

Sygn. akt: KIO 56/15

WYROK

z dnia 26 stycznia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Magdalena Rams**

Protokolant: **Paweł Puchalski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **23 stycznia 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **9 stycznia 2015 r.** przez wykonawcę **Elektrobudowa S.A., z siedzibą w Katowicach**

w postępowaniu prowadzonym przez **Enea Operator Sp. z o.o., z siedzibą w Poznaniu**

orzeka:

1. **Oddala odwołania;**
2. Kosztami postępowania obciąża **wykonawcę Elektrobudowa S.A.** i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Elektrobudowa S.A.** tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 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:

.....

UZASADNIENIE

W dniu 9 stycznia 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Elektrobudowa S.A. z siedzibą w Katowicach, (dalej: „**Odwołujący**”) wobec treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „**SIWZ**”) w brzmieniu określonym w:

1. załączniku nr 1) a do SIWZ „SIWZ - część techniczna” w pkt 3.1 (Wymagania ogólne - obwody pierwotne) pkt 8 Wymagań ogólnych dla rozdzielni wewnętrznej GIS;
2. załączniku nr 1 do załączniku nr 11a do SIWZ „SIWZ - część techniczna ”;
3. załączniku nr 12 do SIWZ „ Zestawienie badań typu ważnych dla rozdzielnic gazowej ”,

obowiązującej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „GPZ Leszno Gronowo modernizacja rozd. WN/SN”, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego ENEA Operator Sp. z o.o. ulica Strzeszyńska 58, 60-479 Poznań (Oznaczenie postępowania: RPUZ/P/0921/2014/DD/ZDE), (dalej: „**Postępowanie**”).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie: (i) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców; (ii) art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pz poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, wyrażające się w sformułowaniu w załączniku nr 11a do SIWZ (str. 12) przez Zamawiającego wymagań dotyczących poziomu współczynnika Średniego Czasu Między Awariami (Mean Time Between Failures - dalej „**MTBF**”) w sposób, który jest nieproporcjonalny i nieadekwatny do przedmiotu zamówienia, a nadto w zestawieniu z innymi wymogami SIWZ mogący prowadzić do pozbawienia potencjalnych oferentów szansy ubiegania się o udzielenie zamówienia; (iii) art. 25 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez określenie w załączniku nr 12 do SIWZ „Zestawienie badań typu ważnych dla rozdzielnic gazowej” żądań w odniesieniu do dokumentów składanych na potwierdzenie spełniania wymagań określonych przez Zamawiającego w sposób, który jest nieproporcjonalny i nieadekwatny do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniosk o: (a) uwzględnienie odwołania w całości; (b) nakazanie Zamawiającemu odpowiednią modyfikację treści SIWZ poprzez usunięcie kwestionowanych postanowień SIWZ w całości tj.:

- (i) pkt 8 Wymagań ogólnych dla rozdzielni wewnętrznej GIS zawartego w pkt, 3.1 (Wymagania ogólne - obwody pierwotne) z załącznika nr 11a do SIWZ „SIWZ - część techniczna”, oraz znajdującego się w tabeli na stronie 40 tego dokumentu zapisu: „ Minimalna wartość współczynnika MTBF 500 pololat;
- (ii) zawartego w pkt 12 Wymagań ogólnych dla rozdzielni wewnętrznej GIS zawartego w pkt, 3.1 (Wymagania ogólne - obwody pierwotne) z załącznika nr 1 la do SIWZ „SIWZ- część techniczna ” sformułowania: „Wykonawca zobowiązany jest dołączyć do oferty na płycie CD wypełnioną tabelę Zestawienie badań typu ważnych dla rozdzielnicy gazowej zał. nr 12”;
- (iii) załącznika nr 12 do SIWZ „Zestawienie badań typu ważnych dla rozdzielnicy gazowej ”;
- (iv) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego w tym kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że w treści załącznika nr 1 a do SIWZ „SIWZ - część techniczna ” w pkt. 3.1 (Wymagania ogólne - obwody pierwotne) pkt 8 Wymagań ogólnych dla rozdzielni wewnętrznej GIS ustanowiony został wymóg, z zgodnie z którym Średni Czas Między Awariami (Mean Time Beetwen Failures - MTBF) powinien być na poziomi nie mniejszym niż 500 polo-lat potwierdzony raportami fabrycznymi (MTBF>500 bay year). W ocenie Odwołującego powyższe postanowienie narusza zasadę uczciwej konkurencji. Ponadto formułowanie takiego oczekiwania nie jest niezbędne, ani celowe dla realizacji przedmiotowego zamówienia. Mając bowiem na względzie charakterystykę przedmiotu postępowania oraz konieczność wypracowania i zachowania mechanizmów skutkujących zapobieganiu awarii urządzeń dostarczanych w ramach realizacji zamówienia wystarczającym zabezpieczeniem jest zawarte we wzorze umowy oświadczenie o udzieleniu rękojmi oraz gwarancji jakości wraz z ustanowieniem przez wykonawcę zabezpieczenia należytego wykonania roszczeń Zamawiającego z tytułu rękojmi oraz gwarancji jakości.

Odwołujący wskazał, że jeżeli producent wyprodukował 5 pól rozdzielnicy wysokiego napięcia a pola te pracują 5 lat bez przerwy, nie doznając awarii, oznacza to, że współczynnik MTBF dla tego produktu wynosi 25 pololat (5 pól x 5 lat bezawaryjnej pracy). Natomiast jeżeli firma wyprodukowała w jakimś okresie czasu 100 pól i pola te pracują łącznie bez awarii 5 lat to współczynnik MTBF wynosi 500 pololat (100 pól x 5 lat bezawaryjnej pracy).

W ocenie Odwołującego z powyższego porównania wynika, że wymóg ten premiuje tych z wykonawców, którzy będą w stanie wylegitymować się wyprodukowaniem (dostawą) większej liczby pól rozdzielnic. Oczekiwanie to jest zupełnie niekompatybilne z wymogiem określonym w pkt 12 Wymagań ogólnych dla rozdzielni wewnętrznej GIS zawartego w pkt. 3.1 (Wymagania ogólne - obwody pierwotne) z załącznika nr 11a do SIWZ „SIWZ - część techniczna. W treści tego postanowienia przewidziano bowiem, że: „Wykonawca zobowiązany jest do przedstawienia w ofercie informacji od dostawcy rozdzielnic typu GIS, tj. listy referencyjnej (zał. 4a) proponowanej w ofercie rozdzielnic typu GIS w zakresie dostaw, w ilości co najmniej 5 pól dla rozdzielni jedno - systemowej lub dwu - systemowej w okresie ostatnich 5 lat wyprodukowanych i zainstalowanych w stacjach elektroenergetycznych Operatora Systemu Przesyłowego lub Dystrybucyjnego na terenie Unii Europejskiej.

Skoro zatem, w ocenie Odwołującego, do udziału w postępowaniu dopuszczeni mają być producenci, którzy mogą wylegitymować się wyprodukowaniem jedynie 5 pól rozdzielni, to przy współczynniku MTBF określonym na poziomie nie mniejszym niż 500 polo godzin, producenci tacy (ci, którzy wyprodukowali jedynie 5 pól rozdzielni) musieliby przedstawić dokumenty (raporty robocze) świadczące o pracy tych urządzeń przez 100 lat. Z oczywistych względów jest to niemożliwe. Parametr ten, ustanowiony na żądanym przez Zamawiającego poziomie, prowadzi zatem do faktycznego pozbawienia możliwości udziału w postępowaniu producentów, którzy bądź to wyprodukowali niewielką ilość pól rozdzielnic WN, bądź też produkują rozdzielnice WN od niedawna, ponieważ wtedy taki producent musi wykazać się wyprodukowaniem i zainstalowaniem bardzo dużej ilości pól, co w praktyce jest niespotykane i nieosiągalne.

Ponadto, Odwołujący wskazał, że za naruszający zasadę równego traktowania oraz sprzeciwiający się zasadzie równej konkurencji należy także uznać wymóg przedstawienia zestawienia badań typu ważnych dla rozdzielnic gazowej, ustanowiony w Załączniku nr 12 do SIWZ. Z punktu widzenia konieczności potwierdzenia spełnienia warunków określonych w SIWZ jest to zupełnie niecelowe. Stosownie do wymogu określonego w pkt 12 Wymagań ogólnych dla rozdzielni wewnętrznej GIS zawartego w pkt. 3.1 (Wymagania ogólne - obwody pierwotne) z załącznika nr 11a do SIWZ „SIWZ — część techniczna”, moduły rozdzielni 110 kV powinny przejść badania typu i wyrobu, aby zweryfikować ich dane charakterystyczne, poziomy izolacji, odporność wytrzymałościową, napięciową. Próby te muszą być prowadzone w certyfikowanych laboratoriach w zakresie prób typu. Próby muszą wykazać, że wszystkie parametry znamionowe i charakterystyki wymagane w SIWZ zostały potwierdzone. W ocenie

Odwołującego, dostatecznym dokumentem potwierdzającym spełnienie powyżej wskazanych wymogów jest stosowny certyfikat zgodności.

Odwołujący wyjaśnił, że każda rozdzielnica WN musi być badana zgodnie z wymogami szeregu norm technicznych. Dla rozdzielnicy WN wykonuje się kilkadziesiąt badań definiujących jej parametry. Wyniki tych badań są zawarte w raportach z badań. Dla potencjalnego klienta wykonawcy, analizowanie raportów (łącznie ilość stron w raportach przekracza nierzadko 1000) w celu oceny parametrów technicznych rozdzielnicy jest praktycznie niemożliwa. Dlatego też przewidziano certyfikat zbiorczy (PCA), który określa główne parametry rozdzielnicy, które są znane i zrozumiałe dla potencjalnych odbiorców usług wykonawców. Certyfikat PCA tworzony jest przez jednostki certyfikujące na bazie przekazanych szczegółowych raportów z badań. Oceną tych raportów zajmują się eksperci, którzy są w stanie ocenić czy wyniki przedstawione w konkretnym raporcie z badań odpowiadają aktualnym wymaganiom dla danej rozdzielnicy.

W ocenie Odwołującego taki dokument jest wystarczający aby stwierdzić, że rozdzielnica spełnia wymagania poszczególnych norm. Certyfikat PCA jest więc dokumentem nadrzędnym w stosunku do wszelkich innych dokumentów mających na celu potwierdzenie osiągnięcia odpowiednich parametrów lub spełnienie danych wymogów. Potwierdza on spełnienie wszelkich norm i wymogów określonych przez Zamawiającego. Uwaga ta dotyczy także oczekiwanego przez Zamawiającego zastawienia badan typu ważnych dla rozdzielnicy GIS, którego wzór stanowi załącznik nr 12 do SIWZ. Dodatkowym argumentem wspierającym powyżej wskazaną tezę jest fakt, że większość raportów z badań nie zawiera bezpośrednio wskazania wartości parametrów, jakich osiągnięcie wymaga Zamawiający zgodnie z treścią załącznika nr 1 do załącznika nr 11a do SIWZ „SIWZ - część techniczna”, toteż raporty te nie mogą być traktowane jako odrębne dokumenty.

Izba ustaliła co następuje:

Izba postanowiła dopuścić w poczet materiału dowodowego następujące dokumenty: (i) SIWZ oraz ogłoszenie o zamówieniu z dnia 3 stycznia 2015 r. nr 2015/S 002-002756 na okoliczność ustalenia przedmiotu zamówienia oraz warunków udziału w postępowaniu; (ii) certyfikat zgodności nr 041/2014 na okoliczność wykazania, iż jest do dokumentna wystarczający na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu; (iii) plan sieci PSE Operator na okoliczność wykazania strategicznego znaczenia stacji Leszno Gronowo dla Krajowego Systemu Energetycznego; (iv) fragment SIWZ na wybór wykonawcy w postępowaniu

organizowanym przez TAURON Dystrybucja S.A. pn.: „Modernizacja stacji GPZ Wygoda” (Wytyczne programowe 13/273, str. 14, pkt 7.1.3.8.dd); Nr postępowania: 010/ZKZ/2/2014/R, fragment SIWZ na wybór wykonawcy w postępowaniu organizowanym przez TAURON Dystrybucja S.A. pn.: „Budowa stacji 110/15 kV GPZ BIERKOWICE” - Program funkcjonalno - użytkowy, str. 24, pkt. 12 tabeli; fragment SIWZ na wybór wykonawcy w postępowaniu organizowanym przez ENERGA Operator S.A. pn.: „GPZ Sopot Kamienny Potok” (tabela pkt 55 i 64); Numer postępowania ZP/3060/3203MZI/2012/0900900, fragment SIWZ na wybór wykonawcy w postępowaniu organizowanym przez KOPEX-EX-COAL Sp. z o.o. pn.: „Budowa i montaż Głównej Stacji Zasilającej GST 110/6 kV dla kopalni w „Obszarze Górniczym Przeciszów” - Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia - Załącznik nr 1, (str. 9 pkt 3.3. pkt 20 tabeli) na okoliczność wykazania, iż wymóg dotyczący współczynnika MTBF dla rozdzielnic wysokiego napięcia wynoszący 500 polelat jest powszechnie stosowany i nie jest nadmierny; (v) publikację prasową Wendy Torell, Victor Averal „Przewidywany czas działania między uszkodzeniami: opis i standardy” na okoliczność wykazania istniejących metod obliczania współczynnika MTBF; (vi) raport dotyczący wyznaczenia średniego czasu bezawaryjnej pracy MTBF dla rozdzielnic Odwołującego na okoliczność wykazania, że Odwołujący spełnia wymagania Zamawiającego w zakresie wymaganego współczynnika MTBF; (vii) fragment SIWZ na wybór wykonawcy w postępowaniu organizowanym przez RWE Stoen Operator Sp. z o.o. w postępowaniu pn.: „Zakup rozdzielni 110kV w izolacji SF6 dla stacji GPZ Towarowa” (załącznik nr 1 - specyfikacja techniczna rozdzielni: pkt. 1.2 st. 15 i pkt. 1.4, str. 17) na okoliczność wykazania, że wymóg żądania zestawienia badań typu ważne jest powszechnie stosowany przez innych inwestorów realizujących podobne zamówienia; (viii) załącznik nr 12 załączony przez Odwołującego w unieważnionym postępowaniu na okoliczność wykazania, że Odwołujący nie spełnia wszystkich warunków określonych w załączniku nr 12 i że żądanie Odwołującego zmierza do uniemożliwienia Zamawiającemu weryfikacji ewentualnej niezgodności oferowanej rozdzielnic w wymaganiach zawartymi w SIWZ.

Na podstawie powyższych dokumentów Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn. GPZ Leszno Gronowo modernizacja rozd. WN/SN.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 3 stycznia 2015 roku w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej oraz w dniu 31 grudnia 2014 roku na stronie internetowej Zamawiającego.

Izba ustaliła, że w treści załącznika nr 11a do SIWZ „SIWZ - część techniczna ” w pkt. 3.1 (Wymagania ogólne - obwody pierwotne) pkt 8 Wymagań ogólnych dla rozdzielni wewnętrznej

GIS ustanowiony został wymóg, z zgodnie z którym Średni Czas Między Awariami (Mean Time Between Failures - MTBF) powinien być na poziomie nie mniejszym niż 500 polelat potwierdzony raportami fabrycznymi (MTBF>500 bay year).

Ponadto, Izba ustaliła, że zgodnie z zapisami SIWZ wykonawcy winni załączyć do oferty wypełnione formularz pn. Zestawienie badań typu ważne stanowiący załączniku nr 12. W załączniku tym Zamawiający wskazał 32 pozycje, w stosunku do których wymagał podania: charakterystyki obiektu badań, potwierdzenia parametrów próby, oznaczenia dokumentów, daty wydania dokumentu.

Izba zważyła co następuje:

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Izba stwierdziła, że w odwołaniach od treści SIWZ wykonawca nie tyle wskazuje na brak bezpośredniej możliwości uzyskania zamówienia, co na wadliwe i niekonkurencyjne postanowienia SIWZ, które utrudniają mu złożenie prawidłowej i zgodnej z przepisami Pzp oferty. Uprawnienie to przysługuje każdemu wykonawcy, który potencjalnie może ubiegać się o udzielenie tego zamówienia. Na tym etapie wystarczające jest wykazanie jedynie hipotetycznej szkody polegającej na niewłaściwym sformułowaniu treści SIWZ, które może utrudniać wykonawcy dostęp do zamówienia.

W ocenie Izby odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie i podlega oddaleniu.

Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp

W ocenie Izby powyższy zarzut nie potwierdził się.

Art. 29 ust. 1 ustawy Pzp zobowiązuje zamawiającego do opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Istota tego przepisu sprowadza się więc do określenia przez zamawiającego swoich wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia tak szczegółowo i tak dokładnie, aby każdy wykonawca był w stanie zidentyfikować czego zamawiający oczekuje. Z kolei art. 29 ust. 2 ustawy Pzp zakazuje dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Opis przedmiotu zamówienia powinien umożliwiać wykonawcom jednaki dostęp do zamówienia i nie może powodować nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówień publicznych na konkurencję. Naruszenie

powyższego przepisu może polegać na dookreśleniu opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, który nie znajduje uzasadnienia ani w technicznym ani w funkcjonalnym uregulowaniu potrzeb zamawiającego. Zamawiający nie może bowiem wymagać od wykonawców takich właściwości przedmiotu zamówienia, które nie mają znaczenia dla spełnienia celu, któremu ma służyć przedmiot zamówienia, a które powodują lub wręcz eliminują konkurencję na rynku. Dalej wskazać należy, że rozkładu ciężaru dowodu w postępowaniu odwoławczym nie zmienia brzmienie art. 29 ust. 2 ustawy Pzp stanowiące nie o naruszeniu konkurencji, ale o możliwości naruszenia konkurencji. W świetle sformułowania powoływanej normy prawnej, przepis art. 29 ust. 2 Pzp nie wymaga pełnego udowodnienia naruszenia konkurencji, a wystarczające jest udowodnienie możliwości wystąpienia takiego naruszenia, a więc jego prawdopodobieństwa. Powyższe osłabienie „celu dowodowego” nie oznacza jednak w ogóle braku obowiązku udowodnienia okoliczności, do których hipoteza przepisu referuje – powołane prawdopodobieństwo niedozwolonego ograniczenia uczciwej konkurencji musi więc być wykazane.

Odwołujący zakwestionował brzmienie SIWZ w zakresie dwóch elementów: (i) wymogu legitymowania się współczynnika MTBF na poziomie 500 pololat; oraz (ii) wymogu przedłożenia zestawienia badań typu ważne, podnosząc, iż powyższe wymagania naruszają art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Zarzut dotyczący współczynnika MTBF

Zarzut nie potwierdził się, a Izba uznała za zasadne stanowisko Zamawiającego przedstawione w odpowiedzi na odwołanie. Wskazać należy w pierwszej kolejności, iż formułując swój zarzut Odwołujący w treści odwołania upatrywał naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w tym, iż wymóg wykazania się współczynnikiem MTBF na poziomie 500 pololat premiuje tych z wykonawców, którzy będą w stanie wylegitymować się wyprodukowaniem (dostawą) większej liczby pól rozdzielnic, co jest niekompatybilne z warunkiem udziału w postępowaniu, który wymaga wylegitymowania się wyprodukowaniem jedynie 5 pól rozdzielni. Odwołujący argumentował również podczas rozprawy, że sposób obliczenia współczynnika MTBF jest niejednoznacznie określony w SIWZ, a w związku z tym winien on być usunięty ze SIWZ.

Po pierwsze wskazać należy, że wymóg legitymowania się współczynnikiem MTBF na poziomie 500 pololat nie preferuje wyłącznie wykonawców doświadczonych i nie eliminuje wykonawców którzy wyprodukowali jedynie 5 pól rozdzielni, a więc wykonawców takich jak Odwołujący. W SIWZ Zamawiający nie wskazał metody obliczenia współczynnika MTBF.

Oznacza to, że każdy z wykonawców ma swobodę w doborze metody jego wyliczenia. Jak wyjaśnił Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oraz podczas rozprawy przedstawiona w treści odwołania metoda wyliczenia współczynnika MTBF nie jest jedyną metodą obliczeniową. Dla przykładu Zamawiający wskazał na opisaną w literaturze przedmiotu metodę opartą na przewidywalności awaryjności urządzeń. W takiej sytuacji obliczenie współczynnika MTBF następuje w oparciu o badanie faktycznej awaryjności określonych komponentów badanego urządzenia (tu: rozdzielni). Przyjęcie takiej formuły obliczeniowej dla współczynnika MTBF nie wyklucza zatem możliwości ubiegania się o zamówienie podmiotu, którego produkty mają charakter prototypowy i dopiero wchodzą na rynek.

Odwołujący potwierdził podczas rozprawy, że istnieją inne metody, niż wskazana w treści odwołania, obliczania współczynnika MTBF. Przy ich użyciu również Odwołujący spełnia wymagania Zamawiającego w zakresie wymogu 500 pololat. Co więcej, jak wskazał Zamawiający, w poprzednio unieważnionym postępowaniu pn: „GPZ Leszno Gronowo modernizacja rozdz. WN/SN” (znak postępowania: RPUZ/P/0368/2014/DD/ZDE), Zamawiający również postawił w SIWZ wymóg dotyczący minimalnego współczynnika MTBF w wysokości 500 pololat, co nie przeszkodziło Odwołującemu w złożeniu oferty. Odwołujący przedstawił w ofercie złożonej Zamawiającemu raport dotyczący wyznaczenia średniego czasu bezawaryjnej pracy MTBF dla wyprodukowanej przez siebie rozdzielnicy wysokiego napięcia izolacji gazowej Sf6-OPTIMA 145 potwierdzający (zgodnie z zastosowaną metodą przewidywania) wartość współczynnika MTBF wynoszącego 548 pololat.

Wobec powyższego zasadnie wskazał Zamawiający, iż stosownie do brzmienia art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, który poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Skoro urządzenia produkowane przez Odwołującego posiadają wymagany współczynnik MTBF, to nie sposób jest uznać, by mógł on ponieść szkodę w przedmiotowym postępowaniu (rozumianą tu jako brak możliwości złożenia oferty). Nadto, wskazać również należy, że Odwołujący wpada w zasadniczą sprzeczność wskazując w odwołaniu, iż nie może spełnić współczynnika MTBF obliczonego metodą wskazaną w odwołaniu, podczas gdy przy wykorzystaniu innej metody jest w stanie wykazać, iż ów współczynnik osiąga. Podkreślić należy, że niezasadne jest upatrywanie interesu we wniesieniu odwołania wyłącznie w generalnym stwierdzeniu, iż kwestionowany wymóg ogranicza możliwość udziału wykonawców w postępowaniu. Odwołujący wniósł odwołanie we własnym imieniu, w obronie własnych interesów, nie zaś grupy bliżej nieokreślonych wykonawców. Skoro Zamawiający wykazał, a Odwołujący potwierdził, że oferowany przez niego produkt spełnia wymagania Zamawiającego, brak jest

podstaw do uznania, że Odwołujący może ponieść jakąkolwiek szkodę w przedmiotowym postępowaniu w zakresie omawianego zarzutu.

Za bezzasadne należy również uznać twierdzenie Odwołującego, jakoby wymóg dotyczący minimalnej wartości współczynnika MTBF dla rozdzielni był niekompatybilny z wymogiem postawionym w punkcie 3.1.12 - Rozdzielnia 110 kV, Wymagania ogólne dla rozdzielni wewnętrznej GIS załącznika nr 11 a) do SIWZ, w którym Zamawiający zażądał przedstawienia informacji o dostawcy rozdzielnic WN typu GIS w postaci „listy referencyjnej” potwierdzającej dokonanie przynajmniej jednej dostawy co najmniej 5 pól dla rozdzielni jednosystemowej lub dwusystemowej w okresie ostatnich 5 lat wyprodukowanej i zainstalowanej w stacjach elektroenergetycznych Operatora Systemu Przesyłowego lub Dystrybucyjnego na terenie Unii Europejskiej.

Słusznie wskazał Zamawiający, iż powyższy wymóg ma na celu weryfikację czy oferowana rozdzielnia została kiedykolwiek wcześniej dostarczona i zamontowana w jakiegokolwiek stacji elektroenergetycznej u operatora systemu przesyłowego lub dystrybucyjnego, tj. podmiotu zobligowanego prawem do realizacji dostaw energii elektrycznej z zachowaniem najwyższej staranności, co wymusza konieczność budowy sieci w standardach wyższych niż inni odbiorcy rozdzielnic. Ma to istotne znaczenie, bowiem podobne rozdzielnie montowane są również w dużych zakładach przemysłowych. Zamawiający dopuszcza zatem sytuację w której współczynnik MTBF określony zostanie na podstawie historii eksploatacji określonego produktu zarówno w stacjach operatorów systemów elektroenergetycznych, jak i w dużych zakładach przemysłowych. Dodatkowym wymogiem jest jednak wykazanie, że oferowana rozdzielnia była już dostarczona i zamontowana w minimum jednej stacji operatora systemu przesyłowego lub dystrybucyjnego. Nie sposób zatem uznać by oba te warunki były wzajemnie sprzeczne. W istocie zmierzają one do weryfikacji różnych okoliczności: współczynnik MTBF ma wykazać bezawaryjność urządzenia, natomiast wymóg dostarczenia listy referencyjnej ma na celu weryfikację, czy oferowana rozdzielnia została wcześniej dostarczona i zamontowana u choćby jednego operatora systemu przesyłowego lub dystrybucyjnego (takiego jak Zamawiający).

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego prezentowanego na rozprawie, iż współczynnik MTBF nie jest miarodajnym weryfikatorem awaryjności rozdzielni, gdyż określa on wyłącznie awaryjność urządzenia w określonych momentach pracy urządzenia, a w związku z tym współczynnik ten winien być usunięty ze SIWZ. W tym zakresie należy uznać za w pełni zasadne stanowisko Zamawiającego, w którym podkreślił, iż decydując się na rozbudowę rozdzielnic WN 110 kV nowej generacji jako dystrybutor musi mieć pewność, że oferowana

aparatura jest aparaturą bezawaryjną, a producent gwarantuje odpowiednią niezawodność jej pracy. Współczynnik MTBF jest powszechnie używany w opracowaniach naukowych oraz przez producentów. Jak potwierdziły obie strony postępowania nie istnieje obecnie inny współczynnik, który pozwalałby na zweryfikowanie awaryjności oferowanych przez wykonawców urządzeń. W konsekwencji niezasadnym byłoby nakazanie Zamawiającemu usunięcie ze SIWZ wymogu legitymowania się określonym współczynnikiem MTBF. Skoro jest to jedyna dostępna metoda, z pomocą której Zamawiający może zweryfikować awaryjność urządzenia, to nie można odmówić Zamawiającemu prawa skorzystania z niej wyłącznie na tej podstawie, iż ja twierdzi Odwołujący, weryfikuje ona awaryjność tylko w określonym momencie, nie zaś podczas całego okresu użytkowania. Zamawiający ma obowiązek podjąć kroki zmierzające do uzyskania jak najbardziej efektywnego i niezawodnego urządzenia. Miernikiem niezawodności powszechnie używanym jest współczynnik MTBF i wprowadzanie wymogu legitymowania się współczynnikiem MTBF na określonym poziomie należy uznać, że działanie uzasadnione i racjonalne.

Odwołujący argumentował również, że w żaden sposób nie wiadomo dlaczego Zamawiający zdecydował się na wymóg 500 pololat, nie zaś 200 lub 700. Należy w tym zakresie wskazać, że Zamawiający wyjaśnił, że przedmiotem zamówienia jest dostawa 17 polowej rozdzielnicy WN. Okres pracy dla tego typu urządzenia przyjmowany jest na około 40 lat. Zamawiający określając współczynnik MTBF kierował się koniecznością określenia bezawaryjnego okresu użytkowania rozdzielnicy typu GIS, w bardzo newralgicznym punkcie jego sieci wysokiego napięcia. Jak wskazał, idealnym rozwiązaniem byłoby przyjęcie, że urządzenie, będzie pracowało w całym czasokresie użytkowania bezawaryjnie, co określałby współczynnik MTBF na poziomie 680 pololat. Zamawiający nie chcąc jednak ograniczać konkurencji oraz zdając sobie sprawę, że nie można zakładać całkiem bezawaryjnej pracy urządzenia w takim czasie, założył do obliczeń okres 30 lat i zaokrąglił wynik do 500 pololat. Wyjaśnienia te potwierdzają, w ocenie Izby, że wymóg posiadania współczynnika MTBF na poziomie 500 pololat nie może być uznany za nadmierny lub nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Postawienie powyższego warunku znajduje uzasadnienia w technicznym i funkcjonalnym uregulowaniu potrzeb Zamawiającego. Wymagane właściwości przedmiotu zamówienia mają w ocenie Izby istotne znaczenie dla spełnienia celu, któremu ma służyć przedmiot zamówienia tj. zapewnienia, że dostarczona rozdzielnica będzie działać bezawaryjnie.

Dalej Izba wskazuje, że podczas rozprawy Odwołujący argumentował również, że w SIWZ Zamawiający nie określił w sposób jednoznaczny sposobu obliczenia współczynnika MTBF i w związku z tym wymóg ten należałoby usunąć. Podkreślić jednak należy, że powyższy zarzut nie znalazł się w treści odwołania wniesionego w dniu 9 stycznia do Prezesa Krajowej Izby

Odwoławczej, co w konsekwencji powoduje, iż Izba, będąc związana zarzutami zawartymi w odwołaniu, nie miała podstaw do rozpatrzenia powyższego zarzutu.

W ocenie Izby Odwołujący nie uzasadnił i nie udowodnił, że żądany współczynnik MTBF w sposób istotny i bezzasadny ograniczył konkurencję. Wywody przedstawione w odwołaniu zmierzają jedynie do wykazania, że producent, który wyprodukował jedną pięciopolową rozdzielnię nie jest w stanie wykazać się współczynnikiem MTBF żądanym przez Zamawiającego obliczoną zaledwie jedną z dopuszczalnych metod jego obliczania. Twierdzenie Odwołującego jakoby należywym zabezpieczeniem interesów Zamawiającego w zakresie bezawaryjnej pracy rozdzielni było udzielenie rękojmi i gwarancji jest całkowicie bezzasadne. Jak wskazał Zamawiający, każda awaria rozdzielni grozi potencjalną olbrzymią szkodą finansową związaną z koniecznością wypłacania wysokich odszkodowań. Nadto, awaryjność stacji i wynikające z tego przerwy w dostawie energii mogą wpłynąć na wizerunek Zamawiającego jako operatora sieci dystrybucyjnej. Fakt udzielenia gwarancji i rękojmi nie chroni Zamawiającego przed wystąpieniem takich zdarzeń, może jedynie częściowo rekompensować ewentualne straty finansowe i wizerunkowe Zamawiającego. Jak wskazał Zamawiający wysokość udzielonego zabezpieczenia należytego wykonania umowy oscylować może wokół kwoty ok. 0,5 mln zł, podczas gdy potencjalne szkody Zamawiającego z powodu awarii rozdzielnicy mogą znacząco przekraczać tę kwotę. Nadto, okres trwania gwarancji i rękojmi wynosi zaledwie 60 miesięcy. Tymczasem żywotność rozdzielnicy wynosi ok. 40 lat.

Mając na uwadze powyższe Izba nie znalazła podstaw do uznania, że wymóg legitymowania się współczynnikiem MTBF na poziomie 500 pololat narusza art. 29 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp.

Zarzut dotyczący przedstawienia zestawienia badań typu ważnych dla rozdzielni

W ocenie Izby powyższy zarzut nie potwierdził się. Odwołujący argumentował, że wymóg żądania zestawienia badań typu ważnych dla rozdzielni jest zupełnie niecelowy, gdyż dostatecznym dokumentem potwierdzającym spełnienie wymagań określonych w załączniku nr 12 jest stosowny certyfikat zgodności.

Izba podziela w zakresie powyższego zarzut stanowisko Zamawiającego. Wskazać należy, iż w załączniku nr 12 do SIWZ Zamawiający zażądał podania m.in. potwierdzonych parametrów próby w odniesieniu do aparatury, która jest kluczowym, podstawowym wyposażeniem rozdzielni GIS (wartość rozdzielni stanowi wartość ok 17 mln zł, podczas gdy wartość całej inwestycji wynosi ok. 29 mln zł). Jak wskazał Zamawiający powyższe pozwoli

Zamawiającemu na ocenę zgodności tej aparatury z odpowiednimi normami, ale również zweryfikowanie konkretnych wyników prowadzonych badań. Przedmiotowe informacje mają istotne znaczenie dla późniejszej eksploatacji rozdzielni gazowej.

Dalej wskazać należy, że w certyfikacie zgodności przedłożonego przez Odwołującego wyraźnie zostało wskazane, że potwierdza on zgodność z podstawowymi parametrami według załącznika. Załącznik ten zawiera zestawienie przypisanych parametrów wyrobu. Oznacza to, że certyfikat, którym legitymuje się Odwołujący potwierdza, że urządzenie spełnia określone parametry, które zostały szczegółowo wymienione w treści załącznika. Zamawiający wskazał zaś, że certyfikat posiadany przez Odwołującego nie obejmuje swoim zakresem między innymi pomiarów wnz (wyładowania niezupełnego w badaniach dielektrycznych rozdzielni – pkt 1 i 2 załącznika nr 12 do SIWZ), badania zdolności łączeniowej (pkt 5 - 9 załącznika nr 12 do SIWZ), pomiarów klimatycznych (pkt 17,18,19 załącznika nr 12 do SIWZ) oraz pozostałych badań typu rozdzielnic (pkt 21 - 27 załącznika nr 12). Odwołujący nie zaprzeczył twierdzeniom Zamawiającego, wskazując jedynie, że elementy na które wskazał Zamawiający nie są konieczne dla realizacji zamówienia, gdyż dotyczą one wyjątkowych sytuacji lub wyjątkowych warunków w jakich urządzenie będzie wykorzystywane, co nie ma miejsca w przedmiotowym postępowaniu przetargowym. Odwołujący argumentował wyłącznie, że posiadany przez niego certyfikat spełnia wszystkie wymagania przepisami prawa normy i winien być wystarczający dla Zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe wskazać należy, że zarzut podniesiony przez Odwołującego w treści odwołania dotyczy wyłącznie kwestii ujęcia określonych danych (certyfikat lub wypełniony załącznik), a więc sprowadza się do zarzutu nadmiernego formalizmu. Odwołujący nie kwestionował konieczności wykazania, iż przedmiotowy wyrób spełnia wszystkie wymagania wskazanych w SIWZ norm. W treści odwołania nie zostały zakwestionowane wymagania Zamawiającego, które nie są objęte certyfikatem posiadany przez Odwołującego. Uznać więc należało, że Odwołujący uznał wymogi zawarte w załączniku nr 12 za zasadne. Dalej należy podkreślić, że stosownie zaś do treści art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Jak słusznie wskazał Zamawiający żądanie zestawienia badań typu ważnych nie może uniemożliwić wykonawcom posiadającym wszystkie stosowne certyfikaty zgodności złożenia oferty w niniejszym postępowaniu. Każdy z wykonawców posiadających certyfikaty zgodności z normami ma bowiem dostęp do protokołów badań i może wypełnić przedmiotową tabelkę zgodnie z wymogami postawionymi w SIWZ. Nawet gdyby przyjąć zatem, iż wymóg Zamawiającego cechuje nadmierny formalizm, to okoliczność ta pozostaje bez wpływu na

wynik postępowania, gdyż nie zamyka drogi do złożenia oferty podmiotom posiadającym stosowne certyfikaty zgodności. W ocenie Izby Zamawiający wyjaśnił podstawy żądania wykazu jak również przedstawił dowody potwierdzające, iż w podobnych postępowaniach wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia byli zobowiązani do składania kwestionowanego wykazu badań typu ważne. Wskazać również należy za Zamawiającym, że w unieważnionym postępowaniu Odwołujący złożył wymagany w załączniku 12 dokument, który nie potwierdził pozytywnie przejścia wszystkich prób, co uprawdopodobnia stwierdzenie Zamawiającego, że żądanie Odwołującego zmierza w istocie do uniemożliwienia Zamawiającemu weryfikacji ewentualnej niezgodności oferowanej rozdzielnicy z wymogami jakościowymi zdefiniowanymi w SIWZ.

Niezasadny jest również zarzut naruszenia art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez żądanie zestawienia badań typu ważne dla rozdzielni. Wskazać bowiem należy, że rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.02.2013 r. w sprawie dokumentów jakich żądać może Zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z dnia 19 lutego 2013 r.), nie zawiera zamkniętego katalogu dokumentów jakich żądać można na potwierdzenie, że oferowane przez wykonawcę dostawy spełniają stawiane w SIWZ wymogi jakościowe. Stosownie do brzmienia §6 ust. 1 pkt 2 ww rozporządzenia, Zamawiający może w szczególności żądać zaświadczenia niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że dostarczane produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym. Powyższe nie stanowi jednak o zakazie żądania również innych dokumentów, jeśli jest to zgodne z uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego.

Wobec niestwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, odwołania podlegały oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 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. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: