Sygn. akt: KIO 2231/18

WYROK

z dnia 13 listopada 2018 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 listopada 2018 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 października 2018 roku przez wykonawcę **CP Trade Energia i Gaz Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (30-733)**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gas Storage Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Dębogórze (81-198)**

przy udziale wykonawcy **Ferox Energy Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach (40-599)**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

oddala odwołanie,

kosztami postępowania obciąża wykonawcę **CP Trade Energia i Gaz Sp. z o.o. z siedzibą Krakowie (30-733)** i:

liczа w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **CP Trade Energia Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (30-733)** tytułem wpisu od odwołania,

sądza od wykonawcy **CP Trade Energia i Gaz Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (30-733)**

cz **Gas Storage Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Dębogórze (81-198)** kwotę

00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz opłat skarbowych od pełnomocnictw.

wnie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 poz. 1986) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

Przewodniczący: ……...

U z a s a d n i e n i e

W odniesieniu do postępowania o zawarcie umowy ramowej w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 poz. 1986) [dalej „ustawa Pzp"] pn.: „Dostawa części do silników produkcji Waukesha

i sprężarek produkcji Cameron dla KPMG Mogilno i KPMG Kosakowo" wykonawca CP Trade Energia i Gaz Spółka z o.o. z Krakowa (dalej „odwołujący") złożył odwołanie wobec czynności i zaniechania Gaz Storage Poland sp. z o.o. z Dębogórza (dalej „zamawiający" w Części 2 zamówienia), polegających na"

- wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Ferox Energy Systems sp. z o.o. z Katowic (dalej „przystępujący"),
- zaniechaniu wykluczenia przystępującego,
- zaniechaniu odrzucenia oferty przystępującego wobec niespełniania przez przystępującego warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17, poprzez zaniechanie wykluczenia przystępującego, który wprowadził zamawiającego w błąd,
2. art. 22 ust. 1 pkt 2, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu,
3. art 89 ust. 1 pkt 2, poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która jest niezgodna z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ"),
4. art. 90 ust. 3, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego który nie udzielił wyjaśnień wraz z dowodami.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1.unieważnienia czynności oceny oferty,

2.wykluczenia z udziału w postępowaniu przystępującego i odrzucenia oferty tego wykonawcy,

3.dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący podał, że z wymagań SIWZ (pkt III Opis Przedmiotu Zamówienia) wynika jednoznacznie, że konieczne było zaoferowanie produktów oryginalnych, tj. pochodzących od producenta sprężarek lub produktów równoważnych, pod warunkiem wykazania ich równoważności.

Podał także, że 3 września 2018 r. zamawiający pozyskał informację od firmy Baker Hughes GEOil Gas Compression Systems LLC – producenta sprężarek Cameron, że przystępujący nie jest autoryzowanym partnerem ani dystrybutorem oryginalnych części do sprężarek Cameron, co powoduje, że producent nie może gwarantować ani ponosić żadnej odpowiedzialności za części przez dostarczone przez przystępującego.

Dowód: *mail z dnia 3 września 2018 r. wraz z pismem z dnia 31 sierpnia 2018 r.*

Wskazał, że zamawiający zwrócił się 7 września 2018 r. do przystępującego o udzielenie wyjaśnień w tym zakresie, wskazując jako podstawę prawną art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz eksplikując konieczność potwierdzenia, że zaoferowane części są nowe i oryginalne.

Wskazał w dalszej kolejności, że przystępujący pismem z dnia 12 września 2018 r. oświadczył, że zaoferowane przez części są nowe i oryginalne i w celu ich dostarczenia korzysta *„ze sprawdzonych kanałów dostaw, gdyż grupa asortymentowa Cameron jest aktualnie częścią grupy GE, tak jak Waukesha*". Podkreślił, że do ww. pisma nie zostały dołączone żadne dowody na potwierdzenie możliwości zaoferowania przez przystępującego fabrycznie nowych, oryginalnych części.

Dowód: *pismo Ferox Energy Systems sp. z o.o. z dnia 12 września 2018 r.*

W ocenie odwołującego po uzyskaniu takiego pisma zamawiający winien bądź wykluczyć przystępującego z udziału w postępowaniu, gdyż oświadczenie stoi w jaskrawej sprzeczności z oświadczeniem producenta, a zatem jest oświadczeniem wprowadzającym zamawiającego w błąd, bądź odrzucić ofertę przystępującego wobec braku wykazania dowodami okoliczności, których zamawiający udowodnienia żądał w wezwaniu z dnia 7 września 2018 r.

Powołał się na wyrok KIO z dnia 27 czerwca 2017 r. sygn. akt KIO 1124/17:*„przepis art. 24 ust. 1 pkt 17 Prawa zamówień publicznych odnosi się do wprowadzenia zamawiającego w błąd informacjami - obejmującymi swym zakresem nie tylko informacje dotyczące braku podstaw do wykluczenia oraz spełniania warunków udziału ale szeroko obejmując swym zakresem również wszelkiego rodzaju informacje. Rozszerzając zakres informacji, jakimi zamawiający może być wprowadzony przez wykonawcę w błąd, ustawodawca w przepisie tym przewidział granicę tej odpowiedzialności - zastrzegając, że informacje te muszą być informacjami mogącymi mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego podejmowane w toku postępowania o udzielenie zamówienia."* oraz na wyrok z dnia 8 stycznia 2018 r. sygn. akt KIO 2703/17:*„Dowód braku zaoferowania ceny rażąco niskiej spoczywa na wykonawcy. Dla obalenia powstałego domniemania nie wystarczy złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych. Zdawkowe i ogólne wyjaśnienia nie stanowią podstawy do obalenia wyżej wymienionego domniemania. "*

Stwierdził, że nie można dopuszczać sytuacji, gdy podmiot składający ofertę nie dysponuje zaoferowanym produktem i zgodnie z oświadczeniem producenta nie będzie w stanie nim dysponować, a jednocześnie wprowadza zamawiającego w błąd twierdząc, że korzysta *„ze sprawdzonych kanałów dostaw*", w żaden sposób tego nie dowodząc.

Oświadczył, że z ostrożności procesowej podnosi, że w przypadku uznania, że przystępujący zaoferował inne produkty niż oryginalne, uznać należy, że jego oferta nie spełnia wymagań SIWZ postawionych w pkt III, gdyż nie wykazał równoważności produktów.

Stanął na stanowisku, że przedmiotem zamówienia są wysokospecjalistyczne produkty – części zamienne do konkretnych modeli konkretnego rozwiązania, które jest co do zasady niepowtarzalne i nie jest przeznaczone na rynek konsumencki, co oznacza, że jedynie producent – za pośrednictwem sieci autoryzowanych dystrybutorów – zapewnia oryginalne części zapasowe i zamienne.

Ocenił, że nie istnieje możliwość pozyskania ich poprzez inne kanały dystrybucji, a pozyskane innymi kanałami dystrybucji oznacza, że części nie będą częściami oryginalnymi, dostarczonymi przez producenta sprężarek, gdyż producent posługuje się wyłącznie oficjalnymi kanałami dystrybucji, co wyraźnie wskazał w piśmie do zamawiającego.

W odniesieniu do tego, iż przystępujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu odwołujący podał, że zamawiający określił – zgodnie z pkt XI ust. 3 pkt 2 SIWZ – że konieczne jest należyte wykonanie co najmniej 1 dostawy, polegającej na dostawie części zamiennych do sprężarek produkcji Cameron lub podobnych – o zbliżonej mocy i jakości, o łącznej wartości netto nie mniejszej niż 750.000 zł netto (lub równoważne kwota w Euro/CSD) oraz załączenie dowodów, że zostały należycie wykonane lub są wykonywane należycie.

Podniósł, że w wykazie robót przystępującego brak jest dostawy części zamiennych do sprężarek produkcji Cameron, zaś jeśli chodzi o wykazane dostawy, brak jest wykazania, że dotyczyły sprężarek *„podobnych – o zbliżonej mocy i jakości”,* podczas gdy obowiązek takiego wykazania jednoznacznie wynika z treści formularza wykazu robót, gdzie zawarto zapis: *„Opis wykonanych usług musi zawierać informacje pozwalające jednoznacznie stwierdzić, że Wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący posiadania wiedzy i doświadczenia.*

Podsumował, że przystępujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, wobec czego jego oferta winna zostać odrzucona.

Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazanej przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z dnia 7 listopada 2018 r., pisma zamawiającego z dnia 13 listopada 2018 r., wskazanych w dalszej części uzasadnienia dokumentów złożonych przez odwołującego i przystępującego na rozprawie, a także stanowisk stron i przystępującego zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierował odwołanie do rozpoznania na rozprawę.

Skład orzekający Izby ustalił także, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzuty dotyczące naruszenia:

rt. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia przystępującego, który wprowadził zamawiającego w błąd,

rt. 90 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, który nie udzielił wyjaśnień wraz z dowodami nie potwierdziły się.

Tytułem wstępu skład orzekający Izby zauważa, że odwołujący, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp nie wskazał okoliczności faktycznych, na których oparł zarzut.

Z całą pewnością nie sposób uznać, że zarzut dotyczy charakteru zaoferowanej przez przystępującego ceny, ponieważ brak w uzasadnieniu jakiejkolwiek wzmianki co do ceny ofertowej przystępującego.

Co więcej, nawet wskazując naruszenie przez zamawiającego przepisu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp odwołujący nie wskazał, że chodzi o wyjaśnienia i dowody dotyczące zaoferowanej przez odwołującego ceny, ale ogólnie, że chodzi o to, że przystępujący nie udzielił wyjaśnień wraz z dowodami.

Na podstawie treści uzasadnienia odwołania można co najwyżej uznać, że odwołującemu chodzi o to, że zamawiający zaniechał odrzucenia oferty przystępującego, ponieważ ten nie udzielił wystarczających wyjaśnień i nie złożył żadnych dowodów na potwierdzenie, że zaoferował oryginalne części zamienne („*Nie można bowiem dopuszczać do sytuacji, gdy podmiot składający ofertę (…) wprowadzając zamawiającego w błąd twierdząc, że korzysta „ze sprawdzonych kanałów” w żaden sposób tego nie dowodząc*.”
– str. 4 odwołania trzeci akapit).

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zamówienie zostało podzielone na 2 części (rozdział III pkt 1). Przedmiotem zamówienia w części 1 jest dostawa części do silników produkcji Waukesha, zaś przedmiotem zamówienia w części 2 – w doniesieniu do której złożono odwołanie – jest dostawa części do sprężarek produkcji Cameron.

Zgodnie z rozdziałem lll pkt 5 SIWZ szczegółowy opis produktów został zawarty w załączniku nr 1, przy czym zamawiający wskazał, że „*Tam, gdzie w Załączniku nr 1 zostało wskazane pochodzenie części (marka, znak towarowy, producent, dostawca), Zamawiający dopuszcza oferowanie Produktów równoważnych*.”

W rozdziale lll pkt 8 SIWZ zamawiający podał, że „*przyjmie, że Produkty są równoważne z oryginalnymi, jeśli Wykonawca przedstawi wraz z ofertą oświadczenie producenta napędu gazowego, sprężarki gazu, rozrusznika gazowego, że wskazane Produkty zostały wytworzone zgodnie ze specyfikacjami i standardami produkcyjnymi, ustalonymi przez producenta napędu gazowego, sprężarki gazu, rozrusznika silnika gazowego i posiadają te same parametry techniczne i są tej samej jakości, co części stosowane w procesie montażu urządzeń. W tym zakresie Wykonawca jest zobowiązany do udowodnienia już na etapie złożenia oferty, że proponowane Produkty równoważne w równoważnym stopniu spełniają wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia. Udowodnienie równoważności spoczywa na Wykonawcy. Wzór oświadczenia producenta, o którym mowa powyżej stanowi Załącznik nr 10 do SIWZ*.”

Dodatkowo w rozdziale III pkt 9 SIWZ zamawiający zastrzegł: „*W przypadku Produktów równoważnych wymaga się przedłożenia przez Wykonawcę na etapie złożenia oferty oświadczenia o zabudowaniu wyspecyfikowanych na*

urządzeniach tego samego typu
i producenta oraz zbliżonej mocy, w okresie nie krótszym niż 12 miesięcy poprzedzającym złożenie oferty, z równoczesnym pisemnym oświadczeniem użytkownika o zastosowaniu
i bezproblemowym użytkowaniu równoważnych części, podzespołów urządzeń w objętych czasie min. 12 miesięcy od ich zabudowy."
Zgodnie z treścią rozdziału III pkt 11 „*W przypadku Produktu równoważnego Wykonawca ma obowiązek wskazać nazwę producenta oferowanego Produktu.*"

W pkt. 13 lit. a) rozdziału III SIWZ zamawiający wprowadził wymóg, aby wszystkie dostarczane przez wykonawcę produkty były fabrycznie nowe, nie starsze niż 12 miesięcy od daty produkcji, bez śladów użytkowania oraz kompletne i oryginalnie zapakowane.
W złożonej ofercie przystępujący – załączniku nr 2A, w odniesieniu do części 2 wskazał, że oferuje (w 150 pozycjach) części do sprężarek gazu produkcji Cameron – Superior WH 76, przy czym w żadnej z pozycji nie wskazano dodatkowo nazwy producenta oferowanej części.

W pkt. 8) Formularza ofertowego, zgodnie z treścią opracowanego przez zamawiającego wzoru tego formularza, przystępujący oświadczył: „*udzielamy gwarancji jakości na Produkty na 12 (słownie: dwanaście) miesięcy, zgodnie z warunkami wskazanymi w Umowie ramowej*".
Także odwołujący w złożonej ofercie – załączniku nr 2A, w odniesieniu do części 2 wskazał, że oferuje (w 150 pozycjach) części do sprężarek gazu produkcji Cameron – Superior WH 76, w żadnej z pozycji nie wskazując nazwy producenta oferowanej części. Odwołujący zaoferował dłuższy niż przystępujący, tj. 24 miesięczny okres gwarancji.

Zgodnie z rozdziałem XXIII SIWZ jedynym kryterium oceny ofert jest cena (waga 100%).
W nadesłanej przez zamawiającego dokumentacji postępowania znajduje się pismo Baker Hughes GE z dnia 31 sierpnia 2018 r. w języku angielskim (przesłane jako załącznik do korespondencji e-mail od jednego z uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego). Pismo to wraz z tłumaczeniem na język polski zostało złożone przez odwołującego na rozprawie.
Zgodnie z jego treścią: „*Ferox Energy System Katowice (Polska) nie jest autoryzowanym dystrybutorem części zamiennych BHGE i nie ma dostępu do oryginalnych części OEM dla żadnej z linii produktów wymienionych w tym liście. BHGE nie udziela gwarancji na części od Ferox Energy System Katowice (Polska) i nie może być pociągnięta do odpowiedzialności za jakiekolwiek dopasowanie, formę, jakość materiału, oczekiwaną żywotność lub gwarancję dla części uzyskanych od tych firm, lub jakiekolwiek problemy*
w działaniu (…)"

Pismem z dnia 7 września 2018 r. zamawiający, powołując się na przepis art. 90
ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp wezwał przystępującego do „*udzielenia wyjaśnień i złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia zaoferowanych cen ofertowych, które potwierdzą, że zaoferowane ceny gwarantują, że przedmiot zamówienia zostanie wykonany, zgodnie*
z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w SIWZ, o czym jest mowa w art. 90
ust. 1 Ustawy, tj. (…)"
Zamawiający zwrócił się także do przystępującego z prośbą o potwierdzenie, iż zgodnie z zapisami Rozdziału III ust. 13 lit. a) SIWZ zaoferowane w ofercie, w Formularzu cenowym części do silników produkcji Waukesha i sprężarek produkcji Cameron są fabrycznie nowe i oryginalne i spełniają zawarte w Rozdziale III ust. 13 lit. a) SIWZ.

W piśmie z dnia 12 września 2018 r., stanowiącym odpowiedź na pismo zamawiającego z dnia 7 września 2018 r. przystępujący oświadczył: „*W szczególności potwierdzamy, że zaoferowane w ofercie części do silników produkcji Waukesha i sprężarek produkcji Cameron są fabrycznie nowe i oryginalne oraz spełniają warunki zawarte*
w Rozdziale III ust. 13 lit. a) SIWZ. oraz „*Od 2017 r. jesteśmy autoryzowanym przedstawicielem firmy Waukesha w Polsce (w załączeniu przedstawiamy aktualny certyfikat. (…) W zakresie części do sprężarek Cameron nie jesteśmy bezpośrednim przedstawicielem Cameron, ale korzystamy ze sprawdzonych kanałów dostaw, gdyż grupa asortymentowa Cameron jest aktualnie częścią grupy GE, tak jak Waukesha. Biorąc pod uwagę naszą renomę dostawcy części do silników i sprężarek nie dopuszczamy stosowania części nieoryginalnych bądź wątpliwej jakości zamienników z niesprawdzonych źródeł produkcji i dostaw. Wszystkie części są kupowane bezpośrednio lub pośrednio od producentów.*"

Pismem z dnia 4 października 2018 r. zamawiający ponownie wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień i dowodów, wskazując że „*przedstawione przez Państwa wyjaśnienia wymagają doprecyzowania w zakresie składników cenotwórczych, na jakie Państwo powołujecie się w piśmie z dnia 12.09.2018r.*"

W piśmie z dnia 16 października 2018 r. przystępujący, składając „*wyjaśnienia*
w zakresie preferencyjnych warunków zakupu oryginalnych części zamiennych" ponownie potwierdził, że nie jest bezpośrednim przedstawicielem części do sprężarek Cameron, ale że korzysta ze sprawdzonych kanałów dostaw, tj. autoryzowanych przedstawicieli oryginalnych części zamiennych. Pismo to zostało w całości zastrzeżone jako

zawierające informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 19 października 2018 r. zamawiający poinformował wykonawców, że za najkorzystniejszą w zakresie części 2 uznał ofertę Ferrox Energy Systems Sp. z o.o.
z Katowic, tj. ofertę przystępującego.
Skład orzekający Izby zważył, co następuje.
Wymóg zaoferowania oryginalnych części zamiennych do sprężarek Cameron był między stronami bezsporny.
Spornym było to, czy przystępujący zaoferował części oryginalne, czy ich równoważniki, a także to, czy obowiązkiem przystępującego było wykazać, że przystępujący ma dostęp do oryginalnych części zamiennych.

Odwołujący utrzymywał, że przystępujący nie mógł zaoferować części oryginalnych, ponieważ *„firma Ferox Energy Systems sp. z o.o. nie jest autoryzowanym partnerem ani dystrybutorem oryginalnych części do sprężarek Cameron, co powoduje, że producent sprężarek Cameron w żaden sposób nie może gwarantować ani ponosić żadnej odpowiedzialności za części przez nią dostarczone"* (str. 3 odwołania, 3 akapit), powołując się przy tym na pismo Baker Hughes GE z dnia 3 września 2018 r.
Na rozprawie odwołujący złożył pismo Baker Hughes GE – producenta oryginalnych części zamiennych m.in. do sprężarek Superior (bezsporne), w którym producent oświadczył, że *„Ferox Energy System Katowice (Polska) nie jest autoryzowanym dystrybutorem części zamiennych BHGE i nie ma dostępu do uzyskania oryginalnych części OEM dla żadnej z linii wymienionych w tym liście. BHGE nie może być gwarantem części od Ferox Energy System Katowice (Polska) i nie może być pociągnięty do odpowiedzialności za jakiekolwiek dopasowanie, formę, funkcję, jakość materiału, oczekiwaną długość życia lub gwarancję części uzyskanych od tej firmy lub jakiekolwiek problemy operacyjne (…)*".

Podnieść w pierwszej kolejności należy, że zamawiający nie wymagał w SIWZ ani tego, aby oryginalne części zamienne były dostarczane wyłącznie przez wykonawców będących autoryzowanymi dystrybutorami – przedstawicielami producenta sprężarek Cameron, ani tego, aby „*odpowiedzialność za części*" (jak wskazał odwołujący w odwołaniu) dostarczone przez wykonawcę ponosił producent części.

Zamawiający wymagał, co wynika z treści opracowanego przez zamawiającego wzoru Formularza ofertowego, aby wykonawcy udzielili zamawiającemu gwarancji jakości na produkty.

Zarówno przystępujący, jak i odwołujący oczekiwanej przez zamawiającego gwarancji jakości udzielili, z tym że w przypadku odwołującego była to gwarancja dłuższa. Pozostaje to jednak pozostaje bez znaczenia dla badania zgodności treści ofert z treścią SIWZ oraz dla oceny ofert (zamawiający nie wskazał, że oczekuje dłuższej niż 12 miesięcy gwarancji i nie przewidział kryterium pozwalającego mu oceniać okres udzielonej przez wykonawcę gwarancji).

Dostrzec także należy, że zamawiający nie przewidział w SIWZ obowiązku wykazania przez wykonawcę, że „ma dostęp do oryginalnych części zamiennych" – oczekiwanie zamawiającego w tym zakresie sprowadzało się do złożenia oświadczenia zaoferowania części zamiennych. Jedynie w przypadku zaoferowania równoważników obowiązkiem wykonawcy było wskazanie producenta owych równoważników, a nadto wykazanie równoważności.
W ofercie przystępującego, podobnie jak w ofercie odwołującego, nie wskazano żadnego producenta równoważników, ani nie podjęto próby wykazania równoważności.

Wskazano jedynie, zgodnie z budową opracowanego przez zamawiającego wzoru, że chodzi o części do sprężarek gazu produkcji Cameron Superior WH 76
Podkreślenia wymaga, że zamawiający, który w postanowieniach SIWZnie przewidział obowiązku wykazania przez wykonawcę, że „ma dostęp do oryginalnych części zamiennych" nie może na etapie badania i oceny ofert takiego obowiązku kreować. Innymi słowy, wzywając wykonawcę do złożenia wyjaśnień co do tego, czy wykonawca zaoferował oryginalne części zamienne zamawiający nie może – wbrew treści SIWZ – narzucić wykonawcy obowiązku składania dowodów. Nie oznacza to oczywiście, że wykonawcy dowodów takich nie wolno złożyć.

W ocenie składu orzekającego Izby, wbrew twierdzeniu odwołującego, zamawiający nie oczekiwał od przystępującego złożenia dowodów na potwierdzenie, że przystępujący zaoferował oryginalne części zamienne. Jak wynika wprost z brzmienia wezwania z dnia
7 września 2018 r. zamawiający oczekiwał jedynie potwierdzenia, iż zaoferowane części
w tym do sprężarek produkcji Cameron są fabrycznie nowe i oryginalne.
Nie sposób także pominąć, że obowiązek złożenia wraz z wyjaśnieniami dowodów dotyczył wyłącznie wyliczenia zaoferowanych cen, co wynika z brzmienia wezwania
z dnia 7 września 2018 r. („*zwracamy się z prośbą o udzielenie wyjaśnień i złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia zaoferowanych cen ofertowych*"), z faktu, że przywołany przez zamawiającego jako podstawa żądania dowodów art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp odnosi się właśnie do wysokości zaoferowanej ceny („*W przypadku gdy cena całkowita ofert jest niższa o co najmniej 30% od: (…)"*) , a nadto z faktu, że oczekiwanie potwierdzenia zaoferowania części oryginalnych było oczekiwaniem dodatkowym w stosunku do żądania złożenia wyjaśnień i dowodów w zakresie zaoferowanej ceny, co wywieść należy z użytego wyrazu „Ponadto" przed treścią prośby o potwierdzenie („*Ponadto zwracamy się z uprzejmą*

prośbą
o potwierdzenie, iż (…)"), która – co istotne – żądania złożenia dowodów w ogóle nie zawiera.

Poprzez pismo producenta z dnia 21 listopada 2018 r. odwołujący wykazał tyle tylko, iż przystępujący nie jest autoryzowanym dystrybutorem oryginalnych części zamiennych Baker Huhges GE, co było zbędne skoro przystępujący konsekwentnie tak właśnie twierdził.

Z pisma tego nie wynika jednak, iż przystępujący, nie będąc autoryzowanym dystrybutorem oryginalnych części zamiennych Baker Huhges GE nie uzyska tych części nie tylko od producenta, ale od żadnego autoryzowanego dystrybutora oryginalnych części zamiennych. Wniosek taki – w świetle treści pisma – jest wnioskiem zbyt daleko idącym.

Dla uznania, że przystępujący nie mógł, nie będąc autoryzowanym dystrybutorem oryginalnych części zamiennych Baker Huhges GE, zaoferować takich części niezbędnym było także udowodnienie przez odwołującego, że przystępujący nie może pozyskać tychże części dla zamawiającego pośrednio (nie bezpośrednio od producenta), tj. za pośrednictwem autoryzowanego dystrybutora/autoryzowanych dystrybutorów oryginalnych części zamiennych Baker Huhges GE, czemu odwołujący nie sprostał.

Ani z pisma z 12 listopada 2018 r., ani z pisma z 31 sierpnia 2018 r. nie wynika (innych dokumentów odwołujący nie składał i na inne dokumenty nie powoływał się), aby autoryzowani dystrybutorzy oryginalnych części zamiennych Baker Huhges GE w umowach dystrybucyjnych mieli zakaz dalszej sprzedaży zakupionych od producenta części do podmiotów innych niż ostateczni ich odbiorcy.

Zauważyć nadto należy, że w złożonym przez przystępującego na rozprawie piśmie Baker Hughes GE z dnia 18 października 2018 r. (zastrzeżonym przez przystępującego) producent oświadczył, że wskazany w tym piśmie jako adresat podmiot jest autoryzowanym dystrybutorem oryginalnych części zamiennych do sprężarek Superior, którego zatwierdzonym terenem działania jest Polska. Pozwala to uznać, że przystępujący może skorzystać z dostaw oryginalnych części zamiennych do sprężarek Suprior od tegoż podmiotu.

W konsekwencji uznania przez skład orzekający Izby, że odwołujący nie udowodnił twierdzenia, że przystępujący nie ma możliwości zaoferowania oryginalnych części skład orzekający Izby uznał także, że przystępujący, składając swoją ofertę na Formularzu ofertowym i załączając doń wypełniony Załącznik nr 2A nie wprowadził zamawiającego w błąd, wobec czego zarzut dotyczący naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp nie potwierdził się.

W konsekwencji ustalenia, że zamawiający nie przewidział w SIWZ obowiązku wykazania przez wykonawcę, że „ma dostęp do oryginalnych części zamiennych", co w dalszej konsekwencji oznacza, że zamawiający nie może na etapie badania i oceny ofert takiego obowiązku kreować skład orzekający Izby uznał, że nie potwierdził się również zarzut dotyczący naruszenia art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższego podkreślić należy, że zamawiający nie oczekiwał od przystępującego złożenia dowodów w tym zakresie (oczekiwanie dotyczyło dowodów w celu udowodnienia, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska).

<u>Zarzut dotyczący naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu nie potwierdził się.</u>

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

W rozdziale XI pkt 3 ppkt 3) SIWZ zamawiający wskazał – w odniesieniu do części 2 zamówienia – że o udzielenie tego zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy spełniają warunek dotyczący m.in. zdolności technicznej lub zawodowej: „*Wykonawca spełni ten warunek, jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie wykonał co najmniej 1 dostawę, polegającą na dostawie części zamiennych do (…) sprężarek produkcji Cameron lub podobnych – o zbliżonej mocy i jakości, w tym każda dostawa o łącznej wartości nie mniejszej niż (…) zł netto (lub równoważna kwota w Euro/USD) oraz załączy dowody, że zostały należycie wykonane lub są wykonywane należycie.*"

W rozdziale XII pkt 8 ppkt 1) lit. b) SIWZ zamawiający wskazał, że przed udzieleniem zamówienia wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona do złożenia, w celu potwierdzenia spełniania warunków dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, wykazu dostaw wykonanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składnia ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy zostały wykonane należycie – zgodnie z załącznikiem nr 4 do SIWZ.

W załączniku nr 4, przed tabelą, pozostawioną do wypełnienia wykonawcy, zamawiający wprowadził uwagę o treści: „*Opis wykonanych usług musi zawierać informacje pozwalające jednoznacznie stwierdzić, że Wykonawca spełnia warunek udziału*
w postępowaniu dotyczący posiadania wiedzy i doświadczenia."

Pismem z dnia 17 września 2018 r. zamawiający wezwał przystępującego (wskazując, że oferta przystępującego została najwyżej oceniona) do złożenia, w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wykazu dostaw zgodnie z załącznikiem nr 4 do SIWZ oraz załączenia dowodów, że dostawy zostały wykonane należycie.

Do pisma z dnia 18 września 2018 r. przystępujący załączył wykaz dostaw na wzorze opracowanym przez zamawiającego, w którym ujął trzy pozycje (poz. 4-6) dostaw części zamiennych do sprężarek Ariel (poz. 4) oraz do sprężarek Dresser Rand (poz. 5 i 6).

W odniesieniu do tych pozycji przystępujący załączył referencje.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Zamawiający, ustanawiając warunek w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy wskazał, że oczekuje wykazania 1 dostawy części zamiennych do sprężarek Cameron lub podobnych – o zbliżonej mocy i jakości, nie precyzując jednak jak należy rozumieć „moc zbliżona" i „zbliżona jakość".

Nadto warto podkreślić, że w ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający nie poinformował wykonawców, jak podał w załączniku nr 4, że „*Opis wykonanych usług musi zawierać informacje pozwalające jednoznacznie stwierdzić, że Wykonawca spełnia warunek udziału*
w postępowaniu dotyczący posiadania wiedzy i doświadczenia."

Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że brak wskazania w SIWZ sposobu rozumienia „moc zbliżona" i „zbliżona jakość" należy ocenić jako brak ustanowienia warunku w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej z elementem skonkretyzowanego podobieństwa co do mocy i jakości.

Znaczenie owego braku jest szczególnie widoczne w przypadku próby odpowiedzi na pytanie, co zamawiający miał na myśli, oczekując wykazania, że uprzednie dostawy części zamiennych do sprężarek to dostawy części do sprężarek o podobnej jakości jak sprężarki Cameron oraz próby odpowiedzi na pytanie, w jaki sposób – poprzez jaki opis wykonanej dostawy – wykonawca miałby temu sprostać.

Skoro zamawiający nie wskazał w SIWZ rozumienia podobieństwa co do mocy i jakości sprężarek, a w ogłoszeniu o zamówieniu pominął treść ww. uwagi to nie sposób uznać, że ma prawo do oceny pod takim kątem zdolności wykonawcy, ponieważ wykonawca byłby zdany na arbitralność decyzji zamawiającego.

Z powyższych względów skład orzekający Izby uznał, że ustanowiony przez zamawiającego warunek zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy co do podobieństwa w zakresie zbliżonej mocy i jakości sprężarek był warunkiem pustym, który nie mógł zostać poddany obiektywnej ocenie zamawiającego.

W konsekwencji powyższego, wobec faktu, że w innym zakresie niż zbliżona moc
i jakość sprężarek odwołujący nie kwestionował spełniania przez przystępującego warunku, skład orzekający Izby uznał, że przystępujący wykazał, że spełnia warunek zdolności technicznej lub zawodowej.

Zwraca uwagę fakt, że odwołujący nie kwestionował tego, że sprężarki Ariel i Dresser Rand nie są podobne do sprężarek Cameron, a „jedynie", że podobieństwa tego co do mocy
i jakości przystępujący nie wykazał. To zaś – wobec braku wskazania zakresu podobieństwa mocy i jakości, a w konsekwencji braku możliwości oceny przez zamawiającego zdolności wykonawcy „w tym elemencie"– pozostaje bez znaczenia.

Na marginesie skład orzekający Izby zauważa – ze względu na powoływanie się przez zamawiającego w jego stanowisku pisemnym i w toku na rozprawy na fakt, że w zakresie oceny zbliżonej mocy i jakości sprężarek oparł się na własnej wiedzy oraz dodatkowo informacjach telefonicznych od odbiorców dostaw – że podstawą oceny zdolności wykonawcy mogą być wyłącznie informacje podane przez samego wykonawcę, a ich brak nie może być zastępowany wiedzą własną zamawiającego, czy wiedzą innych, wcześniejszych zamawiających – odbiorców dostaw.

<u>Zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty przystępującego, która jest niezgodna z wymaganiami SIWZ nie potwierdził się.</u>

Ustalenia składu orzekającego Izby poczynione w odniesieniu do zarzutu pierwszego pozostają aktualne.

Jak wskazał odwołujący „*Z ostrożności procesowej Odwołujący podnosi, że*
w przypadku uznania, że Ferox Energy Systems sp. z o.o. zaoferował inne produkty niż oryginalne, uznać należy że jego oferta nie spełnia wymagań SIWZ postawionych w pkt III, gdyż nie wykazał równoważności produktów" (str. 4 odwołania, 4 akapit).

Skład orzekający Izby, rozpoznając zarzut pierwszy, nie uznał, że przystępujący zaoferował inne produkty niż oryginalne.

W konsekwencji skład orzekający Izby nie mógł uznał, że przystępujący nie miał obowiązku wykazywania równoważności produktów, co przesądza o uznaniu, że zarzut się nie potwierdził.

Ponieważ nie potwierdził się żaden z zarzutów odwołania, skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji, oddalając odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, § 3 pkt 1) lit. a) oraz pkt 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący: ……