

WYROK

z dnia 15 maja 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Artur Szmigiel

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 maja 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 kwietnia 2018 r. przez Odwołującego: ABB Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Oddział w Łodzi z siedzibą w Łodzi w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: PGE Dystrybucja Spółka Akcyjna z siedzibą w Lublinie, Oddział Łódź z siedzibą w Łodzi, przy udziale:

A. Wykonawcy EthosEnergy Poland Spółka Akcyjna z siedzibą w Lublińcu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego: ABB Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Oddział w Łodzi z siedzibą w Łodzi i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 zł

(słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez odwołującego: ABB Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Oddział w Łodzi z siedzibą w Łodzi tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądza od Odwołującego: ABB Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Oddział w Łodzi z siedzibą w Łodzi na rzecz

Zamawiającego: PGE Dystrybucja Spółka Akcyjna z siedzibą w Lublinie, Oddział Łódź z siedzibą w Łodzi kwotę 3 600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych i 00/100 groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika

- przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Łodzi.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt KIO 833/18

### U z a s a d n i e

PGE Dystrybucja Spółka Akcyjna z siedzibą w Lublinie, Oddział Łódź z siedzibą w Łodzi (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579), zwanej dalej Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego którego przedmiotem jest „Dostawa autotransformatora 250 MVA; 220/110/15 kV na stanowisko ATR2 w stacji 220/110 kV Kopalnia z dostosowaniem stanowiska”, (numer postępowania GZ/U/043/ŁA/2018), zwane dalej: „Postępowaniem”. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 9 lutego 2018 r. pod nr 2018/S 028-061786.

W dniu 30 kwietnia 2018 r. Odwołujący, wniósł odwołanie, w którym zaskarżył niezgodne z przepisami czynności zamawiającego, polegające na:

1. zaniechaniu wykluczenia wykonawcy EthosEnergy Poland SA (zwany dalej Przystępującym), mimo że nie wykazał on spełniania warunków udziału w postępowaniu,
2. zaniechaniu odrzucenia oferty Przystępującego, mimo że wykonawca ten podlegał wykluczeniu,
3. zaniechaniu odrzucenia oferty Przystępującego, mimo że jej treść nie odpowiadała wymogom Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej SIWZ),
4. przeprowadzeniu aukcji elektronicznej w dn. 25 kwietnia 2018 r., mimo, że w postępowaniu nie zostały złożone 2 oferty niepodlegające odrzuceniu,
5. zaproszeniu Przystępującego do udziału w ww. aukcji elektronicznej, mimo, że jego oferta podlegała odrzuceniu,
6. zaniechaniu dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej bez przeprowadzenia aukcji.

Zaskarżonym działaniom i zaniechaniom odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Przystępującego z postępowania, mimo że nie wykazał on spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej, tj. nie przedstawił referencji ani innych

dokumentów, z których wynika, że we wskazanym w SIWZ okresie wykonał należycie dostawy co najmniej 1 szt. autotransformatora o wskazanych w SIWZ parametrach,

2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego mimo że nie odpowiadała ona treści SIWZ w zakresie wymagań określonych w Załączniku nr 1 do SIWZ pkt. 10 f) pkt 2 Tabeli nr 2.2 pozycja a) Malowanie (str. 15 Załącznika

nr 1 do SIWZ) oraz w zakresie wymagań określonych w Załączniku nr 1 do SIWZ pkt 9 a) pkt 2 Tabeli nr 1.1. Minimalna temperatura otoczenia (str. 10),

3. art. 91 a ust. 1 Pzp przez jego zastosowanie i przeprowadzenie aukcji, mimo że nie zostały spełnione przesłanki, tj. nie złożono co najmniej 2 ofert niepodlegających odrzuceniu,

4. art. 91 b ust. 1 Pzp przez jego zastosowanie i zaproszenie Przystępującego do udziału w aukcji mimo, że jego oferta podlegała odrzuceniu,

5. art. 91 w zw. z art. 91 a ust. 1 Pzp a contrario przez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej bez przeprowadzania aukcji,

6. art. 87 ust. 1 Pzp przez niezastosowanie i niewyjaśnienie, czy produkty oferowane przez Przystępującego spełniają warunki dotyczące malowania określone w Załączniku nr 1 do SIWZ pkt. 10 f) pkt 2 Tabeli nr 2.2 pozycja a Malowanie (str. 15 Załącznika nr 1 do SIWZ), mimo że Odwołujący sygnalizował Zamawiającemu, że zawory stosowane przez Przystępującego nie spełniają tego warunku, a nie wynikało to też z karty katalogowej przedłożonej przez ww. wykonawcę.

7. art. 26 ust. 4 Pzp przez niezastosowanie i niewyjaśnienie, czy z karty katalogowej zaworów stosowanych przez Przystępującego wynika, że spełniają one warunki dotyczące malowania określone w Załączniku nr 1 do SIWZ pkt. 10 f) pkt 2 Tabeli nr 2.2 pozycja a Malowanie (str. 15 Załącznika nr 1 do SIWZ).

8. art. 7 ust. 3 Pzp przez niezastosowanie i nieudzielenie zamówienia Odwołującemu, którego oferta zgodnie z przepisami powinna być wybrana jako najkorzystniejsza.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na przeprowadzeniu aukcji w dn. 25 kwietnia 2018 r.,
2. unieważnienia czynności zaproszenia Przystępującego do udziału w aukcji,
3. unieważnienia czynności wyboru w przypadku, gdy do czasu rozstrzygnięcia Zamawiający dokona wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej,
4. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej bez przeprowadzania aukcji,
5. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych.

Odwołanie zostało oparte o trzy podstawy faktyczne. Dwie dotyczyły niezgodności oferty Przystępującego z SIWZ, jedna niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Przystępującego.

W zakresie zarzutów dotyczących niezgodności oferty Przystępującego z SIWZ Odwołujący wskazał między innymi:

Przedmiotem postępowania była dostawa transformatora o parametrach szczegółowo wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ, w szczególności:

1. urządzenia miały być pomalowane farbą wodoodporną o wysokiej trwałości, o korozyjności kategorii C4, a powłoki miały zapewnić trwałość ochrony przez min. 40 lat. (Załącznik nr 1 do SIWZ pkt 10 f pkt 2 Tabeli nr 2.2 pozycja a) „Malowanie”)
2. Zamawiający oczekiwał, by transformator 220/110 kV -250MVA miał pracować w minimalnej temperaturze otoczenia -30 st. C (Załącznik nr 1 do SIWZ pkt 9 a) pkt 2 Tabeli nr 1.1. „Minimalna temperatura otoczenia”).

Przystępujący zadeklarował w złożonej w postępowaniu ofercie, że realizując zamówienie

zamierzał zastosować zawory włoskiej firmy CEDASPE. Producent ten, według wiedzy Odwołującego, w ogóle nie stosuje powłok malarskich o wymaganej przez Zamawiającego kategorii korozyjności C4. Z karty katalogowej zaworów złożonej przez Przystępującego po wezwaniu go przez Zamawiającego w dn. 9 kwietnia 2018 r. nie wynikało, jaką kategorię korozyjności przewiduje producent zaworów. Odwołujący pismem nr 3 z dn. 21 marca 2018 r. zasygnalizował tę kwestię Zamawiającemu, jednak według wiedzy Odwołującego, Zamawiający nie zweryfikował, czy zawory, których zamierzał użyć Przystępujący są pokryte odpowiedniej klasy powłokami.

Powłoki malarskie zewnętrznych części autotransformatora np. zaworów są istotnym czynnikiem decydującym o trwałości produktu. Elementy niezabezpieczone w odpowiedni sposób bardzo łatwo korodują pod wpływem działania czynników atmosferycznych. Malowanie elementów wysokiej jakości powłokami spełniającymi klasę C4 jest możliwe tylko w warunkach fabrycznych, zatem nie ma możliwości ponownego skutecznego i długotrwałego zabezpieczenia elementów w miejscu ich pracy. Oznacza to, że zastosowanie zabezpieczeń niskiej jakości naraziłoby Zamawiającego na dodatkowe i zbędne koszty związane z częstą konserwacją i uzupełnianiem skorodowanych powłok, a finalnie na znacznie szybszą wymianę niewłaściwie zabezpieczonych elementów. Koszty te nie byłyby poniesione w przypadku zastosowania fabrycznych zabezpieczeń na poziomie kategorii C4, których Przystępujący nie zaoferował. Nie ma zatem wątpliwości, że jest to istotny element w znaczący sposób wpływający na trwałość i koszty konserwacji urządzeń. Z istotności tego parametru Zamawiający zdawał sobie sprawę, gdyż wskazał konkretną klasę powłok i odpowiadającą jej oczekiwaną przez niego okres eksploatacji urządzeń.

Z kart katalogowych zaworów wynikało również, że mają one możliwość pracy w zakresie temperatur od -25 st. C do 120 st. C. Zawory te nie są zatem odpowiednie do pracy w zakresie -30 st. C do -25 st. C. Są to warunki normalnie występujące w naszym klimacie, co uwzględnił Zamawiający wskazując wymaganą minimalną temperaturę pracy zamawianego urządzenia równą -30 st. C. Jest to istotny parametr dający gwarancję pracy w bardzo niskich, choć występujących w Polsce temperaturach. Jego niespełnianie mogłoby spowodować całkowity brak możliwości pracy urządzeń w takich warunkach.

Przystępujący przedstawił wprawdzie oświadczenie producenta, jednak jasno wynika z niego, że uszczelka stanowiąca część zaworu jest dostosowana do temperatury minimalnej -25 st. C, a nie -30 st. C. Zostało to wprost zadeklarowane przez producenta. Bez znaczenia jest, że uszczelka jest chroniona przed otoczeniem zewnętrznym, gdyż w zaworze nie ma żadnej grzałki, jest on metalowy, zatem nie ma żadnej izolacji termicznej od otoczenia i panuje w nim temperatura otoczenia. Zatem, skoro wewnętrzna część zaworu nie spełniała warunku pracy w temperaturze -30 st. C, to przyjąć należało, że cały zawór nie może pracować w takich warunkach. Zastosowanie nieodpowiedniego zaworu może spowodować awarię, która w tak niskich temperaturach może być trudna do usunięcia.

Wobec powyższego oferta Przystępującego, jako niezgodna z SIWZ, podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W zakresie zarzutów dotyczących niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Przystępującego Odwołujący wskazał między innymi:

Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu - jednym z nich były odpowiednie zdolności techniczne i zawodowe, które miały być potwierdzone należyтым wykonaniem dostawy co najmniej jednej sztuki autotransformatora, którego parametry miały odpowiadać określonym w SIWZ wymogom (rozdział 4, pkt. 4.1.3., str. 5). Przystępujący do wykazu zrealizowanych dostaw nie złożył jednak referencji potwierdzających należyte wykonanie jednej dostawy. Zamiast referencji przedstawił jedynie protokół odbioru autotransformatora o wymaganych przez Zamawiającego parametrach. Z protokołu nie wynikało jednak, że dostawa została wykonana należyte, a wręcz wskazano w nim szereg usterek i określono termin na ich usunięcie. Zatem protokół potwierdzał wykonanie umowy w istotnej części, lecz nie jest było równoznaczne z należyтым wykonaniem dostawy, której dotyczył protokół. Z załączonych przez Przystępującego do pisma z dn. 9 kwietnia 2018 r. dokumentów i protokołów wynikało, że usterki zostały usunięte dopiero w dn. 28 marca 2018 r. i 29 marca 2018 r. dlatego za dzień należytego wykonania dostawy należało uznać 29 marca 2018 r. Zatem na dzień składania ofert, tj. na 20 marca 2018 r., Przystępujący nie potwierdził, że spełnia warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej i zawodowej. Zawarte w ofercie oświadczenie Przystępującego, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu nie było wobec tego prawdziwe. Przystępujący podlegał zatem wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, a jego ofertę na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp należało traktować jako odrzuconą.

W ramach postępowania zostały złożone tylko dwie oferty - Odwołującego oraz Przystępującego. Jednak, zgodnie z powyższą argumentacją, oferta Przystępującego podlegała odrzuceniu. Konsekwencją zaniechania jej odrzucenia były kolejne naruszenia Pzp, które doprowadziły do niewybrania oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 91a ust. 1 Pzp zamawiający przeprowadza aukcję elektroniczną, jeśli złożono co najmniej 2 oferty niepodlegające odrzuceniu. Wobec faktu, że Zamawiający zorganizował aukcję, przyjąć należy, że bezpodstawnie uznał ofertę Przystępującego za niepodlegającą odrzuceniu. Była to decyzja błędna. Przystępujący nie udowodnił, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, ponadto jego oferta podlegała odrzuceniu na podst. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Oznacza to, że Zamawiający przeprowadził aukcję wbrew ustawowym przesłankom wynikającym z art. 91 a ust. 1 Pzp, do której wbrew art. 91b ust. 1 Pzp zaprosił wykonawcę, którego oferta podlegała odrzuceniu. W toku aukcji niższą cenę zaoferował Przystępujący. Tymczasem gdyby Zamawiający odrzucił jego ofertę, za najkorzystniejszą mógłby uznać jedynie ofertę Odwołującego, tj. jedyną ofertę niepodlegającą odrzuceniu.

Wobec powyższych argumentów, w ocenie Odwołującego, Zamawiający dopuścił się nierównego traktowania wykonawców i w konsekwencji, mimo wyżej opisanych nieprawidłowości prawdopodobnie dokona wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone

oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Przystępującego złożone podczas rozprawy, Izba zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 Pzp, stanowiącego, że „Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy”, przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Przystępującego z postępowania ze względu na brak wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu nie potwierdził się.

Izba ustaliła, że zgodnie z Rozdziałem 4 SIWZ - „Warunki udziału Wykonawców w Postępowaniu oraz dokumenty składane przez Wykonawców”, pkt 4.1.3. warunek dotyczący zdolności technicznej i zawodowej został uregulowany następująco:

„Zamawiający uzna ten warunek za spełniony, jeśli Wykonawca wykonał w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje należycie dostawę co najmniej 1 szt. autotransformatora, którego parametry spełniają jednocześnie niżej podane parametry:

Moc > 250MVA

UGN > 220kV

UDN > 110k

Regulacja poborczężeniowa w zakresie +/- 10% i większa.

W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunek ten musi spełniać przynajmniej jeden z Wykonawców lub łącznie wszyscy Wykonawcy

składający ofertę wspólną.”

Punkt 4.1.7 SIWZ: „Zgodnie z art. 26 Pzp Wykonawca, którego oferta została najwyżej oceniona, na wezwanie Zamawiającego, w wyznaczonym przez niego terminie nie krótszym niż 10 dni złoży następujące oświadczenia i dokumenty aktualne na dzień ich złożenia (...) w celu wykazania spełniania przez Wykonawcę warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w pkt 4.1.3.: wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia wraz z podaniem przedmiotu, dat wykonania i podmiotów na rzecz, których dostawy zostały wykonane oraz załączeniem dowodów czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie zawierających co najmniej 1 szt. autotransformatora, którego parametry spełniają jednocześnie niżej podane parametry:  
- Moc > 250MVA

UGN > 220kV

UDN > 110k

Regulacja podobciążeniowa w zakresie +/- 10% i większa

Na potwierdzenie spełniania powyższego warunku udziału w postępowaniu Przystępujący złożył wykaz wykonanych dostaw zawierający informacje na temat realizacji dwóch, spełniających wymogi SIWZ w zakresie ww. parametrów technicznych zamówień:

1. Modernizacja populacji transformatorów — etap VI — Dostawa autotransformatorów 410/123/15,75 kV o mocy 330/330/50 MVA do SE Polkowice. Przystępujący zadeklarował zakończenie realizacji zamówienia w dniu 15 lutego 2018 r.
2. Modernizacja populacji transformatorów — etap VI — Dostawa autotransformatorów 410/123/15,75 kV o mocy 330/330/50 MVA do SE Dobrzeń, SE Olsztyn Mątki, SE Jasinieć, SE Pasikowice. Przystępujący zadeklarował, że zamówienie jest w toku realizacji.

Na potwierdzenie prawidłowej realizacji pierwszej z wskazanych dostaw Przystępujący załączył Protokół odbioru końcowego Nr CJ/K/AT\_Etap VI\_330MVA(POL)\_EE/Nr\_1/2018 sporządzony „SE Polkowice 15.02.2018 r., Poznań 20.02.2018 r., Warszawa 20.02.2018 r.”. Punkt 11 protokołu stanowił:

„11. Stwierdzenie o zgodności wykonanych prac z projektem wykonawczym, umową, zatwierdzonymi zmianami i harmonogramem załączonym do umowy:

Zespół Projektowy stwierdza zgodność wykonanych prac z projektami wykonawczymi i zatwierdzonymi zmianami”.

Punkt 16 wskazywał na pozytywną ocenę zrealizowanego przez Przystępującego zamówienia, ale wskazywał również na istnienie wymagających usunięcia usterek:

„16. Ustalenia i zalecenia Kierownika Projektu:

- 1) Zamawiającego (CJI) stwierdza pozytywny wynik testów FAT które odbyły się w dniach 16.02 - 02.03.2017 r., 10 - 18.03.2017 r. i 12 - 20.04.2017 r i odbioru częściowego (fabrycznego w zakresie prób typu i wyrobu) z dnia 13.06.2017 r.
- 2) Próby napięciowe i obciążeniowe oraz ruch próbny odbyły się w dniach 19 - 22.12.2018 r. i zakończyły z wynikiem pozytywnym
- 3) Dokumentacja Techniczno — Ruchowa w 2 egzemplarzach otrzymana do Dostawcy została wysłana przez CJI do PSE S.A. ZKO DE w Poznaniu.
- 4) Zespół Projektowy rekomenduje powyższy zakres prac do odbioru z wynikiem pozytywnym. Usterki wymienione w pkt. 15. ppkt. 1 - 9 zostały usunięte co potwierdził pracownik CJI w dniu 15.02.2018 r. Pozostałe usterki wymagają ponownego wyłączenia ATR.
- 5) Zespół Projektowy stwierdza pozytywny wynik odbioru.”.

Wspomniane w ppkt 4 usterki wymagające usunięcia były to: Pomost - modernizacja w zakresie możliwości obustronnego dostępu do szafy sterowniczej oraz nieszczelność w analizatorze parametrów oleju firmy Kelman. Na dalszym etapie postępowania Przystępujący wykazał, że powyższe usterki zostały usunięte 29 marca 2018 r. Zamawiający dokonał analizy przedmiotowego protokołu i innych dokumentów i uznał, że potwierdzają

one należytą realizację wykazanej w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu zamówienia (fragment korespondencji e-mail między pracownikami Zamawiającego z dnia 10 kwietnia 2018 r. „(...) przedstawiony przez firmę EthosEnergy Poland SA protokół odbioru autotransformatora 400/110kV o mocy 330MVA, nie wykazywał żadnych usterek w zakresie przeprowadzonych prób napięciowych i obciążeniowych autotransformatora (tzn. potwierdzał jakość i parametry zaoferowanego urządzenia), wobec czego należy go traktować jako pozytywną referencję dla naszego postępowania i wraz z pozostałymi złożonymi przez firmę EthosEnergy Poland SA wyjaśnieniami dotyczącymi wyposażenia autotransformatora 220/110kV o mocy 250MVA, spełnia nasze wymagania określone w postępowaniu. Natomiast drobne usterki wykazane w protokole, które już zostały usunięte, nie dotyczą zakresu naszego postępowania, ponieważ nie mają żadnego związku z jakością dostarczonego autotransformatora 400/110kV, a dotyczą dodatkowego zakresu robót wymaganych przez (.).”).

Protokół odbioru końcowego przedstawiony przez Przystępującego nie wykazywał zaistnienia w toku bądź w wyniku dostawy wad limitujących, czyli według standardów podmiotu, na rzecz którego zrealizowane zostało zamówienie, wad istotnych, powodujących nieprawidłowe działanie sprzętu będącego przedmiotem dostawy.

W toku rozprawy Odwołujący wskazywał, że podmiot na rzecz którego została zrealizowana przedmiotowa dostawa, w przypadku należytej realizacji wystawia referencje na rzecz wykonawcy. Skoro Przystępujący nie dysponował referencjami, a jedynie protokołem odbioru końcowego, to w ocenie Odwołującego dowodziło to faktu, że dostawa na którą powołuje się w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu Przystępujący nie została zrealizowana należyście. Odwołujący nie przedstawił jednak żadnego dowodu na potwierdzenie swojego stanowiska - w zakresie powyższym, jak również w zakresie twierdzeń i argumentacji zmierzających do wykazania, że wspomniane w protokole usterki miały istotny charakter, a ich zaistnienie przekreślało możliwość powołania się przez Przystępującego na realizację przedmiotowej dostawy.

Art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp stanowi, że z postępowania wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie zaś z § 2 ust. 4 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia z dnia 26 lipca 2016 r. (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126) w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może żądać następujących dokumentów: wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert wraz z załączeniem dowodów określających czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należyście, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane. Wobec powyższego Przystępujący wykazując się na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu wykonaniem dostaw odpowiadających wyrażonym w SIWZ wymogom i parametrom miał prawo posłużyć się protokołem odbioru końcowego zamiast referencjami wystawionymi przez podmiot na rzecz którego zrealizowana została przedmiotowa dostawa. Zamawiający w prawidłowy sposób dokonał weryfikacji przedstawionego przez Przystępującego protokołu odbioru końcowego, uwzględniając fakt, że celem warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej było wykazanie się przez wykonawców doświadczeniem w realizacji określonego rodzaju dostaw, a nie innego rodzaju zadań.

Izba wzięła ponadto pod uwagę fakt, że Odwołujący nie sprostował wynikającemu z art. 190 ust. 1 Pzp obowiązki wskazania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodził skutki prawne.

Wobec powyższego Izba uznała postępowanie Zamawiającego za prawidłowe.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego jako niezgodnej z SIWZ nie potwierdził się.

W dniu 11 kwietnia 2018 roku Zamawiający skierował do Odwołującego i Przystępującego zaproszenia do uczestnictwa w aukcji zaplanowanej na 16 kwietnia 2018 r. Następnie, pismem z 13 kwietnia 2018 r. poinformował wykonawców o zmianie terminu aukcji na dzień 18 kwietnia 2018 r.

W dniu 17 kwietnia 2018 r. Odwołujący poinformował Zamawiającego o niezgodności oferty Przystępującego z SIWZ. Odwołujący wskazał na niezgodny z wymogami Specyfikacji technicznej dopuszczalny zakres temperatury pracy zaworu „DAROC” stanowiącego element autotransformatora mającego być przedmiotem dostawy oraz fakt, że zawór ten nie będzie zabezpieczony antykorozyjnie w sposób zgodny z oczekiwaniami Zamawiającego, tj. zgodnie z klasą C4. Wobec uzyskanych informacji Zamawiający, w dniu 18 kwietnia 2018 r. poinformował obu wykonawców o odwołaniu aukcji i na podst. art. 26 ust. 3 Pzp wezwał Przystępującego „do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonej karty katalogowej automatycznego zaworu zwrotnego oleju konserwatora „DAROC” serii EDS-R80. W załączonej karcie katalogowej wskazano w pkt 2 w zakresie warunków pracy na „standardowe wykonanie”, jednocześnie treść pkt. 5 karty katalogowej wskazuje na możliwość zmiany ustawień zaworu w trakcie uruchomienia, ponadto pkt. 9 karty katalogowej wskazuje na inny zakres temperatury pracy styków niż wskazany w pkt. 2 zawór zwrotny. Zamawiający prosi o wyjaśnienie zakresów temperatur pracy zaworów zwrotnych dedykowanych styków przedstawionych w karcie katalogowej”. W odpowiedzi Przystępujący oświadczył, że oferowany zawór spełnia wymogi SIWZ na potwierdzenie składając wystawioną przez producenta zaworu deklarację zgodności, z której wynikało, że przedmiotowy element może poprawnie pracować od temperatury -30 stopni Celsjusza.

W dniu 20 kwietnia 2018 r. ponownie zaprosił do udziału w aukcji obu biorących udział w postępowaniu wykonawców, wyznaczając jej termin na 25 kwietnia 2018 r. Odwołujący ponownie poinformował Zamawiającego o niezgodności oferty Przystępującego z SIWZ powołując się na te same, co wcześniej okoliczności, ale Zamawiający nie podjął żadnych, kolejnych, związanych z tym działań, w szczególności nie odwołał aukcji, ani nie podjął decyzji o wycofaniu zaproszenia do uczestnictwa w niej Przystępującego.

Izba ustaliła, że Załącznik nr 1 do SIWZ (zwany dalej Specyfikacją techniczną) wprowadził szczegółowe regulacje dotyczące m. in. wymaganych przez Zamawiającego zakresów temperatury, w których pracować ma zamawiany autotransformator.

Punkt 9 a Specyfikacji technicznej - Charakterystyka klimatyczna (tabela nr 1.1) wskazywał, że przewidywane parametry pracy urządzenia to:

1. Maksymalna temperatura otoczenia - +40 stopni Celsjusza,
2. Minimalna temperatura otoczenia - -30 stopni Celsjusza.

W zakresie oczekiwanego przez Zamawiającego sposobu zabezpieczenia antykorozyjnego Specyfikacja techniczna wskazywała: „Zewnętrzną powierzchnię kadzi, pokrywy, konserwatora, rurociągów, kolektorów, itp. należy starannie wyczyścić, a następnie pomalować farbą wodoodporną (farbami wodoodpornymi) o wysokiej trwałości zgodnie z normą EN ISO 12944 o korozyjności kategorii C4. Powłoki antykorozyjne muszą zapewnić trwałość ochrony przez minimum 40 lat. Kolor jasnoszary (RAL 7038). Kadź malowana wewnątrz farbą odporną na zastosowany czynnik chłodząco-izolujący”. Jednocześnie Zamawiający nie wskazał, by wykonawca miał stosować elementy malowane przez ich producentów. Wobec tego Izba uznała, że odpowiedni sposób zabezpieczenia antykorozyjnego autotransformatora należał do obowiązków wykonawcy zamówienia.

Izba uznała, że Zamawiający podjął prawidłowe działania w celu wyjaśnienia, czy oferta Przystępującego odpowiada treści SIWZ. Informacje przekazane przez Odwołującego nie zostały zbagatelizowane, Przystępujący został wezwany do wyjaśnienia wątpliwości związanych z treścią jego oferty. Złożone wyjaśnienia wraz z dokumentami potwierdziły poprawność oferty pod kątem jej zgodności z wymogami Zamawiającego. Nie poparte dowodami twierdzenia Odwołującego - zarówno na etapie korespondencji z Zamawiającym, jak również podnoszone w toku rozprawy - wskazujące, że producent zaworów DAROC nie maluje ich fabrycznie zgodnie z klasą zabezpieczenia antykorozyjnego C4 nie korespondowały z zakresem obowiązków wykonawcy przedmiotu zamówienia.

Art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia Izba uznała, że przesłanki przytoczonego przepisu nie zostały wypełnione. Oferta Przystępującego była zgodna z SIWZ. Nie zaistniały żadne powody, by uznać jej nieodrzućcenie z postępowania jako naruszające przepisy Pzp zaniechanie Zamawiającego. Ponadto, podobnie jak w przypadku analizowanego wcześniej zarzutu odwołania, tj. naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Przystępującego z postępowania, Odwołujący nie sprostował obowiązkowi wynikającemu z art. 190 ust. 1 Pzp i nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie stawianych Zamawiającemu zarzutów. Wobec powyższego Izba uznała, że Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zarzuty wskazane w punktach od 3 do 8 odwołania tj. zarzuty naruszenia: art. 91 a

ust. 1 Pzp, art. 91 b ust. 1 Pzp, art. 91 w zw. z art. 91 a ust. 1 Pzp, art. 87 ust. 1 Pzp, art. 26 ust. 4 Pzp i art. 7 ust. 3 Pzp nie potwierdziły się.

Biorąc pod uwagę, że nie potwierdziły się dwa podstawowe zarzuty odwołania - tj. naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz ustalenie, że Przystępujący nie podlegał wykluczeniu z postępowania, a jego oferta odrzuceniu, wszystkie dalsze zarzuty, oparte na założeniu trafności dwóch pierwszych, musiały zostać uznane za niezasadne. Zamawiający miał podstawy do uznania, że oferta Przystępującego jest prawidłowa, a Przystępujący spełnia warunki udziału w postępowaniu, wobec czego czynność zaproszenia go do udziału w aukcji była uzasadniona i prawidłowa.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzekła jak w punkcie 1 i 2 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 wraz ze zm.).

Przewodniczący:.....