Sygn. akt: KIO 859/18

WYROK

z dnia 16 maja 2018 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 maja 2018 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 maja 2018 roku przez wykonawcę ABB Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi (91-205) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego PGE Dystrybucja S.A. z siedzibą w Lublinie (20-340)

przy udziale wykonawcy:

A. ZREW Transformatory S.A. z siedzibą w Łodzi (92-412),

B. Fabryka Transformatorów w Żychlinie Sp. z o.o. z siedzibą w Żychlinie (99-320),

C. EthosEnergy Poland S.A. z siedzibą w Lublińcu (42-701),

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie w zakresie części 3,

2. kosztami postępowania obciąża ABB Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi (91-205 i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę ABB Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi (91-205) tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy ABB Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi (91-205) na rzecz zamawiającego PGE Dystrybucja S.A. z siedzibą w Lublinie (20-340) kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017, poz. 1539 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 Lublinie.

Przewodniczący: .....

W dniu 2 maja 2018 roku wykonawca ABB Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „odwołujący") złożył odwołanie dotyczące postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy transformatorów WN/SN na rzecz Oddziałów PGE Dystrybucja S.A. w latach 2018-2019 - zadanie nr 3, prowadzonego przez PGE Dystrybucja S.A. z siedzibą w Lublinie Oddział Białystok (dalej „zamawiający") [Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 23 grudnia 2017r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 520910-2017-PL) wobec następujących czynności i zaniechań zamawiającego:

1. zaniechania wykluczenia wykonawców: Ethos Energy Poland S.A., Fabryki Transformatorów w Żychlinie Sp. z o. o. oraz ZREW Transformatory S.A., mimo że nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu,

2. zaniechania odrzucenia ofert Ethos Energy Poland S.A., Fabryki Transformatorów w Żychlinie Sp. z o.o. oraz ZREW Transformatory SA, mimo że wykonawcy ci podlegali wykluczeniu,

3. zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej wykonawców Ethos Energy Poland S.A., Fabryki Transformatorów w Żychlinie Sp. z o.o. oraz ZREW Transformatory S.A., mimo że ich oferta podlegała odrzuceniu,

4. zaniechania wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej bez przeprowadzenia aukcji.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017, poz. 1539 ze zm.) (dalej „ustawa Pzp"):

1. art. 24 ust. 1 pkt 12), poprzez niewykluczenie wykonawców Ethos Energy Poland S.A., Fabryki Transformatorów w Żychlinie Sp. z o. o. oraz ZREW Transformatory S.A., mimo że nie wykazali oni, że spełniają warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej i zawodowej, tj. nie przedstawili informacji, z których wynika, że we wskazanym w SIWZ okresie wykonali z należytą starannością dostawy co najmniej 1 szt. transformatora wypełnionego olejem biodegradowalnym o wskazanych w SIWZ parametrach,

2. art. 91 b ust. 1, poprzez jego zastosowanie i zaproszenie do udziału w aukcji wykonawców Ethos Energy Poland S.A., Fabryki Transformatorów w Żychlinie Sp. z o. o. oraz ZREW Transformatory S.A., których oferty podlegały odrzuceniu,

3. art. 91 w zw. z art. 91 a ust. 1 a contrario, poprzez zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej bez przeprowadzania aukcji,

4. art. 7 ust. 3, poprzez niezastosowanie i nieudzielenie zamówienia odwołującemu, którego oferta powinna była być wybrana jako najkorzystniejsza.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania odwołującego w całości i nakazanie zamawiającemu:

1. nieważnienia czynności zaproszenia do udziału w aukcji wykonawców Ethos Energy Poland S.A., Fabryki Transformatorów w Żychlinie Sp. z o.o. oraz ZREW Transformatory SA,

2. unieważnienia czynności, polegającej na przeprowadzeniu aukcji planowanej na dzień 7 maja 2018 r., gdy zostanie ona przeprowadzona do czasu rozstrzygnięcia odwołania,

3. unieważnienie czynności wyboru w przypadku, gdy do czasu rozstrzygnięcia odwołania zamawiający dokona wyboru oferty któregokolwiek z wykonawców: Ethos Energy Poland

S.A., Fabryki Transformatorów w Żychlinie Sp. z o. o. oraz ZREW Transformatory S.A. jako najkorzystniejszej,

4. wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej bez przeprowadzania aukcji.

Wniósł także o zasądzenie od zamawiającego na jego rzecz kosztów postępowania według norm przepisanych.

Odwołujący podał, że przedmiotem postępowania była m.in. dostawa dwóch transformatorów WN/SN o mocy znamionowej 40 MVA (zadanie numer 3) wypełnionych olejem/płynem biodegradowalnym o parametrach szczegółowo wskazanych w Opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik nr 1 do S1WZ.

Podał także, że jednym z określonych przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu były odpowiednie zdolności techniczne i zawodowe, poparte określonym doświadczeniem, tj. dokonaniem z należytą starannością dostawy co najmniej 1 szt. transformatora podobnego do tego, którego parametry spełniają określone przez zamawiającego warunki. (SIWZ, Rozdział III pkt 5.3 lit. C, str. 24).

Odwołujący stanął na stanowisku, że wymagania nie zostały spełnione przez: Ethos Energy Poland S.A., Fabrykę Transformatorów w Żychlinie Sp. z o.o. oraz ZREW T ransformatory S.A.

Wskazał, że Ethos Energy Poland S.A. przedstawił następujące zrealizowane dostawy:

1. wykonanie, dostawa i montaż transformatora energetycznego o napięciu 230/31,5 kV i mocy 100 MVA na rzecz Elektrociepłowni Andrychów Sp. z o.o.,

2. wykonanie, dostawa transformatora energetycznego o napięciu 225/31,5 kV i mocy 120 MVA na rzecz Grupy Azoty,

3. wykonanie, dostawa i montaż transformatora energetycznego o napięciu 31,5/6,3 kV i mocy

35 MVA na rzecz Siemens Sp. z o. o.,

4. wykonanie, dostawa i montaż transformatorów energetycznych o napięciu 242/1 3,8 kV i mocy 150 MVA na rzecz PGE Energia Odnawialna S.A.,

5. wykonanie, dostawa transformatora energetycznego o napięciu 121/10,5 kV i mocy 80 MVA na rzecz Elektrobudowa S.A.

Oświadczył, że wedle jego wiedzy wszystkie ww. dostawy dotyczyły transformatorów wypełnionych olejem mineralnym - urządzeń produkowanych w zupełnie innej technologii i stosowanych w innych warunkach, wobec czego uznał, że żaden z opisanych powyżej transformatorów nie jest podobny w zakresie techniki produkcji i rodzaju płynu izolacyjnego do zamawianych transformatorów wypełnionych olejem/płynem biodegradowalnym o napięciu 110 kV

W odniesieniu do wykonawcy Fabryka Transformatorów w Żychlinie Sp. z o.o. wskazał, że wykonawca ten przedstawił następujące realizacje:

1. Transformatorów mocy w zakresie 16-40 MVA na rzecz PGE Dystrybucja S.A. w Lublinie

2. Transformatorów mocy w zakresie 16-40 MVA na rzecz Tauron Dystrybucja S.A. w Krakowie,

3. Transformatorów mocy w zakresie 16-40 MVA na rzecz PGE Dystrybucja S.A. w Lublinie, Entertel Kilce SA oraz PKP Energetyka S.A.

Oświadczył, że wedle jego wiedzy wskazane transformatory wypełnione są olejem mineralnym wyprodukowanym na bazie ropy naftowej, wobec czego uznał, że nie odpowiadają w zakresie technologii produkcji transformatorom wypełnionym olejem biodegradowalnym, których dotyczy postępowanie.

W odniesieniu do wykonawcy ZREW Transformatory S.A. wskazał, że wykonawca ten wykonał następujące dostawy:

1. 23 sztuk transformatorów o mocy 23 MVA i 25MVA, na rzecz Energa - Operator S.A. w Gdańsku,

2. Dostawa i wymiana transformatorów olejowych trójfazowych z regulacją napięcia pod obciążeniem, w wykonaniu napowietrznym oraz przewiezienie zdemontowanych jednostek i ustawienie na stanowiskach rezerwowych na rzecz Tauron Dystrybucja S.A. w Krakowie,

3. Dostawa i wymiana transformatorów olejowych, trójfazowych z regulacją napięcia pod obciążeniem w wykonaniu napowietrznym na rzecz Tauron S.A. w Krakowie.

Oświadczył, że wedle jego wiedzy wykonawca przedłożył referencje klientów,

jednakże wszystkie z wyprodukowanych i dostarczonych przez niego transformatorów były wypełnione olejem mineralnym, a nie olejem/płynem biodegradowalnym.

Podsumował, że żaden z jego konkurentów nie przedstawił referencji na dostawę urządzenia wypełnionego płynem biodegradowalnym, a więc żaden nie wykazał się doświadczeniem w dostawie jednostki podobnej do jednostek stanowiących przedmiot Zadania nr 3.

Podkreślił, że płyn/olej biodegradowalny jest estrem i nie ma związku z ropą naftową. Stwierdził, że tak odmienny skład obu substancji wpływa na zupełnie inne cechy obu płynów, a zatem i na znacznie bardziej zaawansowany technologicznie proces wykonywania obliczeń elektrycznych oraz produkcji transformatorów wypełnionych płynem biodegradowalnym.

Wskazał, że odmienne cechy powyższych substancji, np. stała dielektryczna skutkują tym, że płyn biodegradowalny jest dużo bardziej delikatny od oleju nieinhibitowanego, czyli mineralnego, a w konsekwencji wymagają one odmiennych warunków dostawy, obróbki i magazynowania. Stwierdził, że produkcja wymaga posiadania oddzielnych zbiorników na olej i na płyn biodegradowalny, odrębnych systemów napełniania, wirowania, wymagają one również innych urządzeń do produkcji transformatorów, które - w przypadku oleju/płynu biodegradowalnego - powinny gwarantować warunki ścisłej izolacji od środowiska zewnętrznego, mieć specyficzne funkcje w zakresie wydajności, siły i zakresu temperatur pracy. Zdaniem odwołującego wymaga to też znacznie większej wiedzy i staranności pracowników, co wynika z faktu, że płyn biodegradowalny jest gęstszy, bardziej lepki i bardziej delikatny od oleju produkowanego na bazie ropy naftowej. Ocenił, że błędy i nieprawidłowości w tym zakresie skutkować mogą uszkodzeniem transformatorów zarówno na etapie produkcji jak i eksploatacji, wobec czego mimo, że urządzenia te są ekologiczne i nie generują ryzyka zanieczyszczenia środowiska nie są urządzeniami wybieranymi w pierwszej kolejności, są też produkowane w znacznie niższych mocach. Uznał, że transformator 40MVA o napięciu 110kV z wypełnieniem płynem biodegradowalnym jest już urządzeniem skomplikowanym w produkcji, natomiast transformator o takich parametrach wypełniony olejem jest urządzeniem standardowym o powszechnym zastosowaniu.

Podkreślił, że transformatory wypełnione olejem mineralnym są produkowane od ok. 100 lat, natomiast technologia wypełniania transformatorów jest technologią stosunkowo nową i są one produkowane na napięcia 110 kV od ok. 25 lat.

Oświadczył, że stosuje tę technologię od ok. 17 lat, czerpiąc z wiedzy innych producentów z Grupy ABB oraz z Grupowych centrów badawczych - własne

doświadczenie zdobywał zaczynając od małych i stosunkowo prostych transformatorów o mocy 16 MVA i mniejszym napięciu.

Zdaniem odwołującego produkcja urządzeń o mocy 40 MVA i napięciu 110 kV, czyli takich jakie stanowią przedmiot Zadania nr 3, wymagają wiedzy i wcześniejszego doświadczenia zdobytego przy prostszych jednostkach wypełnionych płynem biodegradowalnym i nie jest wystarczające doświadczenie w produkcji jednostek wypełnionych olejem i dlatego zamawiający na potwierdzenie wiedzy i doświadczenia żądał wykonania dostawy podobnej jednostki.

Zdaniem odwołującego pod względem technologii produkcji nie są to transformatory podobne - podobieństwo między nimi jest porównywalne do podobieństwa między samochodem z silnikiem spalinowym i samochodu z silnikiem elektrycznym; oba spełniają

tę samą funkcję, jednak technologia produkcji kluczowego podzespołu jest zupełnie inna i w tym celu potwierdzenie doświadczenia w produkcji transformatorów wypełnionych płynem biodegradowalnym jest niezbędne.

Stanął na stanowisku, że dostawca, który wcześniej nie wyprodukował żadnego tego typu urządzenia nie daje gwarancji zrealizowania przedmiotowego zadania, tj. dostawy urządzenia o wysokiej mocy 40 MVA oraz wysokim napięciu 110 kV, w sposób należyty - doświadczenia w zakresie produkcji transformatorów wypełnionych olejami pochodnymi ropy naftowej nie można zastosować do produkcji transformatorów wypełnionych olejem/płynem biodegradowalnym, czego potwierdzeniem - według odwołującego - jest fakt, iż Spółka ABB uzyskała certyfikat jednostki Certyfikującej nr 006/2018 Instytutu Energetyki w Warszawie odrębnie dla obu cieczy izolacyjnych - oleju mineralnego i estra syntetycznego (czyli płynu biodegradowalnego).

Powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 sierpnia 2011 r., sygn. KIO 1725/11, zgodnie z którym: „Warunek wiedzy i doświadczenia służy weryfikacji wykonawcy, pod kątem tego, czy umie i wie jak zrealizować zamówienie objęte postępowaniem. Tym samym, zarówno przy stawianiu tego warunku, jak i przy ocenie jego spełnienia, trzeba w pierwszej kolejności odpowiedzieć na pytanie, kiedy dochodzi do nabycia wiedzy i doświadczenia. W przypadku wiedzy jest to najczęściej moment ukończenia szkoły, uczelni, kursu, szkolenia i złożenia egzaminu potwierdzającego nabycie umiejętności. W ten sposób nabywa się wiedzę teoretyczną, natomiast doświadczenie to wiedza praktyczna, a więc zdobyta w drodze wykonania określonych czynności samodzielnie, w zespole lub pod nadzorem osoby bardziej doświadczonej."

Podsumował, że analiza dokumentów załączonych do oferty przez wskazanych

oferentów prowadzi do wniosku, że ich doświadczenie, zdolności techniczne i zawodowe są niewystarczające do produkcji transformatorów objętych zadaniem 3 - transformatorów wypełnionych olejem biodegradowalnym o mocy 40 MVA i napięciu 110kV, wobec czego podmioty te nie spełniają warunku wskazanego w pkt VI.2.3 SIWZ i w konsekwencji powinny zostać wykluczone na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, a ich oferty, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, winny być traktowane jak oferty odrzucone.

Uzupełnił, że zgodnie z brzmieniem przepisu art. 91a ust. 1 ustawy Pzp zamawiający przeprowadza aukcję elektroniczną, jeśli złożono co najmniej 2 oferty niepodlegające odrzuceniu.

Podał, że wobec faktu, że zamawiający przygotował aukcje, wnioskuje, że zamawiający uznał przynajmniej jedną z ofert złożonych przez Ethos Energy Poland S.A., Fabrykę Transformatorów w Żychlinie Sp. z o. o. ani przez ZREW Transformatory S.A. za niepodlegającą odrzuceniu - taka decyzja jest błędna, gdyż żaden ze wskazanych wykonawców nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, tj. nie złożył dokumentów potwierdzających jego wiedzę i doświadczenie wymagane w SIWZ.

Powyższe oznacza, że zamawiający zorganizował aukcję wbrew ustawowym przesłankom wynikającym z art. 91 a ust. 1 ustawy Pzp, do której - wbrew art. 91 b ust. 1 ustawy Pzp - zaprosił wykonawców, których oferty podlegały odrzuceniu, a tym samym nie tylko naruszył przepisy dotyczące organizowania aukcji elektronicznej, ale również dopuścił się nierównego traktowania wykonawców.

Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z dnia 14 maja 2018 roku, w tym postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ"), Pisma procesowego przystępującego Fabryka Transformatorów w Żychlinie Sp. z o.o. z siedzibą w Żychlinie z dnia 15 maja 2018 r., a także stanowisk stron i przystępujących zaprezentowanych w toku rozprawy skład

orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

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

Skład orzekający Izby ustalił także, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia

szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny ofert przystępujących, tj. zaniechanie ich odrzucenia oznacza, że stwierdzenie naruszenia przepisów ustawy Pzp w tym zakresie dawałoby odwołującemu szansę na uzyskanie zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia - oferta odwołującego byłaby ofertą najkorzystniejszą (bez przeprowadzenia aukcji elektronicznej przez zamawiającego).

Skład orzekający Izby (odnosząc się do stwierdzenia zamawiającego z rozprawy, że „oferta Odwołującego zawiera cenę przekraczającą wartość szacunkową, ustaloną przez Zamawiającego, o 25%, w związku z czym oferta Odwołującego nie mogłaby być brana pod uwagę jako oferta najkorzystniejsza, postępowanie musiałoby zostać unieważnione” - str. 5 protokołu posiedzenia i rozprawy, wypowiedź zamawiającego zdanie pierwsze, zakładając, że zamawiający mówiąc o wartości szacunkowej miał na myśli kwotę, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp, tj. kwotę odpowiadającą cenie ofertowej odwołującego) wskazuje, że legitymacja do wniesienia odwołania badana jest na moment wniesienia odwołania. W dacie wniesienia odwołania, tj. 2 maja 2018 roku brak było informacji, czy zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny ofertowej odwołującego (nie było to także jasne na rozprawie).

Nadto dostrzeżenia wymaga, że fakt, iż cena odwołującego przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i zamawiający nie może zwiększyć tej kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty nie uprawnia zamawiającego do wyboru innej oferty (w tym przypadku z pominięciem ważnej i niepodlegającej odrzuceniu oferty odwołującego), ale obliguje zamawiającego do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp.

Podnieść w tym miejscu należy, za wyrokiem Izby w sprawie o sygn. akt KIO 1556/16, że: „(...) w świetle aktualnej wykładni prounijnej art. 179 ust. 1 ustawy w odniesieniu do art. 1 ust. 1 i 3 dyrektywy Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz.U. L 395, s. 33), zmienionej dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. (Dz.U. L 335, s. 31) (zwanej dalej "dyrektywą 89/665") należy uznać, że pojęcie interesu w uzyskaniu danego zamówienia musi być wykładane w ten sposób, że dane zamówienie publiczne nie oznacza konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ale odpowiada definicji zamówienia publicznego z art. 2 pkt. 13 ustawy tj. należy przez to rozumieć umowy odpłatne zawierane między zamawiającym, a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Tym samym interes w uzyskaniu danego zamówienia trwa co najmniej do czasu zawarcia umowy (co najmniej, gdyż art. 182 ust. 4 ustawy dopuszcza wnoszenie środków ochrony prawnej także po zawarciu umowy), która dotyczy nabywanego przez zamawiającego przedmiotu zamówienia. Jeśli istnieje tożsamość przedmiotu zamówienia, to niezależnie od liczby postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, które są prowadzone przez tego samego zamawiającego, dopóki nie zostanie zawarta umowa, to jest to, ubieganie się o to samo - dane zamówienie publiczne i póty wykonawca ma interes w jego uzyskaniu.”

Zamawiający nie wykazał, iż w przypadku unieważnienia tego postępowania, nie ponowi postępowania w tożsamym, co do przedmiotu zamówienia, zakresie.

Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut zaniechania wykluczenia wykonawców: Ethos Energy Poland S.A., Fabryki Transformatorów w Żychlinie Sp. z o.o. oraz ZREW Transformatory S.A. pomimo, że nie wykazali spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej, tj. nie przedstawili informacji, z których wynika, że we wskazanym w SIWZ okresie wykonali z należytą starannością dostawy co najmniej 1 szt. transformatora wypełnionego olejem biodegradowalnym o wskazanych w SIWZ parametrach, czym zamawiający naruszył przepis art. art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Przedmiotem zamówienia w zadaniu nr 3, zgodnie z Rozdziałem IV „Opis przedmiotu zamówienia" pkt 2 lit. c) SIWZ, jest dostawa transformatorów WN/SN o mocy znamionowej 40MVA.

W odniesieniu do zadania nr 3 zamawiający, w Rozdziale VI „Warunki udziału w postępowaniu" w pkt. 2.3.1. SIWZ, podał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy - w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej - wykonali z należytą starannością, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a w przypadku gdy okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - zamówienia obejmujące dostawy urządzeń o podobnym charakterze do przedmiotu zamówienia, na łączną kwotę brutto nie mniejszą niż 5 mln zł.

Pismem z dnia 24 stycznia 2018 roku zamawiający zmodyfikował ww. warunek udziału w postepowaniu, ustalając, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy wykonali z należytą starannością, w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a w przypadku gdy okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - zamówienia obejmujące dostawy urządzeń o podobnym charakterze do przedmiotu zamówienia, na łączną kwotę brutto nie mniejszą niż 5 mln zł.

Modyfikacja ta została dokonana w odpowiedzi na „pytanie" jednego z wykonawców o treści: „Prosimy o zmianę zapisu o treści z „wykonał z należytą starannością w okresie 3 lat przed upływem terminu składania ofert" na (...) dla zadania nr 3 wykonał z należytą starannością w okresie 5 lat przed upływem składania ofert". Prośbę motywujemy faktem, że zapotrzebowanie na transformatory wypełnione estrem syntetycznym zdecydowanie mniejsze niż na transformatory napełniane olejem mineralnym."

Odwołujący podał w odwołaniu, jakie dostawy - doświadczenie - zostały wskazane przez poszczególnych przystępujących i zakwalifikował je jako dostawy transformatorów wypełnionych olejem mineralnym. Dostawy te nie były kwestionowane ani przez zamawiającego, ani przez przystępujących (żaden z nich nie twierdził, że były to dostawy transformatorów wypełnionych płynem biodegradowalnym).

Ani oferta odwołującego, ani oferta któregokolwiek z przystępujących nie została odrzucona.

Oferta odwołującego została sklasyfikowana na miejscu IV, trzej pozostali wykonawcy (przystępujący) zostali zaproszeni do aukcji elektronicznej, przewidzianej na 7 maja 2018 roku.

Na rozprawie zamawiający oświadczył, że „aukcja elektroniczna, zaplanowana pierwotnie na 07.05.2018 r., po wniesionym odwołaniu, została odwołana."

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Kluczowym dla rozstrzygnięcia sprawy jest ustalenie, jak należało rozumieć warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej,

tj. sformułowanie „dostawy urządzeń o podobnym charakterze do przedmiotu zamówienia”.

Z racji tego, że zamawiający nie zdefiniował, nie sprecyzował tego sformułowania, koniecznym jest - jak trafnie podniósł przystępujący Fabryka Transformatorów w Żychlinie Sp. z o.o. w swoim piśmie procesowym z 15 maja 2018 roku - odwołanie się do sposobu rozumienia składających się na to sformułowanie słów, a przede wszystkim odwołanie się do znaczenia słowa „podobny", na gruncie języka polskiego. „Zgodnie ze Słownikiem Języka Polskiego PWN https://sjp.pwn. pl/szukai/podobny. html) podobny to „mający pewne cechy wspólne z czymś, z kimś.” (str. 2 pisma czwarty akapit).

Stawiając zarzut, odwołujący błędnie przyjął, że spełnieniem postawionego warunku będzie wyłącznie wykazanie się przez wykonawcę dostawą „co najmniej 1 szt.

transformatora wypełnionego olejem biodegradowalnym o wskazanych w SIWZ parametrach” (str. 2 odwołania, drugi akapit, pkt 1). W toku rozprawy odwołujący wyjaśnił, że „podobieństwo, o którym mowa w warunku winno być odczytywane łącznie z parametrami, jakie zostały wskazane przez Zamawiającego dla transformatorów w załączniku 1.1. do SIWZ' (str. 4 Protokołu posiedzenia i rozprawy, wypowiedź odwołującego zdanie drugie).

Stwierdzić należy, że sposób rozumienia warunku udziału w postępowaniu, ze względu na restrykcyjny skutek w postaci eliminacji wykonawcy z udziału w postępowaniu (wykluczenie wykonawcy i odrzucenia jego oferty), należy ustalać wyłącznie w oparciu o jego literalne brzmienie. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie sprecyzował (nie zawęził) podobieństwa wykonanych dostaw do dostaw transformatorów wypełnionych olejem biodegradowalnym, wobec czego niedopuszczalnym jest, aby wykluczyć któregokolwiek z przystępujących ze względu na wykazanie dostaw transformatorów wypełnionych olejem mineralnym. Co więcej, zamawiający nie żądał nawet wykazania się doświadczeniem w dostawie transformatorów, ponieważ użył słowa „urządzeń”, a nie „transformatorów”.

Pozostawienie użytego w postawionym warunku sformułowania „dostawy urządzeń o podobnym charakterze do przedmiotu zamówienia” bez dalszego dookreślenia oznacza, że podobieństwo owo należy rozumieć bardzo szeroko. Z całą pewnością nie można go sprowadzić do rodzaju wypełnienia transformatora, ponieważ nie wynika to z brzmienia ustanowionego warunku.

Dodatkowo wskazać należy, że wykonawca może podjąć decyzję o udziale albo o odstąpieniu od udziału w postępowaniu jedynie na podstawie treści ogłoszenia o zamówieniu - na podstawie „samoistnej” treści warunku, dlatego też także z tego względu odwoływanie się do treści znajdujących się poza brzmieniem samego warunku, w innych, pozostających poza treścią ogłoszenia o zamówieniu częściach SIWZ (np. do szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia) jest niewłaściwe.

W odniesieniu do sformułowania „dostawy urządzeń o podobnym charakterze” odwołujący przyjął, że chodzi o dostawy transformatora wypełnionego olejem biodegradowalnym o wskazanych w SIWZ parametrach, ponieważ - w jego ocenie - „Dostawca, który wcześniej nie wyprodukował żadnego tego typu urządzenia nie daje gwarancji zrealizowania przedmiotu zadania (...)” - str. 7 odwołania, trzeci akapit, zdanie ostatnie.

Podnieść jednak należy, w świetle brzmienia postawionego warunku, że w ocenie zamawiającego gwarancją prawidłowej realizacji zamówienia w zadaniu 3 nie jest uprzednie wyprodukowanie / dostarczenie transformatorów wypełnionych płynem

biodegradowalnym.

O ile z taką oceną wymaganych - jako niezbędnego minimum - zdolności wykonawcy odwołujący się nie zgadzał, to winien złożyć odwołanie wobec ustalenia przez zamawiającego warunku w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej.

W toku badania i oceny ofert zamawiający (i wykonawcy) jest związany literalnym brzmieniem postawionego warunku, ten zaś nie ograniczał podobieństwa do transformatorów wypełnionych płynem biodegradowalnym.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zarzut się nie potwierdził.

Zarzut zastosowania art. 91 b ust. 1 ustawy Pzp i zaproszenia do udziału w aukcji wykonawców Ethos Energy Poland S.A., Fabryki Transformatorów w Żychlinie Sp. z o.o. oraz ZREW Transformatory S.A. nie potwierdził się.

W konsekwencji uznania, że oferta żadnego z ww. wykonawców (przystępujących) nie podlega odrzuceniu skład orzekający Izby uznał, że zamawiający był uprawniony do zaproszenia tychże wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 91 w zw. z art. 91 a ust. 1 ustawy Pzp a contrario, poprzez zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej bez przeprowadzania aukcji nie potwierdził się.

W konsekwencji uznania, że zamawiający był uprawniony do zaproszenia przystępujących do udziału w aukcji elektronicznej skład orzekający Izby uznał, że zarzut zaniechania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej bez przeprowadzania aukcji nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez niezastosowanie i nieudzielenie zamówienia odwołującemu, którego oferta powinna była być wybrana jako najkorzystniejsza nie potwierdził się.

W konsekwencji uznania, ze nie potwierdził się żaden z wcześniejszych zarzutów odwołania skład orzekający Izby uznał, że także ten zarzut się nie potwierdził.

Ze względu na to, że nie potwierdził się żaden z zarzutów odwołania skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji, oddalając odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, § 3 pkt 1) lit. a) oraz pkt 2) 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 ze zm.).

Przewodniczący: .....