

WYROK
z dnia 14 grudnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 grudnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 02.12.2010 r. przez wykonawcę **Generik Energetyka Spółka z o.o., Al. Szucha 8, 00-582 Warszawa** od czynności Zamawiającego **ENION S.A, ul. Zawila 65 L, 30-390 Kraków** w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostawa osprzętu do napowietrznych linii izolowanych dla potrzeb Enion S.A.” (zadanie nr 1 i 2)

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża **ENION S.A, ul. Zawila 65 L, 30-390 Kraków** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Generik Energetyka Spółka z o.o., Al. Szucha 8, 00-582 Warszawa,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) przez **ENION S.A, ul. Zawila 65 L, 30-390 Kraków** na rzecz **Generik Energetyka Spółka z o.o., Al. Szucha 8, 00-582 Warszawa,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

1

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

Przewodniczący:

.....

2

Uzasadnienie
do wyroku z dnia 14 grudnia 2010 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2608/10

Zamawiający – **ENION S.A., ul. Zawila 65 L, 30-390 Kraków** prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostawa osprzętu do napowietrznych linii izolowanych dla potrzeb Enion S.A.” (zadanie nr 1 i 2).

Szacunkowa wartość zamówienia jest większa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu **23.11.2010 r.** ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE Nr ogłoszenia 2010/S 227-347415.

Zamawiający opublikował na stronie internetowej treść SIWZ zawierającej opis przedmiotu zamówienia w dniu **23.11.2010 r.**

W odniesieniu do treści SIWZ w dniu **02.12.2010 r.** Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie.

Odwołanie zostało wniesione w ramach w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę osprzętu do napowietrznych linii izolowanych dla potrzeb ENION S.A. dla oddziałów Zamawiającego w Bielsku-Białej, Będzinie, Krakowie i Tarnowie, obejmującego: zadanie nr 1: osprzęt do napowietrznych linii izolowanych NN oraz zadanie nr 2: osprzęt do napowietrznych linii izolowanych SN.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz dokonanie modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia w następującym zakresie:

I. Usunięcie z opisu wstępnego na str 18 SIWZ następujących punktów:

1. Odporność na wpływy atmosferyczne, tłuszcze i promieniowanie UV.
2. Wykluczone zaciski nożowe poprzeczne.
3. Zaciski wykonane z aluminium stopowego lub stali nierdzewnej o wytrzymałości na rozciąganie ≥ 300 N/mm²; sposób wykonania wykluczający korozję elektrochemiczną.

3

4. Zaciski przebijające izolacje hermetyczne lub wykonane w sposób wykluczający wnikanie wody do styku i pod przebitą izolację przewodu izolowanego.

5. Zacisk musi być kompletny, to jest wyposażony w osłony izolacyjne.

II. Usunięcie z tabel opisu technicznego ze stron od 18 do 24 SIWZ zapisów przedstawiających wyroby przykładowe lub podanie przykładowych produktów co najmniej dwóch lub trzech producentów,

III. doprecyzowanie wymagań wspólnych dla wszystkich materiałów pkt V ust. 3 w zakresie obowiązku uzyskania przez wyroby jednego z obowiązujących dokumentów: certyfikat lub deklaracja zgodności

IV. Usunięcia z tabeli nr 1 - zaciski nn str 18 SIWZ - pozycji 11, 12 i 13, oraz usunięcie z tabeli nr 4 - pozostały osprzęt nn str 23 SIWZ pozycji nr 15 i 16.

V.1. Dopisanie do opisu technicznego w tabeli nr 1 - zaciski nn ze str 18 SIWZ w pozycjach 14, 15 i 16 następującej treści "...wyposażony w osłonę izolacyjną lub z obudową izolacyjną..."

2. Dodanie przykładu zacisku z obudową izolacyjną lub obiektywnego opisu wymagań technicznych zacisku z obudową izolacyjną.

VI. Rozdzielenie zadania 1 - osprzęt do linii izolowanych niskiego napięcia na cztery oddzielne zadania zgodnie z podziałem na tabele, to jest zadanie nr 1 - zaciski nn; zadanie nr 2 - uchwyty nn; zadanie nr 3 - złączki nn i zadanie nr 4 - pozostały osprzęt nn.

Odwołujący w uzasadnieniu wskazał, że odnosząc się do naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp dotyczącego braku zapewnienia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, preferuje jednego wykonawcę i uniemożliwia ubieganie się o zamówienie zainteresowanym wykonawcom, należy stwierdzić co następuje.

W dniu 23 listopada 2010 r. Zamawiający na swojej stronie internetowej zamieścił SIWZ dotyczącą przedmiotowego postępowania. W załączniku nr 1 do SIWZ Zamawiający zawarł szczegółowe wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia. W odniesieniu do powyższego opisu przedmiotu zamówienia podniósł, iż wskazane dane techniczne/parametry są zawężone w ten sposób, że wskazane wymogi mogą być spełnione wyłącznie przez produkty jednego producenta, tj. firmę ENSTO.

Wskazał, że kwestie opisu przedmiotu zamówienia poruszane są w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, gdzie wskazuje się na obiektywizm związany z opisem

4

przedmiotu zamówienia, konieczność zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, czego w niniejszej sprawie brak.

Izba kierowała się w tym względzie fundamentalną zasadą neutralności opisu przedmiotu zamówienia, której kwintesencję stanowi art. 29 ust.2 ustawy Pzp. Zgodnie z powyższym przepisem przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. W tym względzie, Izba przywołuje także wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 09.11.2005 r, sygn. akt: II Ca 587/05 (niepubl.) zgodnie z którym: „Zakazane jest formułowanie warunków postępowania uniemożliwiających swobodny dostęp do udziału w postępowaniu w celu złożenia oferty. Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać na konkretnego wykonawcę bądź też, które eliminowałyby konkretnych wykonawców uniemożliwiając im złożenie oferty lub powodując sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych". (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21.05.2008 r. sygn. Akt KIO/UZP7442/08). W ocenie Odwołującego zarzuty takie można postawić Zamawiającemu w niniejszej postępowaniu. Ponadto Odwołujący wskazał, że w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 01.10.2008 r. (sygn. akt. KIO/UZP/984/08) stwierdzono: „Dyskryminacja wykonawców może wynikać z użycia przy opisie przedmiotu zamówienia oznaczeń konkretnego producenta lub konkretnego produktu (dyskryminacja bezpośrednia) lub posługiwania się parametrami wskazującymi na konkretnego producenta lub konkretny produkt (dyskryminacja pośrednia). W ocenie Odwołującego w przedmiotowej sprawie mamy do czynienia z każdą z dwóch postaci dyskryminacji. W dalszej części uzasadnienia orzeczenia wskazano, że jako formę dyskryminacji pośredniej przyjmuje się również ustalanie wymagań na tyle rygorystycznych, że nie jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego, a jednocześnie ograniczający krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia". Takie też zarzuty postawił Odwołujący Zamawiającemu.

W przypadku określenia wymagań odnoszących się do potrzeb zamawiającego, mogących ograniczać krąg potencjalnych wykonawców, zamawiający powinien wykazać, że wyłącznie produkty o parametrach granicznych wyznaczonych w specyfikacji umożliwiają mu realizację celu założonego w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (wyrok SO w Bydgoszczy z 25.1.2006 r. II Ca 693/5).

W tym przypadku ograniczenia nie mają żadnego związku z realizacją celu założonego w ramach postępowania, służą jedynie faworyzowaniu jednego producenta.

Jednocześnie Odwołujący podniósł, iż w wyroku z dnia 25 stycznia 2006 r. Sąd Okręgowy w Bydgoszczy zaznaczył, iż wystarczającym jest uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia. Tym samym zamawiający powinien skutecznie udowodnić, że więcej niż jeden produkt spełnia parametry graniczne wyznaczone w specyfikacji.

5

W ocenie Odwołującego zapis ten wyklucza wszystkich krajowych producentów takich jak np. ALPAR, ELEKTROMET-BIS czy POŁAM NAKŁO poprzez szczegóły konstrukcyjne zębów (lub igiełek): vide Katalog ENSTO wskazuje że konstrukcja igiełek uszczelnia miejsce przebicia izolacji przed wnikaniem wody do żyły aluminiowej. Inni producenci wymienieni wcześniej nie są w stanie tego udowodnić.

Jak dowód powyższego Odwołujący przywołał kopię katalogu firmy ENSTO gdzie znajduje się tekst "igielki te ponadto uszczelniają miejsce przebicia izolacji przed wnikaniem wody do żyły aluminiowej" oraz oświadczenie właściciela firmy ALPAR.

Reasumując, w ocenie Odwołującego, dwa powyższe zapisy doprowadzają łącznie do wykluczenia wszelkich firm poza jedną - firmą ENSTO, ponieważ pozostałe firmy albo mają zaciski inne niż z aluminium stopowego lub stali nierdzewnej, albo zaciski te nie są skonstruowane w sposób wykluczający wnikanie wody do styku i pod przebitą izolację przewodu izolowanego. Poza jednym podmiotem - firmą ENSTO brak jest firmy oferującej produkty spełniające te dwa kryteria łącznie, co powoduje wyłączenie konkurencji.

Odwołujący podniósł, iż w opisie wstępnym na stronie 18 SIWZ paragraf VII - Wymagania dla osprzętu do napowietrznych linii izolowanych niskiego napięcia - Zadanie nr 1 zawarta jest informacja następującej treści: "Zaciski wykonane z aluminium stopowego lub stali nierdzewnej o wytrzymałości na rozciąganie ≥ 300 N/mm²...". Odwołujący

wskazał, iż znamienne jest, że taki zapis jest bezpośrednio przytoczony z katalogu firmy ENSTO. Na dowód powyższego wskazał kopię z katalogu firmy ENSTO. W jego ocenie skoro takie parametry nie stanowią wymogu zawartego w normach czy standardach krajowych lub zagranicznych i dodatkowo w żadnym z katalogów innych producentów również nie są zawarte, to taki zapis doprowadza do konieczności wyboru tylko jednego producenta. W tym zakresie przywołał dowód w postaci kopii kart katalogowych producentów osprzętu.

W dalszej części uzasadnienia Odwołujący wskazał, że opis wstępny na stronie 18 SIWZ paragraf VII - Wymagania dla osprzętu do napowietrznych linii izolowanych niskiego napięcia - Zadanie nr 1 (dotyczący wymagań wstępnych dotyczących zacisków) nie został powtórzony w paragrafie VIII - Wymagania dla osprzętu do napowietrznych linii izolowanych średniego napięcia - Zadanie nr 2 ze strony 25 SIWZ pomimo, że w tym zadaniu również pojawiają się zaciski. W ocenie Odwołującego jest to rozwiązanie niezrozumiałe i zastanawiające, że wymagania określone w opisie wstępnym na stronie 18 SIWZ paragraf VII - Wymagania dla osprzętu do napowietrznych linii izolowanych niskiego napięcia - Zadanie nr 1 nie przenoszą się na zaciski średniego napięcia (SN). W odniesieniu do powyższego Odwołujący podniósł, że sieci średniego napięcia mają istotność wyższą z punktu widzenia

6

interesu publicznego niż sieci niskiego napięcia. Sieć niskiego napięcia jest przeznaczona do zasilania poszczególnych domów, obiektów, zaś sieć średniego napięcia jest przeznaczona do zasilania osiedli, miast o małej i średniej wielkości do około 10.000 osób, fabryk, centrów handlowych. Jeden niedziałający zacisk w sieci niskiego napięcia pozbawi zasilania jeden dom, zaś średniego napięcia pozbawi zasilania całą miejscowość. Tym samym, w ocenie Odwołującego, jeśli tworzy się wymagania dla zacisków niskiego napięcia to powinno się wymagać co najmniej takich samych, jeśli nie wyższych parametrów technicznych od zacisków średniego napięcia. Oznacza i udowadnia to, że Zamawiający nie potrzebuje, z punktu widzenia technicznego, wykluczać konkurencję w sposób tak drastyczny w zadaniu dotyczącym niskiego napięcia, skoro nie ogranicza konkurencji w zadaniu dotyczącym średniego napięcia. Tak więc, w ocenie Odwołującego, taki zapis w zadaniu dotyczącym niskiego napięcia jest z punktu widzenia technicznego zbędny i nieuzasadniony, co potwierdza sam zamawiający w sformułowaniu wymagań dla zadania nr 2.

Reasumując spostrzeżenia zawarte w opisie wstępnym na stronie 18 SIWZ paragraf VII - Wymagania dla osprzętu do napowietrznych linii izolowanych niskiego napięcia - Zadanie nr 1, stwierdzić należy, iż Zamawiający doprowadzi do wykluczenia konkurencji przy opisie wstępnym, ulokowanym na str. 18 SIWZ. Wskazany opis przynosi wymagania co do konstrukcji przedmiotu przetargu a mianowicie zacisków (które stanowią największą wagą w/w przetargu), co eliminuje po kolei każdą konkurencję spółki ENSTO.

W dalszej części uzasadnienia zostało wskazane, że za konstrukcją zacisku lub przedmiotu zamówienia odpowiada producent pod kontrolą jednostek posiadających certyfikat/upoważnienie wydany przez odpowiednie Ministerstwo do dopuszczania do obrotu na terenie RP. Wobec tego, w ocenie Odwołującego, nie wydaje się uzasadniona jakakolwiek ingerencja Zamawiającego w konstrukcję produktów stanowiących przedmiot zamówienia. Zwłaszcza kiedy w/w ingerencja doprowadza do wykluczenia konkurencji jak ma to miejsce w tym przypadku.

Odwołujący podniósł, iż Zamawiającego powinna interesować aplikacja, tzn. do czego będzie służyć dany zacisk. Konkretny zacisk ma połączyć jeden przewód z drugim i ma przewodzić prąd z obciążalnością zgodną z PN lub międzynarodowymi normami tak, aby użytkownik ostateczny otrzymywał prąd i aby monterzy lub pracownicy spółki dystrybucyjnej mogli pracować bezpiecznie. Wymagania techniczne sprecyzowane tak aby osiągnąć określony cel w aplikacjach pod warunkiem, że są uzasadnione wydają się dopuszczalne, natomiast wymagania konstrukcyjne jako nie mające wpływu na funkcjonalność zacisku, czy jego trwałość wydają się niedopuszczalne jako metoda do wyeliminowania konkurencji.

Odwołujący odniósł się do poszczególnych zapisów SIWZ:

7

- II-1 poz. 1-10 Tabela nr 1- zaciski nn, str. 18 SIWZ. W odniesieniu do powyższego wskazał, że wymagania dotyczące wyposażenia w śrubę z łbem zrywalnym doprowadza do wykluczenia wszystkich producentów krajowych. Jako dowód powyższego wskazał na oświadczenie z firmy ALPAR. Ponadto podniósł, iż inne zaciski producentów zagranicznych, które posiadają łeb zrywalny są wykluczone poprzez wymagania w opisie wstępnym – str. 18 SIWZ. W tym zakresie odniósł do przytoczonych powyżej argumentów. Tak więc, zdaniem Odwołującego, pozostają do wyboru tylko produkty firmy ENSTO wskazywane w tabelach jako przykładowy wyrób.

- poz. 10 tabela wyżej. Przykład przytoczony w rubryce Opis Techniczny nie odpowiada zapisowi zawartemu w rubryce Przedmiot Zamówienia. Jako dowód powyższego Odwołujący wskazał kartę katalogową firmy ENSTO. W ocenie Odwołującego przedstawiony przykład nie pasuje do opisu technicznego i według jego wiedzy jedynym producentem oferującym tego typu produkt w sposób oddzielny od zacisku jest firma ENSTO. Na dowód powyższego twierdzenia wskazał karty katalogowe produktów firm NILED, SIMEL, SICAME.

W dalszej części uzasadnienia odniósł się do II-2 poz. 11-13 Tabela nr 1 - zaciski nn str. 18 SIWZ. W uwagach do powyższej tabeli wskazał, że w skład zestawów, o które chodzi w pkt 11-13 wchodzi cztery zaciski przebijające izolację i cztery izolowane rożki uziemiające do założenia uziemiacza (zwieracza). Na dowód powyższego wskazał kartę katalogową ENSTO. Następnie podniósł, iż wszystkie zastrzeżenia dotyczące zacisków obowiązują również w tym przypadku ponieważ zacisk jest również częścią takiego zestawu. W związku z tym, w ocenie Odwołującego, tak jak wyżej istnieje konieczność wyboru tylko jednego producenta.

W tym przypadku podniósł, iż brak jest doprecyzowania kryterium równoważności, tj. czy równoważne lub lepsze będą produkty bardziej uniwersalne do stosowania, czy też zapewniające wyższy stopień bezpieczeństwa i wygodniejsze w montażu. W ocenie Odwołującego nie zostało to w żaden sposób wyjaśnione i doprecyzowane.

Następnie Odwołujący odniósł się II-3 poz. 14-16 Tabela nr 1 -zaciski nn str. 18 SIWZ. W odniesieniu do powyższego zawarł w uzasadnieniu następujące uwagi: pozycje 14, 15, 16 nie mają innego producenta jak tylko firmę ENSTO biorąc pod uwagę opisy ogólne i opisy techniczne: producenci SICAME SIMEL MICHAUD lub SIMEL nie mają osłony. W zamian za to mają obudowę będącą nierozłączną częścią zacisku. W powyższym zakresie wskazał dowód w postaci karty katalogowej SICAME, MICHAUD SIMEL, NILED. Wskazał również, iż producent ALPAR ma zaciski wykonane z aluminium cynowanego co nie jest równoważnym ani lepszym rozwiązaniem niż zaciski firmy ENSTO, czego dowodem jest oświadczenie właściciela firmy ALPAR. Firma ELEKTROMET-BIS ma rozwiązanie w

8

postaci zacisku wykonanego z miedzi co jest sprzeczne z opisem wstępnym (który mówi, że zacisk powinien być wykonany z aluminium stopowego). Poza tym zakresy nie odpowiadają wymaganiom przetargowym. Jako dowód powyższego wskazał na kartę katalogową firmy ELEKTROMET-BIS.

W dalszej kolejności odniósł się do II-4 poz. 19-26 Tabela nr 1 - zaciski nn str. 18 SIWZ. W uwagach do powyższej tabeli podniósł, że w pozycjach 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26 biorąc pod uwagę to, że zostały wykluczone w opisie wstępnym zaciski firm SICAME, MICHAUD NILED czy SIMEL (zaciski nie wykonane z aluminium stopowego lub stali nierdzewnej) należy podkreślić, że żaden inny producent krajowy nie posiada takiej szerokiej gamy produktów. M. in. nie posiadają zacisków na przekrój 150mm². W ramach nierozłączności Zadania 1, w ocenie Odwołującego, uniemożliwia to uczciwą konkurencję ograniczając ją do jednego producenta. Dowodem powyższego, w ocenie Odwołującego, są karty katalogowe firm ALPAR, ELEKTROMET-BIS, POLAM NAKŁO.

Następnie w uzasadnieniu zostało wskazane na II-5 poz. 15-16 Tabela nr.4 - inny osprzęt zawarty str. 24 SIWZ. W odniesieniu do powyższego Odwołujący podniósł, iż znamienny jest fakt, że Zamawiający już na etapie SIWZ składa zapotrzebowanie na produkty będące dodatkiem wyłącznie do zacisków produkowanych przez firmę ENSTO,

takich jak zawarte w opisie tj. SL 2.11, SM 1.11, SM 4.21, SL 8.21, SL 14.2, SL 25.2, SE 20. Pokrywy SP 14 i SP 16 są, zdaniem Odwołującego, częścią zestawu, który w sposób oczywisty nie może mieć innego producenta ponieważ jest to tylko element dodatkowy, a nie produkt o pełnej wartości. Dowodem powyższego są, w ocenie Odwołującego, karty katalogowe firmy ENSTO.

Zdaniem Odwołującego, biorąc pod uwagę charakter nierozdzielności Zadania nr 1, same tego typu działania doprowadzą do uniemożliwienia uczciwej konkurencji z uwagi na to, że brak jednego produktu w ofercie, uniemożliwia startowanie w przetargu na całe zadanie, mimo spełnienia przesłanek z art. 22 ust. 2 ustawy Pzp.

Na zakończenie Odwołujący wskazał, że biorąc pod uwagę opis ogólny, który de facto wyklucza wszystkich innych producentów oprócz firmy ENSTO, wydaje się oczywiste, że liczne pozostałe warunki doprowadzą do wyboru tylko jednego producenta. Powoduje to, że zapis "lub równoważne" staje się żłudny i iluzoryczny.

Wskazał również, iż GENERIK ENERGETYKA od wielu lat dostarcza bezpośrednio lub pośrednio (poprzez firmy handlowe) zaciski produkowane przez francuską firmę SICAME do Zakładów Energetycznych zrzeszonych w Grupie ENION. Zakłady te to: Enion Będzin, Enion Bielsko-Biała oraz Enion Kraków. Do Enion Będzin od kilku lat dostarczane

9

są zaciski SICAME i inny osprzęt na podstawie postępowań przetargowych które obsługuje firma PROSPER Sosnowiec. Do Enion Bielsko-Biała w/w zaciski i osprzęt dostarczane były w ramach przetargu przez naszą firmę bezpośrednio a w ostatnim roku scedowaliśmy te dostawy na firmę RUTEX w

Częstochowie. Do Enion Kraków dostarczamy w/w zaciski i osprzęt na podstawie przetargów obsługiwanych przez firmę ELIOT w Krakowie. Na dowód powyższego wskazał kopie faktur z okresu ostatnich 3 lat wystawione w/w firmom oraz tabele z opisami technicznymi z w/w przetargów. Tak więc, w ocenie Odwołującego, oferowane przez niego zaciski do linii izolowanych niskiego napięcia są dopuszczone i od lat z powodzeniem stosowane w oddziałach Grupy Enion. Zaciski te i osprzęt posiadają certyfikaty dopuszczające do stosowania na terenie Polski wydane przez firmę badawczą ENERGOPOMIAR, która to firma posiada upoważnienie Ministerstwa Przemysłu i Handlu - pismo DE-3/10/3494/94 z dnia 24.10.1994 roku w sprawie uzyskiwania opinii o jakości urządzeń przeznaczonych do instalowania w energetyce polskiej. W tym zakresie przywołał jako dowód certyfikaty na osprzęt oferowany przez firmę GENERIK ENERGETYKA i pismo z Ministerstwa, zezwalające na wystawianie certyfikatów dopuszczających do stosowania w energetyce polskiej wystawiony firmie ENERGOPOMIAR.

W zakresie sformułowania odporność na wpływy atmosferyczne, tłuszcze i promieniowane UV niejasne, w ocenie Odwołującego, niedoprecyzowane jest sformułowanie dotyczące odporności na tłuszcze, gdyż nie zostało wskazane o jakim rodzaju tłuszczu wspomina zamawiający, w jakim przypadku może wystąpić narażenie na działanie tłuszczu.

Mając powyższe na uwadze, w ocenie Odwołującego, należy uznać, iż Zamawiający naruszył przytoczone powyżej przepisy ustawy Pzp opisując przedmiot zamówienia w sposób nieobiektywny, utrudniający dostęp do zamówienia Odwołującego się, który jest wykonawcą zdolnym do wykonania zamówienia w rozumieniu art. 22 ust. 1 ustawy Pzp.

Na powyższe okoliczności Odwołujący wniósł o dopuszczenie dowodu z zeznań świadków: Marca Henneberta – Prezesa Zarządu oraz Wojciecha Zientalaka – Dyrektora Generalnego.

Na etapie rozprawy Zamawiający przedłożył pismo z dnia 10.12.2010 r. (znak OTR/NO/JG/46913/2010) zawierające odpowiedź na odwołanie oraz przedłożył pismo z dnia 10.12.2010 r. (znak OTR/IU/MZ/46970/2010) zawierające opublikowaną na stronie internetowej Zamawiającego modyfikację SIWZ.

10

Izba ustaliła, że podstawą wniesienia odwołania była czynność Zamawiającego polegająca na dokonaniu opisu przedmiotu zamówienia, który zdaniem Odwołującego narusza uczciwą konkurencję.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami SIWZ, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, po dniu 29 stycznia 2010 r., tj. po dniu wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu nadanym ww. ustawą nowelizującą.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania. Jednocześnie Izba stwierdziła, że wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem Izby w przypadku odwołania dotyczącego postanowień SIWZ w zakresie opisu przedmiotu w odniesieniu do art. 29 ust. 2 ustawy Pzp zamówienia podmiotem posiadającym interes we wniesieniu środka ochrony prawnej jest każdy zainteresowany wykonawca, który uprawdopodobni, iż opis przedmiotu zamówienia może naruszać uczciwą konkurencję. W ramach przedmiotowego postępowania odwoławczego Odwołujący wskazał, iż w wyniku działań i zaniechań Zamawiającego utracił możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia, gdyż zapisy SIWZ uniemożliwiają Odwołującemu ubieganie się o wskazane zamówienie na równi z innymi podmiotami.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ wraz z załącznikami, treści korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o zamówienie, dowody zawnioskowane

11

przez Odwołującego w treści odwołania oraz ze stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w trakcie rozprawy.

Biorąc pod uwagę treść art. 191 ust. 2 ustawy Pzp, który stanowi, że wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba nie uwzględniła stanowiska Odwołującego wyrażonego w piśmie procesowym wniesionym do Prezesa Krajowej Izby w dniu 14.12.2010 r., tj. po zamknięciu rozprawy.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

I. W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia sprzyjającemu naruszeniu zasady uczciwej konkurencji Izba uznała, iż zasługuje on na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń faktycznych w odniesieniu do ww. zarzutu.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż Zamawiający w odniesieniu do zadania nr 1 zawarł w załączniku nr 1 do SIWZ (opis przedmiotu zamówienia) w rozdziale VII „Wymagania dla osprzętu do napowietrznych linii izolowanych niskiego napięcia – Zadanie nr 1” zawarł m. in. na str. 18 następujące wymagania:

- odporność na wpływy atmosferyczne, tłuszczu i promieniowanie UV.
- wykluczone zaciski nożowe poprzeczne.
- zaciski wykonane z aluminium stopowego lub stali nierdzewnej o wytrzymałości na

- rozciąganie ≥ 300 N/mm²; sposób wykonania wykluczający korozję elektrochemiczną.
- zaciski przebijające izolacje hermetyczne lub wykonane w sposób wykluczający wnikanie wody do styku i pod przebicią izolację przewodu izolowanego.
 - zacisk musi być kompletny, to jest wyposażony w osłony izolacyjne.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, iż Zamawiający w rozdziale VIII załącznika nr 1 do SIWZ dla zadania nr 2 (osprzęt do napowietrznych linii średniego napięcia) zawarł następujący opis wstępny:

- odporność na wpływy atmosferyczne, tłuszcze i promieniowanie UV;
- części stalowe wykonane ze stali St 3, ocynkowane ogniowo;
- zakres temperatury pracy nie węższy niż: -25°C +55°C;
- badania starzeniowe (odporność na starzenie min. 20 lat);
- nie mniej niż 38 miesięcy gwarancji na wyrób.

12

W trzeciej kolejności Izba ustaliła, iż Zamawiający dla zadania nr 1 w tabeli nr 1 - zaciski NN w pozycjach 1-10 zawarł dla zacisków zapis, iż mają być one wyposażone w śrubę z łbem zrywalnym.

W czwartej kolejności Izba ustaliła, iż Zamawiający dla zadania nr 1 w tabeli nr 1 – zaciski NN (pozycje od 1 do 26), w tabeli nr 2 – uchwyty NN (pozycje od 1 do 13), w tabeli nr 3 – złączki NN (pozycje od 1 do 7) oraz w tabeli nr 4 – pozostały osprzęt nn (pozycje od 1 do 4, poz. 7 oraz pozycje od 9 do 16) jako przykładowe wskazał wyroby produkcji ENSTO (dodając w zakresie każdego podanego produktu zapis „lub równoważny”).

Następnie Izba ustaliła, iż Zamawiający dla zadania nr 1 w tabeli nr 1 – zaciski NN w pozycjach 11-13 w opisie wskazał, iż żąda przedstawienia zestawów, bez określenia, co wchodzi w skład każdego z zestawów – wskazując jako przykładowe produkty ENSTO, tj. ST 208, ST 208.24 lub równoważne.

Izba ustaliła również, iż Zamawiający dla zadania nr 1 w tabeli nr 1 – zaciski NN w pozycjach 14-16 wskazał, że zaciski odgałęźne winny być wyposażone w osłonę z materiału izolującego odporną na promieniowanie UV.

W dalszej kolejności Izba ustaliła, iż Zamawiający dla zadania nr 1 w tabeli nr 1 – zaciski NN w pozycjach 19-26 wskazał dla zacisków odgałęźnych wymiary: 25-95 mm² (poz. 19) oraz 50-150 mm² (poz. 20), zaś dla zacisków jednostronnych: 16-35 mm², 16-95 mm² (poz. 21); 35-95 mm², 50-120 mm² (poz. 22); 2,5 – 35 mm², 16-70 mm² (poz. 23); 35-50 mm², 16-70 mm² (poz. 24); 2,5-35 mm², 25-95 mm² (poz. 25) oraz 35-95 mm², 25-95 mm² (poz. 26).

Następnie Izba ustaliła, iż Zamawiający dla zadania nr 1 w tabeli nr 4 – inny sprzęt w pozycjach 15 i 16 zawarł następujące zapisy: pokrywa izolacyjna do zabudowanych w sieci zacisków SL 2.11, SM 1.11 (poz. 15), zaś w pozycji nr 16 – pokrywa izolacyjna do zabudowanych w sieci zacisków SM 4.21, SL 8.21, SL 14.2, SL 25.2. oraz SE 20.

Ponadto Izba ustaliła, iż na str. 24 załącznika nr 1 do SIWZ (opis przedmiotu zamówienia) Zamawiający zawarł następujący zapis: „Opisane w tabelach 1-4 przykładowe wyroby mają charakter informacyjny i mają na celu dostatecznie dokładne określenie przedmiotu zadania. Zamawiający jednocześnie dopuszcza produkty równoważne o takich samych bądź lepszych parametrach. (SIWZ – pkt 8.8.c., załącznik nr 1 do SIWZ pkt VI)”.

Izba ustaliła również, iż termin składania ofert został wyznaczony na dzień 04.01.2011 r.

Ponadto Izba ustaliła, iż Zamawiający w toku rozprawy przedłożył pismo datowane na dzień 10.12.2010 r. (odpowiedź na odwołanie) w którym uwzględnił częściowo zarzuty podniesione w odwołaniu, zaś w pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania i obciążenie kosztami postępowania Odwołującego.

13

Z treści powyższego pisma wynika również, że w dniu 10.12.2010 r. Zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ w zakresie czterech uwzględnionych zarzutów i zamieścił modyfikacje dokonana pismem z dnia 10.12.2010 r. (znak OTR/IU/MZ/46970/2010) na stronie internetowej. Zamawiający dokonał następujących zmian w treści SIWZ:

- zmienia się zapis SIWZ zawarty na str. 18, opis tiret pierwszy, w ten sposób, że punkt ten otrzymuje brzmienie: „Odporność na wpływy atmosferyczne i promieniowanie UV”;
- zmienia się zapis SIWZ zawarty na str. 18, opis tiret ósmy, w ten sposób, że punkt ten otrzymuje brzmienie: „Wykluczone zaciski nożowe poprzeczne, tzn. posiadające element przebijający izolację wykonany w formie noża lub noży o kształcie półksiężyca”;
- zmienia się zapis SIWZ zawarty na str. 18, opis tiret dziesiąty, w ten sposób, że punkt ten otrzymuje brzmienie: „Zaciski wykonane z aluminium stopowego, miedzi stopowej cynowanej lub stali nierdzewnej. Sposób wykonania wykluczający korozję elektrochemiczną”;
- zmienia się zapis SIWZ zawarty na str. 18, opis tiret czternasty, w ten sposób, że punkt ten otrzymuje brzmienie: „Zacisk musi być kompletny, to jest wyposażony w osłony izolacyjne. Za kompletny zacisk uważa się zacisk w obudowie izolacyjnej lub dostarczany wraz z kompatybilną osłoną izolacyjną”.

Należy na wstępie wskazać, iż ocena naruszenia przez Zamawiającego określonych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp jest każdorazowo rozpatrywana w zakresie dokonanej przez Zamawiającego czynności. Tym samym to wskazane przez Odwołującego podstawy faktyczne (poszczególne zapisy SIWZ dotyczące przedmiotu zamówienia) decydują o potwierdzeniu, bądź nie potwierdzeniu zarzutu podniesionego w ramach wniesionego środka ochrony prawnej. Tym samym Izba poddała ocenie fakt, czy dokonany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia powoduje, iż doszło do naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp.

W odniesieniu do art. 29 ust. 2 ustawy Pzp Odwołujący w treści odwołania wskazał na szereg zapisów SIWZ w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia, które w ocenie Odwołującego powodują, iż doszło do naruszenia powyższego przepisu. Zapisy te stanowią jednocześnie podstawy faktyczne zarzutów podniesionych w treści odwołania.

Powyższe należy oddzielić od żądań sformułowanych przez Odwołującego w przedmiocie modyfikacji treści SIWZ.

W odniesieniu do poszczególnych podstaw faktycznych zarzutu naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp Izba dokonała następujących ustaleń, przeprowadziła następujące dowody, jak również dokonała następujących rozstrzygnięć.

14

1. Odwołujący wskazał, iż w opisie wstępnym na str. 18 SIWZ (załącznik nr 1 do SIWZ) w rozdziale VII Zamawiający dla zadania nr 1 zawarł zapis, iż zaciski winny zostać wykonane z aluminium stopowego lub stali nierdzewnej – eliminując zaciski wykonane z miedzi.

W tym zakresie Odwołujący wskazał, iż powszechnie znanym jest fakt, iż miedź jest dużo lepszym przewodnikiem prądu niż aluminium. Powyższy zapis, w ocenie Odwołującego, wyklucza możliwość zaferowania produktów Generik Energetyka.

Na dowód powyższego Odwołujący przedstawił kopię karty katalogowej produktów Generik Energetyka, z której wynika, że zaciski obustronne przebijające izolację – oferowane przez Odwołującego – są wykonane z miedzi stopowej cynowanej.

Wynika to z faktu, iż w ocenie Izby, Zamawiający nie uzasadnił powodów ograniczenia materiału, z jakiego mają zostać wykonane zaciski. Brak jest merytorycznego uzasadnienia dla wyeliminowania jednego z powszechnie używanych materiałów do produkcji osprzętu elektrycznego. Wprost przeciwnie, Zamawiający nie tylko nie uzasadnił powodów ograniczenia materiałów, z których mają być wykonane zaciski, do aluminium stopowego lub stali nierdzewnej, lecz uznał powyższy zarzut za zasadny i dokonał w tym zakresie modyfikacji SIWZ.

Izba wskazuje, iż ograniczenie wyrobów jedynie do produktów wykonanych z aluminium stopowego i stali nierdzewnej z pominięciem zacisków wykonanych z miedzi nie znajduje swojego funkcjonalnego i technicznego uzasadnienia.

Wobec powyższego Izba uznała, iż zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 2 ustawy Pzp w zakresie powyższej podstawy faktycznej, zasługuje na uwzględnienie.

2. Odwołujący wskazał, iż w opisie wstępnym na str. 18 SIWZ (załącznik nr 1 do SIWZ) w rozdziale VII Zamawiający dla zadania nr 1, że wykluczone są zaciski nożowe poprzeczne. W odniesieniu do powyższego Odwołujący wskazał, że tego rodzaju sformułowanie nie ma zastosowania w normach, przywołując na etapie rozprawy normę PN-EN 5483-4, jak również nie ma zastosowania w standardach krajowych czy międzynarodowych. Nieprecyzyjność tego

zapisu, w ocenie Odwołującego, prowadzić może do różnego rodzaju interpretacji, nie podlegającej realnej i rzetelnej kontroli z uwagi na brak kryteriów technicznych, co będzie służyło do ograniczania i wykluczania konkurencji bez uzasadnienia.

W ocenie Izby nieprecyzyjne sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia, w szczególności mogące wpływać na uznanie, czy złożona w postępowaniu oferta odpowiada treści SIWZ stanowi naruszenie art. 29 ust. 2 ustawy Pzp poprzez możliwość utrudniania uczciwej konkurencji.

W tym zakresie Zamawiający uznał w odpowiedzi na odwołanie z dnia 10.12.2010 r. powyższy zarzut za uzasadniony dokonując w tym zakresie modyfikacji SIWZ poprzez wprowadzenie następującego zapisu: „Wykluczone zaciski nożowe poprzeczne tzn. posiadające element przebijający wykonany w formie noża lub noży o kształcie półksiężyca”.

15

W ocenie Izby, wbrew wyrażonemu w toku rozprawy stanowisku Odwołującego, powyższa definicja usuwa istniejące wątpliwości i precyzuje pojęcie „zacisku nożowego poprzecznego”.

Wobec powyższego Izba uznała, iż zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 2 ustawy Pzp w zakresie powyższej podstawy faktycznej, zasługuje na uwzględnienie.

3. Odwołujący wskazał, iż w opisie wstępnym na str. 18 SIWZ (załącznik nr 1 do SIWZ) w rozdziale VII Zamawiający dla zadania nr 1, znajduje się następujący zapis: „zaciski wykonane z aluminium stopowego lub stali nierdzewnej o wytrzymałości na rozciąganie $\geq 300\text{N/mm}^2$ ”.

W ocenie Odwołującego zapis ten został bezpośrednio przytoczony z katalogu ENSTO, na dowód czego przywołał dowód w postaci fragmentu karty katalogowej produktów ENSTO. Ponadto wskazał, iż parametr ten nie stanowi wymogu zawartego w normach czy standardach krajowych i zagranicznych, wskazując jednocześnie w toku rozprawy, iż parametr ten nie odnosi się do żadnej istotnej funkcji zacisku. W odniesieniu do powyższego Zamawiający nie wykazał uzasadnienia dla powyższego żądania zawartego w SIWZ. Wprost przeciwnie uwzględnił powyższy zarzut dokonując pismem z dnia 10.12.2010 r. modyfikacji SIWZ poprzez wprowadzenia następującego zapisu: „Zaciski wykonane z aluminium stopowego, miedzi stopowej cynowanej lub stali nierdzewnej. Sposób wykonania wykluczający korozję elektrochemiczną”.

Wobec powyższego Izba uznała, iż zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 2 ustawy Pzp w zakresie powyższej podstawy faktycznej, zasługuje na uwzględnienie.

4. Odwołujący wskazał, iż w opisie wstępnym na str. 18 SIWZ (załącznik nr 1 do SIWZ) w rozdziale VII Zamawiający dla zadania nr 1, znajduje się następujący zapis: „Odporność na wpływy atmosferyczne, tłuszcze i promieniowanie UV”.

W odniesieniu do powyższego wskazał, że zapis ten w odniesieniu do wymogu odporności na tłuszcze jest nieuzasadniony, gdyż jest on nieprecyzyjny bowiem Zamawiający nie określił, na jakiego rodzaju tłuszcze winien być odporny zacisk i w jakim przypadku może wystąpić narażenie na działanie tłuszczu.

W odniesieniu do powyższego Zamawiający nie wykazał uzasadnienia dla powyższego żądania zawartego w SIWZ. Nie wyjaśnił również i nie doprecyzował, w jakich przypadkach zachodzić może narażenie zacisków na działanie tłuszczu, jak również z jakimi tłuszczami zacisk może mieć kontakt w trakcie jego eksploatacji. Wprost przeciwnie uwzględnił powyższy zarzut dokonując pismem z dnia 10.12.2010 r. modyfikacji SIWZ poprzez wprowadzenia następującego zapisu: „Odporność na wpływy atmosferyczne i promieniowanie UV”.

16

Wobec powyższego Izba uznała, iż zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 2 ustawy Pzp w zakresie powyższej podstawy faktycznej, zasługuje na uwzględnienie.

5. Odwołujący wskazał, iż w Tabeli nr 1 – zaciski NN w odniesieniu do pozycji 14 – 16, ze względu na konieczność zaoferowania zacisków wyposażonych w osłonę, w ocenie Odwołującego, brak jest innego producenta dla powyższych wyrobów poza ENSTO.

Na dowód powyższego Odwołujący przywołał dowody w postaci kart katalogowych

SICAME, MICHAUD SIMEL, NILED oraz oświadczenia producenta ALPAR. W odniesieniu do produktów ELEKTROMET-BIS wskazał, że producent ten ma rozwiązania w postaci zacisku wykonanego z miedzi, co jest sprzeczne z opisem wstępnym.

W odniesieniu do powyższego Zamawiający nie wykazał uzasadnienia dla powyższego żądania zawartego w SIWZ. Wprost przeciwnie uwzględnił powyższy zarzut dokonując pismem z dnia 10.12.2010 r. modyfikacji SIWZ poprzez wprowadzenia następującego zapisu w opisie wstępnym: „Zacisk musi być kompletny, to jest wyposażony w osłony izolacyjne. Za kompletny zacisk uważa się zacisk w obudowie izolacyjnej lub dostarczany wraz z kompatybilną osłoną izolacyjną”.

Wobec powyższego Izba uznała, iż zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 2 ustawy Pzp w zakresie powyższej podstawy faktycznej, zasługuje na uwzględnienie.

Wobec powyższego Izba uznała, iż Odwołujący wykazał, że zapisy SIWZ stanowiące powyższe podstawy zarzutu naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, eliminują w sposób nieuzasadniony technicznie i funkcjonalnie wyroby poszczególnych producentów, w tym wyroby oferowane przez Odwołującego, co spowodowało, iż ten ostatni uprawdopodobnił, iż opis przedmiotu zamówienia może sprzyjać naruszeniu uczciwej konkurencji. W takim przypadku, jeżeli dojdzie do wykazania przez Odwołującego, że zapisy SIWZ eliminują określone produkty ciężar dowodu spoczywa na Zamawiającym, który winien wykazać, iż zapisy te mają swoje techniczne i funkcjonalne uzasadnienie wynikające z obiektywnych potrzeb Zamawiającego. Jednakże Zamawiający, w ocenie Izby, powyższego faktu nie udowodnił.

Powyższe zarzuty stały się ponadto przedmiotem uwzględnienia ze strony Zamawiającego zawartego w odpowiedzi na odwołanie z dnia 10.12.2010 r. Powyższe znalazło również swoje odzwierciedlenie w dokonanej w dniu 10.12.2010 r. modyfikacji SIWZ. W tym zakresie należy wskazać, iż Odwołujący w toku rozprawy nie wycofał powyższych zarzutów, oświadczając jedynie, iż większość zastrzeżeń dotyczących opisu przedmiotu zamówienia okazała się zasadna, czego dowodem jest modyfikacja SIWZ dokonana przez Zamawiającego.

17

W ocenie Izby, jeżeli dokonana pomiędzy terminem wniesienia odwołania a terminem rozstrzygnięcia czynność Zamawiającego uwzględnia w całości żądania Odwołującego, w zakresie uwzględnionych przez Izbę zarzutów, wydanie orzeczenia i nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności, które zostały dokonane w terminie wcześniejszym jest bezprzedmiotowe. Z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp wynika, iż Izba jest związana jedynie zarzutami podniesionymi w odwołaniu. Ponadto zgodnie z treścią art. 192 ust. 3 ustawy Pzp Izba uwzględniając odwołanie może nakazać zamawiającemu dokonanie określonych czynności lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego. Jak wyżej wspomniano, biorąc pod uwagę fakt, iż dokonana przez Zamawiającego modyfikacja SIWZ, w ocenie Izby, wyczerpuje w całości żądania Odwołującego odnoszące się do uwzględnionych w niniejszym wyroku zarzutów oraz biorąc pod uwagę fakt, iż Zamawiający oświadczył w odpowiedzi na odwołanie z dnia 10.12.2010 r., że opublikował modyfikację SIWZ na stronie internetowej Izba nie nakazała dokonania modyfikacji SIWZ w powyższym zakresie. Zamawiający winien jedynie utrzymać treść SIWZ w brzmieniu wynikającym z modyfikacji dokonanej pismem z dnia 10.12.2010 r. (znak OTR/IU/MZ/46970/2010) do dnia składania ofert.

W dalszej kolejności Izba odniosła się do zarzutów nie uwzględnionych przez Zamawiającego.

6. Odwołujący wskazał, iż w opisie wstępnym na str. 18 SIWZ (załącznik nr 1 do SIWZ) w rozdziale VII Zamawiający dla zadania nr 1 zawarł następujący wymóg: „zaciski przebijające izolację hermetyczne lub wykonane w sposób wykluczający wnikanie wody do styku i pod przebity izolację przewodu izolowanego”.

W odniesieniu do powyższego Odwołujący wskazał, że zapis ten w połączeniu z zapisem dotyczącym materiału, z jakiego wykonane mają być zaciski, wyklucza wszystkich wykonawców, poza wykonawcą ENSTO. Na dowód powyższego przywołał dowód w postaci katalogu wyrobów ENSTO, w którym znajduje się następujący zapis: „igielki te ponadto uszczelniają miejsce przebicia przed wnikaniem wody do żyły aluminiowej”. Wynika to, w

ocenie Odwołującego z faktu, iż pozostali producenci albo mają zaciski inne niż wykonane aluminium stopowego lub stali nierdzewnej, albo zaciski te nie są skonstruowane w sposób wykluczający wnikanie wody do styku i pod przebitą izolację przewodu izolowanego.

W tym zakresie, w ocenie Izby, na uwagę zasługuje fakt uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutu dotyczącego materiału, z jakiego winny zostać wykonane zaciski i dopuszczenia zacisków wykonanych z miedzi. Oznacza to, że wskutek modyfikacji przez Zamawiającego SIWZ pismem z dnia 10.12.2010 r. oraz w odniesieniu do argumentacji zawartej w treści odwołania, zarzut ten stał się bezprzedmiotowy.

18

Ponadto Odwołujący w toku rozprawy wskazał, iż norma PN-EN 5483-4 nie odnosi się do sprecyzowanego przez Zamawiającego wymogu aby zaciski były hermetyczne i uniemożliwiały wnikanie wody, gdyż norma ta określa tylko pewną funkcjonalność, z której wynika, iż zacisk powinien uniemożliwiać wnikanie wody do styku posługując się pojęciem wodoszczelność i wskazuje, iż brak jest tam ograniczenia w jaki sposób efekt ten ma zostać osiągnięty.

W odniesieniu do powyższego należy wskazać, iż powyższy wymóg posługuje się alternatywą, co wskazuje, iż za spełniające wymagania Zamawiającego zostaną uznane zarówno zaciski hermetyczne, jak również takie, które zostaną wykonane w sposób wykluczający wnikanie wody do styku i pod przebitą izolację przewodu izolowanego. Ten ostatni zapis nie wskazuje żadnej konkretnej technologii określając jedynie pewną funkcjonalność i cechę nabywanych materiałów (uniemożliwienie wnikania wody do styku i pod przebitą izolację), która to cecha, w ocenie Izby, jest uzasadniona względami technicznymi. Zapis ten nie wskazuje, iż realizacji powyższej funkcjonalności odbywać się ma za pomocą igiełek uszczelniających. Tym samym brak jest podstaw do uznania, iż ten sposób sformułowania wymogu może prowadzić do naruszenia uczciwej konkurencji.

Wobec powyższego Izba uznała, iż zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 2 ustawy Pzp w zakresie powyższej podstawy faktycznej, nie zasługuje na uwzględnienie.

7. Odwołujący wskazał, iż w opisie wstępnym na str. 18 SIWZ (załącznik nr 1 do SIWZ) w rozdziale VII (wymagania dla osprzętu do napowietrznych linii izolowanych niskiego napięcia) Zamawiający dla zadania nr 1 określił w sposób szczegółowy wymagania ogólne, które zdaniem Odwołującego, z niezrozumiałych względów nie zostały powtórzone w rozdziale VIII (wymagania dla osprzętu do napowietrznych linii izolowanych średniego napięcia) dla zadania nr 2.

W ocenie Odwołującego powyższe działanie Zamawiającego jest niezrozumiałe, gdyż sieci średniego napięcia mają istotną wyższość z punktu widzenia interesu publicznego niż sieci niskiego napięcia. W ocenie Odwołującego jeśli tworzy się wymagania dla zacisków niskiego napięcia to powinno się wymagać co najmniej takich samych, jeśli nie wyższych parametrów technicznych od zacisków średniego napięcia.

W ocenie Izby w powyższym zakresie Odwołujący nie wykazał jaki wpływ na naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp ma powyższe zaniechanie Zamawiającego w odniesieniu do zadania nr 1 i zadania nr 2. Przenoszenie wymagań postawionych dla zadania nr 1 na zadanie nr 2 nie znajduje uzasadnienia w przepisach ustawy Pzp. Izba wskazuje, iż Zamawiający ustalili w zakresie osprzętu SN (zadanie nr 2) wymagania ogólne, lecz z samego faktu, iż są one mniej rygorystyczne niż dla osprzętu NN (zadanie nr 1) nie sposób wyprowadzić wniosku, iż doszło w związku z powyższym do naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy

19

Pzp i tym samym sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób mogący naruszać zasadę uczciwej konkurencji.

Jak sam Odwołujący wskazał w treści odwołania określenie przedmiotu zamówienia jest suwerenną decyzją Zamawiającego i to on ustala parametry przedmiotu zamówienia.

Wobec powyższego Izba uznała, iż zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 2 ustawy Pzp w zakresie powyższej podstawy faktycznej, nie zasługuje na uwzględnienie.

8. Odwołujący wskazał, iż w Tabeli nr 1 – zaciski NN w odniesieniu do pozycji 1 – 10, ze względu na konieczność zaferowania zacisków wyposażonych śrubę z łbem zrywalnym, w

ocenie Odwołującego, doprowadza do wykluczenia wszystkich producentów krajowych. W ocenie Odwołującego w związku z powyższym dla powyższych pozycji zaoferowane mogą zostać jedynie wyroby producenta ENSTO – wskazane w tabelach jako przykładowe.

Dodatkowo Odwołujący na etapie rozprawy wskazał, iż wymóg zacisków wyposażonych w śrubę z łbem zrywalnym wyklucza zaciski produkowane w Polsce, wskazując jednocześnie, iż zaciski oferowane przez Odwołującego i zaciski ENSTO posiadają takie śruby jednakże ze względu na żądanie dotyczące materiału, z jakiego zacisk ma być wykonany, wyklucza zaciski oferowane przez Odwołującego.

Izba w odniesieniu do powyższego wskazuje, iż w kontekście naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp za pozbawiony znaczenia argument należy uznać wykluczenie wszystkich producentów krajowych. Należy wskazać, iż o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się zarówno producenci określonych wyrobów, jak również dystrybutorzy lub inne podmioty zajmujące się jedynie obrotem określonymi artykułami – również mający siedzibę za granicą. W odniesieniu do powyższego zarzutu wskazać należy również, iż śruby z łbem zrywalnym mogą zostać zastosowane w każdym przypadku do dowolnego rodzaju zacisku, którego montaż wykonywany jest przy użyciu śrub. Ponadto Izba wskazuje, iż biorąc pod uwagę argument Odwołującego wskazujący, iż powyższy zapis eliminuje jego produkty ze względu na żądanie dotyczące materiału, z jakiego ma zostać wykonany zacisk, dopuszczenie przez Zamawiającego zacisków wykonanych z miedzi powoduje, iż zarzut ten należy uznać za bezprzedmiotowy.

Wobec powyższego Izba uznała, iż zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 2 ustawy Pzp w zakresie powyższej podstawy faktycznej, nie zasługuje na uwzględnienie.

9. Odwołujący wskazał, iż w Tabeli nr 1 – zaciski NN w odniesieniu do pozycji 10 przykład przytoczony w rubryce „opis techniczny” (ENSTO SL 29.4) nie odpowiada opisowi zawartemu w rubryce „przedmiot zamówienia”.

W odniesieniu do powyższego Izba wskazuje, iż powyższa rozbieżność nie może przesądzać o naruszeniu art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. Powyższa rozbieżność mogłaby wskazywać na naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, jednakże Odwołujący nie zarzucił

20

Zamawiającemu naruszenia powyższego przepisu. Izba na marginesie wskazuje, iż wskazana przez Odwołującego rozbieżność może zostać usunięta w drodze wyjaśnień dotyczących treści SIWZ.

Wobec powyższego Izba uznała, iż zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 2 ustawy Pzp w zakresie powyższej podstawy faktycznej, nie zasługuje na uwzględnienie.

10. Odwołujący wskazał, iż w Tabeli nr 1 – zaciski NN w odniesieniu do pozycji 11 – 13 w skład zestawów, o których mowa w powyższych punktach wchodzi cztery zaciski przebijające izolację i cztery izolowane rożki uziemiające do założenia uziemiacza (zwieracza), które są częścią takiego zestawu. Powyższy zapis, w ocenie Odwołującego, wskazuje, że wymusza on konieczność wyboru tylko produktów jednego producenta, czego dowodem ma być karta katalogowa wyrobów produkcji ENSTO.

W odniesieniu do powyższego Izba wskazuje, iż jeżeli specyfika konfekcjonowania produktów oferowanych przez Odwołującego prowadzi do uznania, iż jeden produkt (zestaw) zawiera element właściwy dla kilku pozycji to może on zostać wskazany dla tychże pozycji łącznie, i odwrotnie – jeżeli kilka produktów wchodzi w skład zestawu to każdy wykonawca, w tym w szczególności producent, może taki zestaw złożyć. Jak wynika z analizy karty katalogowej dla produktów ST208 i ST208.24, przywołanej jako dowód przez Odwołującego, zestawy te składają się z typowych elementów (4 zacisków przebijających izolację, 4 izolowanych rożków uziemiających do założenia uziemiacza – zwieracza). Ponadto należy wskazać, iż Zamawiający w toku rozprawy wskazał, iż taka praktyka obowiązuje wśród wykonawców. Obowiązkiem Zamawiającego nie jest dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem sposobu konfekcjonowania wyrobów poszczególnych wykonawców, jak również jeżeli jest to podyktowane uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego może żądać on dostawy zestawu, który spełnia jego wymagania.

Ponadto w powyższym zakresie Odwołujący wskazał, że w tym przypadku brak jest również doprecyzowania kryterium równoważności. Odwołujący nie posiada wiedzy, czy równoważne lub lepsze będą produkty bardziej uniwersalne do stosowania, czy też zapewniające wyższy stopień bezpieczeństwa i wygodniejszy w montażu.

W ocenie Izby obowiązkiem Zamawiającego, w przypadku wskazania nazw własnych produktów jest dopuszczenie rozwiązań równoważnych. Jednakże powyższe zastrzeżenie nie może być rozpatrywane w oderwaniu do opisu technicznego przedmiotu zamówienia. W tym zakresie każdy inny, niż podany jako przykładowy, produkt oferowany przez wykonawcę będzie uznany za równoważny, jeżeli będzie spełniał wymagania funkcjonalne i odpowiadał parametrom technicznym określonym przez Zamawiającego. W ocenie Izby opis techniczny zawarty w Tabeli nr 1 – zaciski NN w odniesieniu do pozycji 11 – 13 jest jasny i klarowny, oraz sformułowany w sposób na tyle ogólny, iż wskazanie wyrobu przykładowego nie wymusza konieczności precyzowania zakresu równoważności.

21

Na marginesie Izba pragnie wskazać w odniesieniu do powyższego, iż w zakresie zawartych w Tabeli nr 1 – zaciski NN pozycji 11 – 13 Zamawiający winien dokładnie określić, co wchodzi w skład każdego zestawu, aby uczynić zadość postanowieniom art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Jednakże ten przepis nie stał się przedmiotem zarzutów podniesionych w treści odwołania przez Odwołującego.

Wobec powyższego Izba uznała, iż zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 2 ustawy Pzp w zakresie powyższej podstawy faktycznej, nie zasługuje na uwzględnienie.

11. Odwołujący wskazał, iż w Tabeli nr 1 – zaciski NN w odniesieniu do pozycji 19 - 26, biorąc pod uwagę rodzaj żądanego materiału dla zacisków (aluminium stopowe lub stal nierdzewna) żaden z producentów krajowych nie posiada takiej szerokiej gamy produktów, w tym m.in. zacisków o przekroju 150 mm².

Izba w odniesieniu do powyższego wskazuje, iż w kontekście naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp za pozbawiony znaczenia argument należy uznać wykluczenie wszystkich producentów krajowych. Należy wskazać, iż o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się zarówno producenci określonych wyrobów, jak również dystrybutorzy lub inne podmioty zajmujące się jedynie obrotem określonymi artykułami – również mający siedzibę za granicą. Ponadto Izba wskazuje, iż biorąc pod uwagę argument Odwołującego wskazujący, iż powyższy zapis eliminuje jego produkty ze względu na żądanie dotyczące materiału, z jakiego ma zostać wykonany zacisk, dopuszczenie przez Zamawiającego zacisków wykonanych z miedzi powoduje, iż zarzut ten należy uznać za bezprzedmiotowy.

Wobec powyższego Izba uznała, iż zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 2 ustawy Pzp w zakresie powyższej podstawy faktycznej, nie zasługuje na uwzględnienie.

12. Odwołujący wskazał, iż w Tabeli nr 4 (inny osprzęt) na str. 24 Zamawiający wskazał w poz. 15 i 16, iż przedmiotem zamówienia są pokrywy do zabudowanych na sieci zacisków SL 2.11, SM 1.11, SM 4.21, SL 8.21, SL 14.2, SL 25.2 oraz SE 20 produkowane wyłącznie przez producenta tychże zacisków, tj. wykonawcę ENSTO

Odwołujący wskazał w tym zakresie, iż pokrywy SP14 i SP16 są częścią zestawu, który w sposób oczywisty nie może mieć innego producenta ponieważ jest to tylko element dodatkowy, a nie produkt o pełnej wartości. Tym samym, w ocenie Odwołującego, brak jednego produktu w ofercie uniemożliwia udział w postępowaniu dla całego zadania nr 1.

Na dowód powyższego Odwołujący przedstawił kartę katalogową produktów ENSTO (uchwyty, złączki, pokrywy izolacyjne), z której wynika, iż pokrywy izolacyjne SP14 i SP16 są przedmiotem oddzielnego obrotu i mogą zostać nabyte samodzielnie. Tym samym brak jest podstaw do uznania, iż ujęcie tychże produktów w zakresie zadania nr 1 powoduje naruszenia uczciwej konkurencji w rozumieniu art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. Wszakże każdy podmiot może dokonać nabycia pokryw izolacyjnych SP14 i SP16 od ich producenta lub

22

dystrybutora i zaoferować w ramach niniejszego postępowania. Biorąc pod uwagę podniesiony przez Zamawiającego argument, iż powyższe produkty są nabywane ze względu na konieczność ich wymiany w użytkowanych w sieci elementach, uwzględnienie tychże pokryw w ramach przedmiotu zamówienia jest działaniem uzasadnionym, zaś ich ujęcie w ramach całego zadania nie uniemożliwia udziału innych, niż ich producent, wykonawców. Ponadto Izba wskazuje, iż Zamawiający nie ma obowiązku podziału zamówienia na części zgodnie z żądaniami wykonawców, gdyż podział taki, jest jego wyłączną domeną.

Wobec powyższego Izba uznała, iż zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust.

2 ustawy Pzp w zakresie powyższej podstawy faktycznej, nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp wydając orzeczenie Krajowa Izba Odwoławcza jest związana jedynie zarzutami podniesionymi w odwołaniu. Tym samym podniesiony w toku rozprawy zarzut dotyczący dokumentów składanych przez wykonawców na potwierdzenie, że oferowane przez nich dostawy spełniają wymagania Zamawiającego (certyfikaty, aprobaty techniczne) nie był przedmiotem zarzutów podniesionych w odwołaniu, lecz jedynie przedmiotem żądań i wobec powyższego nie może stanowić przedmiotu orzekania.

Izba wskazuje, iż sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia jest jednym z najbardziej newralgicznych etapów mogących mieć wpływ na naruszenie zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy. Ten element związany z przygotowaniem postępowania, realizowany na etapie sporządzania dokumentacji (treści ogłoszenia, specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz załączników do niej) może i zazwyczaj ma istotny wpływ na przebieg postępowania i wybór wykonawcy, któremu zostanie udzielone zamówienie publiczne. Oprócz pozytywnych przesłanek określających sposób dokonania opisu przedmiotu zamówienia, wyrażonych w art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, ustawodawca wprowadza przesłanki negatywne stwierdzając, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2 ustawy Pzp) oraz nie można dokonywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, z wyjątkiem przypadku, gdy jest to uzasadnione specyfiką zamówienia, a jeśli zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń - wskazanemu takiemu towarzyszyć wyrazy "lub równoważne" (art. 29 ust. 3 ustawy). Wskazane przepisy, zawierające pozytywne i negatywne przesłanki, służą realizacji zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (a co za tym idzie zasady równego dostępu do zamówienia), wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy. Określenie w art. 29 ust. 2 ustawy negatywnych przesłanek określania opisu przedmiotu zamówienia odnosi się bezpośrednio do zasady gwarantującej ochronę uczciwej konkurencji. W uzasadnieniu

23

wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 9 listopada 2005 r. (sygn. akt II Ca 587/05) czytamy, że: „Istotne jest aby przedmiot zamówienia został opisany w sposób neutralny i nieutrudniający uczciwej konkurencji. Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać konkretnego wykonawcę, bądź które eliminowałyby konkretnych wykonawców, uniemożliwiając im złożenie ofert lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych”.

Jak wynika z literalnej wykładni art. 29 ust. 2 ustawy użyty w treści tego przepisu zwrot „mógłby utrudniać uczciwą konkurencję” wskazuje, iż dla uznania naruszenia ustanowionego w powyższej normie prawnej zakazu wystarczające jest jedynie takie działanie zamawiającego, które mogłoby sprzyjać naruszeniu zasady uczciwej konkurencji, niekoniecznie zaś godzić w nią bezpośrednio. Do stwierdzenia nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji. W przypadku oceny konkretnego stanu faktycznego jako naruszenia zakazu sformułowanego w art. 29 ust. 2 ustawy wystarczającym jest uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia. Działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji jest więc na tyle rygorystyczne określenie wymagań, jakie powinien spełnić przedmiot zamówienia, że nie jest to uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego, a jednocześnie ogranicza krąg potencjalnych wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.

Wobec powyższego Izba wskazuje, iż Odwołujący uprawdopodobnił, iż opis przedmiotu zamówienia sporządzony przez Zamawiającego może utrudniać uczciwą konkurencję, gdyż w zakresie uwzględnionym przez Izbę Zamawiający nie wykazał, iż żądania zawarte w SIWZ są wynikiem jego uzasadnionych potrzeb. W tym zakresie za powyższym przemawiał także fakt, iż Zamawiający pismem z dnia 10.12.2010 r. dokonał modyfikacji SIWZ uwzględniając żądania zawarte w treści odwołania.

II. W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Izba wskazuje, iż również

zasługuje on na uwzględnienie.

Izba w pkt I niniejszego wyroku stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. Wobec powyższego w każdym przypadku dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób mogący utrudniać uczciwą konkurencję dochodzi do naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych. Wszakże norma prawna wyrażona w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp jest rozwinięciem jednej z podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis art. 29 ust. 2 ustawy

24

Pzp wprowadza w odniesieniu do przedmiotu zamówienia bardziej rygorystyczną zasadę w odniesieniu do zasady chroniącej zachowanie uczciwej konkurencji niż art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Posłużenie się bowiem w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp zwrotem „mógłby utrudniać uczciwą konkurencję” oznacza, iż do stwierdzenia naruszenia normy prawnej wyrażonej w powyższym przepisie wystarczające jest jedynie uprawdopodobnienie, iż dokonanie opisu przedmiotu zamówienia godzi w zasadę uczciwej konkurencji.

Tym samym Izba uznała, iż w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na skutek stwierdzenia naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp w konsekwencji doszło również do naruszenia przez Zamawiającego podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, w tym wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasady, iż zamawiający przygotowując i prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia winien zapewnić zachowanie uczciwej konkurencji.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

W przedmiotowym stanie faktyczny Zamawiający uwzględnił częściowo odwołanie, lecz o powyższym fakcie poinformował Odwołującego na etapie rozprawy przedkładając pismo z dnia 10.12.2010 r. zawierające odpowiedź na odwołanie oraz przedstawił modyfikację zapisów SIWZ z dnia 10.12.2010 r. Tym samym Zamawiający uniemożliwił Odwołującemu podjęcie decyzji o ewentualnym cofnięciu odwołania do momentu otwarcia rozprawy, co poskutkowałoby zwrotem 90% uiszczzonego wpisu, stosownie do treści art. 187 ust. 8 zdanie drugie ustawy Pzp. Wobec powyższego Izba uznała, iż decyzja Odwołującego o braku cofnięcia uwzględnionych przez Zamawiającego zarzutów była uzasadniona.

W ocenie Izby fakt, iż Zamawiający uwzględnił odwołanie w zakresie zarzutów, które Izba uznała za uzasadnione, i dokonał w tym zakresie w dniu 10.12.2010 r. modyfikacji SIWZ, która w ocenie Izby odpowiada żądaniom Odwołującego, nie uniemożliwia uwzględnienia odwołania. Odwołujący w odniesieniu do uwzględnionych przez Zamawiającego zarzutów nie cofnął ich na etapie rozprawy, uznając jedynie, iż większość zastrzeżeń dotyczących opisu przedmiotu zamówienia należy uznać za uzasadnioną, czego wynikiem była modyfikacja SIWZ. Tym samym Izba rozpoznała pod względem merytoryczny zarzuty uwzględnione przez Zamawiającego i nie uwzględniła wniosku Zamawiającego w zakresie umorzenia postępowania w części objętej zarzutami, co do których nastąpiła modyfikacja treści SIWZ. Izba wskazuje, iż ustawa Pzp nie posługuje się pojęciem

25

częściowego oddalenia odwołania, bądź częściowego umorzenia postępowania odwoławczego.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust. 2 pkt 1.

Izba wskazuje, w odniesieniu do wniosków dotyczących kosztów stron podniesionych

w toku rozprawy, iż zgodnie z § 3 pkt 2 ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego, zwanych dalej „kosztami” zalicza się: uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, (...), w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy (...). Strony nie uczyniły zadość powyższemu wymogowi, wobec powyższego Izba w zakresie kosztów orzekła w oparciu o § pkt 2 ww. rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....

26

27

28

29

30