

WYROK

z dnia 16 marca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmína Pawlik

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 marca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 marca 2018 r. przez wykonawcę Power Engineering Transformatory Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Czerwonaku w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Energa Operator Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdańsku

przy udziale wykonawcy Fabryka Transformatorów w Żychlinie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Żychlinie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego Power Engineering Transformatory

Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Czerwonaku i:

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

(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego

Power Engineering Transformatory Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Czerwonaku tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od odwołującego Power Engineering Transformatory Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Czerwonaku na rzecz zamawiającego Energa Operator Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdańsku kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 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 Gdańsku.

## Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 398/18

## Uzasadnienie

Zamawiający Energa-Operator Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdańsku prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego, którego przedmiotem jest dostawa i montaż 6 transformatorów 110/15 kV o mocach 40 MVA. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 6 października 2017 r. pod numerem 2017/S 192-394430. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579; dalej „Ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Ustawy Pzp.

W dniu 1 marca 2018 r. wykonawca Power Engineering Transformatory Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Czerwonaku (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności Zamawiającego polegających na badaniu i ocenie ofert, rozstrzygnięciu postępowania o udzielenie zamówienia, wyborze najkorzystniejszej oferty oraz odrzuceniu oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy Pzp tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję;

2. art. 2 pkt 5 w zw. z art. 91 ust. 1 Ustawy Pzp tj. dokonanie wyboru oferty firmy Fabryka Transformatorów w Żychlinie Sp. z o.o., która to oferta nie wyczerpuje ustawowych znamion oferty najkorzystniejszej;

3. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez bezprawne odrzucenie oferty Odwołującego;

4. art. 17 ust. 1c ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (t.j. Dz. U. z 2017, poz. 1311 z późn. zm.);

5. art. 5 k.c., art. 58 § 1 i 2 k.c. w związku z art. 14 Ustawy Pzp tj. poprzez bezprawne dokonanie czynności sprzecznej z ustawą lub mającej na celu jej obejście;

6. art. 22 w zw. z art. 8 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm. Dz. U. 2001. Nr 28, poz. 319), która stanowi, że ograniczenia wolności działalności gospodarczej są dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względów na ważny interes publiczny.

Z uwagi na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie

Zamawiającemu powtórzenie czynności oceny ofert, które ma doprowadzić do uchylenia czynności rozstrzygnięcia postępowania, uchylenia wyboru oferty najkorzystniejszej, uchylenia czynności odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania, a następnie do wyboru oferty Odwołującego i udzielenia mu zamówienia.

Uzasadniając spełnienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy Pzp Odwołujący wskazał, iż działania Zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego, której treść odpowiada treści SIWZ z jednoczesnym rozstrzygnięciem postępowania na rzecz wykonawcy Fabryka Transformatorów w Żychlinie sp. z o.o., uniemożliwia ubieganie się o przedmiotowe zamówienie publiczne na zasadach równości i uczciwej konkurencji. Zmiana decyzji Zamawiającego doprowadzi do stworzenia Odwołującemu realnych szans w ubieganiu się o zamówienie publiczne, którym jest on zainteresowany.

Odnosząc się do kwestii odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pzp wskazał on, iż Zamawiający w sposób lakoniczny uzasadnił to odrzucenie, podnosząc, że „wymagał aby wskaźniki temperatury oleju oraz uzwojenia były wyposażone w kapilarę bezciśnieniową. Wskaźniki MSRT produkcji Comem zastosowane w oferowanych przez wykonawcę transformatorach wykorzystują zaś w swoim systemie podwyższone ciśnienie, które ma oddziaływać na wskaźnik. Kapilara w powyższym systemie jest, jak sam

producent wskazuje w instrukcji, ciśnieniowa." Odwołujący zwrócił uwagę, że w Załączniku nr 1 do SIWZ, punkt 4.11 lit. d. określono odnośnie wskaźnika temperatury oleju następujące wymagania: termometr tarczowy, czterokontaktowy ze szkłem wyświetlacza z filtrem UV, z kapilarą bezciśnieniową wykonaną z miedzi lub stopu miedzi i niklu z płaszczem ze stali nierdzewnej (kapilara umieszczona w kieszeni termometrowej, w pokrywie kadzi w sposób zapewniający tłumienie drgań pochodzących od transformatora), z utrwaleniem maksymalnej pomierzonej temperatury (tzw. maksigraf lub wskazówka wleczona), umożliwiający przesłanie sygnału do zdalnego odczytu temperatury przez system dyspozytorski SCADA (wyj. 4-20 mA), dla transformatorów o mocy znamionowej 40 MVA. Szczegółowe wymagania stawiane termometrom oleju oraz uzwojenia transformatora dotyczą zatem między innymi kapilary - Zamawiający wymaga kapilary bezciśnieniowej. Jednocześnie w zapisach SIWZ Zamawiający zawarł zapis, że wymaga zastosowania czujników temperatury zgodnych z normą PN-EN 50216-11:2009E „Wyposażenie transformatorów i ławików — Część 11: Czujniki temperatury oleju i uzwojeń (pkt. VIII A, ppkt. 3.6.2. SIWZ).

Odwołujący wskazał, iż powyższe zapisy nie zostały przez Zamawiającego opatrzone w żadną regułę kolizyjną, a zatem opis przedmiotu zamówienia jest skwantyfikowany odniesieniem do „zewnętrznego, obiektywnego miernika oceny”, tj. czujnik temperatury musi być zgodny z ww. normą. Według normy termometr musi składać się między innymi, z tarczy wskaźnika (typu mechanicznego), kapilary oraz czujnika. Norma określa cechy termometru takie jak: wymiary, dokładność pomiaru, zakres pomiarowy, długość kapilary a także zakres prób typu oraz wyrobu. Zdaniem Odwołującego wymagania stawiane w SIWZ dotyczą termometru manometrycznego tarczowego z kontaktami. Ze względu na dokładność wskazań temperatury, zmniejszenie wpływu temperatury otoczenia, zminimalizowanie ciśnienia otoczenia, oraz zredukowanie wpływu różnicy poziomów pomiędzy czujnikiem a wskaźnikiem, termometry manometryczne (w omawianym zakresie pomiarowym) napełniane są cieczą. Ciecz cechuje się zmianą objętości (rozszerza się) wraz ze zmianą temperatury. Termometry takie klasyfikuje się jako termometry manometryczne rozszerzalnościowe. Odwołujący wskazał, iż zasada działania termometru manometrycznego rozszerzalnościowego polega na wzroście objętości cieczy wraz ze wzrostem temperatury w czujniku. Układ pomiarowy termometru jest zamknięty (szczelny). Zgodnie z prawami fizyki, wzrost objętości cieczy w układzie zamkniętym powoduje wzrost ciśnienia w tym układzie. Na skutek zmiany ciśnienia w układzie pomiarowym dochodzi do odkształcenia elementu sprężystego wyrównującego ciśnienie pomiędzy układem pomiarowym a otoczeniem. Jednak element sprężysty wciąż przeciwdziała zmianom objętości pozostawiając część nadciśnienia w układzie pomiarowym. Do elementu sprężystego, za pomocą dźwigni, zamocowana jest wskazówka. Zmiana odkształcenia elementu sprężystego powoduje zmianę wychylenia wskazówki.

Z uwagi na powyższe Odwołujący stwierdził, że przyczyną odrzucenia oferty Odwołującego jest fakt, że każdy czujnik który należało zaoferować w niniejszym postępowaniu jest czujnikiem, w którym pojawia się fizyczne zjawisko ciśnienia. Ciśnienie pojawia się w każdym układzie zamkniętym (szczelnym), bez względu czy Zamawiający użyje określenia kapilara bezciśnieniowa czy użyłby jakiegokolwiek innego słowa. Odwołujący wskazał, iż postępowanie na dostawę i montaż transformatorów jest skierowane do wąskiego rynku wykonawców, którzy są podmiotami profesjonalnymi i posiadają wiedzę specjalną na temat ich konstrukcji oraz potrafia je wyprodukować. Tak samo Zamawiający jest profesjonalistą, zatem jeżeli wymaga on zgodności czujników temperatury z normą (jako obiektywnym kryterium oceny), wybierając czujniki manometryczne to użycie określenia kapilara bezciśnieniowa zostało użyte na zasadzie oczywistej omyłki pisarskiej. Użycie odniesienia do ww. normy jest wystarczające, aby każdy profesjonalista wiedział co jest przedmiotem zamówienia. Tak zresztą zrozumieli treść SIWZ wszyscy wykonawcy i każdy z nich złożył ofertę na czujnik manometryczny. Z ostrożności Odwołujący wskazał, iż można domniemywać, że część producentów czujników, stosuje przy ich opisie taktyki marketingowe poprzez użycie słów o kapilarach bezciśnieniowych. Odwołujący podkreślił także, że SIWZ nie dzieli czujników na te, które wykorzystują podwyższone ciśnienie i na te, które wykorzystują np. obniżone, niskie czy „inne” ciśnienie o innym stopniu intensywności. Zatem zdaniem Odwołującego Zamawiający w decyzji o odrzuceniu oferty zastosował nowy, niewysłowny miernik oceny ofert tj. czujnik z podwyższonym ciśnieniem jako nie akceptowalny a czujnik z „obniżonym” ciśnieniem jako akceptowalny. Niedopuszczalne oraz naruszające zasadę równości i uczciwej konkurencji w ocenie Odwołującego jest takie postępowanie zamawiającego, że oferty jednych wykonawców odrzuca a innych uznaje za prawidłowe i dokonuje ich wyboru, w sytuacji gdy ich oferty (zarówno jednych jak i drugich) zawierają czujniki manometryczne (zgodne z wymaganą normą), gdzie w tle zawsze pojawia się fizyczne zjawisko ciśnienia. Zdaniem Odwołującego zapis o kapilarze bezciśnieniowej jest omyłką pisarską, gdyż wyklucza on zasadę działania, powszechnie stosowanego, wskaźnika temperatury zgodnego z normą PN-EN 50216-11:2009E.

Na posiedzeniu w dniu 13 marca 2018 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał, iż w pkt 4.11 lit. d Specyfikacji technicznej (Załącznik nr 1 do SIWZ) ściśle określono wymóg aby wskaźniki temperatury uzwojenia oraz

oleju były wyposażone w kapilarę bezciśnieniową. Odwołujący zaoferował zaś wskaźniki

MSRT produkcji Comem, które - jak sam ich producent wskazuje - wykorzystują model ciśnieniowy. Wskaźniki temperatury uzwojeń i oleju zastosowane w transformatorach z oferty Odwołującego posiadają (jak sam ich producent oraz producent transformatorów przyznają w kartach katalogowych o oświadczeniach) kapilarę ciśnieniową, co jednoznacznie powoduje, że są one niezgodne z zapisami Załącznika nr 1 do SIWZ. Zamawiający poprosił oferentów o wyjaśnienia w tym zakresie, a z przesłanej przez Odwołującego odpowiedzi jednoznacznie wynika, iż urządzenie MRST 150 prod. cComem nie spełnia wymogów SIWZ. Zamawiający wskazał również, iż w sposób bezpośredni i jednoznaczny określił w treści SIWZ, że wymaga kapilary bezciśnieniowej. Odwołujący miał możliwość zapoznania się z treścią SIWZ, jak również zgłoszenia zastrzeżeń przed etapem wyboru najkorzystniejszej oferty, lecz tego nie zrobił. W związku z tym nieuzasadnione jest powoływanie się na zasady fizyki i dowodzenie przez Odwołującego, że kapilara bezciśnieniowa wymagana przez Zamawiającego spełni taką samą funkcję jak produkt zaoferowany przez Odwołującego, podczas gdy producent wskazuje, że wykorzystywany jest model ciśnieniowy.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Ustawy Pzp.

Izba uznała, iż Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów Ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 Ustawy Pzp.

Na posiedzeniu w dniu 13 marca 2018 r. Izba stwierdziła skuteczność zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przez wykonawcę Fabryka Transformatorów w

Żychlinie Sp. z o.o. z siedzibą w Żychlinie (dalej jako „Przystępujący”). Zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 marca 2018 r., przy czym Zamawiający informację o wpłynięciu odwołania w tej sprawie przekazał wykonawcom w dniu 5 marca 2018 r., a zatem 3-dniowy termin na zgłoszenie przystąpienia został zachowany. Przystępujący wskazał również stronę, do której przystępuje (Zamawiającego) oraz interes w rozstrzygnięciu postępowania na korzyść tej strony. Kopie zgłoszenia przystąpienia zostały przekazane Odwołującemu i Zamawiającemu.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania przekazaną przez Zamawiającego i potwierdzoną za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, Specyfikację istotnych Warunków Zamówienia („SIWZ”), w tym Specyfikację Techniczną stanowiącą Załącznik nr 1 do SIWZ, ofertę Odwołującego, wezwania z dnia 9 stycznia 2018 r. do złożenia dokumentów skierowane do wykonawców, którzy złożyli oferty, odpowiedź Odwołującego z dnia 16 stycznia 2018 r., zawiadomienie o wynikach postępowania z dnia 19 lutego 2018 r., zawierającego informację o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Izba dopuściła także dowody z dokumentów przedstawionych przez Strony i Uczestnika postępowania w toku posiedzenia i rozprawy. Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy z dnia 13 marca 2018 roku, jak również przedstawione w złożonych pismach. Na posiedzeniu Odwołujący złożył pismo procesowe zawierające dalszą argumentację w sprawie. Pismo procesowe złożył również Przystępujący, wnosząc o oddalenie odwołania. Podczas rozprawy Odwołujący i Zamawiający podtrzymali w całości stanowiska prezentowane we wniesionych pismach. Przystępujący poparł stanowisko Zamawiającego.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z punktem IV.1. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia („SIWZ”) przedmiotem zamówienia jest dostawa i montaż transformatorów 110/15 kV o mocach 40 MVA. Jak wskazano w punkcie IV.3 transformatory muszą spełniać wymagania techniczne szczegółowo określone w Specyfikacji Technicznej (zał. nr 1 do SIWZ/umowy).

W punkcie 4.11 lit. d) Specyfikacji Technicznej wskazano wymagania techniczne dla

wskaźników temperatury:

- oleju (tiret pierwszy) - termometr tarczowy czterokontaktowy ze szkłem wyświetlacza UV, z kapilarą bezciśnieniową wykonaną z miedzi lub stopu miedzi i niklu z płaszczem ze stali

nierdzewnej (kapilara umieszczona w kieszeni termometrowej, w pokrywie kadzi w sposób zapewniający tłumienie drgań pochodzących od transformatora) z utrwaleniem maksymalnej pomierzonej temperatury (tzw. maksigraf lub wskazówka wleczona), umożliwiający przesłanie sygnału do zdalnego odczytu temperatury przez system dyspozytorski SCADA (wyj. 4-20 mA), dla transformatorów o mocy znamionowej 40MVA;

- uzwojenia transformatora (tiret trzeci) - przy wykorzystaniu termometru z kapilarą bezciśnieniową wykonaną z miedzi lub stopu miedzi i niklu z płaszczem ze stali nierdzewnej (kapilara umieszczona w kieszeni termometrowej, w pokrywie kadzi w sposób zapewniający tłumienie drgań pochodzących od transformatora), z przetwornikiem z wbudowanym modelem cieplnym zaprogramowanym na podstawie próby cieplnej, przy wykorzystaniu przekładników prądowych DN zamontowanych w transformatorze, dla transformatorów o mocy znamionowej 40 MVA.

Zgodnie z punktem VIII.A.3 SWZ w celu potwierdzenia, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania określone przez Zamawiającego wymagał on złożenia wraz z ofertą m.in. kart katalogowych oferowanych transformatorów zawierające podstawowe dane techniczne, wyposażenie oraz rysunki gabarytowe, dokumentacji techniczno - ruchowej dla każdego typu transformatora, zawierającą szczegółowy opis użytkowania i eksploatacji wszystkich dostarczanych urządzeń wraz z opisem konstrukcji każdego elementu oraz zalecaną metodykę obsługi, prób i czynności eksploatacyjnych, jak również deklaracji zgodności z odpowiednimi normami. Odnośnie czujników temperatury Zamawiający wymagał, aby były zgodne z normą PN-EN 50216-11:2009E Wyposażenie transformatorów i dławików

- Część 11 Czujniki temperatury oleju i uzwojeń (punkt VIII.A.3.6.2. SWZ).

W postępowaniu wpłynęły oferty trzech wykonawców, w tym Odwołującego i Przystępującego. Odwołujący dołączył do oferty m.in. karty katalogowe i wzór dokumentacji techniczno - ruchowej oferowanych transformatorów, z których to dokumentów wynikało, iż transformatory będą wyposażone w termometr manometryczny czterokontaktowy do pomiaru temperatury typu MSRT 150 producenta COMEM oraz termometr manometryczny do pomiaru temperatury uzwojeń typu 150W producenta COMEM. Odwołujący załączył również dokumentację producenta COMEM dotyczącą wskaźników temperatury oleju i uzwojeń, gdzie w wierszach zatytułowanych „Czujnik temperatury” wskazano: „typ rozszerzalnościowy (ciśnieniowy). Jest on wypełniony specjalnym płynem organicznym i ma on wbudowaną kompensację do zmian temperatury otoczenia,” a w wierszach „Elementy czujnika temperatury” wskazano: „zbiornik z brązu lub stali nierdzewnej. Rurka kapilary z miedzi lub stali nierdzewnej. Sprężyna Bourdon z brązu.”

Zamawiający, pismem z dnia 9 stycznia 2018 r. Zamawiający wezwał wykonawców do uzupełnienia dokumentów i złożenia wyjaśnień m.in. w zakresie opisu budowy i zasad działania wskaźnika temperatury oleju oraz uzwojenia transformatora z uwzględnieniem informacji dotyczących zastosowanych w nich kapilar. W szczególności Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy Pzp do złożenia m.in. dokładnego opisu budowy i zasad działania wskaźnika temperatury oleju (termometru) oraz wskaźnika temperatury uzwojenia transformatora (termometru) z uwzględnieniem szczegółowych informacji dotyczących zastosowanych w nich kapilar, a także uszczegółowienie opisu i zasady działania kapilary/sondy umieszczonej w kieszeni termometrowej w pokrywie kadzi. Zamawiający wskazał, iż załączona DTR nie zawiera jednoznacznych informacji dotyczących kapilary we wskaźniku temperatury oleju (termometru) oraz we wskaźniku temperatury uzwojenia transformatora (termometru), a także informacji o smarowaniu, o ilości oleju do spuszczenia z transformatora podczas wymiany izolatora przepustowego oraz o masach rdzenia, uzwojenia i części możliwej do wyjęcia.

W piśmie z dnia 16 stycznia 2018 r. Odwołujący wskazał, iż zasada działania wskaźników temperatury oleju i uzwojeń wraz ze szczegółowymi opisami i zasadami działania kapilary przedstawione zostały w Załączniku nr 1 i 2 do pisma. W Załączniku nr 1 zawierającym opis zasad działania wskaźnika temperatury oleju MRST 150, jak również w Załączniku nr 2 zawierającym zasadę działania wskaźnika temperatury uzwojeń MRST 150/W, Odwołujący wskazał m.in., iż kapilara wskaźnika wykonana jest z miedzi lub stali nierdzewnej. Zadaniem kapilary jest transport cieczy czynnej do tarczy termometru (sprężyny Bourdona). Kapilara jest chroniona przed uszkodzeniami mechanicznymi za pomocą specjalnego płaszcza (zbrojenia giętkiego) wykonanego z drucików stali nierdzewnej lub ocynkowanych drucików stalowych

osłoniętych zbrojonym PCV. Sprężyna Bourdona wykonana jest z brązu w formie wygiętej w łuk spłaszczonej rurki. Pod wpływem napełniania jej cieczą czynną zmienia swój przekrój oraz zwiększa promień ugięcia. Do końca sprężyny Bourdona przymocowany jest mechanizm wprawiający w ruch wskazówkę. Mechanizm ten zapewnia kompensację zmian temperatury otoczenia. Sprężyna Bourdona wraz ze wskazówką umieszczone są w tarczy na poziomie obsługi.

W dniu 19 lutego 2018 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania, wskazując, iż jako najkorzystniejszą wybrano ofertę Przystępującego. Zamawiający wskazał także, iż w postępowaniu odrzucono ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pzp jako ofertę nieodpowiadającą treści SIWZ. Oferta nie spełnia wymagania wynikającego z pkt 4.11 lit d specyfikacji technicznej. Zamawiający wymagał, aby wskaźniki temperatury oleju oraz uzwojenia były wyposażone w kapilarę bezciśnieniową. Wskaźniki MSRT produkcji Comem zastosowane w ofertowanych przez wykonawcę transformatorach wykorzystują w swoim systemie podwyższone ciśnienie, które ma oddziaływać na wskaźnik. Kapilara w powyższym systemie jest, jak sam producent wskazuje w instrukcji, ciśnieniowa.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba uznała, iż podniesione zarzuty nie zasługują na uwzględnienie, wobec czego odwołanie podlega oddaleniu.

W ocenie Izby nie potwierdził się postawiony w odwołaniu zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z treścią SIWZ.

Na wstępie należy zauważyć, iż Odwołujący brak niezgodności swojej oferty z treścią SIWZ wywodził z okoliczności, że wymóg, aby wskaźniki temperatury oleju i uzwojenia (termometry) posiadały kapilarę bezciśnieniową stanowi omyłką pisarską. Odwołujący nie kwestionował okoliczności, że zaoferowanie przez niego wskaźniki temperatury oleju i uzwojeń nie posiadają kapilary bezciśnieniowej. Argumentacja Odwołującego sprowadzała się zatem pośrednio do kwestionowania treści opisu przedmiotu zamówienia i sposobu rozumienia określonego w Specyfikacji Technicznej wymogu dla wskaźników pomiaru temperatury oleju i uzwojeń. Zdaniem Odwołującego bowiem, skoro Zamawiający „wymaga zgodności czujników z określoną normą, wybierając czujniki manometryczne, to użycie określenia kapilara bezciśnieniowa zostało użyte na zasadzie oczywistej omyłki pisarskiej.” Izba wskazuje jednak, iż ustalanie rzeczywistej treści SIWZ nie powinno następować na obecnym etapie postępowania. Jeśli Odwołujący miał wątpliwości w zakresie interpretacji określonych postanowień czy wymogów ustalonych przez Zamawiającego czy też w jego ocenie pomiędzy poszczególnymi wymogami zachodziła niespójność, to przysługiwało mu prawo do zadawania pytań i doprecyzowania opisanych oczekiwań lub skorzystania ze środków ochrony prawnej wobec niejednoznaczności postanowień SIWZ. Tymczasem ani Odwołujący, ani żaden inny wykonawca nie wskazywał przed upływem terminu składania ofert na jakiegokolwiek wątpliwości czy niejednoznaczności w zakresie wymogu wyposażenia termometrów w kapilarę bezciśnieniową. Izba wskazuje, iż od profesjonalisty w danej dziedzinie uzasadnione jest wymaganie większej staranności niż od innych uczestników rynku, a to skutkuje potrzebą zwrócenia się do Zamawiającego o udzielenie potrzebnych interpretacji postanowień SIWZ celem przygotowania poprawnej oferty. Odwołujący - przyjmując założenie, że tak sformułowany w Specyfikacji Technicznej wymóg odnośnie kapilary, w którą wyposażone mają być wskaźniki pomiaru temperatury stanowi omyłkę i nie zwracając się do Zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie tej kwestii - przyjął na siebie również ryzyko, że złożona oferta na dostawę transformatorów wyposażonych we wskaźniki pomiaru nie posiadające bezciśnieniowej kapilary może nie odpowiadać treści SIWZ. Izba wskazuje, iż na wykonawcy, jako podmiocie profesjonalnym, spoczywa obowiązek szczegółowego zapoznania się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia i rzetelnego skonstruowania oferty w sposób zgodny z wymaganiami SIWZ.

Niezależnie od powyższego w ocenie Izby analiza treści postanowień SIWZ w przedmiotowym zakresie nie daje podstaw do uznania, iż wymóg posiadania przez wskaźniki temperatury kapilary bezciśnieniowej stanowił oczywistą omyłkę, a urządzenie zaoferowane przez Odwołującego odpowiadało treści SIWZ. Brzmienie treści punktu 4.11 lit. d) Specyfikacji Technicznej stanowiącej Załącznik nr 1 do SIWZ jest jednoznaczne - Zamawiający wymagał, aby kapilara będąca elementem wskaźników pomiaru (termometrów) była bezciśnieniowa. Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego jakoby o ww. omyłce świadczyło odniesienie się przez Zamawiającego do wymogów wynikających z normy PN-EN 50216-11:2009E, z którą zgodne miały być czujniki temperatury. Jak wynika z treści tej normy (załączonej do pisma Odwołującego z 13 marca 2018 r.) nie zawiera ona szczegółowych wymogów dotyczących

kapilary poza wskazaniem standardowych długości i konieczności odpowiedniego zbrojenia w celu uniknięcia uszkodzeń. Sam Odwołujący w treści ww. pisma wskazał, że norma zawiera jedynie opis najważniejszych cech użytkowych wskaźników temperatury. Okoliczność, że czujnik temperatury musi być zgodny z ww. normą była bezsporna pomiędzy Stronami, natomiast z samego tego faktu nie sposób wywieść wniosku, jaki wywodzi Odwołujący, że odniesienie się przez Zamawiającego do tej normy jako obiektywnego kryterium oceny wskazuje na omyłkowe użycie określenia „kapilara bezciśnieniowa.” Jak wskazał Zamawiający podczas rozprawy wymóg dotyczący kapilary bezciśnieniowej był wymaganiem dodatkowym, niezależnym od konieczności zaoferowania urządzenia wyposażonego w czujniki pomiaru zgodnie z normą PN-EN 50216-11:2009E. Odwołujący nie wykazał zaś, aby sporny wymóg był niezgodny z ww. normą, w szczególności aby pomiędzy wymaganiami wynikającymi z tej normy a dodatkowym wymaganiem Zamawiającego w zakresie bezciśnieniowości kapilary istniała kolizja, która pozwalałaby poddać w wątpliwość możliwość zaoferowania urządzenia wyposażonego w taką kapilarę. Tego rodzaju wątpliwości nie zostały również podniesione przez żadnego z wykonawców przed upływem terminu składania ofert.

W ocenie Izby wymóg zaoferowania urządzenia, którego wskaźniki temperatury oleju i uzwojenia posiadają bezciśnieniową kapilarę sprowadzał się do konieczności zaoferowania takiego rozwiązania, które nie opiera się na różnicy ciśnień (co potwierdził Zamawiający podczas rozprawy), nie wykorzystuje podwyższonego ciśnienia. Mieć należy na uwadze, że Odwołujący zaproponował rozwiązanie oparte o technologię inną niż dwaj pozostali wykonawcy, którzy złożyli oferty w postępowaniu. Zamawiający w toku postępowania zwrócił się do wszystkich wykonawców, aby przedstawili wyjaśnienia w zakresie opisu budowy i zasad działania wskaźnika temperatury oleju (termometru) oraz wskaźnika temperatury uzwojenia transformatora (termometrze) z uwzględnieniem informacji dotyczących zastosowanych w nich kapilar, a także uszczegółowienia opisu i zasady działania kapilary/sondy umieszczonej w kieszeni termometrycznej w pokrywie kadzi. Wskaźniki pomiaru temperatury oleju i uzwojeń w transformatorach oferowanych przez Odwołującego wyposażone były w technologię opierającą się na wzroście ciśnienia w układzie, z zastosowaniem tzw. rurki Bourdona, z kolei pozostali wykonawcy zaproponowali rozwiązania oparte na technologii tzw. miechów (wykonawca ZREW Transformatory S.A. na systemie miechów AKM, a Przystępujący na technologii mieszka rozprężnego Messko BeTech). Z przedstawionych przez Odwołującego wraz z ofertą oraz na ww. wezwanie informacji i dokumentów wynika, iż zaoferował on transformatory wyposażone we wskaźniki temperatury producenta COMEM, tj. termometr manometryczny czterokontaktowy do pomiaru temperatury oleju typ MSRT 150 oraz termometr manometryczny do pomiaru temperatury uzwojeń typ MSRT 150W. Z załączonych do oferty dokumentów producenta COMEM wynika, iż oba ww. termometry posiadają czujniki temperatury typu rozszerzalnościowego (ciśnieniowego). Ponadto w treści wyjaśnień Odwołujący wskazał, że „sprężyna Bourdona pod wpływem napełniania jej cieczą czynną zmienia swój przekrój oraz zwiększa promień ugięcia. [...] System pomiarowy jest wypełniony cieczą i utrzymywany pod ciśnieniem, a w zależności od zmiany ciśnienia dochodzi do zmiany promienia ugięcia sprężyny Bourdona.” Odwołujący nie kwestionował tego, że zaoferowane w transformatorach wskaźniki temperatury oleju i uzwojeń wyposażone są w kapilarę ciśnieniową, nie kwestionował również, iż wykorzystują one w swoim systemie podwyższone ciśnienie, na co wskazywał Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego. Tymczasem w odniesieniu do ofert pozostałych wykonawców zarówno z wyjaśnień samych wykonawców, jak i dokumentów przez nich złożonych, wynika, że zastosowana technologia oparta na tzw. miechach jest technologią - używając nomenklatury stosowanej przez ich producentów - bezciśnieniową, system pomiarowy nie jest utrzymywany pod ciśnieniem. Jak wynika z Instrukcji obsługi termometru wskazówkowego MESSKO BeTech przedstawionej przez Przystępującego (str. 4) urządzenie pomiarowe nie znajduje się pod ciśnieniem i jest wypełnione cieczą. Również w instrukcji dotyczącej termometru AKM 345 (zaoferowanego przez wykonawcę ZREW Transformatory S.A.) mowa jest o systemie miechów „bez ciśnienia.” Jak wskazywał Przystępujący technologia zastosowana w zaoferowanym przez niego systemie pomiarowym oparta jest na bezciśnieniowym mieszk rozprężnym. W tym przypadku system pomiarowy także jest wypełniony cieczą, ale nie jest utrzymywany pod ciśnieniem, co powoduje większą odporność urządzeń na uszkodzenia wynikające z wycieków czynnika.

Dokumentacja postępowania potwierdza zatem prezentowane przez Zamawiającego rozumienie pojęcia „bezciśnieniowej kapilary,” jak również wskazuje na to, że istniała możliwość zaoferowania takich rozwiązań, które przez producentów i podmioty funkcjonujące w tej branży, określane są jako bezciśnieniowe (tj. w których system pomiarowy nie jest utrzymywany pod ciśnieniem), wykorzystujące technologię inną niż wskaźniki temperatury zaoferowane przez Odwołującego. Tak też wymóg bezciśnieniowej kapilary zrozumieli pozostali wykonawcy biorący udział w postępowaniu, oferując urządzenia oparte na technologii tzw. miechów, a nie na tzw. rurce Bourdona. Izba nie podzieliła argumentacji Odwołującego jakoby użycie w materiałach producentów innych systemów pomiaru temperatury niż zaoferowane przez Odwołującego mogło stanowić „taktyki marketingowe poprzez użycie słów o kapilarach bezciśnieniowych.” Przystępujący i wykonawca ZREW Transformatory S.A. oparli się na rozwiązaniach różnych producentów, z których każdy

wskazywał na bezciśnieniowość zastosowanej technologii. Odwołujący nie kwestionował zaś okoliczności, że systemy te nie wykorzystują podwyższonego ciśnienia ani nie wskazywał, że opierają się one na różnicy ciśnień. Podnosił jedynie, że ciśnienie - jako zjawisko fizyczne - zawsze występuje.

W konsekwencji Izba nie uwzględniła stanowiska Odwołującego, iż zaoferował urządzenie, które działa w taki sam sposób, jak urządzenia zaoferowane przez innych wykonawców. Ponadto jak wynika z twierdzeń Zamawiającego i Przystępującego urządzenie oparte na technologii bezciśnieniowej jest bardziej odporne na uszkodzenia wynikające z wycieków czynnika, czemu Odwołujący nie zaprzeczył. Odwołujący nie kwestionował również podnoszonej przez Przystępującego argumentacji, że rozwiązania oparte o technologię tzw. miechów są rozwiązaniami droższymi, lepszej jakości. Nie można zatem uznać, że dla Zamawiającego nie miało znaczenia jaką technologię wskaźników pomiaru temperatury oleju i uzwojeń w transformatorach zastosują wykonawcy.

Argumentacji Odwołującego nie potwierdzają również przedstawione przez niego dowody. Powoływana jako załączniki do pisma z dnia 13 marca 2018 r. literatura odnosi się w zasadzie jedynie do kwestii związanych z budową termometrów i ich rodzajów, nie wskazuje na okoliczność czy zastosowanie w systemach pomiaru technologii oparte na rurce Bourdona oraz tzw. miechach świadczy o tym, że wykorzystują one podwyższone ciśnienie oddziałujące na wskaźnik czy też nie opierają się na różnicy ciśnień. Z kolei przedstawiona przez Odwołującego opinia Politechniki Poznańskiej, jako opinia prywatna sporządzona na zlecenie Odwołującego, może być oceniana jedynie jako stanowisko Odwołującego w sprawie i stanowi wyłącznie dowód tego, że osoba, która ją podpisała wyraziła przedstawiony w opinii pogląd. Ponadto zauważyć należy, iż opiniujący wskazał, że wszystkie trzy zaoferowane urządzenia nie są urządzeniami bezciśnieniowymi, ponieważ dla zapewnienia poprawnej pracy termometrów konieczne jest ciśnienie czynnika roboczego co najmniej takie jak ciśnienie otoczenia. Tymczasem, jak zwrócono uwagę już powyżej, wymóg bezciśnieniowej kapilary sprowadzał się do zaoferowania urządzenia wyposażonego w system pomiaru temperatury, który nie opiera się na różnicy ciśnień, a tej kwestii opinia nie porusza. Żaden z dowodów przedstawionych przez Odwołującego nie przeczy także temu, że rozwiązanie zaoferowane przez niego wykorzystuje podwyższone ciśnienie w układzie, jak również nie odnosi się do tego czy rozwiązania oparte na technologii tzw. miechów opierają się na różnicy ciśnień w układzie czy przeciwnie. Z kolei odwoływanie się przez Odwołującego do innych postępowań prowadzonych przez Zamawiającego i inne podmioty na dostawę transformatorów pozostaje bez znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy. Zamawiający uprawniony jest do takiego kształtowania opisu przedmiotu zamówienia, aby odpowiadał jego uzasadnionym potrzebom w określonym momencie. Fakt, iż w innych postępowaniach Zamawiający nie przewidział wymogu w zakresie bezciśnieniowości kapilary nie oznacza, że obecnie taka technologia pomiaru temperatury nie jest pożądana przez Zamawiającego, tym bardziej, że postępowania, na które powoływał się Odwołujący w piśmie z dnia 13 marca 2018 r. i jego załącznikach prowadzone były w latach 2010-2012, a postępowanie prowadzone przez inny oddział Energa Operator S.A. w 2009 r. Podobnie nieuzasadnione jest powoływanie się przez Odwołującego na fakt zaoferowania przez Przystępującego termometru zbudowanego w oparciu o rurkę Bourdona w postępowaniu przetargowym prowadzonym przez innego zamawiającego (PGE Dystrybucja S.A. Oddział Białystok) w 2014 r., każde postępowanie posiada bowiem swoją specyfikę i zróżnicowane wymogi w zakresie przedmiotu zamówienia, Odwołujący nie wskazał zaś jakie wymogi odnośnie przedmiotu zamówienia zostały postawione w postępowaniu prowadzonym przez PGE Dystrybucja S.A.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, iż Zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pzp odrzucając ofertę Odwołującego jako niezgodną z treścią SIWZ.

W konsekwencji Izba nie uznała za zasadne również pozostałych zarzutów odwołania, tj. zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy Pzp, art. 2 pkt 5 w zw. z art. 91 ust. 1 Ustawy Pzp, art. 5, art. 58 § 1 i 2 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 Ustawy Pzp, art. 22 w zw. z art. 8 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, art. 17 ust. 1c ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, które Odwołujący opierał na tych samych okolicznościach faktycznych co zarzut dotyczący odrzucenia oferty Odwołującego. Podkreślić ponadto należy, że zarzuty te nie zostały przez Odwołującego w żaden sposób wyjaśnione i uzasadnione w treści odwołania, co już samo w sobie przesądzało o ich bezzasadności. Należy także wskazać, iż zgodnie z art. 179 ust. 1 Ustawy Pzp środki ochrony prawnej przysługują w przypadku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy Pzp, wobec czego co do zasady naruszenie przez Zamawiającego przepisów innych ustaw, w tym na przykład ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (z wyłączeniem aktów wykonawczych do Ustawy Pzp oraz przepisów Kodeksu cywilnego, stosowanych odpowiednio na podstawie art. 14 ust. 1 Ustawy Pzp) nie może stanowić podstawy do korzystania z środków ochrony prawnej. Powoływanie się na naruszenia przepisów innych ustaw może stanowić jedynie posiłkową argumentację odnoszącą się do

konkretnego przepisu Prawa zamówień publicznych, nie powinno być natomiast samodzielną podstawą do skorzystania z środka ochrony prawnej jakim jest odwołanie.

Mając na uwadze wszystko powyższe, Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie i na podstawie art. 192 ust. 1 Ustawy orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Ustawy oraz na podstawie § 3 pkt 1) i pkt 2 lit. b) w zw. z § 5 ust. 3 pkt 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 z późn. zm.), zaliczając w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł uiszczonej przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, a także uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3600 zł i zasądzając ich zwrot od Odwołującego na rzecz Zamawiającego z uwagi na oddalenie odwołania.

Przewodniczący: .....