

WYROK
z dnia 12 maja 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 maja 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 kwietnia 2017 r. przez wykonawcę:

Konwerga Sp. z o.o., ul. Janikowska 21, 61-070 Poznań

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **ENEA Operator Sp. z o.o., ul. Strzeszyńska 58, 60-479 Poznań**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: ENEA Operator Sp. z o.o. w Poznaniu: unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia oraz dokonanie czynności badania i oceny oferty wykonawcy: Konwerga Sp. z o.o. w Poznaniu;
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: ENEA Operator Sp. z o.o. w Poznaniu, i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: Konwerga Sp. z o.o. w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.1. zasądza od zamawiającego: ENEA Operator Sp. z o.o. w Poznaniu na rzecz wykonawcy: Konwerga Sp. z o.o. w Poznaniu kwotę **19 426 zł 55 gr** (słownie: dziewiętnaście tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych pięćdziesiąt pięć groszy) tytułem wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów dojazdu na wyznaczone posiedzenie Izby.

1

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164, z późn. zm.) na wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Poznaniu**.

Przewodniczący:

.....

2

Uzasadnienie

Zamawiający – ENEA Operator Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu – prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.

sieci na terenie „Modernizacja transmisyjnej Poznania” (numer referencyjny: RPUZ/P/0409/2016/BT), na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawa Pzp”, „ustawa” lub „Pzp”.

Ogłoszenie zamówienia zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 maja 2016 r. pod numerem 2016/S 099-177926.

Odwołujący – Konwerga Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu – wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 6 ustawy przez nieuzasadnione unieważnienie postępowania.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu anulowania unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, a także nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

Wskazał, że powodem wniesienia odwołania jest niezgodne z prawem postępowanie

Zamawiającego polegające na unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów ustawy. Czynność ta w istotny sposób narusza interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia, przez co możliwe jest poniesienie szkody z uwagi na ewentualność nie udzielenia mu zamówienia, a w konsekwencji utraty korzyści związanych z realizacją umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W przypadku uwzględnienia odwołania, Odwołujący ma szansę na udzielenie mu zamówienia - niezależnie od tego, że oferta Odwołującego jest najkorzystniejszą z punktu widzenia kryteriów oceny ofert spośród ofert nieodrzuconych przez Zamawiającego - upłynął termin związania ofertą konkurencyjnego wykonawcy. Oferta Odwołującego pozostaje jedyną ważną ofertą w postępowaniu. Termin wniesienia odwołania został zachowany.

Odwołujący wskazał, że przedmiotem zamówienia jest modernizacja sieci transmisyjnej na terenie Poznania. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia określony został w Rozdziale II SIWZ oraz w trzynastu tomach szczegółowej dokumentacji technicznej

3

stanowiącej kompletny projekt wykonawczy. W pkt 1 Rozdziału II SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” Zamawiający dopuścił zastosowanie elementów równoważnych do opisanych w projekcie całkowicie zgodnych pod względem parametrów i możliwości technicznych z zaprojektowanymi urządzeniami. Było to wymagane zgodnie ze wskazaniem Zamawiającego ze względu na istniejącą infrastrukturę teletransmisyjną (sieć urządzeń SDH), jak i stosowane oprogramowanie zarządzające siecią typu TNMS i AccessIntegrator. W dalszej części Opisu przedmiotu zamówienia wskazał, że zastosowanie urządzeń równoważnych w projekcie jest możliwe jeśli:

- będą one w 100% współpracowały z istniejącą siecią transmisyjną na poziomie kanałów PCM,
- będą w pełni zarządzane przez istniejący system zarządzania siecią TNMS i AccessIntegrator, przy czym Zamawiający dopuszcza możliwość dostawy w ramach zadania i w ramach złożonej przez Wykonawcę oferty wyczerpującej wymagany przez Zamawiającego zakres zadania, innego systemu do zarządzania urządzeniami planowanymi do zakupu z wymagana ilością i wymaganym rodzajem licencji niezbędnych do zarządzania dostarczonymi urządzeniami w pełnym zakresie ich funkcjonalności,
- będą dysponowały takimi samymi interfejsami stacyjnymi o identycznych parametrach jak zastosowane w projekcie.

Wszelkie nazwy własne w projektach wykonawczych są użyte wyłącznie w celu wskazania dostatecznie dokładnych określeń dla lepszego opisu przedmiotu zamówienia oraz w celu realizacji wymagań wskazanych w akapicie powyżej. Jednocześnie, w przypadku gdy wskazano znak towarowy określonego producenta Wykonawca może zaoferować produkt równoważny spełniający wymagania jakościowe, techniczne i funkcjonalne określone przez Zamawiającego według projektów wykonawczych wskazanych w pkt 2 Rozdziału II.

Dodatkowe informacje dotyczące dopuszczenia przez Zamawiającego rozwiązań równoważnych zostały zawarte w odpowiedziach na pytania nr 2, 4 i 5 (pismo z dnia 5 września 2016 r. nr DL/LZ/ZZ/RR/247/2016). Odpowiedzi faktycznie doprecyzowały wymagania

w zakresie równoważności odnoszące się właśnie do urządzeń CM, szczególnie zaś odpowiedź na pytanie nr 2, która wprost określiła konfigurację urządzeń - miała ona być zgodna z tabelami przedstawiającymi zestawienia urządzeń wraz z ich konfiguracją, wskazanymi w projektach technicznych (właściwie: projektach wykonawczych; przyp. Odwołującego) stanowiących element opisu przedmiotu zamówienia - przy jednoczesnym zapewnieniu funkcjonalności zgodnych z projektami wykonawczymi.

4

Mając na uwadze powyższe, twierdzenie Zamawiającego jakoby nie sparametryzowano zasad równoważności urządzeń oferowanych w postępowaniu nie znajduje potwierdzenia w postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Opis przedmiotu zamówienia składa się ze szczegółowych projektów, które w sposób precyzyjny określają wymagania Zamawiającego. Na ich podstawie wykonawcy wiedzieli ile

i jakie urządzenia są potrzebne do realizacji różnego rodzaju usług transmisji. Z opisu przedmiotu zamówienia wynika także sposób konfiguracji wzajemnych połączeń. Dysponując schematami fizycznymi (połączenia kablowe pomiędzy urządzeniami) oraz logicznymi (sposób konfiguracji poszczególnych urządzeń) wykonawcy dokładnie wiedzieli jakie transmisje i dokąd należy przesłać. Projekty wykonawcze stanowią w praktyce idealny funkcjonalny opis przedmiotu zamówienia, gdyż jest to rzeczywiście opis funkcji, jakie mają realizować poszczególne urządzenia - co dotyczy także kwestii równoważności. W tym sensie równoważność schodzi wręcz na dalszy plan, a opis przedmiotu zamówienia należy uznać przede wszystkim za sporządzony zgodnie z wymaganiami przepisu art. 30 ust. 6 ustawy w brzmieniu obowiązującym na dzień wszczęcia postępowania.

Opisanie przedmiotu zamówienia nastąpiło przez wskazanie wymagań funkcjonalnych, a nazwy własne zawarte w SIWZ były użyte „[...] wyłącznie w celu wskazania dostatecznie dokładnych określeń dla lepszego opisu przedmiotu zamówienia oraz w celu realizacji wymagań [...]” związanych z modernizacją sieci transmisyjnej na terenie Poznania (co wynika bezpośrednio z opisów Rozdziału II pkt 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie nr 16). – dowód: opis przedmiotu zamówienia (łącznie z projektami wykonawczymi) oraz wyjaśnienia postanowień SIWZ z dnia 5 września 2016 r. znajdujące się w dokumentacji postępowania.

W ocenie Odwołującego opisy SIWZ (faktycznie: projektów wykonawczych) w tym zakresie były na tyle dokładne i zrozumiałe, że umożliwiały ocenę, czy oferowane urządzenia faktycznie są równoważne opisywanym, czy też nie. W praktyce wskazana w projekcie wykonawczym konfiguracja urządzeń CM stanowi jedynie punkt wyjścia w celu zapewnienia oczekiwanych przez Zamawiającego funkcjonalności i wymagana równoważność winna być oceniana przez pryzmat tych funkcjonalności - o czym zresztą świadczą działania Zamawiającego zmierzające do przeprowadzenia testów oferowanych urządzeń, podejmowane po upływie terminu składania ofert, o czym w dalszej części odwołania.

Potwierdzeniem takiej oceny postanowień SIWZ było złożenie oferty w postępowaniu, która spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego - tak w zakresie formy, jak i treści.

Dokumenty składające się na treść oferty Odwołującego wskazywały jej przedmiot w zakresie urządzenia CM w sposób zgodny z postanowieniem SIWZ. Zamawiający nie miał wobec tego podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego, czego zresztą nie uczynił. 5

Urządzenia CM są jedynymi urządzeniami równoważnymi, jakie zaoferował Odwołujący - w całym zakresie zamówienia transmisja ma być realizowana dokładnie w taki sposób jak Zamawiający to opisał w projektach wykonawczych (te same rodzaje, ilości i połączenia logiczne).

Odwołujący uznał, że Zamawiający ma możliwość dokonania badania oferty Odwołującego w przedmiocie weryfikacji równoważności. Pomimo nie wymagania żadnych bardziej szczegółowych informacji w składanych przez wykonawców ofertach, w pełni aktualna pozostaje dyspozycja normy prawnej zawartej w art. 30 ust. 5 ustawy, który wymaga, aby wykonawca wykazał, że oferowany przez niego przedmiot świadczenia faktycznie spełnia wymagania określone przez Zamawiającego. W sytuacji gdy Zamawiający samodzielnie nie jest w stanie zweryfikować równoważności zaoferowanych rozwiązań, może, a wręcz powinien - przed ewentualnym odrzuceniem oferty - zwrócić się do wykonawcy z wnioskiem

o wyjaśnienie treści oferty. Udzielone wyjaśnienia nie mogą modyfikować treści złożonej oferty, jednak są w stanie rozwiać wątpliwości Zamawiającego, o ile takie powstaną.

Zamawiający skutecznie unikał wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty na etapie badania i oceny ofert. Stało się tak pomimo powoływania się przez niego na konieczność „wnikliwego” badania oferty Odwołującego, do czego nigdy zresztą nie doszło.

Odwołujący zwrócił uwagę na profesjonalny charakter działalności prowadzonej przez Zamawiającego – spółka prawa handlowego należąca do jednego z kilku największych w Polsce koncernów energetycznych. Waga (także społeczna) jego działalności została znakomicie scharakteryzowana przez samego Zamawiającego. Profesjonalny charakter działalności Zamawiającego, cel i uwarunkowania tej działalności powodują, że należy z uwagą przyrzeć się założeniom specyfikacji istotnych warunków zamówienia z punktu widzenia badania i oceny ofert. Nie można zgodzić się z twierdzeniem, że Zamawiający popełnił przy redagowaniu specyfikacji błędy, na które powołuje się w treści unieważnienia postępowania - przeczą temu okoliczności faktyczne wynikające z rzeczywistych opisów

przedmiotu zamówienia. Z kolei profesjonalizm Zamawiającego i czas od upływu terminu składania ofert, a szczególnie czynności, jakie w tym czasie podejmował Zamawiający, wskazują na to, że faktycznie przewidywał on badanie równoważności złożonych ofert. Z czym musiał się jednak - stosując miarę staranności właściwą dla profesjonalnego przedsiębiorcy i zamawiającego sektorowego - liczyć wobec dopuszczenia składania ofert równoważnych w SIWZ

Nie stanowi przy tym żadnego nadużycia stwierdzenie, że przy w pełni profesjonalnym charakterze Zamawiającego, zapewne jest on w posiadaniu materiałów, które pozwalają samodzielnie ocenić równoważność złożonej przez Odwołującego oferty. W 6

każdym razie brak żądania dokumentów wraz z ofertą nie może być traktowany jako rzeczywista przeszkoda w sytuacji, gdy materiały informacyjne dotyczące przedmiotu oferty Odwołującego są ogólnie dostępne w zasobach sieci Internet. Jak już wspomniano, Zamawiający ma także możliwość żądania wyjaśnień treści oferty Odwołującego, czego zaniechał.

Historia postępowania o udzielenie zamówienia sięga pierwszej połowy 2016 r., pierwotny wybór oferty najkorzystniejszej miał miejsce w dniu 2 listopada 2016 r. Zamawiający przywołuje ten fakt w treści informacji o unieważnieniu postępowania, jednak pomija okoliczności jakie miały miejsce w okresie pomiędzy wskazaną datą a dniem 31 stycznia 2017 r., gdy nastąpiło unieważnienie czynności wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Konkurentem Odwołującego był Siemens Sp. z o.o. - podmiot, którego rozwiązania stanowiły podstawę opisu przedmiotu zamówienia, a które to rozwiązania wymagały od Zamawiającego dopuszczenia rozwiązań równoważnych. Siemens Sp. z o.o. pomimo faktu, że posiadał najszerzą wiedzę na temat rozwiązań stanowiących punkt wyjścia oceny równoważności oferty Odwołującego, nie wniósł odwołania na wybór oferty najkorzystniejszej. I pomimo faktu, że w dniu 15 listopada 2016 r. skierował do Zamawiającego informację wskazującą na brak równoważności zaoferowanych przez Odwołującego rozwiązań.

Zamawiający zwlekał z udzieleniem zamówienia Odwołującemu, artykułując zastrzeżenia wobec rzeczywistej równoważności jego oferty. W tym okresie Zamawiający usiłował weryfikować równoważność oferty Odwołującego przed zawarciem umowy, żądając z niezrozumiałych względów, aby ocena odbywała się z udziałem przedstawiciela wykonawcy Siemens. W ostateczności nie doszło do takiej weryfikacji ze względu na brak zgody ze strony Odwołującego na udział konkurencyjnego wykonawcy w takim przedsięwzięciu.

Odwołujący zwrócił uwagę, że udział przedstawicieli Siemens Sp. z o.o. miał nastąpić na wniosek tego wykonawcy (co wynika z treści pisma z dnia 14 grudnia 2016 r. sygn. WEO16E047388 skierowanego przez Zamawiającego do Siemens Sp. z o.o.). Z kolei powodem ostatecznego fiaska planów Zamawiającego w zakresie testów był brak zgody przedstawiciela Siemens Sp. z o.o. na odstąpienie od udziału w testach.

Na uwagę zasługuje okoliczność, że Zamawiający był w stanie na tamtym etapie wyartykułować faktycznie oczekiwany przez niego zakres funkcjonalności, jakie miały stanowić przedmiot badania w ramach niedoszłych testów. Wykaz funkcjonalności, jakie na tamtym etapie zamierzał weryfikować Zamawiający różni się od tego, jaki znalazł się w późniejszym wezwaniu, będącym przedmiotem odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 452/17. Potwierdza to w ocenie Odwołującego dostosowywanie środków zmierzających do 7

nieudzielenia zamówienia Odwołującemu - w zależności od etapu procedury i bieżącej sytuacji. Jednocześnie pozwala zauważyć, że Zamawiający prezentował stanowisko, zgodnie z którym można wyartykułować te elementy opisu przedmiotu zamówienia, które mają być przedmiotem oceny równoważności złożonej oferty i nie widział w przygotowanej specyfikacji wad w tym zakresie. – dowód: -korespondencja dotycząca planowanych przez Zamawiającego czynności przed udzieleniem zamówienia; -informacja Siemens Sp. z o.o. o rzekomym braku równoważności oferty Odwołującego.

Ostatecznie w dniu 31 stycznia 2017 r. Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, zamierzając powtórzyć czynność oceny ofert - jak należało wnosić z treści informacji w tym przedmiocie, aby nie pominąć wnikliwego badania równoważności

urządzeń zaofertowanych przez Odwołującego. W efekcie, w dniu 1 marca 2017 r. Odwołujący otrzymał wezwanie, które stało się powodem wniesienia odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 452/17.

Wezwanie stało się powodem wniesienia odwołania z innych przyczyn, niż wskazał Zamawiający w uzasadnieniu decyzji o unieważnieniu postępowania. Odwołujący kwestionował okoliczność, że testy jakie planował przeprowadzić Zamawiający wykraczały swoim zakresem poza opis przedmiotu zamówienia zawarty w SIWZ. Zarzutem odwołania była niedozwolona modyfikacja specyfikacji w zakresie rozszerzenia funkcjonalności po upływie terminu składania ofert, a nie samo dążenie Zamawiającego do przeprowadzenia testów.

– dowód: wezwanie z dnia 1 marca 2017 r. do przeprowadzenia testów mających potwierdzić równoważność złożonej oferty znajdujące się w dokumentacji postępowania.

Odwołujący kolejny raz podkreślił, że był gotowy i nadal tę gotowość podtrzymuje, do wykazania rzeczywistej równoważności zaproponowanych przez siebie rozwiązań. Nie mogą one jednak wykraczać poza zakres funkcjonalności wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia, ani też - z przyczyn oczywistych - nie może brać udziału w czynności badania oferty Odwołującego przedstawiciel konkurencyjnego wykonawcy.

Analizując zachowanie Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie sposób oprzeć się wrażeniu, że wszelkie podejmowane czynności w ramach procedury nie są podyktowane rzekomymi wadami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, lecz niechęcią do udzielenia zamówienia Odwołującemu.

Opisy SIWZ, które zredagował Zamawiający nie mogą być uznane za uzasadniające wniosek, że całe postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie

W ocenie opis przedmiotu niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Odwołującego

zamówienia zawiera jednoznaczne opisy, które pozwalają w obiektywny sposób dokonać badania i oceny oferty Odwołującego zawierającej rozwiązania równoważne opisywanym - natomiast Zamawiający faktycznie z weryfikacji równoważności zrezygnował - rezygnacja 8

choćby

z wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty.

Odwołujący stwierdził, że Zamawiający unika rzetelnego badania i oceny oferty Odwołującego z uwagi na okoliczność, że wynikiem takiej oceny musiałoby być uznanie oferty za ważną i zgodną z postanowieniami SIWZ. A gdyby oferta Odwołującego została odrzucona - Odwołujący miałby możliwość podważenia takiej czynności. Dążeniu w uzyskaniu zamówienia Odwołujący dał wystarczający wyraz wnosząc już dwa odwołania w tym samym postępowaniu. Odwołanie to stanowi trzeci z kolei przypadek, gdy Odwołujący musi dążyć do ochrony swojego interesu. Wydaje się wobec tego, że Zamawiający zastosował rozwiązanie prostsze dla niego z punktu widzenia procesowego, wskazując bardzo ogólną przesłankę unieważnienia postępowania.

Przepisy dotyczące konieczności unieważnienia postępowania, a w szczególności przesłanka określona w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy nie może być interpretowana rozszerzająco. Zasadniczym celem postępowania o udzielenie zamówienia jest doprowadzenie do zawarcia umowy. Unieważnienie postępowania stanowi wyjątek od tej reguły, dlatego winno ono następować w rzeczywistości uzasadnionych przypadkach. Faktycznym powodem unieważnienia mogą być sytuacje wprost przewidziane w treści przepisu art. 146 ust. 1 ustawy.

Przywołany przez Zamawiającego w decyzji o unieważnieniu postępowania przepis art. 146 ust. 6 ustawy przewiduje uprawnienie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do występowania do sądu o unieważnienie umowy w sprawie zamówienia publicznego w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności

z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Jest to bardzo ogólna w swoim charakterze norma prawna i powinna być stosowana w połączeniu z normą prawną wynikającą z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy w sposób bardzo oszczędny, ograniczony do takich przypadków, gdzie nie ma żadnych wątpliwości odnośnie tego, czy do dokonania czynności lub ich zaniechania rzeczywiście doszło i czy miały lub mogły mieć wpływ na wynik postępowania. Nie może być bowiem tak, że postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone przez okres niemalże roku, poddawane weryfikacji najpierw na etapie analizy specyfikacji (gdy kwestie dotyczące równoważności były przez

wykonawców podnoszone), następnie podczas długotrwałego badania i oceny ofert, było w konsekwencji unieważniane w momencie, gdy Zamawiający stanął w obliczu udzielenia zamówienia wykonawcy, który nie jest przez niego - z sobie tylko znanych powodów - preferowany. Trudno pozbyć się wrażenia, że wady opisu przedmiotu zamówienia związane z rzekomą „iluzoryczną” równoważnością nie zostałyby zauważone przez Zamawiającego, gdyby najkorzystniejszą w tym postępowaniu była oferta obejmująca wskazane w opisie 9

przedmiotu zamówienia urządzenia i nie stanowiłaby w żadnym razie powodów do unieważnienia postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza podkreśliła w jednym z wyroków (z dnia 24 listopada 2015 r. sygn. akt KIO 2451/15), że dla oceny prawidłowości postępowania Zamawiającego, konieczne jest stwierdzenie, czy ewentualna wada obarczająca postępowanie jest po pierwsze, wadą niemożliwą do usunięcia, a po drugie, czy uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia.

Po upływie terminu składania ofert nie ma już możliwości zmiany niejednoznacznych postanowień SIWZ odnoszących się do opisu przedmiotu zamówienia, niemniej nawet jeśli przyjąć, że wada rzeczywiście występuje (czemu Odwołujący kategorycznie się sprzeciwia), to ustalając wystąpienie przesłanki niemożliwości zawarcia umowy niepodlegającej unieważnieniu, należy przede wszystkim odnieść się do kwalifikacji wady, która ma rzekomo stać się potencjalną podstawą unieważnienia umowy. Rozpatrywany rzekomo nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia w zakresie równoważności nie stanowi któregośkolwiek naruszenia przepisów, o których mowa w art. 146 ust. 1 ustawy, jako stanowiących podstawę unieważnienia umowy. Nie jest również podstawą faktyczną do stwierdzenia nieważności umowy na podstawie przepisów odrębnych (np. Kodeksu cywilnego). Tym samym jedyną pozostającą do rozpatrzenia podstawą prawną ewentualnego unieważnienia umowy będzie art. 146 ust. 6 ustawy, który ustanawia przesłankę dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. W uzasadnieniu ww. wyroku KIO wskazała wykładnię pojęcia „wynik postępowania”.

Przenosząc powyższe na oceniane postępowanie nie można wprost wskazać, że w wyniku rzekomo nieprecyzyjnych postanowień SIWZ odnoszących się do opisu równoważności faktycznie doszło do eliminacji z postępowania wykonawców, którzy do zamówienia winni być dopuszczeni. Na podstawie dokumentacji postępowania należy wręcz uznać, że doszło do poszerzenia kręgu potencjalnych wykonawców, bowiem została złożona także oferta przewidująca rozwiązania równoważne - jednak nie sposób uznać tej okoliczności za jakąkolwiek wadę. Z kolei oferta Odwołującego, jako oferta ważna, w żaden sposób nie może być uznana za ofertę niespełniającą warunków przetargu.

Jak już wskazano, nie sposób doszukać się wady postępowania, która stała się rzekomą przyczyną unieważnienia postępowania. Wcześniejsze działania Zamawiającego nie pozostawiają wątpliwości, że wskazanie samego zakresu parametrów równoważności jest całkowicie wykonalne. Także zbadanie czy oferta Odwołującego rzeczywiście przewiduje rozwiązania równoważne nie leży poza zasięgiem Zamawiającego. To, co stanowi faktyczną przyczynę unieważnienia postępowania, to brak woli do udzielenia zamówienia Odwołującemu, który zamierza zrealizować umowę przy zastosowaniu urządzeń CM innych, 10

niż dotychczas wykorzystywane przez Zamawiającego. W przywołanym wniesionym uprzednio odwołaniu, Odwołujący kwestionował zakres funkcjonalności jakie miały być przedmiotem badania, a nie samo dążenie do weryfikacji równoważności - bowiem ów zakres, istotnie poszerzony w porównaniu z rzeczywistymi opisami opisu przedmiotu zamówienia, miał stanowić w tamtym przypadku narzędzie do pozbycia się Odwołującego z postępowania.

Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje: za naganną należy uznać sytuację, gdy Zamawiający po upływie terminu składania ofert rozszerza zakres badanej równoważności. Tak samo należy jednak podchodzić do unieważnienia postępowania, jeśli wykonawca skutecznie przeciwstawi się rozszerzeniu badania równoważności poza funkcjonalności wskazane w opisie przedmiotu zamówienia – co występuje w tej sprawie. Zamawiający nie pokusił się o wskazanie tych elementów opisu przedmiotu zamówienia, których rzekomo nie jest w stanie zweryfikować w ofercie Odwołującego w odniesieniu do opisanych w SIWZ urządzeń CM.

Odnosząc się do obaw Zamawiającego związanych z właściwym wykonywaniem jego zadań i związanych z tym interesem publicznym, Odwołujący wskazał, że zgodnie z brzmieniem projektu umowy stanowiącego element SIWZ, wykonawca któremu zostanie udzielone zamówienie, ma obowiązek zrealizować je w technologii uzgodnionej z Zamawiającym na podstawie m.in. dostarczonej przez Zamawiającego dokumentacji (§ 1 ust. 6 projektu umowy), zobowiązując się jednocześnie do dostarczenia sprzętu spełniającego wszystkie parametry techniczne określone w SIWZ (§ 1 ust. 4 projektu umowy). Nie ma możliwości, aby którykolwiek z faktycznie znajdujących się w SIWZ parametrów technicznych został pominięty z uwagi na przyjęcie oferty Odwołującego. Inne z kolei przepisy projektu umowy zawierają skuteczne narzędzia pozwalające Zamawiającemu faktycznie oczekiwać właściwego, tj. zgodnego z opisami SIWZ wykonania przedmiotu zamówienia. Jak już wyżej wskazano, oferta Odwołującego przewiduje dokładnie taką technologię wykonania zamówienia, jak opisano ten element w projektach wykonawczych. Odwołujący uznał, że Zamawiający dokonał celowej nadinterpretacji stanu faktycznego wyłącznie w celu uniknięcia udzielenia zamówienia Odwołującemu.

Zamawiający – w odpowiedzi na odwołanie – wniósł o: 1. oddalenie odwołania w całości; 2. zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą w kwocie 3 600 PLN. Uzasadnienie stanowiska.

Wobec istniejącej nieusuwalnej wady postępowania w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, polegającej na nieprawidłowym zastosowaniu art. 29 ust. 3 Pzp, Zamawiający

11

poinformował wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu, o jego unieważnieniu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 6 Pzp.

Przedmiotem postępowania jest modernizacja węzłów sieci transmisyjnej na terenie miasta Poznania, tj. dostawa, montaż i uruchomienie węzłów telekomunikacyjnych w zakresie i w lokalizacjach określonych szczegółowo w projektach wykonawczych ujętych w trzynastu tomach załączonych do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej jako „SIWZ”).

W projektach tych Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie urządzeń konkretnych producentów, co uzasadnione było specyfiką przedmiotu zamówienia i niemożliwością opisu przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń. Nadto, w Rozdziale II SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia (dalej jako „OPZ”) Zamawiający wskazał, że dopuszcza zastosowanie elementów równoważnych do opisanych w projektach całkowicie zgodnych pod względem parametrów i możliwości technicznych z zaprojektowanymi urządzeniami, uzasadniając, że jest to wymagane ze względu na istniejącą infrastrukturę (sieć urządzeń SDH).

Zamawiający wskazał przy tym, że zastosowanie urządzeń równoważnych w projekcie jest możliwe, jeżeli:

1. będą one w 100% współpracowały z istniejącą siecią transmisyjną na poziomie kanałów PCM,
2. będą w pełni zarządzane przez istniejący system zarządzania siecią TNMS i AccessIntegrator, przy czym Zamawiający dopuszcza możliwość dostawy w ramach zadania i w ramach złożonej przez Wykonawcę oferty wyczerpującej wymagany przez Zamawiającego zakres zadania, innego systemu do zarządzania urządzeniami planowanymi do zakupu z wymaganą ilością i wymaganym rodzajem licencji niezbędnych do zarządzania dostarczonymi urządzeniami w pełnym zakresie ich funkcjonalności,
3. będą dysponowały takimi samymi interfejsami stacyjnymi o identycznych parametrach jak zastosowane w projekcie.

Oferty złożyli następujący wykonawcy:

- 1) Konwerga Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, 2) Konsorcjum VIATELECOME Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu i Nextiva Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 3) Siemens Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

W dniu 2 listopada 2016 r. Zamawiający zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Konwerga Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu oraz o wykluczeniu Konsorcjum VIATELECOME Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu i Nextiva Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i odrzuceniu jego oferty.

W dniu 31 stycznia 2017 r. Zamawiający poinformował o unieważnieniu czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej oraz ich powtórzeniu, wskazując, że uprzednio 12

podjęta decyzja w stosunku do Konwergii jest obarczona wadą. Wada ta polegała na uznaniu, że oferta Odwołującego spełnia wymagania Zamawiającego z pominięciem badania równoważności zaoferowanych przez Wykonawcę urządzeń Connection Master („urządzenia CM – równoważne”, tj. „XMC23”, firmy Keymile).

Zamawiający podniósł, że w zakresie urządzenia Connection Master (dalej jako „CM”) w projektach technicznych składających się na treść SIWZ i odnoszących się do poszczególnych lokalizacji wskazał następującą charakterystykę (zestawienie tabelaryczne przedstawiające): Urządzenie CM producenta DNWP, wyszczególnił w 7. pozycjach elementy odnoszące się do urządzenia CM ze wskazaniem numerów kart katalogowych.

Wskazał, że w konsekwencji dopuszczając równoważność, Zamawiający powołał jedynie odpowiednie oznaczenia kart katalogowych dotyczących danych elementów w ramach urządzenia CM. Nie wskazał natomiast, jakie konkretnie parametry i funkcjonalności tego urządzenia muszą zostać zapewnione, aby inne urządzenie zgodnie z art. 29 ust. 3 Pzp mogło zostać uznane za równoważne.

Wadliwość postępowania polega zatem na tym, że Zamawiający dopuszczając w opisie przedmiotu zamówienia zaoferowanie przez Wykonawców urządzeń równoważnych do wskazanych w poszczególnych projektach wykonawczych, nie określił, jakie konkretnie parametry i funkcjonalności wskazanych urządzeń muszą zostać zapewnione, aby można było uznać, że urządzenia te mają w rzeczywistości charakter równoważny (nie zdefiniował tzw. kryteriów równoważności).

W braku sparametryzowania zasad równoważności urządzeń niemożliwe jest zbadanie, czy zaoferowany przez Odwołującego sprzęt jest rozwiązaniem równoważnym do wymaganego przez Zamawiającego, tj. czy będzie odpowiadać posiadanej przez Zamawiającego infrastrukturze, czy charakteryzuje się odpowiednimi funkcjonalnościami, a zatem czy odpowiada treści SIWZ.

W szczególności Zamawiający nie jest w stanie zweryfikować, czy zaoferowany przez Odwołującego sprzęt jako urządzenie „równoważne” do urządzenia CM spełnia następujące parametry i funkcjonalności współpracy z zainstalowanymi obecnie w Oddziale Dystrybucji Poznań urządzeniami transmisyjnymi typu SDH i multiplexerami sygnałów pierwotnych w zakresie: > możliwości zestawienia traktu PCM E1, > możliwości zestawienia kanałów synchronicznych RS232 4800 bit/s, > możliwości zestawienia kanałów asynchronicznych RS232 9600 bit/s, > możliwości zestawienia kanałów telefonicznej łączności analogowej, > możliwości komutacji szczebli 64 kbit/s.

Pomimo faktu, że Zamawiający popełnił błąd w opisanii równoważności, to próbował podjąć kroki zmierzające do zawarcia umowy z Odwołującym.

W pierwszej kolejności Zamawiający zwrócił się do Odwołującego o wzięcie udziału w testach mających na celu sprawdzenie równoważności zaoferowanych/zaproponowanych 13

rozwiązań firmy Keymile (XMC23) dla wymagań zdefiniowanych w Rozdziale II SIWZ oraz o wykazanie równoważności proponowanych urządzeń. Zamawiający kierował się koniecznością potwierdzenia współpracy urządzeń różnych producentów, które docelowo miały tworzyć jedną sieć transmisyjną wykorzystywaną dla potrzeb Zamawiającego. Sieć miała być wykorzystywana przede wszystkim dla obszaru SCADA, który ze względu na swoją specyfikę musi być zasilany danymi w sposób stabilny i w pełnym zakresie danych wykorzystywanych przez aplikacje sterujące siecią elektroenergetyczną na poziomach napięć zarządzanych przez Zamawiającego na terenie Oddziału Dystrybucji Poznań. Zamawiający wbrew jakimkolwiek przeciwnym twierdzeniom Odwołującego podkreślił przy tym, że propozycja przeprowadzenia testów z udziałem przedstawiciela firmy Siemens Sp. z o.o. wiązała się wyłącznie z potrzebą zapewnienia kompatybilności i sprawności funkcjonowania urządzeń różnych producentów. Z uwagi na sprzeciw Konwergii Zamawiający odstąpił od propozycji przeprowadzenia testów z udziałem przedstawiciela firmy Siemens. Wskazane powyżej kwestie nie mają żadnego znaczenia dla przedmiotu sprawy. Przedmiotem odwołania jest zarzucana Zamawiającemu bezpodstawność unieważnienia postępowania, a nie ewentualny sposób przeprowadzenia testów na podstawie art. 30 ust. 5 Pzp, które finalnie się nie odbyły.

Z uwagi na niepowodzenie opisanej powyżej próby naprawienia wady w zakresie

opisu przedmiotu zamówienia, Zamawiający podjął kolejne kroki zmierzające do rozwiązania zaistniałej sytuacji. W wezwaniu z 1 marca 2017 r. dokładnie rozpisał parametry i funkcjonalności niezbędne dla zapewnienia mu sprawnego funkcjonowania i kompatybilności urządzeń na terenie Oddziału Dystrybucji Poznań celem rzetelnego sprawdzenia, czy oferowany przez Odwołującego sprzęt jest w rzeczywistości równoważny i czy będzie działał z pozostałą infrastrukturą Zamawiającego. W tym celu Zamawiający zaprosił też Odwołującego do stawienia się w jego siedzibie celem wykazania równoważności zaproponowanych urządzeń.

Jednakże i te próby pomyślnego zakończenia postępowania przez Zamawiającego zakończyły się fiaskiem, gdyż wskazanie parametrów równoważności na tym etapie było formalnie niedopuszczalne. Tę niedopuszczalność zauważył zresztą Odwołujący, wnosząc odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej i zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 38 ust. 4 w związku z art. 7 ust. 1 i art. 30 ust. 5 Pzp oraz żądając anulowania wezwania do wykazania równoważności (sprawa o sygn. akt KIO 452/17). Zamawiający - dostrzegając swoje formalne uchybienie - wskazane odwołanie uwzględnił, na skutek czego postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą zostało umorzone.

W dalszym ciągu pozostała jednak nierozwiązana kwestia braku możliwości przeprowadzenia badania równoważności zaoferowanych przez Odwołującego urządzeń w zakresie wymaganego przez Zamawiającego urządzenia Connection Master 14

spowodowana brakiem określenia precyzyjnych parametrów równoważności w ramach opisu przedmiotu zamówienia.

W zakresie dopuszczenia w opisie przedmiotu zamówienia rozwiązań równoważnych wskazał, że w świetle art. 29 ust. 3 Pzp, przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”.

Wskazał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej – wyroki: z dnia 16 lutego 2016 r., KIO 142/16; z dnia 2 października 2014 r., KIO 1931/14; z dnia 23 lipca 2013 r., KIO 1619/13; – uchwała z dnia 21 października 2014 r., KIO/KD 95/14; – wyroki: z dnia 30 grudnia 2013 r., KIO 2884/13; z dnia 11 czerwca 2015 r., KIO 1111/15.

Podsumowując, w orzecznictwie KIO i doktrynie zamówień publicznych wskazuje się, że dla zastosowania art. 29 ust. 3 Pzp nie jest wystarczające wskazanie urządzenia danego producenta z określeniem „lub równoważne”, lecz należy dokładnie określić, co zamawiający uznaje za rozwiązanie równoważne. Niezbędne jest zatem wskazanie takich kryteriów równoważności, dzięki którym wykonawca i zamawiający w oparciu o metodę zero-jedynkową będą w stanie ocenić, czy dane rozwiązanie spełnia istotne parametry wymagane przez zamawiającego i w konsekwencji stwierdzić, czy nosi przymiot urządzenia równoważnego. Ponadto, uznaje się, że jeżeli zamawiający wprawdzie dopuszcza urządzenia równoważne, niemniej takie, które jest całkowicie zgodne pod względem wszystkich parametrów i funkcjonalności z urządzeniem określonego producenta lub określonego modelu, to „mamy do czynienia” jedynie z równoważnością iluzoryczną, pozorną - takie zaś rozwiązanie jest na gruncie przepisów Pzp niedopuszczalne.

W postępowaniu doszło do sytuacji, w której jeden z wykonawców zaoferował urządzenie - w jego ocenie - równoważne, a pozostali urządzenia wskazane w SIWZ.

W związku z powyższym Zamawiający - z uwagi na brak sformułowania w SIWZ dokładnych parametrów równoważności urządzeń - nie miał możliwości zweryfikowania równoważności zaoferowanych urządzeń, dokonania ich właściwej oceny, a w konsekwencji porównania ofert wykonawców.

W opisie przedmiotu zamówienia w zakresie równoważności urządzeń sformułowano wymaganie zastosowania elementów całkowicie zgodnych pod względem parametrów i możliwości technicznych z zaprojektowanymi urządzeniami. Wskazano, że sprzęt równoważny ma spełnić wszystkie wymagania jakościowe, techniczne i funkcjonalne określone w SIWZ. Wymaganie całkowitej zgodności doprowadziło do konieczności przedstawienia urządzeń identycznych (a zatem nie równoważnych). Zgodnie z wiedzą 15

Zamawiającego, obecnie nie ma urządzenia posiadającego wszystkie parametry jakościowe,

techniczne i funkcjonalne identyczne ze sprzętem referencyjnym. Całkowita zgodność parametrów i możliwości technicznych danych urządzeń i tzw. urządzeń równoważnych nie jest możliwa, urządzenia różnych producentów bowiem między sobą się różnią i nigdy nie będą w pełni „identyczne”. Wątpliwości w procesie weryfikacji powoduje także wymaganie 100% współpracy urządzeń równoważnych z istniejącą siecią transmisyjną na poziomie kanałów PCM, pełna zarządzalność urządzeń równoważnych przez istniejący system zarządzania siecią TNMS oraz konieczność dysponowania takimi samymi interfejsami stacyjnymi o identycznych parametrach. Zamawiający przyznaje, że popełnił błąd w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, który to błąd powoduje, że w oparciu o obecnie sformułowane w SIWZ cechy równoważności nie jest możliwa rzetelna ocena równoważności urządzeń. Wszystkie wskazane opisy SIWZ sprowadzają się do stwierdzenia, że jedynym możliwym do zaoferowania sprzętem był sprzęt referencyjny. Zamawiający zdaje sobie niemniej sprawę z tego, że równoważność nie może zmierzać do opisanego urządzenia jako identycznego pod względem technicznym, jakościowym i funkcjonalnym z urządzeniem referencyjnym opisanym w projektach technicznych, gdyż drugie takie urządzenie zasadniczo nie istnieje. Taka równoważność nosiłaby przymiot iluzorycznej i pozornej, a w konsekwencji niezgodnej z art. 29 ust. 3 Pzp.

Zamawiający wskazał nadto, że jeżeli miałby w rzeczywistości stosować określone w SIWZ cechy równoważności, to nawet najmniejsza niezgodność z katalogowym urządzeniem wskazanym przez Zamawiającego powodowałaby odrzucenie oferty wykonawcy, który zaoferował jakiegokolwiek inne urządzenia niż sprzęt referencyjny, z uwagi na niezgodność jego oferty z SIWZ. W ocenie Zamawiającego odrzucenie oferty Odwołującego nie byłoby właściwe, gdyż wada w zakresie nieokreślenia równoważności była wynikiem błędu Zamawiającego, nie zaś wykonawcy. Za taki błąd konsekwencji w postaci odrzucenia oferty nie powinien ponosić wykonawca.

Zamawiający podniósł ponownie, że w zaistniałej sytuacji nie miał możliwości w żaden sposób zbadać, czy zaproponowane przez Odwołującego urządzenia będą współpracowały z posiadaną przez Zamawiającego infrastrukturą, w szczególności nie mógł przeprowadzić testów kompatybilności omawianych urządzeń.

Zgodnie bowiem z art. 30 ust. 5 Pzp wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego. Wskazał orzecznictwo KIO – wyrok z dnia 14 października 2011 r., KIO 2093/11 i wyrok z dnia 30 kwietnia 2014 r., KIO 738/14.

16

Odwołujący stwierdził, że w braku sparametryzowania kryteriów równoważności urządzeń Zamawiający nie mógł wymagać od wykonawcy realizacji obowiązku z art. 30 ust. 5 Pzp, tym samym nie mógł też zweryfikować, czy zaoferowane przez Odwołującego urządzenia będą współpracowały z posiadaną przez niego infrastrukturą i zapewnią sprawne działanie sieci transmisyjnej.

Zatem, w braku określenia precyzyjnych kryteriów równoważności nieprawidłowy w zaistniałej sytuacji byłby również wybór oferty Odwołującego. Podkreślił po pierwsze, że z uwagi na niemożliwość zbadania równoważności przez wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej doszłoby do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp. W rzeczywistości jedynie wykonawcy oferujący urządzenia wskazane w SIWZ jako sprzęt referencyjny złożyli oferty zgodne z wymaganiami Zamawiającego. Takiej zgodności nie można stwierdzić w stosunku do Odwołującego z uwagi na nieokreślenie przez Zamawiającego parametrów równoważności. Na marginesie nadmieniał, że być może w razie określenia precyzyjnych kryteriów równoważności również inni wykonawcy złożyliby oferty. Nie można również wykluczyć, że wśród tych ofert zostałaby złożona oferta korzystniejsza niż oferta Odwołującego. W końcu wskazał, że wybór oferty Odwołującego w braku możliwości zweryfikowania równoważności w rezultacie mógłby doprowadzić do nabycia przez Zamawiającego urządzeń niekompatybilnych z istniejącą siecią transmisyjną oraz niespełniających podstawowych wymogów Zamawiającego związanych

z ich wykorzystaniem w ramach modernizowanej sieci transmisyjnej. W konsekwencji, również w fazie realizacji umowy, brak współpracy omawianych urządzeń, nie mógłby być

brany pod uwagę jako kryterium odbioru realizacji przedmiotu zamówienia.

Zamawiający podkreślił, że modernizowana sieć transmisyjna jest wykorzystywana przez Zamawiającego dla potrzeb przesyłania danych i sygnałów sterujących dla systemów zarządzania siecią elektroenergetyczną SCADA, czyli do realizacji podstawowej działalności Zamawiającego. Zamówienie miało na celu modernizację węzłów telekomunikacyjnych zlokalizowanych w Głównych Punktach Zasilania na terenie miasta Poznania, których sprawność warunkuje prawidłowość wykonywania zadań statutowych Zamawiającego, tj. sprawnej i bezawaryjnej dystrybucji energii elektrycznej.

Ponadto, na terenie miasta Poznania zlokalizowana jest Centralna Dyspozycja Mocy (CDM) ENEA Operator Sp. z o.o., tj. jednostka centralnie zarządzająca elektroenergetyczną siecią dystrybucyjną Zamawiającego. Dodatkowo jeszcze w roku 2017 w tej samej lokalizacji, wskutek realizowanej reorganizacji w Spółce, zostanie uruchomiona również Oddziałowa Dyspozycja Stacji Poznań (ODS Poznań) oraz Regionalna Dyspozycja Mocy Poznań (RDM Poznań), które będą odpowiedzialne za zarządzanie elektroenergetyczną siecią dystrybucyjną Zamawiającego na terenie Oddziału Dystrybucji Poznań w zakresie 17

stacji GPZ (Główne Punkty Zasilania (ponad 90 lokalizacji) oraz sieci SN i nN (średniego i niskiego napięcia). Istniejący węzeł transmisyjny w lokalizacji CDM musi zatem w pełni współpracować z węzłami, które są zaplanowane do modernizacji w ramach przedmiotowego zamówienia, gdyż warunkuje to możliwość prawidłowego i niezawodnego funkcjonowania systemów sterowania SCADA wykorzystywanych jako podstawowe narzędzia pracy wymienionych Dyspozycji.

Konieczność zakupu właściwych urządzeń celem skutecznego zmodernizowania sieci transmisyjnej leży nie tylko w interesie Zamawiającego, ale również w interesie publicznym, gdyż sprawność działania sieci transmisyjnej w przedmiotowym obszarze przekłada się bezpośrednio na możliwość zapewnienia ciągłości zasilania kilkuset tysięcy odbiorców

w aglomeracji poznańskiej. Podkreślił też, że wartość zamówienia jest bardzo znaczna - przekracza 2 000 000 PLN, w związku z czym Zamawiający nie mógł pozwolić sobie na pokrycie tak znacznego wydatku na sprzęt, który mógłby nie spełnić jego podstawowych oczekiwań i w konsekwencji byłby dla niego bezużyteczny.

Postępowanie obarczone zostało zatem wadą, która uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wada ta na obecnym etapie postępowania (tj. po upływie terminu składania ofert) w braku możliwości dokonywania zmian w SIWZ, nie może zostać przez Zamawiającego usunięta.

Podkreślił, że na wadę tę zwrócił uwagę również Odwołujący w poprzednio wniesionym odwołaniu (sprawa o sygn. akt KIO 452/17), w którym przyznał, że „dla oceny równoważności nie wystarczy samo użycie sformułowania „lub równoważny”, jak również określenie językowej wykładni pojęcia „równoważny”. Konieczne jest użycie sformułowań uściślających i podanie wymogów, parametrów, odnoszących się do dopuszczalnego zakresu równoważności ofert. Bez doprecyzowania zakresu wymaganej równoważności zamawiający nie jest bowiem w stanie ocenić zaproponowanych zamienników pod kątem ich równoważności, dlatego konieczne jest określenie minimalnych wymagań technicznych w zakresie parametrów oferowanych świadczeń”. Odnosząc się wówczas do dokładnie wskazanych przez Zamawiającego minimalnych parametrów i funkcjonalności (niezbędnych z uwagi na jego potrzeby związane z zaspokajaniem swojej podstawowej działalności zbieżnej z interesem publicznym), Odwołujący oświadczył, że „nie rozstrzyga, czy zaoferowane przez niego rozwiązanie równoważne spełnia każde wymaganie opisane w tabeli stanowiącej załącznik do wezwania, ponieważ na etapie przygotowania oferty takich wymagań ze strony Zamawiającego nie było, a na obecnym etapie, czyli badania i oceny ofert zaproponowane rozwiązanie nie musi spełniać tych wymagań”. Tym samym, Zamawiający ma uzasadnione podstawy do przyjęcia, że przy zastosowaniu urządzeń oferowanych przez Odwołującego 18

sprawne funkcjonowanie sieci transmisyjnej Oddziału Dystrybucji Poznań nie zostałoby zapewnione.

Wobec powyższego Zamawiający podjął decyzję o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 6 Pzp.

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, zamawiający unieważnia postępowanie o

udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 sierpnia 2014 r. KIO 1607/14.

W tym postępowaniu zachodzi wada o wysokim ciężarze gatunkowym. Wada ta uniemożliwia poprawne dokonanie czynności badania i oceny ofert, a także czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Ze względu na nieskonkretyzowanie cech równoważności Zamawiający nie jest w stanie określić zgodności oferty Odwołującego z SIWZ, w związku z czym nie może też dokonać wyboru jego oferty jako oferty najkorzystniejszej.

W tym zakresie podkreślił stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku KIO z dnia 6 czerwca 2016 r., sygn. akt KIO 883/16.

Zgodnie z art. 146 ust. 6 Pzp, Prezes Urzędu może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Nie budzi wątpliwości, że brak sformułowania właściwych kryteriów równoważności, które uniemożliwiłyby zbadanie złożonych ofert oraz ich porównanie, ma charakter takiego naruszenia przepisu ustawy, które może mieć wpływ na wynik postępowania.

Podobny pogląd wyraził w kwestii niezapewnienia zasad równoważności również Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w opinii udostępnionej na stronie internetowej UZP.

Wyroki Izby: z dnia 14 października 2011 r. KIO 2093/11; z dnia 17 sierpnia 2009 r. KIO 980/09, z dnia 27 maja 2014 r. KIO 914/14.

Odnosząc się do podniesionych w odwołaniu twierdzeń, Zamawiający podkreślił, że w razie zajścia choćby jednej z przesłanek do unieważnienia postępowania wskazanych w art. 93 Pzp na zamawiającym ciąży obowiązek jego unieważnienia. Obowiązek ten nie jest uzależniony od tego czy przyczyna unieważnienia postępowania leży po stronie zamawiającego, czy też nie wynika z jego czynności lub zaniechań. Dlatego też fakt, że postępowanie obarczone jest wadą wynikającą z błędu Zamawiającego w sformułowaniu parametrów równoważności nie ma znaczenia dla aktualizacji obowiązku unieważnienia postępowania. W żadnym razie fakt popełnienia przez Zamawiającego błędu skutkującego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy nie osłabia spoczywającego na nim obowiązku. Ocenie w tym zakresie nie może podlegać także profesjonalny charakter prowadzonej przez Zamawiającego działalności. 19

Wykonawcy nie mogą natomiast domagać się od Zamawiającego zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, która mogłaby podlegać w przyszłości unieważnieniu. Nie wzbudza wątpliwości, że opisana wada postępowania w postaci zaniechania sparаметryzowania kryteriów równoważności stanowi naruszenie art. 29 ust. 3 Pzp. Naruszenie to niewątpliwie mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Dlatego też zachodzi znaczne ryzyko, że w razie udzielenia Odwołującemu zamówienia, w sprawie którego prowadzone było postępowanie, zawarta z Odwołującym umowa podlegałaby unieważnieniu na mocy art. 146 ust. 6 Pzp. Stąd w ocenie Zamawiającego unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 6 Pzp jest uzasadnione i zgodne z prawem.

Wobec powyższego Zamawiający podniósł także, że wszelkie twierdzenia Odwołującego zmierzające do przypisania Zamawiającemu bezpodstawnego i celowego niezawierania z nim umowy są w zupełności pozbawione jakiegokolwiek uzasadnienia. Zamawiający ponownie podkreślił, że podejmując decyzję o unieważnieniu postępowania, kierował się przede wszystkim zgodnością podejmowania wszelkich działań z poszanowaniem generalnych zasad zamówień publicznych oraz koniecznością zapewnienia sprawnego działania sieci transmisyjnej w Oddziale Dystrybucji Poznań, przez co rozumieć należy skuteczne zmodernizowanie sieci transmisyjnej przy zachowaniu ciągłości zasilania kilkuset tysięcy odbiorców w aglomeracji poznańskiej.

Konkludując, nie jest możliwe zbadanie równoważności zaproponowanych w ofertach rozwiązań innych niż referencyjne bez możliwości zbadania funkcjonalności i parametrów istotnych dla Zamawiającego w świetle jego rzeczywistych potrzeb związanych z realizacją zamówienia (które nie zostały w SIWZ dostatecznie dookreślone). Natomiast podjęte przez Zamawiającego próby sparаметryzowania wymagań w tym zakresie spotkały się z uzasadnionym sprzeciwem ze strony wykonawcy - nie ma bowiem na obecnym etapie postępowania możliwości modyfikowania wymagań określonych w SIWZ. Podkreślił, że jedynie badanie konkretnego i zamkniętego zbioru cech i parametrów określonych w SIWZ

może w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości posłużyć do wykazania przez Wykonawcę równoważności zaproponowanego rozwiązania, o którym mowa w art. 30 ust. 5 Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

I. Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w rozdziale II SIWZ – *Opis przedmiotu zamówienia „Modernizacja sieci transmisyjnej na terenie Poznania”*, wskazując pkt 1: *„Dopuszcza się zastosowanie elementów równoważnych do opisanych w projekcie 20*

całkowicie zgodnych pod względem parametrów i możliwości technicznych z zaprojektowanymi urządzeniami. Jest to wymagane ze względu na istniejącą infrastrukturę teletransmisyjną (sieć urządzeń SDH), jak i stosowane oprogramowanie zarządzające siecią typu TNMS

i AccessIntegrator.

Zastosowanie urządzeń równoważnych w projekcie jest możliwe jeśli:

- będą one w 100% współpracowały z istniejącą siecią transmisyjną na poziomie kanałów PCM,*
- będą w pełni zarządzane przez istniejący system zarządzania siecią TNMS i AccessIntegrator, przy czym Zamawiający dopuszcza możliwość dostawy w ramach zadania i w ramach złożonej przez Wykonawcę oferty wyczerpującej wymagany przez Zamawiającego zakres zadania, innego systemu do zarządzania urządzeniami planowanymi do zakupu z wymagana ilością i wymaganym rodzajem licencji niezbędnych do zarządzania dostarczonymi urządzeniami w pełnym zakresie ich funkcjonalności,*
- będą dysponowały takimi samymi interfejsami stacijnymi o identycznych parametrach jak zastosowane w projekcie.*

Wszelkie nazwy własne w projektach wykonawczych są użyte wyłącznie w celu wskazania dostatecznie dokładnych określeń dla lepszego opisu przedmiotu zamówienia oraz w celu realizacji wymagań wskazanych w akapicie powyżej. Jednocześnie, w przypadku gdy wskazano znak towarowy określonego producenta Wykonawca może zaoferować produkt równoważny spełniający wymagania jakościowe, techniczne i funkcjonalne określone przez Zamawiającego według projektów wykonawczych wskazanych w pkt 2 poniżej.”

Punkt 2, to: *„Szczegółowe zestawienie dostaw oraz prac montażowych zawarte jest w projektach wykonawczych:”* – Tomy I-XIII oraz *„Dostawa dodatkowej karty (...)”*.

Projekty techniczne udostępniane wykonawcy na podstawie oświadczenia złożonego wg wzoru stanowiącego Załącznik 4 do SIWZ; projekty wykonawcze (Tomy od I do XIII) udostępniane wykonawcy na podstawie oświadczenia złożonego wg wzoru stanowiącego załącznik 3 do SIWZ.

Informacje dotyczące dopuszczenia rozwiązań równoważnych zostały zawarte w odpowiedziach na pytania dotyczących treści SIWZ (pismo z dnia 5 września 2016 r.). Odpowiedzi doprecyzowały wymagania w zakresie równoważności odnoszące się do urządzeń CM, szczególnie odpowiedź na pytanie nr 2 określiła: *„Konfiguracja planowanych do dostarczenia urządzeń musi być zgodna z tabelami przedstawiającymi zestawienia urządzeń wraz z ich konfiguracją.”*

Oferty złożyli wykonawcy: 1) Konwerga Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu – odwołujący, 2) Konsorcjum VIATELECOME Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu i Nextiva Sp. 21

z o.o.

z siedzibą w Warszawie, 3) Siemens Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Zamawiający w dniu 2 listopada 2016 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty odwołującego jako najkorzystniejszej oraz wykluczeniu z postępowania i ofercie odrzuceniu oferty Konsorcjum VIATELECOME Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu i Nextiva Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

W dniu 31 stycznia 2017 r. Zamawiający poinformował „o unieważnieniu czynności polegającej na ocenie ofert (...) i powtórzeniu dokonanych przez siebie czynności badania i oceny ofert uznając, że uprzednio podjęta decyzja w stosunku do Wykonawcy: Konwerga Sp. z o.o. jest obarczona wadą. Wada ta polegała na nie dokonaniu przez Zamawiającego poprawnej oceny oferty polegającej na uznaniu, iż oferta Wykonawcy Konwerga Sp. z o.o.

spełnia wymagania Zamawiającego z pominięciem badania równoważności zaoferowanych przez Wykonawcę urządzeń.”

W dniu 12 kwietnia 2017 r. zamawiający unieważnił postępowanie w całości na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 6 Pzp, uzasadniając czynność na podstawie art. 93 ust. 3 pkt 2 ustawy następująco (pominięto niektóre fragmenty):

„(...) Przedmiotem niniejszego postępowania jest modernizacja węzłów sieci transmisyjnej na terenie miasta Poznania, tj. dostawa, montaż i uruchomienie węzłów telekomunikacyjnych w zakresie i w lokalizacjach określonych szczegółowo w projektach wykonawczych ujętych w trzynastu tomach załączonych do SIWZ.

W projektach tych Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie urządzeń konkretnych producentów, co uzasadnione było specyfiką przedmiotu zamówienia i niemożliwością opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń. Niemniej, w Rozdziale II SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia (dalej jako „OPZ”) Zamawiający wskazał, iż dopuszcza zastosowanie elementów równoważnych do opisanych w projektach całkowicie zgodnych pod względem parametrów i możliwości technicznych z zaprojektowanymi urządzeniami, uzasadniając, iż jest to wymagane ze względu na istniejącą infrastrukturę (sieć urządzeń SDH).

Ofertę w Postępowaniu złożyli następujący Wykonawcy: 1) Konwerga Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, 2) Konsorcjum VIATELCOM Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu i Nextiva Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 3) Siemens Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

W dniu 2 listopada 2016 r. Zamawiający zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty (Konwerga Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu) oraz o wykluczeniu Konsorcjum VIATELCOM Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu i Nextiva Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i odrzuceniu jego oferty.

Niemniej, w dniu 31 stycznia 2017 r. Zamawiający poinformował o unieważnieniu czynności oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu oraz ich powtórzeniu, 22

wskazując, iż uprzednio podjęta decyzja w stosunku do Wykonawcy Konwerga Sp. z o.o. jest obarczona wadą. Wada ta polegała na uznaniu, iż oferta wskazanego Wykonawcy spełnia wymagania Zamawiającego z pominięciem wnikliwego badania równoważności zaoferowanych przez Wykonawcę urządzeń.

Niemożliwość przeprowadzenia wnikliwego badania równoważności zaoferowanych przez Wykonawcę urządzeń dotyczy między innymi wymaganego przez Zamawiającego urządzenia Connection Master.

W zakresie tego urządzenia Zamawiający w projektach technicznych odnoszących się do poszczególnych lokalizacji wskazał następującą charakterystykę: (zestawienie tabelaryczne zastąpiono opisem) 1. Urządzenie CM, producent DNWP:

elementy (każdy w ilości 1 szt.): -Subrack 6-slot nr kat. T32009.0; -CU SDH, nr kat.

T32001.01; -Ethernet Unit 1000BT, 8 Ports, nr kat. T32002.01; -FXS Unit, 8 ports, nr kat. T32005.11;

-Data Unit V and X, 4 ports, nr kat. T32004.01; -Zasilacz DC 48 V, nr kat. T32008.01; -E1/T1 Unit, 8 ports, 120 ohm, nr kat. T32003.11.

Zamawiający, dopuszczając równoważność, powołał jedynie odpowiednie oznaczenia kart katalogowych dotyczących danych elementów w ramach urządzenia CM, nie wskazał natomiast, jakie konkretnie parametry i funkcjonalności tego urządzenia muszą zostać zapewnione, aby inne urządzenie zgodnie z art. 29 ust. 3 pzp mogło zostać uznane za równoważne.

Wykonawca Konwerga Sp. z o.o. zaoferował „urządzenie CM – równoważne”, tj. „XMC23 w wyposażeniu zgodnym z SIWZ wraz ze wszystkimi niezbędnymi elementami i akcesoriami”, firmy Keymile.

W braku sparametryzowania zasad równoważności urządzeń niemożliwe jest zbadanie, czy zaoferowany przez Wykonawcę Konwerga Sp. z o.o. sprzęt jest rozwiązaniem równoważnym do wymaganego przez Zamawiającego, czy odpowiadać będzie posiadanej przez ani czy się odpowiednimi Zamawiającego infrastrukturze charakteryzuje funkcjonalnościami, a zatem czy odpowiada treści SIWZ.

Wadliwość niniejszego Postępowania polega zatem na tym, iż Zamawiający dopuszczając w OPZ zaoferowanie przez Wykonawców urządzeń równoważnych do wskazanych w poszczególnych projektach wykonawczych, nie określił, jakie konkretnie parametry i funkcjonalności wskazanych urządzeń muszą zostać zapewnione, aby można było uznać, iż urządzenia te mają w rzeczywistości charakter równoważny, (nie, zdefiniował tzw.

kryteriów równoważności).

Uzasadnienie prawne

W świetle art. 29 ust. 3 pzp, przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfiką 23

przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”.

W orzecznictwie i doktrynie wskazuje się, iż dla zastosowania art. 29 ust. 3 pzp nie jest wystarczające wskazanie urządzenia danego producenta z określeniem „lub równoważne”, lecz należy dokładnie określić, co zamawiający uznaje za rozwiązanie równoważne. Niezbędne jest zatem wskazanie takich kryteriów równoważności, dzięki którym wykonawca i zamawiający w oparciu o metodę zerojedynkową będą w stanie ocenić, czy dane rozwiązanie spełnia istotne parametry wymagane przez zamawiającego i w konsekwencji stwierdzić, czy nosi przymiot urządzenia równoważnego. Ponadto, uznaje się, że jeżeli zamawiający wprawdzie dopuszcza urządzenia równoważne, niemniej takie, które jest całkowicie zgodne pod względem wszystkich parametrów i funkcjonalności z urządzeniem określonego producenta lub określonego modelu, to mamy do czynienia jedynie z równoważnością iluzoryczną, pozorną - takie zaś rozwiązanie jest na gruncie przepisów pzp niedopuszczalne.

W niniejszym Postępowaniu doszło do sytuacji, w której jeden z wykonawców zaoferował urządzenie - w jego ocenie - równoważne, a pozostali urządzenia wskazane w SIWZ.

W związku z czym Zamawiający - z uwagi na brak sformułowania w SIWZ dokładnych parametrów równoważności urządzeń - nie ma możliwości zweryfikowania równoważności zaoferowanych urządzeń, dokonania ich właściwej oceny, a w konsekwencji porównania ofert wykonawców.

Co więcej, Zamawiający nie ma, w zaistniałej sytuacji, możliwości przeprowadzenia żadnych testów kompatybilności omawianych urządzeń, wobec odwołania wniesionego w postępowaniu przez jednego z wykonawców, które musiało być przez Zamawiającego uwzględnione. W konsekwencji, również w fazie realizacji umowy, brak współpracy omawianych urządzeń, nie będzie mógł być brany pod uwagę jako kryterium odbioru realizacji przedmiotu zamówienia.

W rezultacie, brak możliwości zweryfikowania równoważności może prowadzić do nabycia przez Zamawiającego urządzeń niekompatybilnych z istniejącą siecią transmisyjną oraz nie spełniających podstawowych wymogów Zamawiającego związanych z ich wykorzystaniem w ramach modernizowanej sieci transmisyjnej.

Sieć transmisyjna jest modernizowana i wykorzystywana przez Zamawiającego dla potrzeb przesyłania danych i sygnałów sterujących dla systemów zarządzania siecią elektroenergetyczną SCADA, czyli do realizacji podstawowej działalności Zamawiającego. Zauważyć należy, iż niniejsze zamówienie ma na celu modernizację węzłów telekomunikacyjnych zlokalizowanych w Głównych Punktach Zasilania na terenie miasta Poznania, których sprawność warunkuje prawidłowość wykonywania zadań statutowych 24

Zamawiającego, tj. sprawnej i bezawaryjnej dystrybucji energii elektrycznej. Należy również wskazać, iż na terenie miasta Poznania zlokalizowana jest Centralna i Oddziałowa Dyspozycja Mocy (CDM i ODM) ENEA Operator Sp. z o.o., tj. jednostka zarządzająca centralnie elektroenergetyczną siecią dystrybucyjną Zamawiającego. Istniejący węzeł transmisyjny CDM/ODM musi w pełni współpracować z węzłami, które są zaplanowane do modernizacji

w ramach przedmiotowego zamówienia, gdyż warunkuje to możliwość funkcjonowania systemów sterowania SCADA wykorzystywanych jako podstawowe narzędzia pracy wymienionych dyspozycji.

Konieczność zakupu właściwych urządzeń celem skutecznego zmodernizowania sieci transmisyjnej leży nie tylko w interesie Zamawiającego, ale również w interesie publicznym, gdyż sprawność działania sieci transmisyjnej w przedmiotowym obszarze przekłada się bezpośrednio na możliwość zapewnienia ciągłości zasilania kilkuset tysięcy odbiorców w aglomeracji poznańskiej. Nadto wartość zamówienia jest bardzo znaczna - przekracza 2.000.0000 (?) PLN, a co za tym idzie Zamawiający nie może pozwolić sobie na pokrycie tak znacznego wydatku na sprzęt, który może nie spełniać jego podstawowych oczekiwań i

może być dla Zamawiającego bezużyteczny.

W postępowaniu wystąpiła zatem wada, która uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zauważyć bowiem należy, iż na obecnym etapie Postępowania Zamawiający nie może dokonywać zmian w SIWZ ani w żaden inny sposób usunąć wskazanej wady.

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp, zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obciążone jest niemożliwością do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W orzecznictwie wskazuje się (...) – wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 sierpnia 2014 r. KIO 1607/14. Nadto, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła (...) – wyrok KIO z dnia 6 czerwca 2016 r., KIO 883/16. Z kolei w kwestii niezapewnienia zasady równoważności KIO w wyroku z dnia 14 października 2011 r., KIO 2093/11 wskazała (...). Podobne stanowisko wyrażone zostało przez KIO w wyroku z 17 sierpnia 2009 r., KIO 980/09, gdzie z uwagi na niezapewnienie właściwych zasad równoważności zostały unieważnione czynności zamawiającego w postępowaniu. Wskazano tam (...). Podobna teza płynie z uzasadnienia wyroku KIO z dnia 27 maja 2014 r., sygn. akt KIO 914/14 (...). Również Prezes UZP w swojej opinii udostępnionej na stronie internetowej UZP wskazał (...).

Zgodnie z art. 146 ust. 6 pzp, Prezes Urzędu może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik 25

postępowania. Nie budzi wątpliwości, iż niesformułowanie właściwych zasad równoważności, które uniemożliwia zbadanie złożonych ofert oraz ich porównanie, ma charakter takiego naruszenia przepisu ustawy, które może mieć wpływ na wynik Postępowania.

W świetle powyższego, wobec popełnienia przez Zamawiającego błędu w opisie przedmiotu zamówienia polegającego na nieprawidłowym zastosowaniu art. 29 ust. 3 pzp zasadne jest unieważnienie przedmiotowego Postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp w związku z art. 146 ust. 6 pzp.”

II. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 25 maja 2016 r.

Postępowanie zostało wszczęte przed wejściem w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r. poz.1020). Do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych i nie zakończonych przed dniem wejścia w życie ustawy oraz do odwołań i skarg do sądu dotyczących tych postępowań stosuje się przepisy dotychczasowe (art. 16 ust. 1 ustawy nowelizującej). Do rozpoznawania odwołań stosuje się przepisy ustawy Pzp obowiązujące przed dniem 28 lipca 2016 r.

Nie wystąpiły przesłanki odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołujący spełnia przesłanki warunkujące posiadanie legitymacji czynnej do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Wykazał zainteresowanie uzyskaniem zamówienia oraz związaną z tym możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Izba rozpoznała odwołanie na rozprawie w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 192 ust. 7 ustawy), z uwzględnieniem faktu, że zarzuty dotyczą niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy (art. 180 ust. 1), tj. czynności zamawiającego unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego podjętej w dniu 12 kwietnia 2017 r. – uznając, że odwołanie podlega oddaleniu.

Na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień stron przedstawionych w toku postępowania dowodowego, Izba uznała, że zamawiający opisując przedmiot zamówienia z uwagi na jego specyfikę i niemożność opisanego za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, wskazał w rozdziale II SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia”, na podstawie art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, dopuszczalność zaoferowania rozwiązań równoważnych przez

zamieszczenie opisu o treści: „Dopuszcza się zastosowanie elementów równoważnych do opisanych w projekcie całkowicie zgodnych pod względem parametrów i możliwości technicznych z zaprojektowanymi urządzeniami. Jest to wymagane ze względu na istniejącą infrastrukturę teletransmisyjną (sieć urządzeń SDH), jak i stosowane oprogramowanie zarządzające siecią typu TNMS i AccessIntegrator.”

Z opisu wynika określenie granic równoważności urządzeń – całkowita zgodność pod względem parametrów i możliwości technicznych z zaprojektowanymi urządzeniami, z uwagi na istniejącą infrastrukturę teletransmisyjną (sieć urządzeń SDH), jak i stosowane oprogramowanie zarządzające siecią typu TNMS i AccessIntegrator.

Opis zakresu zastosowania urządzeń równoważnych: -w 100% współpracujących z istniejącą siecią transmisyjną na poziomie kanałów PCM; -z zarządzaniem w pełni przez istniejący system zarządzania siecią TNMS i AccessIntegrator, z dopuszczeniem możliwości dostawy (w ramach zadania i w ramach złożonej przez Wykonawcę oferty wyczerpującej wymagany przez Zamawiającego zakres zadania), innego systemu do zarządzania urządzeniami planowanymi do zakupu z wymaganą ilością i wymaganym rodzajem licencji niezbędnych do zarządzania dostarczonymi urządzeniami w pełnym zakresie ich funkcjonalności; -z dysponowaniem takimi samymi interfejsami stacyjnymi o identycznych parametrach jak zastosowane w projekcie – wskazuje możliwość porównania oferowanych urządzeń z opisanymi w obszernej dokumentacji postępowania (projekty wykonawcze) pod kątem wykazania lub niewykazania równoważności zaoferowanego przez odwołującego urządzenia w stosunku do urządzenia CM.

Przepis art. 29 ust. 3 ustawy Pzp zobowiązuje zamawiającego dopuszczającego rozwiązania równoważne do zamieszczenia przy opisie przedmiotu zamówienia dokonanego bez dostatecznie dokładnych określeń, wyrazów „lub równoważny”. Zamawiający opisał wprost – dopuszczenie zastosowania elementów równoważnych do opisanych w projekcie, wskazując tym dopuszczenie równoważności i jej zakresu – elementów opisanych w projektach wykonawczych. Kwestia ta nie była sporna w postępowaniu odwoławczym. Zatem, zamawiający dokonując opisu równoważności odpowiadającego wyrazom „lub równoważny” nie naruszył przepisu art. 29 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący zaoferował urządzenie XMC23 w wyposażeniu zgodnym z SIWZ wraz ze wszystkimi niezbędnymi elementami i akcesoriami firmy Keymile, jako równoważne urządzeniu CM scharakteryzowanemu w projektach wykonawczych odnoszących się do poszczególnych lokalizacji.

Zgodnie ze wskazaniem zamawiającego, że mimo braku w przepisach ustawy regulacji wskazujących sposób oceny równoważności, wynika on z doktryny i orzecznictwa KIO licznie przywołanego w odpowiedzi na odwołanie 27

– zamawiający opisał w cytowanym rozdziale II SIWZ warunki zastosowania rozwiązań równoważnych oraz z zamieszczonego opisu wynika sposób oceny równoważności.

Zamawiający wybierając w dniu 2 listopada 2016 r. ofertę odwołującego jako najkorzystniejszą, nie dokonał badania równoważności oferowanego urządzenia zgodnie z opisem zamieszczonym w rozdziale II SIWZ (fakt przyznany).

Unieważniając w dniu 31 stycznia 2017 r. czynności badania i oceny oferty oraz jej wybór jako najkorzystniejszej, zamawiający doprowadził do sytuacji porównywalnej (jak przyznał na rozprawie) z taką, jaka ma miejsce po otwarciu ofert. Zatem, był zobowiązany do dokonania czynności badania i oceny oferty odwołującego (jedynej ważnej na tym etapie postępowania zgodnie z oświadczeniami stron).

Podjął 2. próby badania równoważności oferowanego urządzenia, stosując procedurę nie wynikającą z ustawy Pzp i nie przewidzianą w SIWZ (fakty przyznane na rozprawie), z tych względów badanie nie zostało przeprowadzone.

Odstępując od badania równoważności urządzenia z uwzględnieniem przepisu art. 30 ust. 5 ustawy Pzp, stanowiącego że to wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy spełniają wymagania określone przez zamawiającego, zamawiający unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp stanowiącego: „Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli: postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie

niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego”, w związku z art. 146 ust. 6 ustawy stanowiącym: „Prezes Urzędu może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.”

Przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp zobowiązujący zamawiającego do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia stanowi wyjątek od zasady, że celem postępowania wszczynanego w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu jest dokonanie wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego (art. 2 pkt 7a ustawy Pzp). Zatem przepis ten nie podlega wykładni rozszerzającej. Unieważnienie postępowania na podstawie pkt 7 może wystąpić wyłącznie w sytuacji: wady postępowania niemożliwej do usunięcia, która uniemożliwia zawarcie umowy niepodlegającej unieważnieniu. Wady postępowania przesądzające o nieważności umowy zostały wskazane w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp (ustawowe przesłanki nieważności umowy).

28

Przepis art. 146 ust. 6 ustawy uprawniający Prezesa Urzędu do wystąpienia do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania – konkretyzuje wadę postępowania inną niż wskazane w ust. 1 tego artykułu. Dla zastosowania przepisu ust. 6 istotne jest: dokonanie czynności przez zamawiającego lub zaniechanie dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, wpływ naruszenia na wynik postępowania lub możliwość takiego wpływu.

Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego, że w postępowaniu wystąpiła wada przez nie zdefiniowanie tzw. kryteriów równoważności, gdyż wadę w pierwszej kolejności statuuje naruszenie przepisu ustawy, które oceniane w granicach zarzutów odwołania nie zostało wykazane.

Zamawiający nie naruszył przywoływanego w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania przepisu art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, stanowiącego o możliwości dopuszczenia rozwiązań równoważnych.

Wynikiem postępowania o udzielenie zamówienia, uwzględnianym przy ocenie naruszenia przepisów ustawy, jest natomiast wybór oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa (wskazywany art. 2 pkt 7a ustawy Pzp).

W wyroku z dnia 30 sierpnia 2010 r., sygn. IV Ca 831/10, wydanym w okolicznościach sprawy, gdzie zamawiający błędnie opisał przedmiot zamówienia w SIWZ i unieważnił postępowanie, mimo że wykonawcy złożyli oferty odpowiadające błędnej SIWZ, Sąd Okręgowy Warszawa Praga w Warszawie, nakazał unieważnienie czynności unieważnienia przetargu nieograniczonego o udzielenie zamówienia publicznego.

Uznając w okolicznościach sprawy zasadność odwołania, Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów 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, z późn. zm.). Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 15 000 zł. Izba zasądziła na rzecz odwołującego kwotę 19 426,55 zł, stanowiącą równowartość wpisu (15 000 zł), wynagrodzenia pełnomocnika (3 600 zł) i kosztów dojazdu na wyznaczone posiedzenie Izby (826,55 zł) – na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. Izba

29

nie uwzględniła kwoty 57,80 zł z tytułu przejazdu autostradą A2 z powodu nieprzedłożenia rachunku.

Przewodniczący:

