

WYROK
z dnia 10 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Kisiel
Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 grudnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 listopada 2020 r. przez wykonawcę **MIKRONIKA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu przy ul. Wykopy 2/4** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Polskie Sieci Elektroenergetyczne Spółka Akcyjna z siedzibą w Konstancinie Jeziornej przy ul. ul. Warszawskiej 165,**

przy udziale wykonawcy **T4B Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie przy Al. Stanów Zjednoczonych 32/U15,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu dotyczącego sekcji II 1.1.3 pkt 2 lit. b) ogłoszenia o zamówieniu.**
2. **W pozostałym zakresie oddala odwołanie.**
3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **MIKRONIKA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu przy ul. Wykopy 2/4** i:
 - 3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną wykonawcą **MIKRONIKA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu przy ul. Wykopy 2/4** tytułem wpisu od odwołania;
 - 3.2 zasądza od wykonawcy **MIKRONIKA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu przy ul. Wykopy 2/4** na rzecz zamawiającego **Polskich Sieci Elektroenergetyczne Spółka Akcyjna z siedzibą w Konstancinie Jeziornej przy ul. Warszawskiej 165** 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 (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 j.t.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Polskie Sieci Elektroenergetyczne Spółka Akcyjna z siedzibą w Konstancinie Jeziornej przy ul. ul. Warszawskiej 165 (dalej: „Zamawiający” lub „PSE”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 1843 j.t.), zwanej dalej: „ustawą” lub „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Rozbudowa systemu monitorowania jakości energii elektrycznej” (nr referencyjny: 2020/WNP-0322).

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 listopada 2020 r. pod numerem 2020/S 222-546741.

W dniu 23 listopada 2020 r. wykonawca **MIKRONIKA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu przy ul. Wykopy 2/4** (dalej: „Odwołujący” lub „Mikronika”) wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a mianowicie wobec postanowień zawartych w następujących jego sekcjach: II.1.6, III.1.3. pkt 2 lit. b), III.1.3. pkt 2 lit. c).

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust.1 PZP w zw. z art.36aa ust.2 Pzp i motywem nr 79 dyrektywy 2014/24/UE przez wprowadzenie ograniczenia polegającego na możliwości złożenia oferty wyłącznie na jedną część zamówienia, co jest bezpodstawne i nieuzasadnione w przedmiotowym postępowaniu, oraz pozostające w sprzeczności z zasadą uczciwej konkurencyjności i przejrzystości;
2. art. 22 ust. 1a Pzp w zw. z art.22 ust.1 i 1b i art.7 ust.1 Pzp przez określenie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w sposób niezwiązany z przedmiotem zamówienia, jak i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu modyfikacji treści ogłoszenia przez:

– zmianę sekcji II.1.6. ogłoszenia w ten sposób, że zostanie z niego wykreślone zdanie „Oferty można składać w

- odniesieniu do tylko jednej części”, a cały punkt otrzyma brzmienie: „To zamówienie podzielone jest na części: tak. Maksymalna liczba części, które mogą zostać udzielone jednemu oferentowi: 1”;
- zmianę sekcji III.1.3. pkt 2 lit. b) ogłoszenia przez ograniczenie wymogu posiadania certyfikacji ISO 27001 do czynności wymaganych od Wykonawcy w ramach zamówienia, czyli poprzez wykreślenie z jego treści obowiązku certyfikowania czynności wytwarzania oprogramowania oraz sprzętu;
 - zmianę sekcji III.1.3. pkt 2 lit. c) ogłoszenia poprzez całkowite wykreślenie wymogu posiadania certyfikatu zgodności dla dostarczanych w ramach zamówienia urządzeń jako kryterium kwalifikacji na etapie składania ofert;

1) obciążenie Zamawiającego kosztami niniejszego postępowania.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania wykonawca Mikronika podnosił, że:

1) Zarzuty dotyczące sekcji II.1.6 ogłoszenia o zamówieniu.

Odwołujący podnosił, że ww. zapisami Zamawiający nałożył na uczestników postępowania bardzo istotne ograniczenie, którego skutkiem będzie ograniczenie konkurencji oraz pokrzywdzenie jednego lub większej liczby uczestników. Zamawiający podzielił zamówienia na 2 (dwie) części, co samo w sobie jest neutralne z perspektywy uczestników postępowania. Zamawiający ograniczył również ilość części, na które jeden uczestnik może uzyskać zamówienie - jest to postanowienie również prawidłowe, które Odwołujący w pełni akceptuje. Sprzeciw Odwołującego budziły nałożone na niego ograniczenie do złożenia oferty tylko na jedną z dwóch części zamówienia. W ocenie Odwołującego brak jest racjonalnych przesłanek, które by w tym postępowaniu za tym przemawiały, a co jest konieczne w świetle treści motywu nr 79 do dyrektywy 2014/24/UE, aby Zamawiający mógł takie ograniczenie wprowadzić. Tego rodzaju ograniczenie nie znajduje żadnego uzasadnienia prawnego, ani biznesowego, a jego zastrzeżenie będzie w rzeczywistości skutkowało wprowadzeniem elementu losowości w wyborze wykonawców. Trudno również mówić w tym przypadku, aby służyło to ochronie konkurencji, gdyż w istocie ją wypacza. Przy tak zastrzeżonym ograniczeniu, Odwołujący składając ofertę, będzie musiał wybrać jedną z dwóch części, w których chce wziąć udział. Części te nie różnią się od siebie w sposób istotny (te same urządzenia i systemy, takie same ilości, takie same generalne warunki realizacji). Co oznacza, że Odwołujący będzie zapewne musiał wylosować (np. rzut monetą), w której części chce wziąć udział. Choć brzmi to może zabawnie, to takie „losowanie” będzie miało dla Odwołującego i dla całego postępowania potężne znaczenie. Jeżeli Odwołujący nieszczęśliwie wylosuje udział w części, w której akces zgłosił bardziej konkurencyjni uczestnicy, wówczas ma większą szansę na przegraną, niż gdyby zgłosił akces do części, w której konkurencja jest słabsza.

Odwołujący stwierdził, że przy tak określonym warunku zgłaszania ofert istnieje bardzo wysokie prawdopodobieństwo, że oferta w ramach jednej części zamówienia, która była drugą w kolejności najlepszą ofertą w tej części (nie wygrywa, więc w tej części), byłaby najlepszą ofertą w drugiej części zamówienia. W przypadku prawidłowo określonych warunków udziału taka oferta powinna wygrać drugą część zamówienia, (jako druga najlepsza oferta w całym postępowaniu). Ponieważ jednak nieszczęśliwie została zgłoszona do części, w której została zgłoszona najlepsza oferta w całym przetargu, staje się ona przegraną. Z kolei, gdyby oferent „wylosował” zgłoszenie tej samej oferty do tej drugiej części zamówienia (ze słabszą konkurencją), wówczas wygrałby tę drugą część. W konsekwencji zastrzeżenie „Oferty można składać w odniesieniu do tylko jednej części” skutkowało będzie niekonkurencyjną metodą wyłonienia wykonawców, w której większe znaczenie od najkorzystniejszej treści oferty może mieć szczęście w wyborze części, do której ta oferta jest zgłaszana, co z pewnością nie powinno mieć miejsca przy wyborze najkorzystniejszej oferty. Nie spełnia to wymogów przejrzystości. Mając na uwadze powyższe nie budzi wątpliwości, że już na tym etapie należy zaskarżyć ten sposób wyłaniania wykonawców. Nie znajduje on uzasadnienia efektywnościowego, ani aksjologicznego, a wręcz przeciwnie, narusza on podstawowe zasady konkurencyjności oraz może w sposób oczywisty wpłynąć na interesy i powstanie szkody po stronie Odwołującego, ale również innych uczestników postępowania. Potwierdza to naruszenie zasady uczciwej konkurencji i przejrzystości wyrażonych w art. 7 ust.1 Pzp.

2) Zarzuty dotyczące sekcji III.1.3 pkt 2 lit. b) ogłoszenia o zamówieniu.

Odwołujący wskazywał, że treścią sekcji II.1.3. pkt 2 lit. b) ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający warunkuje udział w przetargu od posiadania przez wykonawcę certyfikatu ISO 27001 obejmującego proces produkcji (wytwarzania) urządzeń oraz oprogramowania, które mają być przedmiotem zamówienia. Jednocześnie zgodnie z sekcją II.2 ogłoszenia produkcja urządzeń, czy też wytwarzanie oprogramowania bezpośrednio przez wykonawcę nie jest przedmiotem zamówienia. Z treści zamówienia wyraźnie wynika, że wykonawca może nabyć urządzenia lub oprogramowanie od podmiotów trzecich. Potwierdza to wprost m.in. treść sekcji III.1.3. pkt 2 d), z którego wynika, że wykonawca powinien dysponować własnym, autoryzowanym przez producenta, centrum serwisowym. Tym samym należy uznać, że Zamawiający w komentowanej sekcji II.1.3. pkt 2 lit. b) wprowadza warunek udziału w przetargu, który nie znajduje obiektywnego uzasadnienia w celu przetargu, nie jest związany z przedmiotem zamówienia, a dodatkowo jest warunkiem nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia. Narusza to zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ograniczając możliwość udziału w postępowaniu wyłącznie do producentów urządzeń lub twórców oprogramowania, co nie znajduje uzasadnienia.

3) Zarzuty dotyczące sekcji III.1.3 pkt 2 lit. c) ogłoszenia o zamówieniu.

Odwołujący wskazywał, że w jego opinii samo wymaganie dotyczące posiadania certyfikatu zgodności z normą PN-EN 61000-4-30 na etapie realizacji zamówienia, wydanego przez akredytowane laboratorium lub przez krajowe laboratorium metrologiczne, nie jest nadmierne. Stanowcze zastrzeżenia budzi jednak wymaganie tego typu certyfikacji już na etapie składania oferty, (jako kryterium kwalifikacyjne), w sytuacji, w której pomiędzy datą publikacji ogłoszenia a datą składania ofert jest 32 dni roboczych. Jest to okres świąteczny oraz postępowanie toczy się w okresie stanu epidemii SARS-CoV-2. Proces certyfikacji urządzeń przez tego typu laboratorium jest procesem, który w normalnych warunkach trwa miesiące, a nie kilka tygodni. Wymaga on przesłania do laboratorium szeregu informacji o certyfikowanym urządzeniu, dokonania niezbędnych uzgodnień z instytucją certyfikującą, przeprowadzenia niezbędnych badań, niekiedy również złożenia dodatkowych wyjaśnień lub wprowadzenia korekt technicznych.

Odwołujący wyjaśniał, że niezwłocznie po opublikowaniu ogłoszenia podjął starania, aby znaleźć akredytowane laboratorium, które jest w stanie w rozsądnym terminie certyfikować urządzenia zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego, które Odwołujący chciałby zaoferować w postępowaniu. Jedyne takie laboratorium zostało przez niego zidentyfikowane w Holandii - NMI CERTIN B.V. Odwołujący podkreślał, że podjął już starania o uzyskanie niezbędnej

certyfikacji, ale informacja zwrotna, którą otrzymał wskazuje, że będzie ona możliwa do zrealizowania w szeroko rozumianym okresie „po Nowym Roku”. Mając na uwadze, że rozstrzygnięcie niniejszego postępowania ma nastąpić pierwszego dnia roboczego w Nowym Roku, nie ma szans, aby Odwołujący był w stanie złożyć z certyfikacją na czas. Z powyższych okoliczności wynika, że wprowadzone przez Zamawiającego kryterium kwalifikacyjne w sekcji III.1.3 pkt 2 lit. c) ogłoszenia może skutkować istotnym zakłóceniem konkurencji, eliminując z rynku wszystkie te podmioty, które mają oczekiwany przez Zamawiającego produkt dobrej jakości, ale nie posiadają na niego certyfikatu, na który wskazał Zamawiający. Podkreślenia przy tym wymaga okoliczność, że certyfikat, którego oczekuje Zamawiający nie jest certyfikatem wymaganym przez przepisy obowiązującego prawa dla tego typu produktów. Nie wymagają go również powszechnie wszyscy odbiorcy na rynku. Jednocześnie podmioty funkcjonujące na rynku - w tym Odwołujący - nie mieli jak z góry wiedzieć, jakie podmioty certyfikujące będą akceptowane przez Zamawiającego. Przykładowo czy będą to wyłącznie laboratoria akredytowane, czy też krajowe laboratoria metrologiczne, mające siedziby, na jakim obszarze. Na podkreślenie przy tym zasługuje fakt, że jedyne laboratorium znalezione przez Odwołującego w Holandii, które ma akredytację wymaganą do dokonania tej certyfikacji, której wymaga Zamawiający, ma tę akredytację od października 2020 r. Kryterium kwalifikacyjne wprowadzone przez Zamawiającego ma, więc charakter arbitralny i bezpodstawnie ograniczający dostęp do rynku zamówień.

Odwołujący stwierdził, że jeżeli Zamawiający chciał zapewnić, aby dostarczane na jego rzecz produkty posiadały niezbędne poświadczenia niezależnych instytucji, a jednocześnie zależy mu na szybkim rozstrzygnięciu postępowania przetargowego, mógł wprowadzić stosowne kryteria jakościowe lub warunki formalne na innym etapie postępowania (np. podpisanie umowy lub zapewnienie certyfikatów przy okazji pierwszej dostawy). Wprowadzanie arbitralnego obowiązku posiadania wybranego certyfikatu, jako kryterium kwalifikacyjnego, przy takich warunkach i terminie postępowania, narusza prawa Odwołującego, uniemożliwiając mu możliwość złożenia oferty w postępowaniu. Zaskarżony warunek narusza zasadę proporcjonalności, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców a zatem stanowi to naruszenie art. 22 ust. 1a Pzp w zw. z art.22 ust.1 i 1b i art.7 ust.1 Pzp.

W toku posiedzenia Izby w dniu 8 grudnia 2020 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wskazał, że:

- 1.uwzględnił odwołanie w zakresie pkt (2) i poinformował o zmianie treści ogłoszenia o zamówieniu,
- 2.wnosi o oddalenie odwołania w pozostałej części tj. w zakresie zarzutów nr 1 i 3, jako niezasadnych.

W uzasadnieniu Zamawiający wyjaśniał m. in., że:

Ad. Zarzut 2

Zamawiający stwierdził, że pismem nr CJI-PK-WZ.230.75.2020.5 z dnia 7 grudnia 2020r. zmienił treść ogłoszenia o zamówieniu i treść SIWZ, informując o tym wykonawców biorących udział w postępowaniu przez zamieszczenie tej informacji na Platformie zakupowej Zamawiającego.

Ad. Zarzut nr 1

Zamawiający wskazywał, że dokonany przez Zamawiającego podział zakresu rzeczowego na dwa pakiety związany jest z koniecznością zapewnienia dywersyfikacji rozwiązań technicznych urządzeń pomiarowych i oprogramowania do monitorowania jakości energii elektrycznej, ograniczy ryzyko związania się PSE tylko z jednym dostawcą urządzeń i oprogramowania dla systemu monitorowania jakości energii elektrycznej, a także zapewni konkurencyjność rynku w przypadku dalszych zakupów i rozbudowy systemu monitorowania jakości energii elektrycznej w przyszłości. Warunek zapewnienia różnych rozwiązań technicznych dostarczanych urządzeń pomiarowych i oprogramowania, a także zapewnienia konkurencyjności na poziomie dostawców jest jednym z głównych celów Zamawiającego. Obecnie Zamawiający związany jest z jednym dostawcą, którego urządzenia pomiarowe i oprogramowanie użytkuje, co w ocenie Zamawiającego jest rozwiązaniem niekorzystnym.

Zamawiający podnosił, że rozwiązanie polegające na tym, iż jeden wykonawca może złożyć ofertę tylko na jeden pakiet pozwoli Zamawiającemu spełnić ww. warunki oraz zgodnie z przepisami zabezpieczy usprawiedliwiony interes Zamawiającego, w przypadku, gdy dany wykonawca składając najkorzystniejszą ofertę na oba pakiety okaże się, że nie zdola ich zrealizować w zakładanym terminie lub zakresie. Dlatego też podział przez Zamawiającego zamówienia na dwa pakiety z zastrzeżeniem, że ofertę można złożyć tylko na jeden pakiet jest wynikiem uzasadnionych potrzeb Zamawiającego. Nadto podkreślić należy, że zgodnie z ugruntowaną linią orzeczniczą Zamawiający ma prawo do takiego opisanie warunków udziału w postępowaniu, aby zapewnić realizację postawionego sobie celu tzn. wyłonienie wykonawcy, który będzie w stanie należycie wykonać zamówienie. Granicę kompetencji zamawiającego w tym zakresie określają uzasadnione potrzeby w celu wyłonienia wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia oraz zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wynikające z art. 7 ust. 1 Pzp. Kolejno Zamawiający stwierdził, że rozbudowa systemu dotyczącego jakości energii elektrycznej i jej monitorowania wpisuje się zalecenia Rady Europejskich Regulatorów Energii dot. wdrażania i prowadzenia ciągłego monitorowania jakości energii elektrycznej. Tym samym powstaje konieczność monitorowania parametrów jakości energii oraz zapewnienia ich właściwych poziomów na wszystkich stacjach elektroenergetycznych PSE S.A. W przypadku, gdy którykolwiek z pakietów z różnych przyczyn nie zostanie zrealizowany w terminie, Zamawiający zapewni sobie możliwość monitorowania jakości energii przynajmniej na części stacji i przynajmniej częściowo zapewni sobie narzędzia niezbędne do zapewnienia, wymaganych przepisami prawa, parametrów jakościowych energii elektrycznej oraz będzie miał możliwość weryfikacji zasadności części potencjalnych roszczeń finansowych ze strony odbiorców dotyczących niedotrzymania parametrów jakościowych.

Następnie Zamawiający stwierdził, że przepis art. 36aa ust. 2 ustawy dopuszcza możliwość ograniczenia przez Zamawiającego liczby części, na które mogą zostać złożone oferty, nie nakładając na Zamawiającego żadnych wymogów w zakresie uzasadnienia dokonania takiego ograniczenia. Jest to, więc uprawnienie Zamawiającego, które nie wymaga dalszego uzasadnienia. Ponadto nie można zgodzić się z zarzutem ograniczenia konkurencji, jeżeli każdy z wykonawców może złożyć ofertę na dowolnie wybrany pakiet, oba pakiety są do siebie zbliżone wartościowo, co nie ogranicza w żaden sposób konkurencji. W przedmiotowym postępowaniu, takie ustalenie Zamawiający zawarł w SIWZ i tym samym brak jest podstaw do wywodzenia podjęcia przez Zamawiającego czynności niezgodnych z przepisami ustawy. Działanie zgodne z przepisami ustawy nie może stanowić podstawy formułowania zarzutu.

W przypadku dopuszczenia możliwości składania przez jednego wykonawcę ofert na dwa pakiety z

zastrzeżeniem, że jeden uczestnik postępowania może uzyskać zamówienie na jeden pakiet nie jest możliwe zbudowanie jasnych i niedyskryminujących kryteriów i zasad udzielenia zamówienia. Brak jest również możliwości zastosowania kryteriów ilościowych i jakościowych, w sytuacji, gdy jedynym kryterium oceny ofert jest cena (100%). Przy skorzystaniu przez Zamawiającego z art. 36aa ust. 3 ustawy istnieje ryzyko braku przejrzystości i naruszenia zasad prowadzenia postępowania, niezależnie od ryzyka wniesienia odwołań i braku możliwości sprawnego wyłonienia wykonawcy. Ryzyko to dostrzegą również wykonawca, który poza sformułowaniem zarzutu nie złożył w odwołaniu żadnych konkretnych wniosków, stanowiących propozycję określonych niedyskryminujących kryteriów, o czym szerzej mowa poniżej.

Zdaniem Zamawiającego należało również wskazać, że sama okoliczność, że sformułowanie postanowień SIWZ utrudnia lub uniemożliwia udział Odwołującemu w przedmiotowym postępowaniu, nie stanowi jeszcze przesłanki do stwierdzenia naruszenia zasady uczciwej konkurencji, czy też naruszenia art. 29 ust. 2 Pzp. Niewątpliwie istotny wpływ na uwzględnienie odwołania/zarzutu dotyczącego treści SIWZ mają sformułowane przez Odwołującego żądania. Izba może ocenić zasadność podniesionego zarzutu przez pryzmat sformułowanych żądań. To podmiot Odwołujący formułując swoje żądania wskazuje, jakie rozstrzygnięcie czyni zadość jego interesom i jednocześnie wskazuje nowe zapisy SIWZ, które w jego ocenie są zgodne z przepisami Pzp, a równocześnie umożliwiają mu wzięcie udziału w postępowaniu. Obowiązkiem Odwołującego, a nie rolą Izby jest sprecyzowanie żądania i wykazanie podstaw go uzasadniających. Skoro, zatem Odwołujący nie przedstawił żądań, w zakresie określenia przestanek udzielenia zamówienia wykonawcy, w przypadku złożenia ofert na oba pakiety, poprzestając jedynie na zanegowaniu dopuszczalności ograniczenia dopuszczenia składania ofert na jeden pakiet, to brak jest podstaw do uwzględnienia odwołania w tym zakresie.

Ad. Zarzut 3

Następnie Zamawiający wskazywał, że wymóg przedstawienia przez wykonawcę na etapie postępowania certyfikatów potwierdzających spełnienie wymagań klasy A przez oferowanego typu analizatory jakości energii elektrycznej, wydanych przez akredytowane laboratorium lub przez krajowe laboratorium metrologiczne jest warunkiem koniecznym do weryfikacji zdolności potencjalnego wykonawcy do wykonania przedmiotu zamówienia. Biorąc pod uwagę relatywnie krótki wymagany termin realizacji zadania (3 lata od podpisania umowy) i duży zakres prac (wdrożenie złożonych systemów informatycznych oraz instalacja urządzeń w ok. 50 stacjach elektroenergetycznych zlokalizowanych na terenie całego kraju dla każdego z pakietów) istnieje konieczność potwierdzenia na etapie postępowania, że oferowane urządzenia spełniają stawiane im podstawowe wymagania posiadania klasy A. Brak wymagań takich certyfikatów wprowadza dodatkowe ryzyka realizacyjne, a mianowicie może doprowadzić do niewykonalności zadania i konieczności rozwiązania umowy z wykonawcą z przyczyn leżących do jego strony (nie uzyskanie wymaganego certyfikatu) lub do nieterminowego wykonania prac przez wykonawcę. Certyfikaty wydane przez niezależne od producenta urządzeń i wykonawcy akredytowane laboratorium lub przez krajowe laboratorium metrologiczne zgodnie z wymaganiami SIWZ są niezbędne do potwierdzenia, że oferowane urządzenia spełniają wymagania stawiane analizatorom klasy A zgodnie z normą PN-EN 61000-4-30. Należy podkreślić, że dane pomiarowe rejestrowane przez analizatory mogą stanowić podstawę do rozliczeń finansowych i w związku z tym stawiane w tym zakresie wymagania w SIWZ są jak najbardziej uzasadnione.

Zamawiający wyjaśniał również, że podczas przeprowadzonego w czerwcu br. dialogu technicznego z potencjalnymi wykonawcami, którego uczestnikiem był również Odwołujący, została poruszona i szczegółowo omówiona kwestia certyfikatu potwierdzającego klasę A dla oferowanych analizatorów jakości energii elektrycznej i ze strony Zamawiającego zostało przekazane wyjaśnienie, że przedstawienie tych dokumentów przez wykonawcę będzie wymagane na etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Uczestnicy dialogu zostali poinformowani również o wstępnie planowanym terminie przeprowadzenia postępowania. Nie jest, więc prawdą, że Odwołujący dowiedział się o tego rodzaju wymogu na etapie ogłoszenia postępowania i ma na uzyskanie ww. certyfikatów dla oferowanych urządzeń zaledwie 32 dni robocze. Od czerwca bieżącego roku Odwołujący miał wiedzę, że Zamawiający będzie wymagał tych certyfikatów na etapie postępowania. Norma PN-EN 62586-2 zgodnie, z którą mają być przeprowadzane testy potwierdzające spełnienie wymagań klasy A przez oferowane analizatory jakości energii elektrycznej weszła w życie w roku 2014. Natomiast wymóg przeprowadzenia testów zgodnie z tą normą w akredytowanym laboratorium został wprowadzony do obowiązującej w PSE standardowej specyfikacji technicznej dla analizatorów jakości energii elektrycznej PSETS.PQA.PL/2018-vp2 z dnia 22.03.2019 r., która jest również przywołana w SIWZ. Wydaje się więc, że potencjalni wykonawcy mieli wystarczająco dużo czasu na zapoznanie się wymaganiami Zamawiającego w zakresie dotyczącym analizatorów jakości energii elektrycznej oraz na podjęcie i realizację stosownych działań mających na celu uzyskanie wymaganych certyfikatów. Co więcej, o złożenie tych dokumentów zostanie wezwany wykonawca, który złoży najkorzystniejszą ofertę, w ramach przedłożenia dokumentów definitywnych.

Zamawiający zauważał również, że zgodnie z posiadaną przez Zamawiającego wiedzą wskazane przez Odwołującego laboratorium NMI CERTIN B.V. w Holandii nie jest jedynym laboratorium mogącym przeprowadzić testy analizatorów zgodnie z wymaganiami SIWZ. Wskazane przez Odwołującego laboratorium jest podmiotem komercyjnym posiadającym szczegółową akredytację w zakresie normy PN-EN 62586-2 wydaną przez jednostkę będącą pełnoprawnym członkiem EA i sygnatariuszem EA MLA (European co-operation for Accreditation Multilateral Agreement) zgodnie z normą PN-EN ISO/IEC 17025. Należy podkreślić, że Zamawiający dopuszcza również przeprowadzenie testów analizatorów przez krajowe laboratorium metrologiczne (NMI) będące pełnoprawnym członkiem EURAMET (Europejskie Stowarzyszenie Krajowych Instytucji Metrologicznych).

W toku posiedzenia z udziałem stron Odwołujący podtrzymał zarzuty odwołania zawarte w pkt 1 i 3 odwołania.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przedstawioną przez Zamawiającego, złożone dowody, oświadczenia Stron oraz Przystępującego Izba ustaliła, co następuje.

W ogłoszeniu o zamówieniu podano:

–w sekcji II.1.6 w informacji o częściach:

„To zamówienie podzielone jest na części: tak

Oferty można składać w odniesieniu do tylko jednej części

Maksymalna liczba części, które mogą zostać udzielone jednemu oferentowi: 1”.

–w sekcji III.1.3 pkt 2 lit. c) dotyczącej warunku udziału w postępowaniu:

„Posiada Certyfikaty zgodności dla urządzeń (AJEE) oferowanego typu potwierdzające spełnienie wymagań klasy A (testy typu) dla wszystkich parametrów jakości energii elektrycznej zgodnie z normą PN-EN 61000-4-30 wydane przez akredytowane laboratorium lub przez krajowe laboratorium metrologiczne (NMI) lub równoważne. W zakresie testów typu AJEE powinny być spełnione następujące wymagania:

i.certyfikaty zgodności powinny potwierdzać przeprowadzenie testów w pełnym zakresie zgodnie z normą PN-EN 62586-2, dla parametrów obowiązkowych określonych w normie PN-EN 62586-1;

ii.akredytowane laboratorium wykonujące testy powinno posiadać szczegółową akredytację w zakresie normy PN-EN 62586-2 wydaną przez jednostkę będącą pełnoprawnym członkiem EA i sygnatariuszem EA MLA (European co-operation for Accreditation Multilateral Agreement), zgodnie z normą PN-EN ISO/IEC 17025,

krajowe laboratorium metrologiczne (NMI) przeprowadzające testy powinno być pełnoprawnym członkiem EURAMET (Europejskie Stowarzyszenie Krajowych Instytucji Metrologicznych)”.

Izba zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Przed przedstawieniem merytorycznego stanowiska względem zgłoszonych zarzutów Izba wskazuje, że w związku ze uwzględnieniem przez Zamawiającego zarzutu odwołania dotyczącego sekcji II 1.1.3 pkt 2 lit. b) ogłoszenia o zamówieniu i brak sprzeciwu ze strony wykonawcy T4B Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie przy Al. Stanów Zjednoczonych 32/U15 (dalej: „Przystępujący”) zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, postępowanie odwoławcze w tym zakresie zostały umorzono.

W pozostałym zakresie odwołanie podlega oddaleniu.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, a których naruszenie przez Zamawiającego zarzucał Odwołujący, wskazać przede wszystkim należy, że zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp 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.

Według art. 36aa Pzp Zamawiający może podzielić zamówienie na części, określając zakres i przedmiot tych części (ust. 1). W przypadku, o którym mowa w ust. 1, zamawiający określa w ogłoszeniu o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania lub ogłoszeniu o ustanowieniu systemu kwalifikowania wykonawców, a także w zaproszeniu do składania ofert lub w zaproszeniu do negocjacji, czy ofertę można składać w odniesieniu do jednej, kilku lub wszystkich części zamówienia (ust. 2). Zamawiający może określić w ogłoszeniu o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania lub w ogłoszeniu o ustanowieniu systemu kwalifikowania wykonawców, a także w zaproszeniu do składania ofert lub zaproszeniu do negocjacji, maksymalną liczbę części zamówienia, na które może zostać udzielone zamówienie jednemu wykonawcy (ust. 3). Zamawiający może ograniczyć liczbę części zamówienia, którą można udzielić jednemu wykonawcy, pod warunkiem, że maksymalną liczbę części, jaka może być udzielona jednemu wykonawcy, wskaże zgodnie z ust. 3 (ust. 4). W przypadku, o którym mowa w ust. 3, zamawiający określa w specyfikacji istotnych warunków zamówienia obiektywne i niedyskryminujące kryteria lub zasady, które zastosuje w celu wyboru, w których częściach zostanie wykonawcy udzielone zamówienie w przypadku, gdy w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia jeden wykonawca miałby uzyskać większą liczbę części zamówienia niż wynosi maksymalna liczba, na które może zostać mu udzielone zamówienie (ust. 5).

Przepis art. 22 ust. 1 stanowi, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy:

1)nie podlegają wykluczeniu;

2)spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania.

Zgodnie z art. 22 ust. 1a Pzp Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Według z art. 22 ust. 1b Pzp warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć:

1)kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów;

2)sytuacji ekonomicznej lub finansowej;

3)zdolności technicznej lub zawodowej.

Zarzut nr 1 dotyczący w sekcji II.1.6 ogłoszenia o zamówieniu.

Wszzechstronna analiza podniesionego przez Odwołującego zarzutu naruszenia art. 7 ust.1 Pzp w zw. z art.36aa ust.2 Pzp i motywem nr 79 dyrektywy 2014/24/UE doprowadziła skład orzekający Izby do przekonania, żeżenie zasługuje on na uznanie.

Na wstępie zwrócenia uwagi wymaga, że Odwołujący nie kwestionował tego, że Zamawiający podzielił zamówienia na dwie części (Pakiety), jak również tego, że Zamawiający ograniczył ilość części w ramach, których wykonawca może uzyskać zamówienie, tj. jeden wykonawca może uzyskać jedną część zamówienia. Odwołujący domagał się tego, aby Zamawiający tak ukształtował treść ogłoszenia o zamówieniu, aby mógł on złożyć ofertę na obie części. Brak tego rodzaju możliwości jego zdaniem był niegodny z przepisami Pzp. Izba nie podzieliła takiego zapatrywania wykonawcy i nie dopatryła się w tym zakresie naruszenia przez Zamawiającego powołanych powyżej przepisów.

Nie budziło żadnych wątpliwości stron, że na podstawie przepisu art. 36aa ust. 1 Pzp Zamawiający, jako gospodarz prowadzonego postępowania, na prawo podzielić owe zamówienie na części, dopuszczając tym samym możliwość składania ofert nie tylko na całość zamówienia, ale także jedynie na wybrane przez wykonawców części.

Powołana regulacja jest konsekwencją dążenia do stworzenia warunków pozwalających na zwiększenie udziału sektora MŚP (małych i średnich przedsiębiorstw) w rynku zamówień publicznych. Podział znacznych zamówień na mniejsze części wpisuje się w cel odnoszący się do możliwościom MŚP. W motywie 78 dyrektywy 2014/24/UE wskazano na konieczność zachęcania Zamawiających do korzystania z kodeksu najlepszych praktyk ("Europejski kodeks najlepszych praktyk ułatwiających dostęp MŚP do zamówień publicznych"), który zawiera wytyczne, w jaki sposób instytucje te mogą stosować ramy zamówień publicznych, aby ułatwić udział MŚP. Wobec tego stwierdzić należy, że naturalną konsekwencją dokonania podziału zamówienia może być przeprowadzenie jednego postępowania, w ramach, którego dopuszczona zostanie możliwość złożenia ofert tylko w odniesieniu do niektórych części zamówienia. W takim przypadku na podstawie regulacji zawartej w art. 36aa Pzp powołanej powyżej Zamawiający może określić zasady prowadzące do ograniczenia liczby części, o które może się ubiegać jeden wykonawca bądź ograniczyć liczbę części, które mogą zostać przyznane jednemu wykonawcy.

Przenosząc powyższe na grunt rozpoznawanej sprawy wskazać należy, że Zamawiający korzystając z uprawnienia wskazanego w art. 36aa Pzp dokonał podziału przedmiotowego zamówienia na dwie części (Pakiety). Strony nie kwestionowały tego, że obie części nie są tożsame a jedynie są podobne. W toku rozprawy Przystępujący, przy braku sprzeciwu stron postępowania stwierdził, że w najistotniejsza różnica pomiędzy pakietem nr I i II jest związana z zastosowanymi rozwiązaniami, opierającymi się o urządzenia 3U bądź 6U, z uwagi na ilość miejsca, która może być przeznaczona na montaż ww. urządzeń.

Izba uznała za wiarygodne i przekonujące wyjaśnienia Zamawiającego zawarte w odpowiedzi na odwołanie, które były następnie popierane również w toku rozprawy, które zasadzały się konieczności zapewnienia dywersyfikacji rozwiązań technicznych urządzeń pomiarowych i oprogramowania do monitorowania jakości energii elektrycznej. Przedstawione przez Zamawiającego rozwiązanie miało na celu ograniczenie ryzyka związania się PSE tylko z jednym dostawcą urządzeń i oprogramowania dla systemu monitorowania jakości energii elektrycznej, a także zapewni konkurencyjność rynku w przypadku dalszych zakupów i rozbudowy systemu monitorowania jakości energii elektrycznej w przyszłości. Zamawiający stwierdził, że wymóg zapewnienia różnych rozwiązań technicznych dostarczanych urządzeń pomiarowych i oprogramowania, a także zapewnienia konkurencyjności na poziomie dostawców jest jednym z głównych celów Zamawiającego. Ponadto Zamawiający podkreślał, że obecnie Zamawiający związany jest z jednym dostawcą, którego urządzenia pomiarowe i oprogramowanie użytkuje, co w ocenie Zamawiającego jest rozwiązaniem niekorzystnym. W tym miejscu warto również odwołać się do innych wyjaśnień Zamawiającego, w których zwracał uwagę, że: „Rozwiązanie polegające na tym, iż jeden Wykonawca może złożyć ofertę tylko na jeden pakiet pozwoli Zamawiającemu spełnić ww. warunki oraz zgodnie z przepisami zabezpieczy usprawiedliwiony interes Zamawiającego, w przypadku, gdy dany Wykonawca składając najkorzystniejszą ofertę na oba pakiety okaże się, że nie zdoła ich zrealizować w zakładanym terminie lub zakresie”.

Wobec powyższego Izba uznała, że podział przez Zamawiającego zamówienia na dwa Pakiety z zastrzeżeniem, że ofertę można złożyć tylko na jeden Pakiet jest wynikiem uzasadnionych potrzeb Zamawiającego i nie narusza przepisów ustawy wskazujących przez wykonawcę Mikronika w odwołaniu, w szczególności przepisu art. 7 ust. 1 Pzp ustanawiającego zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Co więcej Zamawiający dokonując podziału zamówienia na dwa pakiety nie tylko nie ograniczył konkurencji pomiędzy wykonawcami, ale w ten sposób ją poszerzył, bowiem poprzez takie ukształtowanie treści ogłoszenia zwiększył krąg podmiotów mogących się ubiegać o udzielenie zamówienia.

Dostrzeżenia również wymaga, że pomimo podobieństwa obu Pakietów nie są one tożsame, a zatem za nietrafną należy uznać argumentację Odwołującego, który wskazywał na możliwość losowego jego wyboru. Co istotne, Odwołujący poza własnymi oczekiwaniami i twierdzeniami, że przy wyborze części zamówienia będzie kierować się metodą losowania oraz przypuszczeniami na temat ilości ofert, które złożą wykonawcy w danej części nie przedstawił żadnych dowodów, które wskazywałyby na ograniczenie konkurencji pomiędzy wykonawcami podczas, gdy zgodnie z art. 6 k.c. ciężar dowodu w tej sprawie obciążał wykonawcę Mikronika, jako stronę Odwołującą.

Podsumowując powyższe rozważania Izba uznała, że w rozpoznawanej sprawie nie zostało dostatecznie wykazane, że Zamawiający naruszył przepis ustawy wskazywane w odwołaniu, tj. art. 7 ust.1 Pzp w zw. z art.36aa ust.2 Pzp, co skutkowało koniecznością oddalenia zgłoszonego zarzutu.

Zarzut nr 3 dotyczący sekcji III.1.3 pkt 2 lit. c) ogłoszenia o zamówieniu.

Wszeczhronna analiza podniesionego przez Odwołującego zarzutu naruszenia art. 22 ust. 1a Pzp w zw. z art.22 ust.1 i 1b i art.7 ust.1 Pzp doprowadziła skład orzekający Izby do przekonania, że nie zasługuje on na uznanie.

Z ustaleń Izby wynika, że Zamawiający w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i kwalifikacji zawodowych wymagał, aby wykonawcy legitymowali się posiadaniem certyfikatów zgodności dla urządzeń (AJEE) oferowanego typu potwierdzające spełnienie wymagań klasy A (testy typu) dla wszystkich parametrów jakości energii elektrycznej zgodnie z normą PN-EN 61000-4-30 wydanych przez akredytowane laboratorium lub przez krajowe laboratorium metrologiczne (NMI) lub równoważne. W zakresie testów typu AJEE powinny być spełnione następujące wymagania:

- i. certyfikaty zgodności powinny potwierdzać przeprowadzenie testów w pełnym zakresie zgodnie z normą PN-EN 62586-2, dla parametrów obowiązkowych określonych w normie PN-EN 62586-1;
- ii. akredytowane laboratorium wykonujące testy powinno posiadać szczegółową akredytację w zakresie normy PN-EN 62586-2 wydaną przez jednostkę będącą pełnoprawnym członkiem EA i sygnatariuszem EA MLA (European co-operation for Accreditation Multilateral Agreement), zgodnie z normą PN-EN ISO/IEC 17025, krajowe laboratorium metrologiczne (NMI) przeprowadzające testy powinno być pełnoprawnym członkiem EURAMET (Europejskie Stowarzyszenie Krajowych Instytucji Metrologicznych).

Postawione przez wykonawcę Mikronika zarzuty koncentrowały się na tym, że ww. wymagania powinny w odniesieniu do konieczności żądanych dokumentów uwzględniać okres późniejszy niż termin składania ofert, np. termin przed zawarciem umowy lub na etap realizacji zamówienia. W innym przypadku Odwołujący wskazywał na naruszenie przez Zamawiającego art. 22 ust. 1a Pzp w zw. z art.22 ust.1 i 1b i art.7 ust.1 Pzp. Odwołujący nie kwestionował zaś tego, że certyfikaty wydane wykonawcy przez niezależne od producenta akredytowane laboratorium lub przez krajowe laboratorium metrologiczne zgodnie z wymaganiami SIWZ są niezbędne do potwierdzenia, że oferowane urządzenia spełniają stawiane im wymagania oparte o normę PN-EN-61000-4-30.

W zakresie zgłoszonego zarzutu Izba przyznała rację Zamawiającemu oraz Przystępującemu, którzy zgodnie stwierdzili, że wymóg przedstawienia przez wykonawcę na etapie postępowania certyfikatów potwierdzających spełnienie postawionych wymagań, wydanych przez akredytowane laboratorium lub przez krajowe laboratorium metrologiczne jest warunkiem koniecznym do weryfikacji zdolności potencjalnego wykonawcy do wykonania przedmiotu zamówienia. Za tego rodzaju stanowiskiem przemawiają następujące argumenty. Po pierwsze, Izba uznała za zasadność argumentacji Zamawiającego, który wskazywał na relatywnie krótki, bo jedynie 3-letni termin realizacji zadania. Po drugie, przedmiot zamówienia obejmuje obszerny zakres prac, polegających na wdrożeniu złożonych systemów informatycznych oraz instalacja urządzeń w ok. 50 stacjach elektroenergetycznych zlokalizowanych na terenie całego kraju dla każdego z pakietów. Na powyższe okoliczności należy nałożyć również wyjaśnienia Zamawiającego, który podnosił, że dane pomiarowe rejestrowane przez analizatory mogą stanowić podstawę do rozliczeń finansowych, co dodatkowo przemawia za tym, aby żądane certyfikaty były przedłożone przez wykonawcę na etapie wcześniejszym niż realizacja zamówienia. Wobec tego Izba uznała za trafną argumentację, że w takim przypadku istnieje konieczność potwierdzenia na etapie postępowania, że oferowane urządzenia spełniają stawiane im wymagania.

Bez wątpienia skutkiem związanym z przesunięciem daty przedstawienia przez wykonawcę ww. certyfikatów na późniejszy termin będzie dodatkowe ryzyko realizacyjne w postaci braku lub opóźnienia w przedstawieniu owych certyfikatów przez wykonawcę, co może doprowadzić do niewykonalności zadania oraz konieczności rozwiązania umowy z wykonawcą z przyczyn leżących do jego stronie (nie uzyskanie wymaganego certyfikatu) lub do nieterminowego wykonania prac przez wykonawcę.

Następnie Izba odniosła się do stanowiska Odwołującego zasadzającego się na tym, że ww. wymogiem w treści ogłoszenia wykonawca został zaskoczony z uwagi na to, że w ramach wcześniej prowadzonej procedury dialogu technicznego nie było o nim mowy. Na tą okoliczność Odwołujący przedłożył dowody w postaci pisma Zamawiającego z dnia 6 lipca 2020 r., w treści, którego znalazło się jedynie podziękowanie dla wykonawcy za udział w prowadzonej procedurze. Wykonawca przedłożył również dokument wydrukowany ze strony internetowej Zamawiającego pt. „Nowe obowiązujące standardy techniczne PSE” i w oparciu o jego treść, tj. pkt 2.14 „Kalibracja” wywodził, że wymogi w nim postawione są odmienne od tych obecnie zawartych w ogłoszeniu o zamówieniu.

Wręcz przeciwnie twierdził Zamawiający, który wyjaśniał, że podczas przeprowadzonego w czerwcu br. dialogu technicznego z potencjalnymi wykonawcami, którego uczestnikiem był również Odwołujący, została poruszona i szczegółowo omówiona kwestia oczekiwanych przez Zamawiającego certyfikatów. Ze strony Zamawiającego zostało przekazane wyjaśnienie, że przedstawienie tych dokumentów przez wykonawcę będzie wymagane na etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Uczestnicy dialogu zostali poinformowani również o wstępnie planowanym terminie przeprowadzenia postępowania. Nie jest, więc prawdą, że Odwołujący dowiedział się o tego rodzaju wymogu na etapie ogłoszenia postępowania i ma na uzyskanie ww. certyfikatów dla oferowanych urządzeń zaledwie 32 dni robocze. Zamawiający utrzymywał, że od czerwca bieżącego roku Odwołujący miał wiedzę, że Zamawiający będzie wymagał tych certyfikatów na etapie postępowania. Natomiast wymóg przeprowadzenia testów zgodnie z normą w akredytowanym laboratorium został wprowadzony do obowiązującej w PSE standardowej specyfikacji technicznej dla analizatorów jakości energii elektrycznej PSETS.PQA.PL/2018-vp2 z dnia 22.03.2019 r., która jest również przywołana w SIWZ.

Natomiast w toku rozprawy pełnomocnik Zamawiający Pan J. R., złożył następujące wyjaśnienia: „Pełnomocnik Zamawiającego oświadcza, iż był uczestnikiem rozmów z wykonawcami, w tym Odwołującym, w formie dialogu, które odbywały się on-line w formule zadawania pytań i udzielonych odpowiedzi. W toku dialogu wykonawca Mikronika w zakresie certyfikatu, który jest przedmiotem sporu (zarzut III) odpowiedział, że certyfikat ten jest dla wykonawcy osiągalny. Zamawiający wyjaśnia, że po przeprowadzeniu rozmów z wykonawcą w tej formule każdorazowo był opracowany dokument, który zawierał pytanie i odpowiedź na pytanie, i każdy z wykonawców taki dokument otrzymał, w tym również wykonawca Mikronika. Pełnomocnik wyjaśnia, że nie była to publikacja powszechna, a jedynie przekazanie informacji dwóm firmom, które zgłosiły się do tego postępowania”.

Natomiast w kwestii odmienności wymagań w zakresie certyfikatów formułowanych w procesie dialogu technicznego oraz obecnie w ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający w toku rozprawy wyjaśnił, że „treść wymagana wskazana w punkcie 2.14 w zestawieniu z treścią ogłoszenia o zamówieniu jest nieco inna, jednak biorąc pod uwagę punkt 4.1.1 oraz 4.1.2 standardów technicznych, na które powołuje się wykonawca Mikronika wskazać należy, że w punkcie tym Zamawiający wskazał, iż potwierdzenie spełnienia wymagań określonych w punkcie 2.14 należy przeprowadzić na podstawie testów określonych w normie PN-EN 62686-2 dla urządzeń klasy A w pełnym zakresie. Zamawiający wyjaśnia, iż zrezygnował z pełnego zakresu ograniczając się do zakresu podstawowego, natomiast punkt 4.1.2 wskazuje na określony rodzaj laboratoriów”.

W kontekście powyższego Izba uznała, że przywołane powyżej wyjaśnienia złożone przez Zamawiającego są spójne i logiczne. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający nie zaprzeczał, że przesłał Odwołującemu w lipcu 2020 r. pismo, które zawierało podziękowanie za udział w prowadzonej procedurze. Nie mniej jednak Zamawiający szczegółowo opisał przebieg tej procedury, jej formułę jak również wchodzące w jej skład elementy. Z tych względów Izba uznała za wiarygodne i przekonujące wyjaśnienia Zamawiającego, który wskazywał, że kwestia certyfikatów była omawiana w trakcie trwania wcześniejszej procedury dialogu technicznego. Powyższego pośrednio dowodzi również dowód przedstawiony przez samego Odwołującego, który co prawda w pkt 2.14 nie jest identyczny z brzmieniem sekcji III.1.3 pkt 2 lit. c) ogłoszenia o zamówieniu nie mniej jednak w pkt 4.1.1 i 4.1.2. zawiera odniesienie do normy PN-EN 62686-2 dla urządzeń klasy A w zakresie przeprowadzenia testów oraz określonego rodzaju laboratoriów.

W aspekcie braku możliwości uzyskania przez Odwołującego wymaganych przez Zamawiającego certyfikatów Izba zwraca uwagę, że okoliczność tak nie została przez Odwołującego dostatecznie dowiedziona. Zaznaczenia wymaga, że nie było sporne, iż Odwołujący uzyskał ze strony akredytowanego laboratorium w Holandii - NMI CERTIN B.V. informację, że niezbędna certyfikacja będzie możliwa w okresie „po Nowym Roku”. Ponadto w toku rozprawy Odwołujący oświadczył, m. in., że wystąpił do wszystkich 38 laboratoriów, które mogły taki certyfikat wydać i w większości z nich uzyskał odpowiedź, że taki certyfikat nie może być wydany. Na tę okoliczność przedłożył jednak jedynie korespondencję prowadzoną z laboratorium w Estonii oraz z laboratorium w Bośni i Hercegowinie. W odniesieniu do laboratoriów w Czechach i Szwajcarii wskazał, że potwierdziły one taką możliwość, ale jedynie nieoficjalnie, dlatego też Odwołujący nie posiada póki, co oficjalnego stanowiska tych laboratoriów w zakresie żądanych

certyfi katów.

Uwzględniając katalog złożonych i opisanych dowodów Izba stanęła na stanowisku, że Odwołujący nie wykazał w sposób dostateczny, że uzyskanie certyfi katów żądanych przez Zamawiającego do momentu składania ofert, tj. do dnia 4 stycznia 2021 r. nie jest możliwe. Izba zwraca uwagę, że informacja pochodząca z akredytowanego laboratorium w Holandii jest, co prawda nieprecyzyjna w zakresie certyfikacji nie mniej jednak nie wyklucza kategorycznie uzyskania stosownych dokumentów przed terminem składania ofert, a więc zaraz na początku stycznia 2021 r. Ponadto zauważyć należy, że Odwołujący stwierdził, że wystąpił do wszystkich 38 laboratoriów, które mogą wydać żądane przez Zamawiającego certyfi katy, jednak zaznaczenia wymaga, że jako dowód przedłożył korespondencję e-mail jedynie z dwoma laboratoriami, tj. laboratorium w Estonii oraz z laboratorium w Bośni i Hercegowinie. Tym samym Izba uznała, że nie zostało wykazane niezbicie, że uzyskanie żądanych przez Zamawiającego certyfi katów w zakreślonym przez Zamawiającego terminie jest niemożliwe.

Izba nie zaliczyła w poczet materiału dowodowego dowodu przesłanego przez Zamawiającego w dniu rozprawy na adres w postaci pliku „Opis przedmiotu zamówienia” omawianego podczas dialogu technicznego z wykonawcami, bowiem dowód ten został przekazany składowi orzekającemu już po zamknięciu rozprawy.

Przy rozpoznaniu zasadności zgłoszonego zarzutu nie sposób pominąć pewnej niespójności w kwestii związanej z żądaniem Odwołującego. W ramach zgłoszonego zarzutu Odwołujący wprost domaga się zmiany sekcji III.1.3. pkt 2 lit. c) ogłoszenia poprzez całkowite wykreślenie wymogu posiadania certyfi katu zgodności dla dostarczanych w ramach zamówienia urządzeń, jako kryterium kwalifi kacji na etapie składania ofert, podczas, gdy w uzasadnieniu odwołania przedstawia argumentację zasadzającą się na tym, że czas na uzyskanie żądanych certyfi katów jest zbyt krótki nie formułując przy tym żądania wydłużenia terminu składania ofert a jedynie całkowite wykreślenie wymagania.

Podsumowując, Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 22 ust. 1a Pzp w zw. z art.22 ust.1 i 1b i art.7 ust.1 Pzp przez określenie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w sposób niezwiązany z przedmiotem zamówienia, jak i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania w sprawie KIO 3089/20 orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 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). Izba w oparciu o rachunek przedłożony w toku rozprawy uwzględniła koszty pełnomocnika Zamawiającego na kwotę 3 600 zł w zakresie wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący.....