył do oferty Certyfikat zgodności Nr 080/2015 z dnia 14.10.2015 r. oraz kartę katalogową wyłącznika typu 3AP1FG123.

W dniu 17 października 2018 roku zamawiający wezwał wykonawcę Siemens Sp. z o.o. do wyjaśnienia oświadczeń i dokumentów wskazując m.in., iż:

*„W zakresie złożonego formularza charakterystyka techniczna wyłącznika 110kV, tj. Załącznika nr 1 do Umowy będącej Załącznikiem nr 6 do SIWZ:*

*1. Tabela 1 „Środowiskowe warunki pracy wyłączników w sieci 110 Kv” w wierszu 3, Zamawiający wymagał minimalną temperaturę otoczenia -40 °C. Wykonawca zaoferował - 40 °C, co jest potwierdzone również w dołączonej do oferty „karcie katalogowej – suplement”, natomiast dołączony do oferty certyfikat zgodności nr 080/2015 r. w załączniku 1/2 potwierdza klasę temperaturową -30 °C przy ciśnieniu gazu 0,7 MPa (przy +20 °C) lub wariantowo wykonany wyłącznik do -40 °C przy ciśnieniu 0,6MPa (przy +20 °C). Prosimy o informację w jakim wariantcie i o jakim ciśnieniu gazu jest zaoferowany wyłącznik. (...)*

3. Tabela 4.1 „Wyłączniki 110 kV powinny spełniać wymagania oraz posiadać parametry znamionowe nie gorsze od wymienionych poniżej” w wierszu 13, Zamawiający wymagał „Prąd znamionowy wyłączalny linii napowietrznej w stanie jałowym 31,5 A, Wykonawca zaoferował 31,5 A co jest potwierdzone, również w dołączonej do oferty „karcie katalogowej – suplement”, natomiast dołączony do oferty certyfikat zgodności nr 080/2015 r w załączniku 1/2 potwierdza 50 A. Prosimy o wyjaśnienie rozbieżności. (...)”.

W dniu 25 października 2018 roku wykonawca Siemens Sp. z o.o. złożył wyjaśnienia, w których wskazał m.in., że:

„Ad. 1

*W naszej ofercie zaoferowaliśmy wyłącznik w wykonaniu 0,6MPa(20°C) na -40°C. (...)*

Ad. 3

*Certyfikat zgodności oparty o dokumenty próby typu obejmuje maksymalne osiągalne parametry techniczne. Standardowo potwierdzamy parametry zgodnie z wymaganiami normy dla wyłączników na napięcie 123kV, a w przypadku rzeczzonego postępowania potwierdziliśmy jedynie wartości wymagane przez Zamawiającego. Niniejszym oświadczamy, że zaoferowany wyłącznik w zakresie Prądu Znamionowego Wyłączalnego Linii Napowietrznej w Stanie Jałowym faktycznie spełnia wartość 50A tj. nie gorszą (lepszą) od wymaganej w specyfikacji przetargowej.”.*

Pismem z dnia 29 listopada 2018 roku zamawiający poinformował wykonawców o wyniku postępowania, tj. o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznał ofertę złożoną przez Siemens Sp. z o.o.

### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

Izba rozpoznała odwołanie – zgodnie z dyspozycją art. 192 ust. 7 ustawy Pzp – w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Odwołanie podlega oddaleniu. Izba uznała, że zarzuty podnoszone przez odwołującego nie potwierdziły się.

I. Odnośnie zarzutów:

- 1) zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Siemens Sp. z o.o., pomimo, że oferta ta jest niezgodna z opisem przedmiotu zamówienia i jako taka powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, art. 82 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz
- 2) wyboru oferty Siemens Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w postępowaniu, pomimo, że oferta ta powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp,

co stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 oraz art. 82 ust. 3 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp *zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.*

Przepis art. 82 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, iż *treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.*

Z kolei zgodnie z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp *1. Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości; 3. Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.*

Odwołujący w ramach powyższych zarzutów podnosił, iż zamawiający w wymaganiach dla prądu znamionowego wyłączalnego linii napowietrznej w stanie jałowym określił parametr 31,5 A, a wykonawca powinien złożyć ofertę zawierającą parametr nie gorszy niż określony przez zamawiającego. W ocenie odwołującego wykonawca Siemens Sp. z o.o. zaoferował wyłącznik o parametrze gorszym niż wymagany przez zamawiającego w zakresie prądu znamionowego wyłączalnego linii napowietrznej w stanie jałowym, tj. o wartości 50A.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego w tym zakresie.

Słusznie odwołujący podnosił w odwołaniu, iż zamawiający nie określił czy oferowany przez wykonawców parametr ma być wyższy, niższy czy równy wymaganej przez niego wartości 31,5 A. Zamawiający nie wskazał w treści SIWZ, jakie czynniki będą decydować o uznaniu oferowanego rozwiązania w zakresie wymaganego parametru za „nie gorsze” niż wymagane, a tym samym oferta powinna charakteryzować się co najmniej takim parametrem jak określił zamawiający lub lepszym jakościowo, funkcjonalnie oraz użytkowo.

Jednakże, Izba uznała, że odwołujący nie wykazał w sposób jednoznaczny, że parametr prądu znamionowego wyłączalnego linii napowietrznej w stanie jałowym o wartości 50 A jest gorszy niż 31,5 A. Należy zauważyć bowiem, że zasadniczym argumentem odwołującego w tej kwestii była okoliczność, iż wyłącznik zaprojektowany, przebadany i oznaczony na wartość prądu nieobciążonej linii napowietrznej 50 A będzie zrywał niższe prądy, czemu towarzyszą wysokie przepięcia łączeniowe, groźne dla izolacji innych urządzeń. Na dowód powyższego odwołujący złożył m.in. opinię techniczną Zespołu Laboratoriów Instytutu Elektrotechniki. Zdaniem odwołującego, zamawiający przez sam fakt uznania, że parametr prądu znamionowego wyłączalnego linii napowietrznej w stanie jałowym

ma wyższy współczynnik niż wymagany przez niego uznał, iż jest on parametrem lepszym, bez oceny czy zaoferowany parametr faktycznie ma wyższą wartość jakościową, funkcjonalną lub użytkową.

Z takim stanowiskiem nie sposób się zgodzić, gdyż zamawiający wyjaśnił w ramach odpowiedzi na odwołanie z dnia 21 grudnia 2018 roku, uzupełnionej następnie pismem z dnia 4 stycznia 2019 roku oraz w stanowisku ustnym przedstawionym w toku rozprawy, iż dokonał oceny, że parametr prądu znamionowego wyłączalnego linii napowietrznej w stanie jałowym o wartości 50 A jest lepszy niż o wartości 31,5 A, a wręcz pożądanym, z tego względu, że wyłącznik cechujący się takim parametrem jest w stanie wyłączyć dłuższe linie w stanie jałowym. W tym zakresie zamawiający powołał się na normę PN-EN 62271-100:2009 punkt 4.107.1: *„Prąd znamionowy wyłączalny linii napowietrznej w stanie jałowym jest największym prądem ładowania linii, który wyłącznik powinien być w stanie wyłączyć przy swoim napięciu znamionowym podanych w niniejszej normie warunkach użytkowania i zachowania się wyłącznika...”* oraz punkt 8.101: *„Wyłącznikom, które przeszły pomyślnie badania typu dla określonych danych znamionowych (tj. napięcia, prądu ciągłego, prądu załączalnego i/lub wyłączalnego) można przypisać dane znamionowe o mniejszej wartości (z wyjątkiem częstotliwości znamionowej) bez dalszych badań.”*

Zamawiający na potwierdzenie swojego stanowiska przedłożył opinię Instytutu Energetyki. W tym miejscu należy zauważyć, że odwołujący również przedłożył opinię pochodzącą od tego samego podmiotu (Instytutu Energetyki), a co więcej podpisaną przez tą samą osobę, aczkolwiek obie opinie są rozbieżne w swoich wnioskach. Jak wynika z korespondencji e-mailowej prowadzoną z autorką obu opinii, a przedłożoną przez przystępującego, autorka wycofała opinię przekazaną odwołującemu już w dniu następnym po jej wydaniu (przy czym nie przekazywała jej w wersji pisemnej). Odnośnie tej kwestii Izba uznała, że autor opinii ma prawo do skorygowania własnej opinii, aczkolwiek słusznie też odwołujący zauważył, iż autorka opinii przyznała się, iż na treść opinii wpływ miały też sugestie pochodzące od podmiotu zainteresowanego (w tym przypadku odwołującego), co zasadniczo nie powinno mieć miejsca.

Jednocześnie zamawiający, odnosząc się do argumentacji odwołującego dotyczącej powstawania przepięć łączeniowych w chwili wyłączania prądu przez wyłącznik wyjaśnił, że są to zjawiska naturalne oraz, że instaluje on ograniczniki przepięć, których zadaniem jest ograniczanie przepięć do wartości dopuszczalnych, niegroźnych dla innych urządzeń zabudowanych w stacjach 110 kV.

To, że zamawiający w specyfikacji nie opisał, że będzie stosował takie ograniczniki nie może jeszcze przesądzać o tym, że ryzyko ich niezastosowania przesądza o lepszości

danego parametru. Sam odwołujący przyznał w piśmie z dnia 4 stycznia 2019 roku, iż uczynienie stosownego zastrzeżenia w treści SIWZ, że w urządzeniu montowane będą ograniczniki przepięć miałyby niewątpliwie wpływ na ocenę parametrów urządzeń oferowanych w tym postępowaniu. Tym samym niezrozumiałe jest też deprecjonowanie w dalszej kolejności przez odwołującego roli ograniczników przy ochronie przed przepięciami (punkt 12 pisma). Ponadto, przedłożone przez odwołującego dowody, w tym w szczególności opinia techniczna Zespołu Laboratoriów Instytutu Elektrotechniki z dnia 2 stycznia 2019 roku nie podważają argumentacji zamawiającego odnośnie możliwości niwelowania groźnych skutków przepięć przez stosowanie ograniczników przepięć. Natomiast, argument odwołującego, iż można założyć, że zamawiający dopiero z odwołania powziął wiedzę o możliwych przepięciach i zdecydował się na ich montaż jest nieracjonalny, gdyż zamawiający, podobnie jak inni uczestnicy tego postępowania, jest profesjonalistą, a kwestia możliwości powstawania wysokich przepięć wynika bezpośrednio z zapisów normy (które odwołujący przytoczył w swoim piśmie).

Odnośnie zarzutu odwołującego z pisma z dnia 4 stycznia 2019 roku, iż zamawiający de facto precyzuje w ten sposób swoje wymaganie dopiero na etapie rozprawy (możliwość wyłączenia dłuższych linii przy wyższym prądzie, kwestia stosowania ograniczników przepięć), należy wskazać, że Izba nie oceniła tego przez pryzmat sprecyzowania postanowień treści SIWZ w toku postępowania odwoławczego, obarczającego wykonawcę negatywnymi skutkami, ale jako wskazanie uzasadnienia dla oceny oferowanego parametru jako „nie gorszy” niż wymagany. Izba przy tym wzięła pod uwagę, co też podnosił odwołujący, że w niniejszej sprawie zamawiający oceniając czy zaoferowany parametr jest „nie gorszy” niż wymagany powinien był wziąć pod uwagę czy jest to parametr lepszy jakościowo, funkcjonalnie oraz użytkowo.

Mając powyższe na uwadze, a w szczególności, iż zamawiający nie wskazał w treści SIWZ, jakie czynniki będą decydować o uznaniu parametru znamionowego wyłączalnego linii napowietrznej w stanie jałowym za nie gorszy niż wymagany (31,5 A), Izba uznała, że nie ma podstaw do odrzucenia oferty Siemens w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym *zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.*

Należy zauważyć, że sprzeczność treści oferty z SIWZ, o której mowa w powołanym powyżej przepisie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a będąca podstawą odrzucenia oferty danego wykonawcy, musi być oczywista i nie może budzić wątpliwości. W niniejszej sprawie odwołujący nie wykazał w sposób jednoznaczny, iż wyłącznik zaoferowany przez wykonawcę



Siemens Sp. z o.o. charakteryzuje się gorszym parametrem prądu znamionowego wyłączalnego linii napowietrznej w stanie jałowym niż wymagany przez zamawiającego.

Izba wskazuje, że oddaliła wniosek odwołującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu techniki łączeniowej aparatów wysokiego napięcia, w tym na okoliczność potwierdzenia: *czy parametr prądu pojemnościowego ładowania linii napowietrznej w stanie jałowym, w przypadku urządzenia firmy Siemens o wartości 50A, spełnia wymagania Zamawiającego wskazane w pkt 4.1 załącznika nr 6 do SIWZ?*, stwierdzając, że został on powołany jedynie dla zwłoki. Powołanie biegłego spowodowałoby wyłącznie przedłużenie postępowania, natomiast biorąc pod uwagę dowody złożone w sprawie oraz przedstawioną argumentację stron i uczestnika postępowania odwoławczego, jak i mając na uwadze brzmienie postanowień SIWZ w tym zakresie należało stwierdzić, że przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego nie przyczyniłoby się w większym stopniu do rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

Ponadto, odnosząc się do podnoszonej przez odwołującego w toku rozprawy w dniu 21 grudnia 2018 roku kwestii, iż wykonawca Siemens Sp. z o.o. dokonał zmiany treści oferty, gdyż pierwotnie oferował wyłącznik o parametrze prądu znamionowego wyłączalnego linii napowietrznej w stanie jałowym o wartości 31,5 A, a dopiero w toku wyjaśnień przed zamawiającym wskazał, że jest to wartość 50 A, Izba stwierdza, że odwołujący nie postawił zarzutu w swoim odwołaniu w tym zakresie, a Izba będąc związana zarzutami odwołania, zgodnie z dyspozycją art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, nie może orzekać w oparciu o tą okoliczność.

## II. Odnośnie zarzutu:

zaniechania wezwania Siemens Sp. z o.o. do złożenia dokumentów potwierdzających, że wskazany w ofercie produkt spełnia wymogi określone przez zamawiającego w SIWZ, a także zaniechaniu wezwania Siemens Sp. z o.o. do przedłożenia sprawozdań, raportów i wyników badań potwierdzających wykonanie pełnego badania w celu zweryfikowania parametrów oferowanych włączników oraz potwierdzenia pozytywnego wyniku badań, w sytuacji, gdy przedstawiony przez Siemens Sp. z o.o. certyfikat zgodności wywołuje wątpliwości co do zgodności oferowanego urządzenia ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, co stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z § 13 rozporządzenia Ministra Rozwoju Regionalnego w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego.

Natomiast przepis § 13 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r. poz. 1126 ze zm.) stanowi, iż: *w celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający może żądać w szczególności certyfikatu wydanego przez jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdania z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę, jako środka dowodowego potwierdzającego zgodność z wymaganiami lub cechami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia, kryteriach oceny ofert lub warunkach realizacji zamówienia.*

Izba uznała, że powyższy zarzut jest bezpodstawny.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że zamawiający zgodnie z punktem 3.7.2.3. wymagał przedłożenia *certyfikatu zgodności wydanego producentowi lub jego upoważnionemu przedstawicielowi, przez jednostkę certyfikującą posiadającą odpowiedni zakres akredytacji wydanej przez Polskie Centrum Akredytacji potwierdzającego, że oferowane wyłączniki spełniają wymagania normy „PN-EN 62271-100:2009 Wysokonapięciowa aparatura rozdzielcza i sterownicza - Część 100: Wyłączniki wysokiego napięcia prądu przemiennego”.* Dokument ten miał potwierdzać, że oferowany produkt spełnia wymagane przez zamawiającego parametry techniczno-użytkowe określone w Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia.

W ocenie odwołującego przedstawiony przez wykonawcę Siemens Sp. z o.o. certyfikat zgodności nr 080/2015 nie jest certyfikatem dla wyłącznika będącego przedmiotem oferty, nie odnosi się do ciśnienia znamionowego 0,6 MPa i temperatury – 40 °C.

Zamawiający w treści SIWZ w Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia, stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ, określił środowiskowe warunki pracy wyłączników w sieci 110 kV, w tym minimalną temperaturę otoczenia – 40 °C. Nie określił przy tym warunków odnoszących się do ciśnienia znamionowego. Wykonawca Siemens Sp. z o.o. w wyjaśnieniach z dnia 25 października 2018 roku potwierdził, iż zaoferował wyłącznik w wykonaniu 0,6MPa(20°C) na – 40 °C.

Izba podzieliła argumentację przedstawioną przez zamawiającego i przystępującego, że złożony przez przystępującego w toku postępowania certyfikat zgodności o numerze 080/2015 potwierdza, że oferowany wyłącznik jest przystosowany do pracy w warunkach środowiskowych przy minimalnej temperaturze otoczenia – 40 °C, co wynika z treści certyfikatu (stosowna adnotacja w uwagach: przypis „6” dotycząca wariantowo wykonanego wyłącznika: „do – 40°C ciśnienie minimalne gazu SF<sub>6</sub> (przy +20°C) 0,6 MPa z czujnikiem gęstości gazu o charakterystyce niskotemperaturowej”). Tym samym certyfikat potwierdza wymagany przez zamawiającego parametr. Nie ma też podstaw do uznania, iż certyfikat ten nie dotyczy również wyłącznika w wersji zaoferowanej przez przystępującego (przy ciśnieniu 0,6).

W konsekwencji Izba uznała za nieuzasadniony zarzut zaniechania wezwania Siemens Sp. z o.o. do złożenia dokumentów potwierdzających, że wskazany w ofercie produkt spełnia wymogi określone przez zamawiającego w SIWZ, a także zaniechaniu wezwania tego wykonawcy do przedłożenia sprawozdań, raportów i wyników badań potwierdzających wykonanie pełnego badania w celu zweryfikowania parametrów oferowanych włączników oraz potwierdzenia pozytywnego wyniku badań.

W związku z powyższym Izba orzekła - jak w punkcie 1 sentencji wyroku – oddalając odwołanie.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.*

Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp *strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.*

Stosownie do § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b) powołanego powyżej rozporządzenia *do kosztów postępowania odwoławczego, zalicza się:*

- 1) *wpis, obejmujący w szczególności (...)*
- 2) *uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, a w okolicznościach, o których mowa w § 5 ust. 1 pkt 3 lit. b lub § 5 ust. 3 pkt 2, koszty uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego oraz wniósł sprzeciw, w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, obejmujące w szczególności:*
  - a) *koszty związane z dojazdem na wyznaczoną rozprawę lub rozprawy (posiedzenie lub posiedzenia) Izby,*
  - b) *wynagrodzenie pełnomocników, jednak nie wyższe niż kwota 3600 zł.*

Zgodnie zaś z § 5 ust. 3 pkt 1 ww. rozporządzenia *w przypadku odrzucenia albo oddalenia odwołania przez Izbę Izba zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego koszty, o których mowa w § 3 pkt 2.*

W niniejszej sprawie – co wynika z punktu 1 sentencji orzeczenia – Izba oddaliła odwołanie.

Na koszty postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie składał się wpis uiszczony przez odwołującego w kwocie 15 000,00 zł, którą to kwotę Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego, a także uzasadnione koszty zamawiającego związane z wynagrodzeniem pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba orzekła o kosztach postępowania odwoławczego jak w punkcie 2 sentencji wyroku i zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600,00 zł poniesioną z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

**Przewodniczący:** .....