Sygn. akt: KIO 471/12

WYROK
z dnia 22 marca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 marca 2012 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 marca 2012 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) SNC-Lavalin Polska Sp. z o.o. (pełnomocnik konsorcjum), (2) SNC-LAVALIN Inc., (3) Hitachi Power Europe GmbH, adres dla pełnomocnika: ul. Domaniewska 39A, 02-672 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **TAURON Wytwarzanie S.A., ul. Lwowska 23, 40-389 Katowice**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) SNC-Lavalin Polska Sp. z o.o. (pełnomocnik konsorcjum), (2) SNC-LAVALIN Inc., (3) Hitachi Power Europe GmbH, adres dla pełnomocnika: ul. Domaniewska 39A, 02-672 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) SNC-Lavalin Polska Sp. z o.o. (pełnomocnik konsorcjum), (2) SNC-LAVALIN Inc., (3) Hitachi Power Europe GmbH, adres dla pełnomocnika: ul. Domaniewska 39A, 02-672 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 471/12

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie negocjacji z ogłoszeniem, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Budowa nowych mocy w technologiach węglowych w PKE S.A. - budowa bloku energetycznego o mocy 800 - 910 MW na parametry nadkrytyczne w Elektrowni Jaworzno III -Elektrownia II - w zakresie: kocioł parowy, turbozespół, budynek główny, część elektryczna i AKPiA bloku." Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22 maja 2010 r. pod numerem 2010/S 99-150187.

W niniejszym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp":
- naruszenie art. 29 ust 1 i 2 poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń,
- naruszenie art. 59 ust 1 i 2 poprzez uzupełnienie SIWZ w zakresie, w jakim nie była ona przedmiotem negocjacji oraz wprowadzenie zmian, które prowadzą do istotnej zmiany przedmiotu zamówienia i pierwotnych warunków zamówienia,
- naruszenie art. 57 ust 5 w zw. z art. 59 ust 1 poprzez określenie w SIWZ warunków udziału w postępowaniu na etapie zaproszenia do składania ofert,
- naruszenie art. 7 ust 1 polegające na włączeniu do SIWZ zapisów, które utrudniają

uczciwą konkurencję.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmodyfikowania SIWZ poprzez wykreślenie następujących postanowień SIWZ:
- oraz
- W część II.3 SIWZ „Wymagania *ogólne odnośnie zawartości części technicznej oferty"* w punkcie 2. „Opis *techniczny przedmiotu kontraktu"* podpunkt 2.1.2. „Bezpieczeństwo *technologii i niezawodność eksploatacyjna pracy bloku"* zdania pierwszego w brzmieniu: „Wykonawca *poda posiadane referencje dla oferowanego układu technologicznego".*

Odwołujący wskazuje, iż ma interes w uzyskaniu zamówienia. Czynności Zamawiającego naruszają zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, uniemożliwiając Odwołującemu złożenie konkurencyjnej oferty w postępowaniu

prowadzonym przez Zamawiającego. Oznacza to, że Odwołujący w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy może ponieść szkodę.

Odnośnie postanowienia SIWZ w brzmieniu „Wykluczamy *z zastosowania rozwiązania nie posiadające referencji",* Odwołujący podnosi:

Zdaniem Zamawiającego, zapis ten jest nieprecyzyjny i nie pozwala ustalić jakiego rodzaju referencje Zamawiający ma na myśli. Interpretacja tego postanowienia może prowadzić do wniosku, że Zamawiający wymaga od wykonawcy, aby turbozespół oferowany w ramach przedmiotu zamówienia był już wcześniej wykonany, zamontowany i uruchomiony. Jednocześnie Odwołujący wskazuje, że każdy turbozespół dostosowany jest do potrzeb konkretnego użytkownika, a co za tym idzie, turbozespoły oferowane przez tego samego producenta różnią się od siebie, niejednokrotnie w znaczący sposób. Opisanie wymagania w sposób nieprecyzyjny nie pozwala na określenie, w jakim stopniu „referencje" definiują przedmiot zamówienia, innymi słowy, jaki wymóg został w ten sposób przez Zamawiającego sprecyzowany.

Jednocześnie Odwołujący podnosi, iż przy przyjęciu, że Zamawiający oczekuje przez żądanie referencji, zaoferowania dokładnie takiego rozwiązania, jakie wykonawca ma przedstawić w niniejszym postępowaniu, co prowadzi do naruszenia uczciwej konkurencji. Wymóg posiadania referencji na rozwiązania zaoferowane w niniejszym postępowaniu eliminuje bowiem wykonawców, którzy zaoferują turbozespół w pełni dostosowany do potrzeb Zamawiającego, ale inny niż oferowany dotychczasowym kontrahentom. Mając na uwadze fakt, że przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wybudowanie bloku energetycznego, a projekt musi spełniać konkretne potrzeby Zamawiającego, dla wielu wykonawców nie będzie możliwe oparcie wszystkich rozwiązań oferowanych w ramach niniejszego postępowania o już istniejące, gdyż mogą one nie spełnić potrzeb określonych przez Zamawiającego, tylko dlatego, że rozwiązania już istniejące dostosowane były do innych wymagań.

Odwołujący zwraca uwagę, że rozwiązania wykonawców bazują na opatentowanych technologiach, nie są zmieniane całkowicie, od podstaw, ale modyfikowane - do potrzeb konkretnego projektu (np. biorąc pod uwagę parametry paliwa, wody itd., usytuowanie obiektu) lub ulepszane.

Żądanie referencji, odczytane jako referencje, dotyczące dokładnie takiego samego obiektu, w znaczący sposób ogranicza więc uczciwą konkurencję - wykonawca, który posiada doświadczenie w wykonywaniu bloków energetycznego o parametrach nadkrytycznych opalanych węglem o mocy minimum 450 MWe brutto (tak brzmiał warunek doświadczenia weryfikowany przez zamawiającego na etapie ogłoszenia i składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu) bez wątpienia wykazał się

odpowiednią wiedzą i doświadczeniem dla zaprojektowania i wykonania instalacji oczekiwanej przez Zamawiającego. Nakaz przedłożenia referencji, który może być odczytany jako potwierdzenie wykonania dokładnie takiego samego rozwiązania jak oferowane, w sposób nieuprawniony ingeruje w możliwość zaoferowania rozwiązań bazujących na znanych technologiach, jednak dostosowanych do potrzeb tego

zamawiającego.

W związku z tym, w ocenie Odwołującego, wymóg zastosowania wyłącznie rozwiązań „posiadających referencje" ogranicza konkurencję, preferując wykonawców, którzy wykonali identyczny turbozespół, eliminując tych, którzy są zdolni do wykonania zamówienia - czego dowiedli na etapie weryfikacji wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu - ale zamierzają zaoferować Zamawiającemu rozwiązanie w pełni dostosowane do jego potrzeb, ale nie stosowane poprzednio u innych kontrahentów.

Odwołujący wyjaśnia, iż niniejsze postępowanie prowadzone jest w trybie negocjacji z ogłoszeniem. Zgodnie z przepisami regulującymi postępowanie prowadzone w tym trybie, Zamawiający weryfikuje zdolność wykonawców do wykonania zamówienia, określając warunki udziału w postępowaniu, a następnie weryfikując spełnienie tych warunków, na podstawie dokumentów załączonych do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W niniejszym postępowaniu Zamawiający określił wiele warunków udziału w postępowaniu, których spełnianie Odwołujący potwierdził, dzięki czemu został zaproszony do składania ofert wstępnych.

W związku z tym, zdaniem Odwołującego, na obecnym etapie postępowania nie jest dopuszczalne dodatkowe weryfikowanie zdolności (możliwości) wykonawców do wykonania zamówienia poprzez wymóg przedstawienie referencji, potwierdzających wykonanie poszczególnych oferowanych elementów. Pomimo to, że zapis dotyczący wskazania referencji został umieszczony w części technicznej SIWZ i dotyczy potwierdzenia prawidłowego funkcjonowania urządzenia, *de facto* odnosi się on do powtórnej weryfikacji zdolności wykonawcy do wykonania poszczególnych elementów zamówienia i jako taki jest niedopuszczalny z punktu widzenia przepisów ustawy Pzp.

Potraktowanie ww. zapisu jako elementu opisu przedmiotu zamówienia, również prowadzi do wniosku, że jest on nieprawidłowy. Wykluczenie z zastosowania rozwiązań nie posiadających referencji, w nieuzasadniony sposób ogranicza konkurencję, preferując wykonawców, którzy dostarczali oferowany przez siebie turbozespół w ramach innych zamówień, eliminując tych, którzy zaprojektują turbozespół specjalnie dla potrzeb Zamawiającego.

Co więcej, zgodnie z art. 29 ust 1 ustawy Pzp, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na

---

sporządzenie oferty. Tymczasem sformułowanie „Wykluczamy *z zastosowania rozwiązania nie posiadające referencji",* zamieszczone na końcu punktu 3.2.1. w rozdziale zatytułowanym „Turbozespół *oraz systemy technologiczne maszynowni",* nie zostało doprecyzowane. Z zapisów SIWZ nie wynika bowiem jednoznacznie, czy wymóg przedstawienia referencji odnosi się do całego turbozespołu oraz systemów technologicznych maszynowni czy też do poszczególnych elementów, wchodzących w skład turbozespołu i systemów technologicznych maszynowni tj. turbiny parowej kondensacyjnej, czterokadłubowej lub pięciokadłubowej, na nadkrytyczne parametry pary, sprzęgniętej z generatorem, generatora wytwarzającego energię elektryczną i podłączonego do rozdzielni 400 kV, wszystkich układów związanych i należących do turbiny i generatora oraz systemu pary obejmującego rurociągi parowe główne, upustowe, pomocnicze, stacje zrzutowe, zawory bezpieczeństwa, systemu kondensatu, obejmującego układ pomp kondensatu, układ podgrzewaczy regeneracyjnych niskoprężnych, układ rurociągów kondensatu, układ kondensatu rezerwowego, systemu wody zasilającej obejmującego stację odgazowania, układ pomp wody zasilającej, układ podgrzewaczy regeneracyjnych wysokoprężnych oraz układ rurociągów, czy wreszcie do poszczególnych elementów, czy urządzeń, składających się na ww. systemy.

W związku z tym przyjęcie nawet, że wymóg zaoferowania rozwiązań posiadających referencje dotyczy opisu przedmiotu zamówienia, prowadzi do wniosku, że opis przedmiotu zamówienia został dokonany z naruszeniem art. 29 ust 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem, przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby ograniczyć uczciwą konkurencję. Działania Zamawiającego godzą w uczciwą konkurencję poprzez nieuzasadnione wyłączenie zastosowania rozwiązań nie posiadających referencji na rynku, na którym każde rozwiązanie jest rozwiązaniem dedykowanym konkretnemu Zamawiającemu i dostosowanym każdorazowo do jego potrzeb, stanowi ograniczenie konkurencji.

Ponadto, Odwołujący podnosi, że swoboda Zamawiającego w formułowaniu swoich wymagań doznaje dalej idących ograniczeń w postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji z ogłoszeniem. Zgodnie bowiem z treścią art. 59 ust 1 ustawy Pzp, po zakończeniu negocjacji zamawiający może doprecyzować lub uzupełnić specyfikację istotnych warunków zamówienia wyłącznie w zakresie, w jakim była ona przedmiotem negocjacji. Co więcej zmiany, o których mowa wyżej, nie mogą prowadzić do istotnej zmiany przedmiotu zamówienia lub pierwotnych warunków zamówienia.

Zdaniem Odwołującego, za „istotną *zmianę"* należy uznać modyfikację pierwotnych warunków zamówienia, polegającą na wprowadzeniu zmian, które - gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia - umożliwiłyby dopuszczenie innych wykonawców niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni lub umożliwiłyby dopuszczenie

innej oferty. Za „istotną *zmianę"* należy uznać więc taką zmianę, która może wpływać na krąg potencjalnie zainteresowanych oferentów, stanowiąc naruszenie zasady równego traktowania wykonawców. Oznacza to, że nie można zmienić m.in. przedmiotu zamówienia czy jego istotnych cech, których zmiana będzie miała wpływ na kształt zamówienia. Zakazane są także istotne zmiany, dotyczące warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów oceny ofert. „Istotną *zmianą warunków"* będzie na przykład takie ich określenie, które w sposób znaczący poszerza zamówienie o elementy, które pierwotnie nie były w nim przewidziane, prowadząc w istocie do udzielenia nowego zamówienia.

W niniejszym postępowaniu zmiana, polegająca na wprowadzeniu wymogu zastosowania rozwiązań posiadających referencje, czyli *de facto* stosowanych już wcześniej, jest zmianą istotną. Wprowadza bowiem dodatkowy wymóg, nieznany na etapie składania ofert wstępnych, którego wykonawcy nie brali pod uwagę na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu ani składania ofert wstępnych. Wymóg ten nie był również przedmiotem negocjacji z wykonawcami, w związku z tym również na tym etapie postępowania, Odwołujący nie brał pod uwagę takiego wymogu. Wprowadzenie zatem wymogu posiadania przez oferowane rozwiązania referencji, stanowi istotną zmianę, która może mieć wpływ na krąg zainteresowanych wykonawców. Gdyby wymóg taki znany był na wcześniejszych etapach postępowania, mógłby on być przedmiotem negocjacji bądź też powodem rezygnacji z ubiegania się o zamówienie. Trudno zatem uznać, że wymóg ten stanowi nieistotną zmianę, skoro w znaczący sposób ogranicza możliwość zaoferowania wielu rozwiązań wykorzystywanych przez wykonawców lecz nie zastosowanych wcześniej u innych zamawiających.

W przedmiocie postanowienia „Wykonawca *poda posiadane referencie dla oferowanego układu technologicznego",* Odwołujący podniósł:

Sformułowanie takie rozumiane jako dodatkowy przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu, wprowadzony na etapie doprecyzowania SIWZ, stanowi istotną zmianę przedmiotu zamówienia oraz pierwotnych warunków zamówienia. Co więcej, wymóg ten jest nieprecyzyjny, gdyż nie określa, o jakim układzie technologicznym mowa. Wymóg taki, rozumiany jako dookreślenie wymogu stawianego w punkcie 3.2.1. (opisanego powyżej), może prowadzić do wniosku, że Zamawiający wymaga potwierdzenia, że istnieje technologia, która łączy w sobie wymagane przez Zamawiającego elementy a potwierdzenie referencyjne, dotyczy powiązania technologicznego pomiędzy poszczególnymi elementami układu technologicznego. Takie rozumienie powyższego wymogu prowadzi do wniosku, że Zamawiający wymaga potwierdzenia wykonania całego układu technologicznego w zakresie, w jakim jest on przedmiotem oferty wykonawcy. Takie ograniczenie jest istotną zmianą przedmiotu zamówienia poprzez znaczące jego ograniczenie, prowadzące w efekcie do

eliminacji wykonawców, oferujących rozwiązania prototypowe czy zmodyfikowane w stosunku do już stosowanych. W związku z tym zapis ten został wprowadzony do SIWZ z naruszeniem art. 59 ust 1 ustawy Pzp, a sam w sobie narusza art. 29 ust 1 i 2 tej ustawy.

Zgodnie z przepisem art. 57 ust 5 ustawy Pzp do SIWZ w postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji z ogłoszeniem nie mają zastosowania m.in. przepisy art. 36 ust 1 pkt 5 i 6 ustawy Pzp. Oznacza to, że SIWZ nie może zawierać warunków udziału w postępowaniu, a Zamawiający na tym etapie postępowania nie może wymagać od

wykonawców przedstawienia oświadczeń lub dokumentów w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. W niniejszym postępowaniu w SIWZ Zamawiający zawarł warunek udziału w postępowaniu, dotyczący doświadczenia wykonawców. Poprzez określenie „Wykluczamy z zastosowania rozwiązania nie posiadające referencji" dopuścił do dalszego udziału w postępowaniu podmioty, które mogą wykazać się doświadczeniem w realizacji rozwiązań podobnych do przedmiotu zamówienia. Co więcej postanowienie SIWZ, iż „Wykonawca *poda posiadane referencje dla oferowanego układu technologicznego",* wskazuje, że Zamawiający postawił wymóg przedstawienia dokumentu na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu. Takie działanie, podobnie jak stawianie samego warunku udziału w postępowaniu jest niedopuszczalne na gruncie ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

W części II SIWZ „Część *techniczna",* II.2 „Wymagania *techniczne Zamawiającego (docelowo Załącznik nr 2A do Kontraktu)"* załącznik A5 „Wymagania *techniczne dla Przedmiotu Kontraktu i jego głównych komponentów"* w punkcie 3.2.1. Zamawiający postanowił: „Wykluczamy *z zastosowania rozwiązania nie posiadające referencji"*

Zaś w część II.3 SIWZ „Wymagania *ogólne odnośnie zawartości części technicznej oferty"* w punkcie 2. „Opis *techniczny przedmiotu kontraktu"* podpunkt 2.1.2. „Bezpieczeństwo *technologii i niezawodność eksploatacyjna pracy bloku"* Zamawiający zawarł następujące postanowienie: „Wykonawca *poda posiadane referencje dla oferowanego układu technologicznego".*

Pismem z dnia 7 marca 2012 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o udzielenie wyjaśnień przedmiotowych postanowień, żądając jednocześnie ich wykreślenia. Odwołujący zwrócił uwagę, iż powyższe zapisy nasuwają wiele pytań, np. 1. „Czy *dotyczą tego samego zagadnienia, tzn. czy Zamawiający jako rozwiązanie (pkt. 3.2.1 Zał. Nr 5) rozumie układ technologiczny (pkt.2.1.2 Cz.II.3) referencje którego należy podać? 2. Czy referencje mają odnosić się do dokładnie takiego samego rozwiązania /układu technologicznego jak oferowany/ - przy czym Odwołujący zwrócił uwagę, że każde rozwiązanie dostosowywane jest do potrzeb konkretnego klienta, wynikających chociażby z parametrów paliwa, wody itd. Stąd, nie jest możliwe wykonanie dwóch lub więcej*

identycznych instalacji. Natomiast instalacje takie opierają się w dużej mierze na podobnych rozwiązaniach technologicznych (opatentowanych rozwiązaniach stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa) - modyfikowanych i dostosowywanych do konkretnych potrzeb. 3. Czy oferowanie technologii lub głównych komponentów technologicznych zmodyfikowanych w stosunku do zrealizowanych, których referencje może podać oferent spowodują odrzucenie oferty? Odwołujący przy tym zwrócił uwagę, że inwestycja jest realizowana w systemie zaprojektuj i wybuduj. Wykonawca odpowiada za osiągnięcie wymaganych parametrów - stąd niezbędne może być dostosowanie istniejących rozwiązań (ich modyfikacja, ulepszenie) dla celów tego konkretnego zamówienia. W tej sytuacji żądanie referencji na dokładnie takie same urządzenia wydaje się niezasadne i nieuprawnione."

Nadto, Odwołujący podniósł, że „Zamawiający *poprzez zapisy umowne w części III.1 SIWZ „Kontrakt" ma zagwarantowane, że zastosowana technologia będzie bezpieczna i praca bloku będzie niezawodna. Wykonawca ponosi odpowiedzialność za osiągnięcie gwarantowanych parametrów (przejmuje ryzyka wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego)."*

Pismem z dnia 9 marca 2012 r. (w dniu złożenia odwołania) Zamawiający udzielając odpowiedzi na powyższe poinformował, że nie może ponosić ryzyka inwestycyjnego, związanego z zastosowaniem przez wykonawcę niesprawdzonych rozwiązań technicznych/ technologicznych, dlatego też oczekuje, że wykonawca wykaże w ofercie, że oferowane rozwiązania techniczne układu technologicznego Bloku są poparte odpowiednimi referencjami (wdrożeniami), potwierdzającymi, że oferowane rozwiązania nie są rozwiązaniami prototypowymi a są rozwiązaniami sprawdzonymi na dzień złożenia oferty.

W związku z powyższym Zamawiający pozostawił zapisy dotyczące referencji dla oferowanego rozwiązania technologicznego Bloku, doprecyzowując związane z nimi wymagania w następujący sposób:

Odnośnie wymogu „Wykluczamy *z zastosowania rozwiązania nie posiadające referencji"* Zamawiający wyjaśnił, że powyższe dotyczy wymagań technicznych Zamawiającego, odnoszących się do turbozespołu. Zapis ten oznacza, że Zamawiający

wymaga od wykonawcy zastosowania w odniesieniu do turbozespołu sprawdzonych rozwiązań technicznych, dla których oferowane przez wykonawcę rozwiązania techniczne posiadają odpowiednie referencje, tzn. może wskazać zrealizowane obiekty energetyczne, w których zostały zastosowane rozwiązania takie, jak oferowane dla turbozespołu w niniejszym postępowaniu . W świetle powyższego wyjaśnienia Zamawiający skorygował zapis w punkcie 3.2.1. Załącznika Nr 5 w Części II.2. SIWZ, który przyjął następujące brzmienie: „W *zakresie turbozespołu wykluczamy zastosowanie rozwiązań nie posiadających referencji (wdrożeń) potwierdzających, że oferowane rozwiązania nie są rozwiązaniami prototypowymi, a są rozwiązaniami sprawdzonymi na dzień złożenia Oferty".*

Dalej Zamawiający podał, że zdanie „Wykonawca *poda posiadane referencje dla oferowanego układu technologicznego",* należy rozpatrywać w kontekście wymaganej zawartości oferty, której dotyczy wymaganie określone w tym punkcie, tzn., że dla oferowanych rozwiązań technicznych (dla występujących warunków lokalnych i dla danych i założeń projektowych przyjętych dla przedmiotu kontraktu), wykonawca nie widzi zagrożeń w zakresie bezpieczeństwa technologii i niezawodności eksploatacyjnej pracy Bloku. Wykonawca w ofercie potwierdza, ze oferowany przez wykonawcę układ technologiczny oparty jest na sprawdzonych rozwiązaniach technicznych i zastosowanych w już pracujących obiektach energetycznych. W świetle powyższego wyjaśnienia, Zamawiający skorygował zapis w punkcie 2.1.2. w Części II.3 i nadał mu brzmienie: „Zastosowane *rozwiązania techniczne Bloku podsiadają referencje (wdrożenia)".*

Zamawiający podkreślił, że oczekuje, iż wykonawca zaoferuje układ technologiczny Bloku oparty na sprawdzonych rozwiązaniach technicznych, gwarantujących bezpieczeństwo technologii i niezawodność eksploatacyjną pracy Bloku. Celem tego wymagania (dotyczącego referencji) jest wykazanie przez wykonawcę, że oferowane układy technologiczne Bloku /podstawowe urządzenia Bloku/ są oparte na sprawdzonych rozwiązaniach technicznych. Oferowanie przez Wykonawcę niesprawdzonych rozwiązań technicznych może spowodować odrzucenie oferty.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba nie podziela jednakże stanowiska Zamawiającego, że Odwołujący nie posiada legitymacji do wniesienia odwołania, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie ze wskazanym powyżej przepisem, środki ochrony prawnej przysługują m.in. wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Niezbędne jest zatem stwierdzenie, po pierwsze, że wykonawca posiada lub posiadał interes w uzyskaniu danego zamówienia, po drugie, że poniósł lub może ponieść szkodę i po trzecie, że potencjalna szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Tym samym Odwołujący, w pierwszej kolejności, obowiązany był wykazać, iż posiada lub posiadał interes w uzyskaniu zamówienia w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie publiczne i jednocześnie, że poniósł lub może ponieść szkodę, w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Z orzecznictwa bezspornie wynika, że interes w uzyskaniu zamówienia, o którym stanowi art. 179 ust.1 ustawy Pzp, dotyczyć powinien tego zamówienia, którego dotyczy odwołanie, tym samym – jak podnosi się także w doktrynie - konkretnego postępowania, w którym środek ochrony prawnej jest wnoszony, prowadzonego w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Niewątpliwie Odwołujący

posiada interes w uzyskaniu zamówienia, albowiem bierze udział w niniejszym postępowaniu, składając wniosek o dopuszczenie do udziału w negocjacjach z ogłoszeniem i wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji składając ofertę wstępną i biorąc udział w prowadzonych przez Zamawiającego negocjacjach. Odwołujący biorąc więc udział w kolejnych etapach prowadzonego, w trybie negocjacji z ogłoszeniem postępowania potwierdza, że ma interes w uzyskaniu zamówienia. Jednakże, rację należy przyznać Zamawiającemu, iż przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp wymaga od wnoszącego odwołanie wykonawcy nie tylko legitymowania się interesem w uzyskaniu zamówienia, ale również wykazania poniesienia szkody lub możliwości jej poniesienia w wyniku naruszenia

przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie utrwalony jest pogląd, przez „szkodę" należy rozumieć uszczerbek majątkowy lub niemajątkowy, jakiego doznaje lub dozna wykonawca w wyniku określonego działania lub zaniechania zamawiającego. Wskazanie przez Odwołującego, iż sposób ukształtowania przez Zamawiającego treści SIWZ (w spornym zakresie) narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, uniemożliwiając Odwołującemu złożenie konkurencyjnej oferty, w ocenie Izby, uzasadnia możliwość wystąpienia po stronie Odwołującego szkody. Zaś, związek przyczynowy pomiędzy naruszeniem przepisów ustawy poprzez wadliwe sporządzenie SIWZ a potencjalną szkodą wydaje się oczywisty.

Jakkolwiek uzasadnienie posiadania legitymacji do wniesienia odwołania nie zostało przez Odwołującego wywiedzione w sposób rozbudowany, to nie można jednakże zgodzić się z Zamawiającym, że Odwołujący pominął wykazanie możliwości wystąpienia szkody, a tym samym nie sprostał obowiązkowi wynikającemu z art. 6 k.c. W ocenie Izby, podane przez Odwołującego okoliczności stanowią wystarczającą podstawę do uznania, iż możliwość wystąpienia szkody po stronie Odwołującego została wykazana.

Przechodząc do oceny zarzutu naruszenia przepisu art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładanych i zrozumiałych określeń, w kontekście spornego postanowienia o treści: „Wykluczamy *z zastosowania rozwiązania nie posiadające referencji",* stwierdzić należy, iż rozstrzygające znaczenie w tym przedmiocie ma użycie przez Zamawiającego pojęcia „rozwiązania". W ocenie Izby, dla branżysty, specjalisty w określonej dziedzinie nie może budzić wątpliwości, jeśli mowa o rozwiązaniach turbozespołu i wskazanych systemów technologicznych maszynowni (a do tego odnosi się SIWZ, jeśli idzie o kwestionowane postanowienie), co stanowi, że mamy do czynienia, z takim a nie innym rozwiązaniem. Skoro turbozespół jest podstawowym elementem składowym elektrowni, definiowanym jako sprzężone wspólnym wałem turbina i turobgenerator elektryczny, to oczywistym jest, że sposób sprzężenia obu elementów, jak i różne

rozwiązania w zakresie budowy obu urządzeń w istocie będą definiować czymże jest owo rozwiązanie w zakresie turbozespołu i systemów technologicznych maszynowni i jakie elementy odróżniają jedno rozwiązanie od drugiego tak, aby można było powiedzieć, że mamy do czynienia z odrębnymi rozwiązaniami. Opierając się na doświadczeniu życiowym, wiedzy i zasadach logicznego rozumowania Izba doszła do przekonania, że wiedza z zakresu inżynierii energetycznej, a taką z pewnością dysponuje wykonawca, ubiegający się o udzielenie tak wysokospecjalistycznego zamówienia oraz znajomość rynku, którą niewątpliwie można przypisać wykonawcy, tym bardziej zważywszy na fakt, że rynek ten należy, jak stwierdził sam Odwołujący, do producentów i funkcjonuje w warunkach konkurencyjności, pozwalają bezbłędnie wymienić i rozróżnić Odwołującemu obecne na rynku rozwiązania w zakresie turbozespołów oraz systemów technologicznych maszynowni.

Powyższe rozważania prowadzą do wniosku, że Odwołujący, jak i każdy z wykonawców potrafi określić poziom szczegółowości, a tym samym istotności w zakresie zastosowania poszczególnych elementów, ich budowy, konstrukcji, które definiują „rozwiązanie." Przyjęcie przeciwnego stanowiska nie znajduje uzasadnienia już chociażby z tego powodu, że oznaczałoby to, iż wykonawcy posiadają jedynie ogólną, podstawową wiedzę z tego zakresu i nie dostrzegają funkcjonowania na rynku różnych rozwiązań lub nie potrafią stwierdzić różnic między nimi.

Zaś wymaganie, że zaproponowane rozwiązania muszą legitymować się referencjami oznacza, iż konkretne rozwiązanie znalazło zastosowanie (funkcjonuje w ramach określonego obiektu) z pozytywnym rezultatem. Przy czym chodzi nie tylko o rozwiązania wdrożone przez wykonawcę oferującego konkretne rozwiązanie, ale również przez innych wykonawców.

Okoliczność, na którą wskazuje Odwołujący, iż każdy turbozespół dostosowany jest do potrzeb konkretnego użytkownika i może się różnić w znaczący sposób, zdaniem Izby, jest indyferentna w świetle kwestionowanego wymogu. Nie chodzi bowiem o zaoferowanie urządzeń identycznych z tymi, które znalazły już zastosowanie, ale takich, w których zastosowane rozwiązania techniczne zostały już wykorzystane w konkretnych inwestycjach.

W tym miejscu warto zauważyć, iż podnoszenie przez Odwołującego zarzutu użycia przez Zamawiającego niedostatecznie dokładnych i niezrozumiałych określeń nie

koresponduje z zakresem żądań sformułowanych przez Odwołującego w odwołaniu. Zwrócić należy bowiem uwagę, iż Odwołujący domaga się jedynie wykreślenia spornych postanowień SIWZ, nie zgłaszając nawet żądania alternatywnego. To z kolei pozwala na przyjęcie, iż w istocie powodem podniesienia przedmiotowego zarzutu jest chęć doprowadzenia do takiej zmiany SIWZ (poprzez wykreślenie wskazanych postanowień), która pozwoli Odwołującemu na zaproponowanie rozwiązań, nie znajdujących jeszcze zastosowania na rynku i w pewnym zakresie innowacyjnych. Takie zaś działania Odwołującego, który chce doprowadzić do

uzyskania pożądanego przez siebie rozwiązania poprzez wskazanie pozornych okoliczności, świadczących jakoby o naruszeniu przepisów prawa, nie zasługuje na ochronę.

Izba nie dostrzega również, w wymogu zawartym w kwestionowanym postanowieniu SIWZ, naruszenia zasady uczciwej konkurencji. Każdy z wykonawców ma bowiem w sposób identyczny określone warunki co do przedmiotu zamówienia. Oprócz wyartykułowanych przez Zamawiającego wymagań technicznych, obowiązuje wykonawców również wymóg zaproponowania rozwiązań (po zmianach SIWZ jedynie co do turbozespołu), które znalazły zastosowanie na rynku i zostały przez odbiorców pozytywnie zweryfikowanie (referencje).

W ocenie Izby, nie znalazł również potwierdzenia zarzut naruszenia przepisu art. 57 ust. 5 w zw. z art. 59 ust. 1 ustawy Pzp. W okolicznościach niniejszej sprawy nie znajduje uzasadnienia twierdzenie, iż SIWZ zawiera postanowienia, które stanowią podstawę do ponownego weryfikowania zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia. Wskazywane przez Odwołującego postanowienia SIWZ, w opinii Izby, nie stanowią warunków udziału w postępowaniu, a dotyczą przedmiotu zamówienia i wymogów względem niego.

W ocenie Izby, nie może budzić wątpliwości, iż sporne postanowienie SIWZ stanowi element opisu przedmiotu zmówienia. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, że „wykluczenie *z zastosowania rozwiązań nie posiadających referencji w nieuzasadniony sposób ogranicza konkurencję preferując wykonawców, którzy dostarczali oferowany przez siebie turbozespół w ramach innych zamówień, eliminując tych którzy zaprojektują turbozespół specjalnie dla potrzeb Zamawiającego."* W tym miejscu raz jeszcze należy podkreślić, iż przedmiotem zamówienia są rozwiązania, które znalazły już zastosowanie i z powodzeniem funkcjonują na rynku, ale nie oznacza to wcale konieczności zaoferowania identycznego turbozespołu z tym, dostarczanym wcześniej w ramach innych inwestycji.

Przechodząc do zarzutu naruszenia przepisu art. 59 ust. 1 ustawy Pzp stwierdzić należy, że Odwołujący nie wykazał przekroczenia przez Zamawiającego normy zawartej we wskazanym przepisie. Co więcej, w toku rozprawy Zamawiający wyjaśnił, iż przedmiotem negocjacji były wymiary łopatek turbiny a rozwiązanie, które Odwołujący zaproponował w tym przedmiocie (długość łopatek) stanowiło novum w odniesieniu do tego produktu, natomiast Odwołujący nie zakwestionował twierdzeń Zamawiającego, dotyczących przedmiotu negocjacji, a jedynie fakt, że nie jest to rozwiązanie, które znalazło już zastosowanie na rynku. Z tych względów przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka wskazanego przez Zamawiającego należało uznać za nieprzydatne, bowiem brak rozbieżności pomiędzy stronami co do przedmiotu negocjacji. Poza sporem zaś pozostaje zagadnienie, czy proponowane przez Odwołującego rozwiązanie zostało wdrożone i znalazło zastosowanie na rynku.

W ocenie Izby, wprowadzone po negocjacjach przez Zamawiającego nowe postanowienia do treści SIWZ nie mieszczą się w zakresie pojęcia „istotnej *zmiany*

przedmiotu zamówienia." Wykładania gramatyczna podanego terminu prowadzi do wniosku, biorąc pod uwagę, że słowo „istotny" oznacza ważny, znaczący, a „zmianę" definiuje się jako fakt, że coś staje się inne, należy dojść do przekonania, iż niedozwolona modyfikacja SIWZ w świetle rozpatrywanego przepisu prowadzi do tego, iż mamy do czynienia w istocie z innym przedmiotem zamówienia, pierwotny uległ bowiem tak dalekim zmianom, że w znaczący sposób odbiega od przedmiotu zamówienia opisanego w SIWZ po przeprowadzeniu negocjacji.

W okolicznościach niniejszej spawy Izba nie dostrzega wprowadzenia tak daleko idących zmian. Biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i jego złożony (skomplikowany) charakter oczywistym jest, że negocjacje mają pomóc Zamawiającemu w uszczegółowieniu przedmiotu zamówienia i ostatecznie nadania mu takiego kształtu, który zaspokaja potrzeby

Zamawiającego. Przyjęcie przeciwnego stanowiska podważałoby w ogóle sens prowadzenia negocjacji.

Jednocześnie Izba stoi na stanowisku, że istota przedmiotu zamówienia, mimo dokonania zmian, została zachowana. Nie budzi wątpliwości, że cały czas chodzi o budowę bloku energetycznego o parametrach określonych we wstępnej SIWZ. Zaś, okoliczność, że nie dopuszcza się rozwiązań jeszcze nie sprawdzonych na rynku (nie zweryfikowanych przez użytkowników) definiuje produkt jedynie pod względem jego obecności na rynku. Tym bardziej, jeśli rynek ten „należy" do producentów, to nie stanowi istotnej zmiany przedmiotu okoliczność, która daje możliwość wyboru pomiędzy urządzeniami posiadającymi referencje, a nie dopuszcza tych, które takich pozytywnych ocen jeszcze nie posiadają.

Przy tym z całą mocą należy opowiedzieć się za uprawnieniem Zamawiającego do definiowania przedmiotu zamówienia w taki sposób, który nie tylko zaspokaja jego potrzeby, ale też zabezpiecza jego interesy. Obserwowany ogromny postęp w różnych dziedzinach techniki i szybkie wdrażanie nowych rozwiązań uzasadnia zachowanie ostrożności, tym bardziej, że jak wskazał Zamawiający, są przykłady negatywnych skutków agresywnego wdrażania nowych technologii jeszcze zupełnie do tego nieprzygotowanych. Nie można więc odejmować Zamawiającemu prawa do kreowania przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem zasad bezpieczeństwa i własnego interesu ekonomicznego.

Jednocześnie w niniejszym postępowaniu, w ocenie Izby, Zamawiający potrafił pogodzić własne potrzeby i zachowanie konkurencji na rynku. Zaś, zasada wyrażona w przepisie art. 7 ustawy Pzp nie może być interpretowana w taki sposób, że wymaga dopuszczenia wszystkich zainteresowanych zamówieniem a wybór produktu, który należy zaoferować w ramach danego zamówienia, pozostawiony jest wykonawcom.

Izba nie podziela również twierdzenia Odwołującego, że postanowienie SIWZ o treści: „Wykonawca *poda posiadane referencje dla oferowanego układu technologicznego",*

wprowadzone przez Zamawiającego po negocjacjach, stanowi istotną zmianę przedmiotu zamówienia. W tym zakresie aktualność zachowują uwagi poczynione powyżej.

Pojęcie „układu *technologicznego",* w ocenie Izby, biorąc pod uwagę systematykę SIWZ, należy wiązać z blokiem. Przy czym referencje mają potwierdzać, uwzględniając, iż wymóg ten znajduje się w części dotyczącej, bezpieczeństwa i niezawodności eksploatacyjnej pracy bloku, właśnie te elementy. Potwierdzenie powyższego odnajdujemy również w odpowiedzi udzielonej przez Zamawiającego w piśmie z dnia 9 marca 2012 r. Tym samym brak podstaw do twierdzenia, że analizowane postanowienie SIWZ jest nieprecyzyjne.

Odnośnie twierdzenia Odwołującego, że przedmiotowe postanowienie stanowi warunek udziału w postępowaniu, zachowują aktualność rozważania wyartykułowane wyżej.

Reasumując, Izba nie dostrzega, w świetle postanowień SIWZ, że opis przedmiotu zamówienia został dokonany za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, a wprowadzone do SIWZ zmiany, będące wynikiem prowadzonych negocjacji, nie wykraczają poza dozwolony zakres. Brak również podstaw do zakwalifikowania spornych postanowień do warunków udziału w postępowaniu.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a 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), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 20.000,00 zł.

Przewodniczący: ……