

WYROK

z dnia 15 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Konik

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie 10 listopada 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 18 października 2021 roku przez odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Rogum Kable spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszczu Gdańskim oraz Elektrable Rogum Śląsk spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zabrze w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna spółkę akcyjną z siedzibą w Bełchatowie, przy udziale wykonawców:

1) TELE-FONIKA Kable spółka akcyjna z siedzibą w Myślenicach oraz

2) Centrum Elektryczne „ANIA” B. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

spółka komandytowa z siedzibą w Wieluniu,
zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego w charakterze uczestników postępowania po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia wskazanego w pkt 1 petitum odwołania i nakazuje unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, o której mowa w piśmie z 6 października 2021 r. oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego w % i Odwołującego w % i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, po 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszt poniesiony przez Zamawiającego oraz przez Odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą.

3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 1 950 zł 00 gr (słownie: tysiąc dziewięćset pięćdziesiąt złotych, zero groszy), stanowiącą koszt poniesiony przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania i zastępstwa przed Izbą.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), tj. z dnia 18 maja 2021 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129), na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 3097/21

UZASADNIENIE

PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna spółka akcyjna z siedzibą w Bełchatowie, (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Dostawa górniczych przewodów elektrycznych oponowych średniego napięcia dla PGE GiEK S.A. Oddział Kopalnia Węgla Brunatnego Bełchatów”. Numer postępowania: POST/GEK/CSS/PMK-KWB/01397/2021. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 4 czerwca 2021 r. nr 2021/S 107-282856.

Przedmiotowe postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), tj. z dnia 18 maja 2021 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129), dalej jako „ustawa Pzp”.

W postępowaniu tym wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Rogum Kable spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszczu Gdańskim oraz Elektrable Rogum Śląsk spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zabrze (dalej: „Odwołujący”) 18 października 2021 roku złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec:

- 1) odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego,
- 2) zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy TELE-FONIKA Kable spółki akcyjnej z siedzibą w Myślenicach jako w całości niezgodnej z treścią Specyfikacji Warunków Zamówienia;
- 3) zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Centrum Elektryczne „ANIA” B. spółki z ograniczoną odpowiedzialnością spółki komandytowej z siedzibą w Wieluniu jako niezgodnej z treścią Specyfikacji Warunków Zamówienia;

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1. pkt 2) lit c) Pzp w zw. z art. 226 ust.1 pkt 5 Pzp oraz art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego w wyniku bezzasadnego uznania, iż Oferta Odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji warunków zamówienia (dalej jako „SWZ”) z uwagi na rzekome zaoferowanie przez Odwołującego przedmiotu niespełniającego wymagań SWZ w zakresie zastosowanego materiału oferowanych przewodów;
- 2) art. 226 ust.1 pkt 2) lit c) Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 9) Pzp przez zaniechanie odrzucenia w całości oferty wykonawcy TELE-FONIKA Kable S.A. jako w całości niezgodnej z treścią Specyfikacji Warunków Zamówienia,

polegającego na braku przedłożenia przez tego Oferenta katalogów produktów oraz

certyfikatów potwierdzających spełnianie przez oferowane produkty - parametrów opisanych w Opisie Przedmiotu Zamówienia (Załącznik nr 1 do SWZ) w wyniku czego doszło również do zaniechania przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości;

3) art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 9) Pzp, przez zaniechanie odrzucenia w całości oferty wykonawcy Centrum Elektryczne „ANIA” B. Sp. z o.o. Sp.K., jako w całości niezgodnej z treścią Specyfikacji Warunków Zamówienia polegającego na braku przedłożenia przez tego Oferenta katalogów produktów oraz certyfikatów potwierdzających spełnianie przez oferowane produkty - parametrów opisanych w Opisie Przedmiotu Zamówienia (Załącznik nr 1 do SWZ), w wyniku czego doszło również do zaniechania przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości;

4) art. 16 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 99 ust. 4-5 Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejasny oraz z naruszeniem zasad przejrzystości i konkurencyjności.

W związku z powyższym zarzutem, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- 2) odrzucenie oferty TELE-FONIKA Kable S.A., jako niezgodnej z wymogami Specyfikacji Warunków Zamówienia,
- 3) odrzucenie w całości oferty Centrum Elektryczne „ANIA” B. Sp. z o.o. Sp. K., jako niezgodnej z wymogami Specyfikacji Warunków Zamówienia,
- 4) powtórzenie czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu niniejszego

odwołania. Odwołujący wyjaśnił, że istnienie interesu w uzyskaniu zamówienia po stronie Odwołującego wynika z faktu, iż złożył on ofertę w przedmiotowym postępowaniu, która to oferta nie powinna podlegać odrzuceniu, w związku z czym Odwołujący ma realną szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. W wyniku naruszenia przepisów ustawy interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, bowiem Zamawiający dokonał oceny ofert dwóch pozostałych oferentów, których oferty winny podlegać odrzuceniu. Zważywszy na zakres podniesionych zarzutów, Odwołujący ma szansę na uzyskanie zamówienia, ponieważ w przypadku uwzględnienia odwołania w całości, można nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności Zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności Zamawiającego zgodnie z żądaniami Odwołującego. Zdaniem Odwołującego mając na uwadze powyższe, można realnie zakładać, że po ponownym badaniu i ocenie ofert w wyniku wykonania wyroku Izby, Zamawiający dokona wyboru oferty Odwołującego.

Odwołujący wyjaśnił, że w wyniku zasygnalizowanych naruszeń ustawy Odwołujący został narażony na szkodę związaną z ryzykiem utraty spodziewanego zysku z tytułu realizacji kontraktu na rzecz Zamawiającego, które to zamówienie powinno zostać udzielone Odwołującemu. W konsekwencji, Odwołujący może nie uzyskać zamówienia i w ten sposób nie osiągnąć zysku, który planował osiągnąć w wyniku realizacji przedmiotowego zamówienia (lucrum cessans).

W dalszej kolejności Odwołujący wyjaśnił, że przyczyną odrzucenia jego oferty podaną w piśmie z 6 października 2021 r. była okoliczność, że przedstawione w ofercie parametry kabla FLEX (materiał, z którego wykonana jest izolacja i opona kabla) nie są równoważne parametrom przewodu SN (materiału), które zostały określone przez Zamawiającego w Opisie Przedmiotu Zamówienia. W ocenie Odwołującego brak było podstaw do odrzucenia jego oferty, ponieważ oferowane przez niego produkty równoważne spełniają wszystkie kryteria i wymogi techniczne stawiane przez Zamawiającego w Opisie Przedmiotu Zamówienia i zostały potwierdzone stosownymi badaniami i certyfikatami, zaś

wymóg budowy przewodu - izolacji i opony przewodów z gumy, co do którego Zamawiający wyraźnie nie przewidział możliwości zastąpienia w/w materiału (tworzywa) innym - jest wymogiem nieuzasadnionym i nadmiernie rygorystycznym, a tym samym prowadzącym, w tym wypadku, do naruszenia zasady konkurencyjności.

Odwołujący wskazał, że z treści pisma Zamawiającego z 06.10.2021 r. wynika, iż wg Zamawiającego oferta Odwołującego nie spełnia wymagań technicznych określonych w załączniku nr 1 do SWZ. Odwołujący wskazał, że zdaniem Zamawiającego „Materiały równoważne muszą być w ofercie wymienione z nazwy, a ciężar udowodnienia zachowania parametrów wymaganych przez Zamawiającego leży po stronie składającego ofertę. Przez ofertę równoważną należy rozumieć ofertę o parametrach technicznych nie gorszych od wskazanych przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia. Parametry wskazane przez Zamawiającego są parametrami minimalnymi, granicznymi. Pod pojęciem „parametry” rozumie się wymagania dotyczące budowy przewodu, wymagania mechaniczne, eksploatacyjne, temperaturowe oraz prądowe określone w opisie przedmiotu zamówienia. W związku z powyższym Zamawiający dopuszcza możliwość zaofiarowania przewodów o innych znakach towarowych, patentach lub pochodzeniu, natomiast nie o innych właściwościach i funkcjonalnościach niż określone w SWZ.”

Odwołujący wskazał, że w wezwaniu skierowanym do Wykonawcy w dniu 25.08.2021 r. Zamawiający zestawiał poszczególne wymagane przez Zamawiającego parametry przedmiotu zamówienia z parametrami przedmiotu oferowanego przez Wykonawcę. Odwołujący wyjaśnił, że w odpowiedzi na ww. wezwanie, pismem z 02.09.2021 r. Odwołujący złożył stosowne wyjaśnienia. Odwołujący podkreślił, że z treści informacji z 06.10.2021 r. wynika, iż w istocie Zamawiający przyjął wyjaśnienia Odwołującego z dnia 02.09.2021 r. (oraz wcześniejsze), w zakresie w jakim Odwołujący:

- wykazał możliwość wykonania łączenia za pomocą powszechnie stosowanych muf oferowanych przez siebie przewodów średniego napięcia z istniejącymi i szeroko stosowanymi u Zamawiającego typami przewodów (tj. OnGcekgż-G (S) 6/10kV, OnGcekgż-G (Z) 6/10 kV, OnGcrekgż-G (S) 6/10kV, OnGcrekgż-G (Z) 6/10kV lub PROTOLON F- (N) TSCGEWOEU), zgodnie z zapisami OPZ;
- wykazał możliwość wykonania łączeń, napraw oferowanych przez siebie przewodów technologią na gorąco,
- uzupełnił informacje zawarte w tabelarycznym potwierdzeniu wymagań przetargowych PGE GIEK S.A. z udokumentowanymi parametrami/właściwościami przewodów produkcji ROGUM dotyczących przewodu OnGcrekgż-G(S) 3x95+3x50/3 mm² 6/10kV.
- wykazał zachowanie parametru technicznego dla dopuszczalnej temperatury otoczenia przy ułożeniu, przewozie, transporcie i składowaniu określonego w SWZ dla kabla 6/10 kV. poprzez odwołanie m.in. do ustaleń Opinii Technicznej nr TEST/21/O/2017 (str. 6) oraz przedstawieniu wyników badań przeprowadzonych przez wydział Chemii Politechniki Gdańskiej.

Zdaniem Odwołującego obecnie Zamawiający twierdzi jedynie, że przedstawiony w ofercie Odwołującego przewód FLEX (materiał, z którego wykonana jest izolacja i opona kabla) nie jest równoważny z materiałem przewodu SN, który został określony przez Zamawiającego w Opisie Przedmiotu Zamówienia. Odwołujący wskazał, że w załączniku nr 1 do SWZ - Zamawiający wymaga przede wszystkim, aby przedmiot zamówienia tj. przewód elektroenergetyczny górniczy o żyłach miedzianych SN był wykonany z izolacji z gumy ciepłoodpornej, zredukowanej (Gcr) i w oponie z gumy trudnopalnej (On), z żyłami ekranowanymi gumą półprzewodzącą (ekgż). Odwołujący podkreślił, że oferowany przez Wykonawcę kabel OnGcrekgż-G(S) FLEX 6/10 kV posiada izolację i oponę wykonaną na bazie elastycznego materiału polimerowego co najmniej odpowiadającego parametrowo z wyżej cytowanym materiałem i spełniający wszystkie funkcjonalne wymagania i przeznaczenia stawiane przez Zamawiającego. Odwołujący wskazał, że wyrokiem z dnia 21.06.2019 r. (sygn. akt: KIO 1039/19), dla niemal identycznie opisanego przedmiotu

zamówienia w zakresie materiału z jakiego ma być wykonana izolacja i opona przewodu - Krajowa Izba Odwoławcza orzekła o oddaleniu odwołania wniesionego przez Wykonawcę Elektable Rogum Śląsk Sp. z o.o. Według składu orzekającego Zamawiający jest uprawniony do dokonania opisu przedmiotu zamówienia stosownie do potrzeb. Zamawiający zarówno wówczas, jak i teraz, uzasadniał potrzeby, którymi kierował się dokonując opisu przedmiotu zamówienia i wyjaśniał, dlaczego (rzekomo) nie jest możliwe dopuszczenie produktu, oferowanego przez Odwołującego, jako rozwiązania równoważnego. W ocenie Odwołującego ww. wyrok KIO oparty został na nietrafnych, nieprawdziwych,

nieuzasadnionych niczym przekonaniach Izby o rzekomo „gorszych” właściwościach materiałów polimerowych, które nie znajdują uzasadnienia w aktualnej wiedzy naukowej. Wyrok ten należy uznać za „historyczny”, wydany w ówczesnie ustalonym stanie faktycznym i w oparciu o ówczesnie zgromadzony materiał dowodowy.

Odwołujący wyjaśnił, że w przeciągu ostatnich dwóch lat firma ROGUM przeprowadziła wiele dodatkowych badań, zlecała wykonanie ekspertyz oraz technologii, które niezbitnie udowodniły spełnienie wszystkich wymagań stawiane tego typu przewodom, również przez Zamawiającego określonych w SWZ. Odwołujący wyjaśnił, że ustaleniom KIO sprzed 2 lat przeczą aktualne wyniki testów jakościowych, mechanicznych i innych, przedłożone przez Oferenta Zamawiającemu wraz z ofertą i dalszymi wyjaśnieniami. Zamawiający wskazał wymagania techniczne jakie muszą spełniać przewody, które ujęte zostały w załączniku nr 1 do SWZ. Odwołujący wyjaśnił, że na potrzeby prowadzonego postępowania, w oparciu o wszystkie wymagania wymienione w SWZ, uzupełnił karty katalogowe proponowanych przewodów (znajdujące się w ofercie) o zestawienie ewidencjonujące spełnienie wszystkich wymagań, parametrów które zostały określone w SWZ. Odwołujący wskazał, że do odwołania załączył załącznik nr 1 zawierający zestawienie „Tabelaryczne zestawienie wymagań przetargowych PGE z udokumentowanymi parametrami/właściwościami przewodów ROGUM”) - uzupełnione o ocenę spełnienia wymagań określonych przez Zamawiającego. Odwołujący wskazał, że Zamawiający określił tych wymagań aż 47. Z cytowanego powyżej zestawienia wynika niezbitnie, że przewody produkcji ROGUM wykazują wyższe parametry na 16 pozycjach z 47 pozycji powyższego zestawienia. Odwołujący wskazał, że powyższe zostało udokumentowane bardzo bogatą dokumentacją techniczną (liczącą ok. 70 stron) dostarczoną przez odwołującego do oferty oraz częściowo później (w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień) - obejmującą karty katalogowe, opinie techniczne jednostek certyfikujących, wyniki przeprowadzonych badań, technologie. Wyniki tychże - zostały w skrócie zaprezentowane w w/w tabeli.

W ocenie Odwołującego w istocie ostatecznie Zamawiający w piśmie z 06.10.2021 r. odrzucając ofertę Odwołującego sformułował wobec produktów oferowanych przez Odwołującego wyłącznie jeden zarzut dotyczący materiału.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w opisie zarzutu przedstawiciel Zamawiającego dokonuje pewnej manipulacji słownej opisu polegającej na skróceniu opisu i mającej u „laika” stworzyć przekonanie o istnieniu różnic w funkcjonalności materiałów obu przewodów - w piśmie z 25 sierpnia 2021 r. Zamawiający wskazał: „Izolacja - materiał polimerowy o właściwościach odpowiadających mieszance ciepłoodpornej typu IEP; Ekran na izolowanych żyłach roboczych - materiał polimerowy o właściwościach odpowiadających mieszance typu GP; Opona - materiał polimerowy.”

Natomiast jak podkreślił Odwołujący w istocie dokładny opis znaczenia nazewnictwa oznaczenia przewodu umieszczony na drugiej stronie karty katalogowej przewodu Konsorcjum brzmi następująco: „Przewód elektroenergetyczny o żyłach miedzianych, o izolacji z materiału polimerowego ciepłoodpornego, zredukowanego, odpowiadającego gumie ciepłoodpornej (Gcr), oponie z materiału polimerowego trudnopalnego, odpowiadającego gumie powłokowej trudnopalnej (On), z żyłami ekranowanymi materiałem półprzewodzącym, odpowiadającym właściwościami gumie półprzewodzącej GP (ekgż), górniczy (G), do układania na stałe (S). FLEX - oznacza zdecydowaną poprawę elastyczności, bardzo istotną przy zasilaniu odbiorników ruchomych czy też przesuwnych”.

Odwołujący wskazał, że porównując precyzyjnie zapisy z SWZ i rzeczywiste zapisy z oferty zarówno te z wyjaśnień opisu oznaczenia przewodu oraz te bardziej szczegółowe na pierwszej stronie karty katalogowej w rozdziale budowa można jednoznacznie dojść do wniosku że te przewody obu producentów z uwagi na różnice wynikające z użycia bardzo zbliżonych materiałów lecz jednak innych, nie różnią się w ogóle funkcjonalnością, budową i przeznaczeniem. Zdaniem Odwołującego, wg oceny parametrów określonych w SWZ i wyszczególnionych/ uporządkowanych w załączonym zestawieniu należy powiedzieć, że Konsorcjum przedstawia przewód o lepszych parametrach i to na wielu pozycjach zestawienia.

Jak dalej wskazał Odwołujący, następną manipulacją przedstawiciela Zamawiającego jest użycie nieprawdziwych i błędnych sformułowań w uzasadnieniu odrzucenia oferty Konsorcjum sugerujący, że rodzaj użytego tworzywa do budowy przewodu na izolację i powłokę jest parametrem przewodu - cytując z uzasadnienia: „Przedstawione w ofercie parametry kabla FLEX (materiał, z którego wykonana jest izolacja i opona kabla) nie są równoważne parametrom przewodu SN (materiału), które zostały określone przez Zamawiającego w Opisie Przedmiotu Zamówienia”. Należy w sposób zdecydowany zaprotestować przeciwko twierdzeniu, że tworzywo z którego zbudowane są elementy przewodu są jego parametrem - te tworzywo jest tylko materiałem.

To dopiero mierzalne wielkości cech i właściwości materiałów takie jak np. temp.

pracy i układania przewodów, odporność na wodę, odporność na ścieranie, na ozon i wiele, wiele innych określonych zresztą w SWZ (i spełnione przez Konsorcjum) nazywamy parametrami, które to winny decydować o równoważności przewodów i ich potencjalnych zaletach i wadach, a także końcowej ocenie. Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 99 ust. 4 Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów. Odwołujący wskazał też, że zgodnie z art. 99 ust. 5 Pzp Przedmiot zamówienia można opisać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważny".

Odwołujący wskazał, że odwołanie się w SWZ do wymagania, aby określone w opisie przedmiotu przewody były stworzone z określonego materiału (guma) ma charakter antykonkurencyjny i nie jest uzasadnione realnymi potrzebami Zamawiającego, w szczególności przy uwzględnieniu aktualnej obiektywnej wiedzy technicznej i funkcjonujących w obrocie technologii. Co więcej, wymóg aby kable dostarczone spełniały normę PN-89/E-29100 i/lub normę DIN VDE 0250 Teil 813 (1985r.) również jest niezasadny. W istocie normy te odnoszą się jedynie do kabli o izolacji i oponie z gumy, co niejako a priori - wyklucza/wyłącza kable stworzone (w zakresie izolacji i opony) z innego materiału o tożsamy (lub lepszych) właściwościach. Dalej, normy te zostały błędnie przytoczone przez Zamawiającego, są normami przestarzałymi (1989) a od czasu ich wprowadzenia - wymogi wobec omawianego typu produktów i ich parametrów - wzrosły. Odwołujący wskazał, że nieaktualna jest również norma PN/E/90140+90144, i jak wskazali biegli z Jednostki Opiniującej, Atestującej i Certyfikującej Wyroby Test Sp. z o.o.: „przez ostatnie kilkanaście lat pojawiły się nowe materiały, bardziej uniwersalne, o szerszym zakresie właściwości funkcjonalnych.” Jak wskazali biegli specjaliści z JOAICW TEST Sp. z o.o. w opinii zestawienie tabelaryczne parametrów przewodów oponowych wykonanych z różnych materiałów w jasny sposób przedstawia wyższość przewodów wykonanych z materiałów polimerowych w stosunku do materiałów z gumy typu ON3 i ON4.1 Zamawiający w sposób nieuzasadniony w uzasadnieniu odrzucenia oferty Konsorcjum określił wymogi materiałowe izolacji/opony kabla - przyjmując za dopuszczalny jedynie jeden materiał (w zakresie budowy przewodu), choć wielokrotnie w SWZ oświadczał, że dopuszcza rozwiązania równoważne. Na rynku występują różne i odmienne materiały (tworzywa), które wykorzystuje się na materiały izolacyjne i powłokowe spełniające założenia Zamawiającego, a wręcz będące od nich lepszymi jakościowo i technicznie, nowocześniejszymi rozwiązaniami, zatem odwołanie do w/w norm nie wynika ze zobiektywizowanych (rzeczywistych) potrzeb zamawiającego. Dodatkowo podnieść należy, iż w istocie tzw. polskie normy, nie stanowią w świetle obowiązujących regulacji żadnego źródła prawa, stąd powoływanie się na nie przez zamawiającego także pozostaje dyskusyjne.

Odwołujący podkreślił, że wymóg materiałowy (izolacja, opona) w żadnym przypadku nie można uznać za „parametr” produktu równoważnego, bowiem nie będzie w rzeczywistości istniała możliwość zaproponowania produktu równoważnego. Równoważność stanie się wówczas iluzoryczna, skoro Zamawiający w istocie nie akceptuje możliwości zaferowania produktu o wszystkich pozostałych parametrach (tj. mechanicznym, eksploatacyjnych, temperaturowych, prądowych) zbudowanym z innego materiału (w zakresie opony i izolacji), umożliwiającego również połączenie z innego typu przewodami. Prowadzi to do pośredniego naruszenia zasady poszanowania uczciwej konkurencji w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia skoro wymogi i parametry przedmiotu zamówienia zostały określone tak, że aby je spełnić wykonawca musi dostarczyć konkretny produkt (przewody o izolacji gumowej). Odwołujący przywołał stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku z dnia 7.01.2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 28/07; KIO/UZP 100/07).

Zdaniem Odwołującego nie ma żadnego powodu, dla którego omawiane przewody miałyby mieć izolację i oponę gumową, skoro przewody zbudowane z tworzywa polimerowego, oferowane przez Odwołującego, spełniają wszystkie parametry dla przewodów o izolacji i oponie gumowej, zarówno zgodnie z ww. przestarzałymi normami wskazanymi przez Zamawiającego, jak i z najnowszymi normami odnoszącymi się do przewodów stosowanych w górnictwie. Izolacja z materiału polimerowego o podwyższonych parametrach elektrycznych i mechanicznych spełnia m.in. normę PN- 89/E-29100, PN-EN-60228:2007, PN-E-90140:1989, co potwierdzają załączone opinie techniczne i wyniki badań. W związku z powyższym należy stanowczo podkreślić, że oferowane przez Konsorcjum przewody są nie tylko równoważne, ale i jakościowo lepsze; w świetle przedstawionych dokumentów spełniają wszystkie określone przez Zamawiającego wymagania w SWZ

Odwołujący podkreślił, że materiał polimerowy stosowany w produktach oferowanych

przez odwołujące się Konsorcjum jest materiałem nowoczesnym o własnościach nie tylko równoważnych, ale i znacznie lepszych od tradycyjnych przewodów tzw. gumowych, co podkreślają opinie Ośrodków Certyfikujących, wskazując m.in. że „parametry przewodów w oponie i izolacji polimerowej są równoważne parametrom przewodów w izolacji i oponie gumowej i równoważność ta jest spełniona”.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie ma racjonalnego powodu, dla którego za zasadny należałoby uznawać wymóg budowy izolacji i opony przewodu - z gumy. W istocie utrzymanie takiego „wymogu” mając na uwadze przyczynę Odrzucenia - prowadziłoby do pozorności regulacji SWZ dopuszczającej oferowanie produktu równoważnego. Oferta równoważna to taka, która przedstawia produkt, który nie jest identyczny, tożsamy z produktem referencyjnym, ale posiada pewne, istotne dla zamawiającego, zbliżone do produktu referencyjnego cechy i parametry. Pojęcie równoważności nie może oznaczać tożsamości produktów, ponieważ przeczyłoby to istocie oferowania produktów równoważnych i czyniłoby możliwość oferowania produktów równoważnych pozorną i w praktyce niemożliwą do spełnienia.

Odwołujący wskazał, że materiał polimerowy stosowany przez niego stosowany nie jest w żadnym wypadku materiałem „gorszym”, tanią imitacją tzw. gumy, lecz materiałem nowocześniejszym i droższym od niej, nieznanym zresztą w czasach powstawania przywołanych w SWZ norm (z lat 80tych). Przyzwyczajenie Zamawiającego do stosowania kabli o izolacji gumowej nie może zaś stanowić o zasadności wprowadzenia w/w wymogu materiałowego do SWZ. To, że Konsorcjum jest w stanie konkurować cenowo (oferując nowocześniejszy i lepszy wyrób) z takimi producentami jak TF Kable S.A., czy też ich przedstawicielami handlowymi, jak firma Centrum Elektryczne „ANIA” B. Sp. z o.o. - wynika z mniejszych kosztów produkcji jakie cechują mniejszych producentów, a nie - z niższej jakości oferowanego produktu.

Zdaniem Odwołującego, twierdzenia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt: KIO 1039/19) z dnia 21.06.2019 r. w obliczu nowych faktów, nowych dokumentów stanowiących aktualną ofertę techniczną Konsorcjum są nieaktualne. Dlatego w aktualnym stanie faktycznym argumentacja Zamawiającego winna podlegać zakwestionowaniu i nie być uwzględniana w niniejszym postępowaniu odwoławczym. Mając jednak na uwadze treść w/w wyroku, Odwołujący, w toku dalszych badań nad w/w przewodami FLEX, wyodrębnił kilkanaście parametrów, przywołanych wówczas przez KIO, takich jak:

- a. Odporność na temperaturę i giętkość w ujemnych temperaturach,
- b. Odporność na ścieralność,
- c. Na nacięcia,
- d. Na rozrywanie,
- e. Na niepalność,
- f. Na odporność na działanie czynników atmosferycznych,
- g. Na promieniowanie ultrafioletowe
- h. Na ozon,
- i. Na rozwój wyładowań niezupełnych związanych z drzewieniem izolacji i w konsekwencji przebiciem izolacji po upływie kilku lat,
- j. Na odporność mikrobiologiczną
- k. Na gryzonie,
- l. Na odporność na działanie czynników chemicznych, olejów,
- m. Na odporność na starzenie,
- n. Na odporność na uderzenia,
- o. Na odporność na zgniatanie,
- p. Na odkształcenia trwałe w podwyższonej temperaturze,
- q. Na wytrzymałość na rozciąganie i wydłużenie przy zerwaniu izolacji i opony,
- r. Na wytrzymałość na rozciąganie przed starzeniem i po starzeniu cieplnym,

I taki jest stan faktyczny w obecnie toczącym się postępowaniu przetargowym. Odwołujący wyjaśnił, że dla wszystkich wyżej wymienionych parametrów i właściwości Konsorcjum przedstawiło w ofercie stosowne dokumenty i opinie, z których jednoznacznie wynika, że przewody Konsorcjum nie są gorsze, a w wielu parametrach nawet lepsze (patrz załącznik nr 1 do niniejszego odwołania oraz dokumentacja przetargowa - oferta wraz z załącznikami, wyjaśnienia Odwołującego). Tak więc uzasadnienie, które była podstawą nie odnosi się do aktualnej sytuacji w niniejszym postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że ww. „właściwości i parametry” nie są przypisane wyłącznie polimerom zwanym gumami. Polimer zwany gumą cechuje się zasadniczo istotną właściwością - elastycznością. Inne ww. właściwości, na które zwróciła uwagę KIO w wyroku z 2019 r. uzyskuje się poprzez domieszanie różnych substancji w różnych procesach do tzw. podstawowej mieszanki gumowej. To właśnie owe „dodatkowe” składniki decydują o istnieniu i „sile” w/w parametrów (np. odporności na ścieranie), zaś materiał stosowany przez Konsorcjum w przewodach FLEX również takie liczne właściwości, wymagane przez Zamawiającego, posiada (w tym rzeczoną elastyczność na znacznie wyższym poziomie od tzw. gumy).

W ocenie Odwołującego istotne jest, że w ostatnich miesiącach firma ROGUM/ Konsorcjum uczestniczyła w kilku dużych przetargach na dostawy przewodów oponowych do takich potentatów jak KGHM, Polska Grupa Górnicza, Jastrzębska Spółka Węglowa, KWK Bogdanka i inne.

Odwołujący wyjaśnił, że we wszystkich zakończonych przetargach firma ROGUM/ Konsorcjum oferowała przewód typu FLEX czyli równoważny do przewodów polimerowych zwanych gumami - niemal analogiczny do proponowanego w niniejszym przetargu PGE i w

każdym z tych przetargów, na podstawie tych samych dokumentów, opinii technicznych itd. Przewody produkcji ROGUM Kable zostały uznane za równoważne do przewodów tzw. gumowych i w żadnym z tych przetargów oferty firmy ROGUM/Konsorcjum nie zostały odrzucone.

Jak wyjaśnił Odwołujący argumentacja Zamawiającego, że warunki eksploatacji w kopalni odkrywkowej są inne niż w kopalniach głębinowych jest prawdziwa, tyle tylko że nie konstruktywna i gołosłowna. Odwołujący podkreślił, że różnice w warunkach eksploatacyjnych tych kopalń dotyczą bowiem wyłącznie niektórych wymagań środowiskowych jak praca w niskich temperaturach, odporność na ozon i na uv (a te zostały przez Konsorcjum spełnione i udowodnione), natomiast pozostałe są wspólne. Odwołujący wskazał, że w istocie więc dokumentacja przedłożona w niniejszym postępowaniu - wykracza poza ustalenia faktyczne przeprowadzone przez KIO na potrzeby wydania wyroku z 2019r. i wymaga aktualnie ponownej oceny przez Izbę, z uwzględnieniem kwestii wykazanej przez Odwołującego spełnienia wszystkich (poza wymogiem materiałowym) parametrów produktu (produktów) równoważnego. Wymóg materiałowy jednak, jak już wskazano, jest wymogiem nadmiernie rygorystycznym, nie znajdującym uzasadnienia po stronie Zamawiającego i jako naruszający zasadę uczciwej konkurencji - musi być zaniegowany i odrzucony.

W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia ofert złożonych przez TELE-FONIKA Kable oraz Centrum Elektryczne „ANIA” B. Odwołujący wskazał, iż zgodnie z art. 105 ust. 1 Pzp w celu potwierdzenia zgodności oferowanych robót budowlanych, dostaw lub usług z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub kryteriami oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców złożenia certyfikatu wydanego przez jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdania z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę.

Zgodnie zaś z art.106 ust.1 Pzp Zamawiający może żądać innych niż wskazane w art. 104 i art. 105 przedmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria, jeżeli są one niezbędne do przeprowadzenia postępowania. Zamawiający wskazuje wymagane przedmiotowe środki dowodowe w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 106 ust 3 zdanie pierwsze Pzp Żądanie przedmiotowych środków dowodowych nie może ograniczać uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wskazał też, że stosownie natomiast do regulacji art. 134 ust 1 pkt 5) Pzp SWZ zawiera co najmniej:

5) informację o przedmiotowych środkach dowodowych;

Ponadto Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający w Specyfikacji Warunków

Zamówienia, w pkt. 3.2. wskazał: „3.2. Zamawiający dopuszcza zastosowanie rozwiązań równoważnych do opisanych w Załączniku nr 1 do SWZ, przez odniesienie do norm, europejskich ocen technicznych, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych. Materiały równoważne muszą być w ofercie wymienione z nazwy, a ciężar udowodnienia zachowania parametrów wymaganych przez Zamawiającego leży po stronie składającego ofertę. Przez ofertę równoważną należy rozumieć ofertę o parametrach technicznych nie gorszych od wskazanych przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia. Parametry wskazane przez Zamawiającego są parametrami minimalnymi, granicznymi. Pod pojęciem „parametry” rozumie się wymagania dotyczące budowy przewodu, wymagania mechaniczne, eksploatacyjne, temperaturowe oraz prądowe określone w opisie przedmiotu zamówienia. W związku z powyższym Zamawiający dopuszcza możliwość zaoferowania przewodów o innych znakach towarowych, patentach lub pochodzeniu, natomiast nie o innych właściwościach i funkcjonalnościach niż określone w SWZ. Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez Zamawiającego, obowiązany jest wykazać, że oferowany przez niego przedmiot zamówienia spełnia wymagania określone przez Zamawiającego. Wykonawca dołączy do oferty dokument/-y np. karty katalogowe, rysunki, certyfikaty itp., które potwierdzą, że oferowany przez niego przedmiot zamówienia spełnia wymagania określone przez Zamawiającego.”

Odwołujący wskazał też, że zgodnie z pkt. 16.5 SWZ Na zawartość oferty składa się: (...)16.5.3. dokument/-y, o których mowa w pkt. 3.2. SWZ. Odwołujący wskazał, że Zamawiający w załączniku nr 1 do SWZ - OPZ określił wymagania techniczne dotyczące dostarczanych przewodów - są tam zawarte szczegółowe wymagania techniczne dotyczące przedmiotu przetargu. Sam tytuł (nazwa) owej części SWZ wskazuje, że wymagania techniczne odnoszą się do przewodu OnGcrekgż-G (S) lub równoważnego. Cytat z załącznika nr 1 do SWZ: „Specyfikacja Warunków Zamówienia (SWZ) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Dostawa górniczych przewodów elektrycznych oponowych średniego napięcia dla PGE GiEK S.A. Oddział Kopalnia Węgla Brunatnego Bełchatów”, nr POST/GEK/CSS/PMK-KWB/01397/2021 Załącznik nr 1 do SWZ - OPZ Części nr 1 i 3 Przewód OnGcrekgż-G (S) lub równoważny 3x25+3x16/3 mm² 6/10kV 3x35+3x16/3 mm² 6/10kV”. Odwołujący wskazał, że w dalszej części tego załącznika cytowane są szczegółowe wymagania techniczne dotyczące przedmiotu przetargu.

Odwołujący, w związku z niejasną treścią tych wymagań ofertowych w zakresie technicznej treści oferty (brak precyzyjnego określenia jakich dokumentów oczekuje od Wykonawców) - zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie do treści SWZ w zakresie dokumentowania spełnienia wymogów technicznych oferowanych produktów.

Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający odpowiedział na zapytania Konsorcjum do SWZ pismem o nr PM/PMK.29- 01397/2021.KWB.2596 z dnia 29.06.2021 r., w ramach odpowiedzi na pytanie nr 6. Treść poniżej: „Pytanie nr 6: Zamawiający formując wymagania techniczne w Zał. 1 do SWZ bardzo dużo miejsca poświęcił zagadnieniom równoważności produktów oraz obowiązkowi udokumentowania spełnienia określonych w zał. Nr 1 do SWZ wszystkich wymaganych parametrów i właściwości.

Czy Zamawiający będzie wymagał obowiązkowo od wszystkich oferentów udokumentowania spełnienia wszystkich parametrów i właściwości wynikających z Zał nr 1 do SWZ czy tylko ten obowiązek będzie obowiązywał oferentów oferujących wyroby równoważne?

Odpowiedź nr 6:

Zamawiający informuje, że to Wykonawca ma obowiązek spełnić wymagania techniczne zawarte w zał. nr 1 do SWZ i je udokumentować.”

W ocenie Odwołującego, mając na uwadze treść zapisu pkt 3.2. SWZ oraz pkt 16.5. SWZ oraz w/w odpowiedź Zamawiającego należy przyjąć, iż pozostali Oferenci również winni byli wykazać spełnienie przez oferowane przez siebie produkty - wymogów technicznych opisanych w Zał. nr 1 SWZ -OPZ. co najmniej poprzez przedłożenie stosownych kart katalogowych, certyfikatów i wyników badań.

Odwołujący wskazał, że jak wynika z literalnej treści pkt 3.2. Zamawiający rozróżnił w/w punkcie - wymagania stawianie oferentowi produktu referencyjnego i produktu równoważnego używając odmiennych określeń dla Wykonawców oferujących produkt referencyjny jak i dla Wykonawców produktu równoważnego. Zamawiający odrębnie bowiem potraktował „Wykonawcę, który powołuje się na rozwiązania równoważne” (którego zobligował do wykazania, że oferowany przez niego przedmiot zamówienia spełnia wymagania określone przez Zamawiającego) od „Wykonawcy” - który winien dołączyć do oferty dokument/-y które potwierdzą, że oferowany przez niego przedmiot zamówienia spełnia wymagania określone przez Zamawiającego. Odwołujący wskazał, że Wykonawcy: TELE-FONIKA Kable S.A. oraz Centrum Elektryczne „ANIA” B. Sp. z o.o. Sp.k. w swojej

ofercie nie przedstawili ani jednego dokumentu potwierdzającego spełnienia wymagań technicznych określonych przez Zamawiającego w załączniku nr 1 do SWZ. W istocie oferenci Ci przedłożyli jedynie tzw. ofertę handlową, nie przedkładając ani kart produktów oferowanych przez siebie ani żadnych wyników badań czyli zasadniczo nie przedstawili bardzo ważnej części oferty - części technicznej. Zdaniem Odwołującego nie jest nawet jasne czy oferują oni produkty referencyjne czy produkty równoważne.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią art. 107 ust. 1 Pzp, jeżeli zamawiający żąda złożenia przedmiotowych środków dowodowych, wykonawca składa je wraz z ofertą. Jak stanowi art. 107 ust. 2 Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, o ile przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.

Skoro więc Zamawiający nie przewidział wyraźnie możliwości uzupełnienia kart katalogowych, a oferenci nie złożyli ich wraz z ofertą, oferta każdego z nich winna zostać (w całości) odrzucona. Jak wskazuje się bowiem w doktrynie: „Brak wykazania spełnienia wymagań zamawiającego jest podstawą do uznania, że treść oferty nie odpowiada treści warunków zamówienia.” Zdaniem Odwołującego niezasadne są również późniejsze twierdzenia Zamawiającego, który stwierdził, że Wykonawcy TELE-FONIKA Kable S.A. oraz Centrum Elektryczne „ANIA” B. Sp. z o.o. Sp. K. nie są zobowiązani do przedstawienia żadnych informacji technicznych w ofercie ponieważ nie oferują rozwiązań równoważnych (tak w piśmie nr PM/PMK.29-01397/2021.2835 z dnia 16.07.2021 r). W istocie bowiem w/w zapis SWZ dotyczący przedłożenia kart katalogowych i certyfikatów nie dotyczy wyłącznie oferenta oferującego produkt (produkty) równoważne, ale odnoszą się również do oferujących produkt(y) referencyjny(e).

Konsorcjum jako uczestnik w postępowaniu dwukrotnie występował do Zamawiającego o udostępnienie dokumentacji technicznej Wykonawców. Za każdym razem otrzymywał odpowiedź, że od tych firm Zamawiający nie wymaga żadnych dokumentów technicznych o spełnianiu przez nich wymagań ofertowych w zakresie technicznym, wbrew w/w zapisom SWZ. Odwołujący ma poważne wątpliwości co do spełniania wszystkich warunków technicznych określonych przez Zamawiającego - przez wyroby oferowane przez w/w Oferentów (Wykonawców). Odwołujący wskazał, że z uwagi na brak dokumentacji technicznej (karty katalogowe, certyfikaty, wyniki badań itp.) w praktyce weryfikacja zgodności oferowanych produktów z wymaganiami Zamawiającego jest niemożliwa.

Zdaniem Odwołującego długoletnia praktyka i dobre doświadczenie z eksploatacji przewodów tzw. gumowych spowodowała, że przetargi w tym zakresie są procedowane w „zaskakujący i nietypowy” sposób. Dowodem na powyższe są również sformułowania Zamawiającego z dnia 16.07.2021r. zawarte w piśmie nr PM/PMK.29-01397/2021.2835 w odpowiedzi na ponowne wezwanie Konsorcjum do udostępnienia pełnej dokumentacji przetargowej pozostałych Wykonawców - cytując „Wykonawcy TELE-FONIKA Kable S.A. oraz Centrum Elektryczne „ANIA” B. Sp. z o.o. Sp. k., złożyli oferty zgodnie z Opisem Przedmiotu Zamówienia, nie proponując produktów równoważnych”.

Jak wskazał Odwołujący oficjalna oraz zgodna z procedurą PZP decyzja z oceny i badania ofert została sformułowana dopiero w piśmie nr IZ/IZK.29-01397/2021.3557 z dnia 06.10.2021 r. Zdaniem Odwołującego wynika z powyższego, że Zamawiający - już niemal 3 miesiące wcześniej od pisma nr IZ/IZK.29-01397/2021.3557 z dnia 06.10.2021r. znał wynik oceny oferty Wykonawcy TELE-FONIKA Kable S.A. oraz Centrum Elektryczne „ANIA” B. Sp. z o.o. Sp. k z wynikiem oczywiście pozytywnie.

Odwołujący wskazał, że obowiązkiem Zamawiającego jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z poszanowaniem zasad zamówień publicznych oraz w zgodzie z obowiązkami nałożonymi na niego przez ustawę. W ocenie Odwołującego, wymogi te nie zostały zachowane.

Odwołujący podkreślił, że właściwa wykładnia zapisów SWZ w powiązaniu z treścią ofert w/w dwóch Wykonawców (Oferentów) - powinna skutkować odrzuceniem wskazanych ofert, bowiem oferta każdego z nich nie odpowiada wymaganiom wskazanym przez Zamawiającego.

Jak wskazał Odwołujący, konsekwencją zarzutów przedstawionych wcześniej będzie uwzględnienie przez Izbę zarzutów polegających na wadliwym dokonaniu czynności zakwalifikowania wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej oraz nakazanie uwzględnienia przez Zamawiającego w ocenie ofert - oferty Odwołującego.

W świetle wyżej opisanego stanu faktycznego oraz argumentacji prawnej podanej dla uzasadnienia zarzutów odwołanie jest w pełni uzasadnione i zasługuje na uwzględnienie w całości.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie

zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.

Odwołującemu zgodnie z treścią w art. 505 nowej ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Do przedmiotowego postępowania odwoławczego przystąpienie w charakterze uczestnika postępowania, po stronie Zamawiającego, w ustawowym terminie, zgłosili następujący wykonawcy:

- 1) TELE-FONIKA Kable spółka akcyjna z siedzibą w Myślenicach (dalej: „Przystępujący Tele-Fonika”)
- 2) Centrum Elektryczne „ANIA” B. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Wieluniu (dalej: „Przystępujący B.”).

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontrydiktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 nowej ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie

Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453). Izba przy rozpoznaniu sprawy miała na uwadze ponadto odpowiedź na odwołanie i dowody złożone przez Strony i Przystępujących.

Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne jako istotne dla rozstrzygnięcia sprawy.

Opis przedmiotu zamienia został zawarty w Rozdziale 3 Specyfikacji Przedmiotu Zamówienia (dalej: „SWZ”). Jak wynika z jego treści: „Przedmiotem Zamówienia jest dostawa górniczych przewodów elektrycznych oponowych średniego napięcia dla PGE GiEK S.A. Oddział Kopalnia Węgla Brunatnego Bełchatów.

Zgodnie z pkt 3.2. SWZ, Zamawiający zawarł następujący opis dotyczący zaoferowania produktów równoważnych: „Zamawiający dopuszcza zastosowanie rozwiązań równoważnych do opisanych w Załączniku nr 1 do SWZ, przez odniesienie do norm, europejskich ocen technicznych, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych. Materiały równoważne muszą być w ofercie wymienione z nazwy, a ciężar udowodnienia zachowania parametrów wymaganych przez Zamawiającego leży po stronie składającego ofertę. Przez ofertę równoważną należy rozumieć ofertę o parametrach technicznych nie gorszych od wskazanych przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia. Parametry wskazane przez Zamawiającego są parametrami minimalnymi, granicznymi. Pod pojęciem „parametry” rozumie się wymagania dotyczące budowy przewodu, wymagania mechaniczne, eksploatacyjne, temperaturowe oraz prądowe określone w opisie przedmiotu zamówienia. W związku z powyższym Zamawiający dopuszcza możliwość zaoferowania przewodów o innych znakach towarowych, patentach lub pochodzeniu, natomiast nie o innych właściwościach i funkcjonalnościach niż określone w SWZ. Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez Zamawiającego, obowiązany jest wykazać, że oferowany przez niego przedmiot zamówienia spełnia wymagania określone przez Zamawiającego. Wykonawca dołączy do oferty dokumenty np. karty katalogowe, rysunki, certyfikaty itp., które potwierdzą, że oferowany przez niego przedmiot zamówienia spełnia wymagania określone przez Zamawiającego.”

Z pkt 3.3. SWZ wynika, że szczegółowy opis przedmiotu Zamówienia znajduje się w Załączniku nr 1 do SWZ.

W załączniku nr 1 do SWZ w zakresie części 1, 3 i 4, Zamawiający wskazał: „

Przewody fabrycznie nowe i wyprodukowane nie wcześniej niż 12 miesięcy licząc od daty dostawy do Zamawiającego, wolne od wad fizycznych i prawnych, w pełni sprawne na dzień dostawy i objęte gwarancją.

Zamawiający dopuszcza zastosowanie rozwiązań równoważnych do opisanych poniżej, przez odniesienie do norm, europejskich ocen technicznych, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych. Materiały równoważne muszą być w ofercie wymienione z nazwy, a ciężar udowodnienia zachowania parametrów wymaganych przez Zamawiającego leży po stronie składającego ofertę. Przez ofertę równoważną należy rozumieć ofertę o parametrach technicznych nie gorszych od wskazanych przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia. Parametry wskazane przez Zamawiającego są parametrami minimalnymi, granicznymi. Pod pojęciem „parametry” rozumie się wymagania dotyczące budowy przewodu, wymagania mechaniczne, eksploatacyjne, temperaturowe oraz prądowe. W związku z powyższym Zamawiający dopuszcza możliwość zaferowania przewodów o innych znakach towarowych, patentach lub pochodzeniu, natomiast nie o innych właściwościach i funkcjonalnościach niż określone w SWZ. Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez Zamawiającego, obowiązany jest wykazać, że oferowany przez niego przedmiot zamówienia spełnia wymagania określone przez Zamawiającego.

Oferowany przewód powinien posiadać następujące parametry techniczne (zaproponowane parametry nie mogą być gorsze niż wskazane przez Zamawiającego).”

Opis techniczny miał następujące brzmienie: „Przewody oponowe średniego napięcia do układania na stałe na koparkach, zwałowarkach, trasach kablowych na ziemi lub na kobyłkach kablowych jak również wzdłuż przenośników taśmowych stacjonarnych i przesuwanych, do pracy w kopalniach odkrywkowych. Przewód elektroenergetyczny górniczy o żyłach miedzianych, o izolacji z gumy ciepłoodpornej, zredukowanej (Gcr) i oponie z gumy trudnopalnej (On), z żyłami ekranowanymi gumą półprzewodzącą (ekgż), górniczy (-G), do układania na stałe (S).”

Wymagania dotyczące budowy przewodów zostały opisane w załączniku nr 1 do

SWZ, w następujący sposób: „Zgodność z normami: PN-EN-60228:2007, PN-89/E-29100 lub w oparciu o DIN VDE0250 Teil 813; Żyły robocze i ochronne klasy 5 miedziane z drutów max 0,4 mm; Izolacja: guma etylenowo-propylenowa o podwyższonych parametrach elektrycznych i mechanicznych; Ekran na żyłę i izolacji: guma przewodzącą nakładana jednocześnie z izolacją i ekranem na żyłę. Ekran na izolacji zdejmowany na zimno; Ośrodek: trzy żyły robocze i rozdzielone na trzy części ze skokiem: max 12 x D; (D - średnica ośrodka) Powłoka wewnętrzna: na bazie gumy etylenowo-propylenowej; Powłoka zewnętrzna: na bazie gumy chloroprenowej o podwyższonych parametrach wyższych niż 5GM3 (np.5GM5).”

W Rozdziale 16 SWZ, Zamawiający opisał sposób przygotowania oferty. W pkt 16.5.3. Zamawiający wprost wskazał, że na ofertę składają się dokumenty, o których mowa w pkt 3.2. SWZ, tj. dokumenty potwierdzające, że oferowany przedmiot zamówienia (w przypadku zaferowania rozwiązania równoważnego do referencyjnego, wskazanego w treści OPZ) spełnia wymagania określone przez Zamawiającego.

Wyjaśniając treść SWZ, Zamawiający w piśmie z 29 czerwca 2021 r., w odpowiedzi na pytanie nr 6: „Zamawiający formując wymagania techniczne w Zał. 1 do SWZ bardzo dużo miejsca poświęcił zagadnieniom równoważności produktów oraz obowiązkowi udokumentowania spełnienia określonych w zał. Nr 1 do SWZ wszystkich wymaganych parametrów i właściwości. Czy Zamawiający będzie wymagał obowiązkowo od wszystkich oferentów udokumentowania spełnienia wszystkich parametrów i właściwości wynikających z Zał nr 1 do SWZ czy tylko ten obowiązek będzie obowiązywał oferentów oferujących wyroby równoważne?”, udzielił następującej odpowiedzi: „Zamawiający informuje, że to Wykonawca ma obowiązek spełnić wymagania techniczne zawarte w zał. nr 1 do SWZ i je udokumentować.”

Jak wynika z dokumentacji postępowania, Zamawiający pismem z 25 sierpnia 2021 r. zwrócił się do Odwołującego w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp o wyjaśnienie treści oferty. Na powyższe wezwanie Odwołujący odpowiedział pismem z 2 września 2021 r.

Pismem z 6 października 2021 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty. Jako podstawę prawną Zamawiający wskazał art. 226 ust. 5 ustawy Pzp. Natomiast w zakresie uzasadnienia faktycznego Zamawiający wskazał:

„Zamawiający opisał w SWZ przedmiot zamówienia dostatecznie precyzyjnie, za pomocą parametrów technicznych i norm, w sposób, który nie utrudnia uczciwej konkurencji. Zamawiający dopuszcza zastosowanie rozwiązań równoważnych do opisanych w Załączniku nr 1 do SWZ, przez odniesienie do norm, europejskich ocen technicznych, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych. Materiały równoważne muszą być w ofercie wymienione z nazwy, a ciężar udowodnienia zachowania parametrów wymaganych przez Zamawiającego leży po stronie składającego ofertę. Przez ofertę równoważną należy rozumieć ofertę o parametrach technicznych nie gorszych od wskazanych przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia. Parametry wskazane przez Zamawiającego są parametrami minimalnymi, granicznymi. Pod pojęciem „parametry” rozumie się wymagania dotyczące budowy przewodu, wymagania mechaniczne, eksploatacyjne, temperaturowe oraz prądowe określone w opisie przedmiotu zamówienia. W związku z powyższym Zamawiający dopuszcza możliwość zaoferowania przewodów o innych znakach towarowych, patentach lub pochodzeniu, natomiast nie o innych właściwościach i funkcjonalnościach niż określone w SWZ.

W wezwaniu skierowanym do Wykonawcy w dniu 25.08.2021 r. Zamawiający zestawiał poszczególne wymagane przez Zamawiającego parametry przedmiotu zamówienia z parametrami przedmiotu oferowanego przez Wykonawcę.

W załączniku nr 1 do SWZ - Zamawiający wymaga przede wszystkim, aby przedmiot zamówienia tj. przewód elektroenergetyczny górniczy o żyłach miedzianych SN był wykonany z izolacji z gumy ciepłoodpornej, zredukowanej (Gcr) i oponie z gumy trudnopalnej (On), z żyłami ekranowanymi gumą półprzewodzącą (ekgż). Proponowany przez Wykonawcę kabel OnGcrekgż-G(S) FLEX 6/10 kV posiada izolację i oponę wykonaną na bazie elastycznego materiału polimerowego. Przedstawione w ofercie parametry kabla FLEX (materiał z którego wykonana jest izolacja i opona kabla) nie są równoważne parametrom przewodu SN (materiału), które zostały określone przez Zamawiającego w Opisie Przedmiotu Zamówienia. W tym miejscu należy przywołać wyrok KIO (sygn. akt: KIO 1039/19) z dnia 21.06.2019 r., w którym to, Krajowa Izba Odwoławcza, dla identycznie opisanego przedmiotu zamówienia w zakresie materiału z jakiego ma być wykonana izolacja i opona przewodu - orzekła, że oddała odwołanie wniesione do KIO przez Wykonawcę Elektryczne Rogum Śląsk Sp. z o.o. Według składu orzekającego Zamawiający jest uprawniony do dokonania opisu przedmiotu zamówienia stosownie do potrzeb. Zamawiający wówczas, tak i teraz, 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 zamawia produkt, który jest sprawdzony od lat, stosowany z dobrym skutkiem i który w pełni sprawdza się w trudnych warunkach działalności. Właściwości produktów gumowych są dobrze znane i sprawdzone w wieloletniej praktyce eksploatacyjnej. Natomiast produkty zbudowane na bazie materiałów polimerowych mają właściwości ograniczone.”

Izba zważyła co następuje.

W ocenie Izby odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w zakresie zarzutu naruszenia wskazanego w pkt 1 petitum odwołania, natomiast w pozostałym zakresie Izba oddaliła zarzuty odwołania.

Jak wynika z uzasadnienia decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego, zawartego w piśmie z 6 października 2021 r., powodem odrzucenia oferty Odwołującego było: „W załączniku nr 1 do SWZ - Zamawiający wymaga przede wszystkim, aby przedmiot zamówienia tj. przewód elektroenergetyczny górniczy o żyłach miedzianych

SN był wykonany z izolacji z gumy ciepłoodpornej, zredukowanej (Gcr) i oponie z gumy trudnopalnej (On), z żyłami ekranowanymi gumą półprzewodzącą (ekgż). Proponowany

przez Wykonawcę kabel OnGcrekgż-G(S) FLEX 6/10 kV posiada izolację i oponę wykonaną na bazie elastycznego materiału polimerowego. Przedstawione w ofercie parametry kabla FLEX (materiał z którego wykonana jest izolacja i opona kabla) nie są równoważne parametrom przewodu SN (materiału), które zostały określone przez Zamawiającego w Opisie Przedmiotu Zamówienia.”

Mając na uwadze powyższe, można stwierdzić, że powód odrzucenia oferty Odwołującego sprowadza się jedynie do zarzutu, że został zaoferowany przewód, o parametrach które nie są równoważne parametrom przewodu wskazanego w OPZ, tj. z materiału innego niż produkt referencyjny wskazany w treści OPZ.

Treść SWZ w zakresie dopuszczalności możliwości zaferowania rozwiązań równoważnych nie budzi w ocenie Izby wątpliwości co do tego, że po pierwsze, Zamawiający dopuścił rozwiązania równoważne. Po drugie, że Zamawiający na tyle szeroko opisał równoważność, że dopuścił możliwość zaferowania kabla z innego równoważonego do opisanego rozwiązania materiału. Jak bowiem wprost wynika w treści pkt 3.2 SWZ oraz załącznika nr 1 do SWZ: „Pod pojęciem „parametry” rozumie się wymagania dotyczące budowy przewodu, wymagania mechaniczne, eksploatacyjne, temperaturowe oraz prądowe. W związku z powyższym Zamawiający dopuszcza możliwość zaferowania przewodów o innych znakach towarowych, patentach lub pochodzeniu, natomiast nie o innych właściwościach i funkcjonalnościach niż określone w SWZ. Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez Zamawiającego, obowiązany jest wykazać, że oferowany przez niego przedmiot zamówienia spełnia wymagania określone przez Zamawiającego.” Zatem w pojęciu „parametr” mieści się też budowa przewodu. Opis w zakresie budowy przewodu znajduje się również w treści Załącznika nr 1 i zawiera nie tylko odniesienia do norm ale również do materiałów.

Następnie wskazać należy, że w odpowiedzi na odwołanie oraz podczas samej rozprawy (vide: str. 5 protokołu posiedzenia i rozprawy z 10 listopada 2021 r., gdzie Zamawiający wskazał: „w ofercie Odwołujący nie wykazał równoważności w zakresie

łączenia przewodu o izolacji gumowej z przewodem o izolacji i oponie polimerowej i że zaoferowany kabel zachowa swoje właściwości po takim połączeniu”) zostało ujawnione, że Zamawiający ma szereg zastrzeżeń do treści oferty Odwołującego, a dotyczących możliwości wykonania łączenia za pomocą muf przelotowych ze stosowanymi już u Zamawiającego przewodami górniczymi, braku zestawienia parametrów dla polimeru i gumy dla przewodów na napięcie 6/10 kV w treści załączonej do oferty Opinii Technicznej nr

TEST/21/O/2017, gdyż opinia ta zawiera takie zestawienie dla napięcia 0,6/1kV, wymagań temperaturowych pracy oraz wymagań odbiorowych, a także zaniechania przez Odwołującego przedstawienia badań w zakresie wymogów mechanicznych, tj. np. prób zginania (vide: str. 6 protokołu posiedzenia i rozprawy z 10 listopada 2021 r.).

Izba zwraca uwagę, że powyższe powody nie zostały wskazane przez Zamawiającego w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego z 6 października 2021 r. zatem przywoływanie ich na tym etapie postępowania jest nieuprawnione ponieważ nie była to podstawa faktyczna odrzucenia oferty Odwołującego. Odwołujący nie miał możliwości podniesienia w terminie na odwołanie od czynności Zamawiającego z 6 października 2021 r. stosownych zarzutów w tym zakresie skoro powody te nie zostały wprost w tym piśmie wskazane. Z całą mocą podkreślić należy, że nie można oczekiwać od wykonawcy, iż będzie się on domyślał powodów odrzucenia swojej oferty, bowiem to na Zamawiającym spoczywa obowiązek kompleksowego wskazania podstaw odrzucenia oferty i ich wyczerpującego uzasadnienia faktycznego.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał też na brak zgodności budowy oferowanego przewodu z OPZ z uwagi na materiał polimerowy zamiast gumy ciepłoodpornej, jednak Izba zwraca uwagę, że Odwołujący zaferował rozwiązanie równoważne do opisanego w treści OPZ, a Zamawiający dopuścił równoważność również w zakresie budowy przewodu. Dlatego samo, lakoniczne stwierdzenie przez Zamawiającego w treści pisma z 6 października 2021 r., że podstawą faktyczną odrzucenia oferty Odwołującego jest okoliczność zaferowania przewodu z materiału polimerowego zamiast z gumy nie może zostać uznana w ocenie Izby za wystarczającą dla odrzucenia oferty Odwołującego. Twierdzenie Zamawiającego, że z zaferowanego materiału wynika, że nie zostały spełnione warunki eksploatacyjne (vide: str. 8 protokołu posiedzenia i rozprawy z 10 listopada 2021 r.) nie może stanowić o prawidłowości czynności Zamawiającego, ponieważ Zamawiający w piśmie z 6 października 2021 r. zaniechał wskazania konkretnych

niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią SWZ, której z te okoliczności wynikają. Izba przy tym wskazuje i podkreśla, że podstawą uwzględnienia odwołania nie jest przesądzenie, że oferta Odwołującego odpowiada treści SWZ, bowiem w oparciu o tak lakoniczne uzasadnienie odrzucenia tej oferty nie sposób tego stwierdzić. Podstawą uwzględnienia odwołania jest stwierdzenie, że czynność Zamawiającego z 6 października 2021 r. była wadliwa, ponieważ Zamawiający w treści uzasadnienia nie skonkretyzował dlaczego ocenił, że „przedstawione w ofercie parametry kabla FLEX (materiał z którego wykonana jest izolacja i opona kabla)nie są równoważne parametrom przewodu SN (materiału), które zostały określone przez Zamawiającego w Opisie Przedmiotu Zamówienia”. Innymi słowy, Zamawiający w treści uzasadnienia pisma z 6 października nie wykazał niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią SWZ. Z tych względów zarzut podlegał uwzględnieniu, a Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty dokonanej pismem z 6 października 2021 r. oraz nakazała powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Odnosząc się natomiast do powołanego przez Strony wyroku Izby wydanego w sprawie o sygn. akt KIO 1039/19 z dnia 21 czerwca 2019 r. Izba stwierdza, że zapadł on w innym stanie faktycznym (co zdaje się również dostrzegać sam Zamawiający), i z tego powodu Izba nie znalazła podstaw aby zastosować wnioski zawarte w treści uzasadnienia w przedmiotowej sprawie.

W pozostałym zakresie zarzuty odwołania podlegały oddaleniu jako bezzasadne. W ocenie Izby nie ma podstaw aby twierdzić że wymogiem Zamawiającego było w każdym przypadku załączenie do oferty dokumentów z których wynikać będzie, że oferowane produkty spełniają wymagania SWZ. Z dokumentacji postępowania wynika, że Zamawiający taki obowiązek przewidział tylko w pkt 3.2 SWZ odnoszącym się do zaoferowania rozwiązań równoważnych. Obowiązek ten Odwołujący wywodzi z treści odpowiedzi na pytanie nr 6 udzielonej pismem z 29 czerwca 2021 r. O ile samo pytanie zostało zadane w sposób precyzyjny, o tyle udzielona odpowiedź jest na tyle ogólna, że nie sposób z niej w ocenie Izby wywodzić tak diametralną zmianę postanowień SWZ w przedmiocie złożenia dokumentów przez wszystkich wykonawców bez względu na oferowany produkt (tj. produkt referencyjny albo rozwiązanie równoważne).

Natomiast zarzut wskazany w pkt 4 petitum odwołania a dotyczący opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejasny i z naruszeniem zasad przejrzystości i konkurencyjności jako odnoszący się do treści OPZ Izba uznała za spóźniony na tym etapie postępowania.

Izba w tym miejscu wskazuje, że przy wyrokowaniu nie wzięła pod uwagę stanowiska pisemnego Odwołującego zawartego w piśmie z 12 listopada 2021 r., z uwagi na okoliczność, iż zostało ono przedstawione po zamknięciu rozprawy.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w związku § 5 pkt 1 i 2 lit b) w związku z § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: