

WYROK

z dnia 21 czerwca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Młacka

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 czerwca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 07 czerwca 2019 przez Wykonawcę Elektryczne Rogum Śląsk Sp. z o.o. (ul. Pawliczka 25, 41-800 Zabrze) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. (ul. Węglowa 5, 97-400 Bełchatów)

przy udziale Wykonawcy Centrum Elektryczne "Ania" B. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k. (ul. Traugutta 43, 98-300 Wieluń) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego Elektryczne Rogum Śląsk Sp. z o.o. (ul. Pawliczka 25, 41-800 Zabrze) i

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego Elektryczne Rogum Śląsk Sp. z o.o. (ul. Pawliczka 25, 41-800 Zabrze) tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Odwołującego Elektryczne Rogum Śląsk Sp. z o.o. (ul. Pawliczka 25, 41-800 Zabrze) na rzecz Zamawiającego PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. (ul. Węglowa 5, 97-400 Bełchatów) kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) 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 (Dz.U. z 2018 r. poz. 1986 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim.

Przewodniczący:

Zamawiający: PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Dostawa górniczych przewodów elektrycznych oponowych dla PGE GiEK S.A. Oddział Kopalnia Węgla Brunatnego Bełchatów oraz Oddział Kopalnia Węgla Brunatnego Turów”. Odwołujący Elektable Rogum Śląsk sp. z o.o. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 38 ust. 1 PZP poprzez odmowę udzielenia odpowiedzi na pytania nr 9 tiret 1 oraz nr 9 tiret 3, art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 29 ust. 1, 2 i 3 PZP poprzez przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także niedopuszczenia do składania ofert na produkty/towary równoważne, co będzie skutkowało udzieleniem zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami PZP oraz poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję - w zakresie w jakim Zamawiający: nie udzielił odpowiedzi na pytania nr 9 tiret 1 i 9 tiret 3, udzielił odpowiedzi na pytania nr 10 i nr 12.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu udzielenia odpowiedzi na pytania nr 9 tiret 1 i 9 tiret 3 poprzez uchylenie wymogu „jednorazowości”, względnie jednoznaczne sprecyzowanie, co „jednorazowość” dostawy ma oznaczać, nakazanie Zamawiającemu zmiany odpowiedzi na pytanie nr 10 poprzez dopuszczenie przez Zamawiającego stosowania nowocześniejszych materiałów, które są równoważne z materiałami gumowymi, co jest potwierdzone opinią na temat równoważności wydaną przez jednostkę akredytowaną, nakazanie Zamawiającemu zmiany odpowiedzi na pytanie nr 12 poprzez wyłączenie do odrębnej części zamówienia przewodu znajdującego się obecnie w części 2 (pozycja nr 1], tj. przewodu ONGOREKGŻ-G(S) 3x95+3x50/3 mm² 18/30 kV,

Wykonawca przesłał do Zamawiającego następujące pytania:

1) „W nawiązaniu do zapisów pkt 10.3 SIWZ, gdzie Zamawiający żąda od Wykonawcy zdolności technicznej lub zawodowej tj.: w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert w postępowaniu, wykonał dostawę lub dostawy przewodów górniczych, oponowych średniego lub niskiego napięcia, jednorazowo, o wartości co najmniej:

- a) 300 000,00 PLN netto, w przypadku składania oferty na część nr 1 postępowania;
- b) 1 500 000,00 PLN netto, w przypadku składania oferty na część nr 2 postępowania;
- c) 200 000,00 PLN netto, w przypadku składania oferty na część nr 3 postępowania.

Prosimy o wyjaśnienie:

- co Zamawiający rozumie przez słowo jednorazowo?

- czym Zamawiający kieruje się żądając dostaw wykonanych jednorazowo o podanych wartościach w pkt 10.3, kiedy sam w pkt 6 SIWZ (Termin wykonania zamówienia] rozpisuje dostawy terminowo, a tylko dla części 3 w pkt 6.4 sugeruje, że dostawę można zrealizować w całości jako jedną dostawę.

- czy Zamawiający dokonując zapisu "jednorazowo" nie ogranicza konkurencji i możliwości złożenia ofert przez większą ilość dostawców ?

- czy Zamawiający zaakceptuje warunek udziału w Postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej jeżeli Wykonawca w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert w postępowaniu wykaże się realizacją dostaw o łącznej wartości netto nie mniejszej niż:

- a) 300 000,00 PLN netto, w przypadku składania oferty na część nr 1 postępowania;
- b) 1 500 000,00 PLN netto, w przypadku składania oferty na część nr 2 postępowania;
- c) 200 000,00 PLN netto, w przypadku składania oferty na część nr 3 postępowania."

Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi:

na tiret pierwszy:

„Zamawiający przez słowo „jednorazowo”, rozumie dostawę do odbiorcy przedmiotu

zamówienia, o wartości wskazanej odpowiednio dla części zamówienia, w wyniku jednej dostawy. Postawienie takiego warunku jest podyktowane wymaganiami Zamawiającego, w celu pozyskania informacji, czy Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia, będą w stanie zrealizować jednorazowo dostawę o wymaganej wartości postawionej w warunku." na tiret trzeci:

„Zamawiający dokonując zapisu „jednorazowo” nie ogranicza konkurencji i możliwości złożenia ofert przez większą ilość dostawców. Jest to wymóg Zamawiającego podyktowany specyfiką prowadzonej działalności gospodarczej. Wykonawca, który nie jest w stanie spełnić warunku udziału w postępowaniu, może złożyć ofertę wspólnie z innym wykonawcą lub powołać się na doświadczenie podmiotu trzeciego.”

2) „W załączniku nr 1 do SIWZ (Opis Przedmiotu Zamówienia) w części nr 2 zamówienia Zamawiający dla budowy przewodów wskazał zgodność z normą PN-89/E-29100. Czy Zamawiający dopuszcza stosowanie nowocześniejszych materiałów, które są równoważne z materiałami gumowymi, co jest potwierdzone opinią na temat równoważności wydaną przez jednostkę akredytowaną?”

Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi:

„Przewody powinny być zbudowane zgodnie z normą PN-89/E-29100.

W związku z powyższym nie dopuszczamy stosowania na izolację żył i oponę innych materiałów niż wymienione w SIWZ.”

3) „Ponadto, zwracamy się do Zamawiającego z wnioskiem o wyłączenie do odrębnej części zamówienia przewodu znajdującego się obecnie w części 2 (pozycja nr 1), tj. przewodu ONGCREKGŻ-G(S) 3x95+3x50/3 mm² 18/30 kV. Zamawiający opisując przedmiot zamówienia w zakresie części nr 2 "Dostawa górniczych przewodów oponowych ŚN do zasilania przenośników taśmowych dla Oddziału KWB Bełchatów¹, połączył dwa napięcia przewodu ONGCREKGŻ-G(S) tj. 6/1 OkV oraz 18/30kV, ograniczając możliwość złożenia oferty producentom specjalizującym się w produkcji kabli i przewodów na napięcie do 10 kV. Biorąc pod uwagę powyższe Zamawiający, przy aktualnej konstrukcji części nr 2, ogranicza możliwość konkurencji, a tym samym uzyskania dla siebie najkorzystniejszej oferty cenowej. Wnosimy zatem o pozytywne rozpatrzenie naszego wniosku i wyłączenie z części nr 2 poz. 1 do odrębnej części zamówienia.”

Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi:

„Zamawiający nie widzi potrzeby ani konieczności wyłączenia pozycji nr 1 czyli przewodu ONGCREKGŻ-G(S) 3x95+3x50/3 mm² 18/30 kV z II części zamówienia. II część zamówienia stanowią przewody średniego napięcia dla KWB Bełchatów.”

W ocenie Odwołującego, reakcja Zamawiającego na pytanie nr 9 tiret 1. i tiret 3. (wskazane powyżej pod nr 1)) stanowi naruszenie art. 38 PZP - Zamawiający nie udzielił merytorycznej odpowiedzi na pytanie związane z SIWZ, na które odpowiedź ma istotny wpływ na składaną przez wykonawcę ofertę w postępowaniu. Zdaniem Odwołującego z udzielonej odpowiedzi nie wynika, co należy rozumieć przez „jednorazowość” dostawy. W skrajnym przypadku można by zakładać, że przedmiot zamówienia - dany rodzaj kabla o określonych parametrach i w określonej ilości ma zostać załadowany i dostarczony [dowieziony] do miejsca odbioru jednym środkiem transportu w ramach jednego kursu samochodowego/kolejowego. Nadto, w ocenie Odwołującego, „definiowanie” wymagań wobec uczestników postępowania, z którego nic nie wynika, powoduje ograniczenie konkurencji.

W odniesieniu do pytania nr 10 i 12 (oznaczonych powyżej nr 2 i 3) Odwołujący wskazał, że oferowane przez niego górnicze przewody oponowe w powłoce z elastycznego materiału polimerowego o zwiększonej giętkości typu FLEX, produkowane przez producenta Rogum

Kable Sp. z o.o. cechuje równoważność co do możliwości ich stosowania w sposób analogiczny i w analogicznych warunkach jak górnicze przewody w powłokach gumowych. Przewody te przeszły badania (z wynikiem pozytywnym) w Centrum Badań i Certyfikacji Instytutu Technik Innowacyjnych EMAG (Opinia techniczna nr 4766/2017, Opinia techniczna nr 3948/2016, Atest nr 4766/3948/A1/2017, Atest nr 4766/3948/A2/2017, Opinia techniczna nr 5484/2019), jak również posiadają opinię techniczną Nr TEST/21/0.2017 (wydaną przez Jednostkę Opiniującą, Atestującą i Certyfikującą Wyroby TEST Sp. z o.o. Siemianowicach Śląskich), potwierdzającą wyżej opisaną równoważność przewodów przy jednoczesnej wyższej wytrzymałości mechanicznej, temperaturowej i elastyczności w porównaniu do przewodów tradycyjnych z powłoką gumową).

Odwołujący wskazał, że oferowany przez niego produkt jest dopuszczony jako rozwiązanie równoważne w coraz większej ilości postępowań realizowanych przez podmioty z branży podziemnych zakładów górniczych górnictwa węgla kamiennego.

Na zadane przez Odwołującego pytanie Zamawiający udzielił krótkiej negatywnej odpowiedzi, wyłączając możliwość dostaw materiałów, nowocześniejszych, innowacyjnych i zgodnych parametrowo z potrzebami Zamawiającego, a zatem całkowicie równoważnych.

W zakresie odpowiedzi na ostatnie z pytań Odwołujący wskazał, że odmowa przez Zamawiającego uwzględnienia wniosku Odwołującego o wyłączenie dostawy przewodu do odrębnego zadania nie została uzasadniona w żaden konkretny sposób, poza lakonicznym stwierdzeniem, że druga część zamówienia obejmuje przewody średniego napięcia. W ocenie Odwołującego, taka postawa eliminuje szansę poprawy/zapewnienia konkurencyjności w zakresie drugiego z przewodów średniego napięcia.

Odwołujący wskazał, że wszystkie wskazane nieprawidłowości w postępowaniu wiążą się z naruszeniem art. 7 i art. 29 ust. 2 i 3 PZP, a więc obejmują zachowania (naruszenia) zasad uczciwej konkurencji, ewentualnego nieprawidłowego opisu przedmiotu zamówienia, który obiektywnie mógłby utrudnić uczciwą konkurencję w odniesieniu do profesjonalnych wykonawców z danego segmentu rynku usług. W ocenie Odwołującego przy tak skonstruowanej SIWZ oraz wyjaśnieniach Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu dochodzi do niedozwolonego faworyzowania niektórych potencjalnych wykonawców, którzy stanowią bezpośrednią konkurencję dla Odwołującego. Nadto brak jest precyzyjnego i pełnego opisu przedmiotu zamówienia.

Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie sformułował wniosek o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zdaniem Zamawiającego, termin na wniesienie odwołania na postanowienia SIWZ rozpoczął się od dnia publikacji SIWZ i w żadnym zakresie nie mógł on ulec przesunięciu. Tym bardziej, że odpowiedzi na wszystkie pytania Odwołującego zostały udzielone, a ponadto nie zmieniły one postanowień SIWZ.

Izba oddaliła wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania.

Jednym z zarzutów odwołania jest brak udzielenia odpowiedzi przez Zamawiającego. Oznacza to, że podstawą do wniesienia odwołania jest czynność, w której Zamawiający udzielił lub zaniechał udzielenia odpowiedzi na pytanie wykonawcy. Zarzut ten nie dotyczy zatem samej treści SIWZ, ale czynności Zamawiającego dotyczącej udzielenia odpowiedzi na pytanie zadane przez Wykonawcę.

Ponadto kolejny zarzut odwołania dotyczy odmowy Zamawiającego dopuszczenia w opisie przedmiotu zamówienia równoważnych produktów. Czynność zaskarżona przez Odwołującego nie dotyczy zatem wyłącznie samej treści SIWZ, ale także reakcji Zamawiającego w postaci udzielenia odpowiedzi na pytanie zadane przez Wykonawcę. Podobne uwagi dotyczą zarzutu odwołania dotyczącego odpowiedzi Zamawiającego na pytanie Wykonawcy o możliwość wyłączenia jednego z produktów do odrębnego postępowania. Podobnie i w tym przypadku, czynność zaskarżona przez Odwołującego nie dotyczy zatem wyłącznie samej treści SIWZ, ale także reakcji Zamawiającego w postaci udzielenia odpowiedzi na pytanie zadane przez Wykonawcę.

Ponadto okoliczność, że w wyniku udzielonych odpowiedzi na pytania wykonawców nie uległa zmianie treść SIWZ, nie jest okolicznością wystarczającą do tego, aby uznać, że odwołanie zostało wniesione po terminie. Jak wskazano powyżej, w niniejszym postępowaniu podstawą zaskarżenia był zarówno sposób udzielenia odpowiedzi na zadane pytanie i treść tych odpowiedzi. Z ust. na powyższe okoliczności, Izba oddaliła wniosek

Zamawiającego o odrzuceniu odwołania.

Izba zważyła co następuje:

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 38 ust. 1 ustawy Prawi zamówień publicznych poprzez odmowę udzielenia odpowiedzi na pytanie nr 9 tiret 1 i tiret 3 jest bezzasadny. Odwołujący zadał pytanie: co Zamawiający rozumie przez słowo „jednorazowo” zawarte w treści postawionego warunku. W odpowiedzi Zamawiający wyjaśnił, iż przez słowo „jednorazowo” rozumie dostawę do odbiorcy przedmiotu zamówienia o wartości wskazanej odpowiednio dla części zamówienia, w wyniku jednej dostawy.

Zamawiający udzielił zatem odpowiedzi na pytanie, co oznacza, że zarzut naruszenia art. 38 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych jest bezzasadny.

Ponadto Zamawiający wyjaśnił, że postawienie określonego w SWZ warunku jest podyktowane wymaganiami Zamawiającego, w celu pozyskania informacji, czy Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia będą w stanie zrealizować jednorazowo dostawę o wymaganej wartości postawionej w warunku.

W ocenie Izby Zamawiający udzielił odpowiedzi stosownie do treści pytania Wykonawcy. Wyjaśnił, co w jego ocenie oznacza stwierdzenie „jednorazowo”. Jednorazowość odnosi się zatem do tego, że jedna dostawa ma być o wartości wskazanej przez Zamawiającego, co w ocenie Izby nie powinno powodować trudności ze zrozumieniem treści tego warunku.

Jak trafnie zauważył Zamawiający, warunek udziału w postępowaniu dotyczący realizacji dostaw ilościowych postawiony został (tak jak w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia) w celu sprawdzenia potencjalnych możliwości wykonawców mających realizować dostawy. Tym samym warunek należy odczytywać przez pryzmat opisu przedmiotu zamówienia.

Odwołujący w treści odwołania wskazał, że: „Z udzielonej odpowiedzi nie wynika, co należy rozumieć przez „jednorazowość” dostawy. W skrajnym przypadku można by zakładać, że przedmiot zamówienia - dany rodzaj kabla o określonych parametrach i w określonej ilości ma zostać załadowany i dostarczony [dowieziony] do miejsca odbioru jednym środkiem transportu w ramach jednego kursu samochodowego/kolejowego.” Należy zauważyć że Odwołujący nie zadał Zamawiającemu pytania tak szczegółowego, jak to przedstawił w treści odwołania. Nadto, nie zdecydował się poprosić Zamawiającego o uszczegółowienie, czy doprecyzowanie odpowiedzi na pytanie. Zamawiający udzielił natomiast odpowiedzi na pytanie stosownie do jego treści i poziomu ogólności.

Ponadto wpisując sformułowanie „jednorazowo”, Zamawiający nie ograniczył konkurencji i możliwości złożenia oferty przez większą ilość dostawców. Przede wszystkim Odwołujący nie wykazał, w jaki sposób miałyby dojść do ograniczenia konkurencji. Ponadto, Zamawiający miał prawo sformułować warunek w taki sposób, aby odpowiadał on przedmiotowi zamówienia.

Zamawiający w treści odpowiedzi na pytanie stwierdził także, że Wykonawca, który nie jest w stanie spełnić warunku udziału w postępowaniu, może złożyć ofertę wraz z innym Wykonawcą lub powołać się na doświadczenie podmiotu trzeciego, co oznacza, że wykonawcy mają możliwości złożenia oferty.

Tym samym, nie można uznać, że Zamawiający nie udzielił odpowiedzi na pytanie Odwołującego i tym samym nie można uznać, aby naruszył jakikolwiek przepis ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie można także uznać, aby Zamawiający ograniczył konkurencję, czy możliwości złożenia oferty przez większą ilość wykonawców.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 29 ust. 1, 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także niedopuszczenia do składania ofert na produkty/towary równoważne jest bezzasadny.

Odwołujący wskazując na opis przedmiotu zamówienia w części drugiej dla budowy przewodów, gdzie została wskazana norma PN-89/E-29100, zwrócił się do Zamawiającego z pytaniem, czy Zamawiający dopuszcza stosowanie materiałów, które są równoważne z materiałami gumowymi. Formułując pytanie Odwołujący powołał się na posiadaną opinię jednostki akredytowanej. W odpowiedzi Zamawiający stwierdził, że przewody powinny być

zbudowane zgodnie z normą PN-89/E-29100. W związku z czym Zamawiający nie dopuszcza stosowania na izolację żył i oponę innych materiałów niż wymienione w SIWZ.

Zamawiający jest uprawniony do dokonania opisu przedmiotu zamówienia stosownie do potrzeb. W niniejszym postępowaniu Zamawiający uzasadnił potrzeby, którymi kierował się dokonując opisu przedmiotu zamówienia i wyjaśnił, dlaczego nie jest możliwe dopuszczenie produktu, na który wskazywał Odwołujący, jako rozwiązanie równoważne. Zamawiający wyjaśnił, że zamawia produkt, który jest sprawdzony od lat, stosowany z dobrym skutkiem i który w pełni sprawdza się w trudnych warunkach działalności Zamawiającego. Właściwości produktów gumowych są dobrze znane i sprawdzone w wieloletniej praktyce eksploatacyjnej, parametry są uniwersalne, sprawdzają się w trudnych warunkach w kopalni, gdzie występuje narażenie na oddziaływanie atmosferyczne, ekstremalne temperatury, promieniowanie UV, śnieg, lód, wilgoć, rozciąganie, nierzadko przejeżdżanie.

Zamawiający wskazał szereg okoliczności, które uzasadniają jego potrzeby. Podkreślił, że określa w opisie przedmiotu zamówienia rodzaj materiału na izolację i oponę, ponieważ rodzaj materiału determinuje wiele parametrów i właściwości użytkowych przewodu, takich jak: odporność na temperaturę i giętkość w ujemnych temperaturach, odporność na ścieralność, na nacięcia, na rozrywanie, niepalność, odporność na działanie czynników atmosferycznych, na promieniowanie ultrafioletowe i ozon, na rozwój wyładowań niezupełnych związanych z drzewieniem izolacji i w konsekwencji przebiciem izolacji po upływie kilku lat, odporność mikrobiologiczną i na gryzonie, odporność na działanie czynników chemicznych, olejów, odporność na starzenie, odporność na uderzenia, odporność na zgniatanie, odkształcenia trwałe w podwyższonej temperaturze, wytrzymałość na rozciąganie i wydłużenie przy zerwaniu izolacji i opony, wytrzymałość na rozciąganie przed starzeniem i po starzeniu cieplnym. Zwrócił także uwagę, że użytkowane przewody sterownicze w izolacji tworzywowej są dewastowane przez gryzonie, szczególnie w okresie zimowym, doprowadzając do poważnych awarii. Nadto, zachowanie jednego rodzaju przewodów - gumowych - gwarantuje możliwość łączenia przewodów podczas procesu ciągłych przebudów. Zastosowanie przewodów innego rodzaju niż stosowane i niemożność wykonania ich łączenia doprowadziłaby do dużych opóźnień w procesie wydobywczym węgla i musiałaby skutkować większymi nakładami finansowymi związanymi z koniecznością wymiany przewodów zasilających układy KTZ i odwodnienia.

Ponadto Zamawiający wskazał, że nie jest tak, że przewody z izolacją i oponą gumową i wykonaną z polimerów są równoważne. Opinie Techniczne i wystawione atesty, jakie przedstawił Odwołujący, odnoszą się do podstawowych parametrów, jakie spełniają wszystkie przewody niezależnie od tego, z czego są wykonane: wygląd, grubość izolacji, wytrzymałość na przebicie, nasiąkliwość i niepalność. Opinia techniczna potwierdza tylko zgodność z normą zakładową firmy Odwołującego. Nieznane są właściwości takie jak: odporność na temperaturę i giętkość w ujemnych temperaturach, odporność na ścieralność, na nacięcia, na rozrywanie, niepalność, odporność na działanie czynników atmosferycznych, na promieniowanie ultrafioletowe i ozon, na rozwój wyładowań niezupełnych związanych z drzewieniem izolacji i w konsekwencji przebiciem izolacji po upływie kilku lat, odporność mikrobiologiczną i na gryzonie, odporność na działanie czynników chemicznych, olejów, odporność na starzenie, odporność na uderzenia, odporność na zgniatanie, odkształcenia trwałe w podwyższonej temperaturze, wytrzymałość na rozciąganie i wydłużenie przy zerwaniu izolacji i opony, wytrzymałość na rozciąganie przed starzeniem i po starzeniu cieplnym. Oferowane przez Odwołującego przewody nie posiadają próby typu i badań odporności na wymagane przez Zamawiającego parametry.

Powyższe argumenty w ocenie Izby w sposób wystarczający uzasadniają potrzeby Zamawiającego. Co więcej, Zamawiający wskazał, że w odróżnieniu od innych Zamawiających (z kopalni węgla kamiennego - gdzie temperatury są stałe), w jego jednostce dochodzi do ciągłych zmian i napięć, co powoduje, że nie można porównywać rozwiązań stosowanych u tego Zamawiającego i u innych Zamawiających.

Odwołujący stwierdził w trakcie rozprawy, że większość argumentacji Zamawiającego jest przedwczesna. Dotyczy bowiem produktu, którego nikt nie zaoferował. Zaoferowany produkt będzie dopiero podstawą weryfikowania na etapie składania ofert, na podstawie składanych przez wykonawców oświadczeń (w procedurze nie zostało przewidziane badanie próbek). W ocenie Izby, wskazane tu okoliczności tym bardziej nie uzasadniają przyjęcia równoważności. Okoliczności, czy produkty równoważne w ogóle będą mogły mieć zastosowanie w szczególnych warunkach pracy Zamawiającego powinna zostać oceniona przed terminem składania ofert. Ocena potrzeb Zamawiającego i badanie w tym zakresie odbywa się co do zasady przed wszczęciem postępowania. Chodzi tu bowiem o niezawodność produktu i bezpieczeństwo, które powinno zostać zapewnione od początku. Tym bardziej, w szczególnych okolicznościach niniejszej sprawy, gdzie dodatkowo ocena

ofert nie odbywa się na podstawie próbek, ale wyłącznie złożonych oświadczeń.

Okoliczność, że wykonawca posiada dany produkt, nie oznacza, że Zamawiający jest zobowiązany dostosować opis przedmiotu zamówienia tak, aby również ten wykonawca mógł złożyć ofertę. Zamawiający, jak wyżej wskazano, ma prawo opisać przedmiot zamówienia stosownie do swoich potrzeb.

Nie można zatem uznać, że opisując przedmiot zamówienia Zamawiający ograniczył konkurencję. Przedmiot umowy jest określony zgodnie z Polską Normą zharmonizowaną z europejską, a zatem szeroko, bez wskazania na wyłączone parametry techniczne, a także nie w sposób wskazujący określonego producenta. Każdy wykonawca, którego produkt spełni wymagania normy, może przystąpić do postępowania. Ponadto, jak wskazał Zamawiający, producentów oferujących przewody będące przedmiotem postępowania zakupowego jest wielu, w tym również polskich, m.in.: Telefonika, Bitner, Prysmian, Helukabel. Powyższe oznacza, że konkurencyjność w postępowaniu jest zapewniona.

W ramach pytania nr 12 Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o wyłączenie do odrębnej części zamówienia przewodu znajdującego się w części drugiej, tj. przewodu ONGCREKGZ- G(s) 3x95+3x50/3 mm² 18/30kV. W odpowiedzi Zamawiający stwierdził, że nie widzi potrzeby ani konieczności wyłączenia przedmiotowego przewodu z drugiej części zamówienia. Drugą część zamówienia stanowią przewody średniego napięcia dla KWB Bełchatów. Zamawiający wyjaśnił także, że w sieci elektroenergetycznej występującej na terenie KWB (Zamawiającego) występują napięcia niskie, czyli do 1 kV oraz napięcia średnie z przedziału 6 kV i 30 kV. Zatem przewody będące przedmiotem zamówienia zostały pogrupowane względem panujących w Kopalni poziomów napięć: napięcia niskie przewody z III części zamówienia, czyli na napięcie 0,6/1 kV, napięcia średnie część II zamówienia przewody 6/10 kV i 18/30 kV oraz część I przewody na napięcie średnie dla oddziału Turów.

W ocenie Izby powyższe okoliczności wskazują na brak po stronie Zamawiającego konieczności wyłączenia do odrębnej części zamówienia przewodu znajdującego się obecnie w części II zamówienia. Zamawiający w sposób wystarczający uzasadnił, że opis przedmiotu zamówienia został podzielony pod względem poziomów napięć, a zatem racjonalnym rozwiązaniem jest, aby przedmiotowy przewód znalazł się w części zamówienia odpowiadającej poziomowi napięcia. Takie zatem opisanie przedmiotu zamówienia nie narusza żadnego przepisu prawa ani też nie ogranicza konkurencyjności.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj. z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący: