Sygn. akt: KIO 269/24

WYROK

Warszawa dnia 27 lutego 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu, na posiedzeniu i rozprawie w Warszawie w dniach 13 i 23 lutego 2024r., w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 stycznia 2024 r., przez **odwołującego:** ROGUM Kable Sp. z o.o. 83-000 Pruszcz Gdański ul. Grunwaldzka 66w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego:** Lubelski Węgiel „Bogdanka" S.A. Bogdanka, 21-013 Puchaczów

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania i czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego
2. kosztami postępowania obciąża **zamawiającego:** Lubelski Węgiel „Bogdanka" S.A. Bogdanka, 21-013 Puchaczów i

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (sł.: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego:** ROGUM Kable Sp. z o.o. 83-000 Pruszcz Gdański ul. Grunwaldzka 66, tytułem wpisu od odwołania

2.2. zasądza od **zamawiającego:** Lubelski Węgiel „Bogdanka" S.A. Bogdanka, 21-013 Puchaczówn a rzecz **odwołującego:** ROGUM Kable Sp. z o.o. 83-000 Pruszcz Gdański ul. Grunwaldzka 66kwotę 18.600 zł 00gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. j.t. 2023 r. poz. 1605 z pózn. zm.) 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:……...

Uzasadnienie

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostawa kabli i przewodów elektroenergetycznych niskiego i średniego napięcia oraz kabli sygnalizacyjnych i teletechnicznych do zastosowania w zakładzie górniczym na powierzchni i w wyrobiskach podziemnych w pomieszczeniach ze stopniem „a" , „b" i ,,c" niebezpieczeństwa wybuchu metanu oraz klasy „A" i „B" zagrożenia wybuchem pyłu węglowego", znak sprawy: 5440/HZP/MSO/2022, ZADANIE NR 5 Przewody oponow elektroenergetyczne gumowe, dalej „Postępowanie" lub „Zadanie nr 5".

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 grudnia 2022 r. pod numerem 2022/S 233-667807.

ODWOŁANIE

Działając na podstawie art. 513 pkt 1 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm., dalej „Pzp"), wnoszę odwołanie od czynności Zamawiającego polegających na:

1)unieważnieniu Postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp w dniu 15 stycznia 2024 r. i poprzedzającej ją czynności ustalenia nowej kwoty na sfinansowanie zamówienia w dniu 13 grudnia 2023 r.

2)odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w dniu 15 stycznia 2024 r.

Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucam naruszenie następujących przepisów:

1. Art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 255 pkt 3 Pzp poprzez niezasadne unieważnienie Postępowania i ustalenie nowej kwoty na sfinansowanie zamówienia, ze względu na rzekomy brak środków na sfinansowanie zamówienia, podczas gdy: ogół okoliczności, które zaistniały w trakcie Postępowania (w tym wcześniejszy wybór jako najkorzystniejszej innej dużo droższej oferty niż oferta Odwołującego i treść wydanego, tylko fikcyjnie wykonanego przez Zamawiającego, wyroku

Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 października 2023 r. o sygn. akt KIO 2792/23), charakter zamówienia, sytuacja finansowa Zamawiającego, jak również lakoniczność uzasadnienia dokonania ww. czynności, potwierdzają jednoznacznie, że zarówno czynność unieważnienia Postępowania, jak i ustalenie nowej kwoty na sfinansowanie zamówienia są czynnościami pozornymi, mającymi na celu wyłącznie uniknięcie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego w Postępowaniu,

2. Art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez niezasadne odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia, podczas gdy treść oferty Odwołującego, przedmiotowe środki dowodowe, przebieg próby, o której mowa w ust. 14 Opisu Przedmiotu Zamówienia, jak również lakoniczność uzasadnienia czynności odrzucenia oferty, w tym pominięcie istotnych okoliczności, nie dają podstaw, by taką niezgodność stwierdzić.

Mając na uwadze powyższe zarzuty, wnoszę o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1)unieważnienia czynności unieważnienia Postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp, jak również poprzedzającej ją czynności ustalenia nowej kwoty na sfinansowanie zamówienia,

2)unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp,

3)dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, w konsekwencji czego oferta Odwołującego powinna być uznana za najkorzystniejszą w Postępowaniu,

4)obciążenia Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Przedmiotem zamówienia w ZADANIU NR 5, w którym zostaje wniesione niniejsze odwołanie, jest dostawa przewodów oponowych elektroenergetycznych gumowych. Jednocześnie Zamawiający dopuścił możliwość zaoferowania przewodów równoważnych, z czego skorzystał Odwołujący i co zaakceptował Zamawiający. Odwołanie dotyczy ww. Zadania nr 5, stąd przez „Postępowanie" Odwołujący rozumie na potrzeby niniejszego odwołania wyłącznie Zadanie nr 5.

Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia w rozumieniu art. 505 ust. 1 Pzp oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp.

Odwołujący złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę, która jest zgodna z warunkami zamówienia określonymi w specyfikacji warunków zamówienia, dalej „SWZ" i najkorzystniejsza w świetle zdefiniowanego kryterium oceny ofert (cena brutto - 100%).

Jednocześnie oferta Odwołującego mieści się w budżecie Zamawiającego, który Zamawiający ma zapewniony na sfinansowanie zamówienia będącego przedmiotem Postępowania (jest to począwszy od dnia 12 kwietnia 2023 r. kwota 10.415.455,50 zł brutto, stanowiąca wartość wybranej w dniu 14 kwietnia 2023 r. jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy TELE-FONIKA KABLE S.A., dalej „TELE-FONIKA".

Powyższe potwierdził jednoznacznie (w tym wprost w sentencji) wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 października 2023 r. o sygn. akt KIO 2792/23 i nie zmienia go kolejna wykreowana przez Zamawiającego czynność - wyłącznie na potrzeby stworzenia pozornej podstawy do unieważnienia Postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp - polegająca na ustaleniu w dniu 13 grudnia 2023 r. przez Kierownika Zamawiającego „na nowo" kwoty na sfinansowanie na poziomie kwoty na sfinansowanie zamówienia podanej pierwotnie przed otwarciem ofert w dniu 9 stycznia 2023 r. (9.719.309,94 zł brutto).

W Postępowaniu ofertę z najniższą ceną złożył Odwołujący (9.943.147,80 zł brutto) i jest ona znacznie niższa, niż ww. zwiększona i w dalszym ciągu wiążąca i będąca w zakresie możliwości finansowych Zamawiającego w Postępowaniu kwota na sfinansowanie zamówienia (10.415.455,50 zł brutto), tj. o ponad 470 tys. złotych.

W przypadku uwzględnienia odwołania, czynności Zamawiającego, tj. unieważnienie Postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp, ustalenie nowej kwoty na sfinansowanie zamówienia oraz odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp zostaną unieważnione, co spowoduje powrót Zamawiającego do oceny ofert i w konsekwencji umożliwi wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu.

Tym samym Odwołujący ma interes w uzyskaniu niniejszego zamówienia, a na skutek czynności niezgodnych z Pzp podjętych przez Zamawiającego Odwołujący może ponieść szkodę polegającą na nieuzyskaniu przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący wnosi odwołanie z zachowaniem ustawowego terminu. Informację o czynnościach Zamawiającego Odwołujący powziął w dniu 15 stycznia 2024 r., tym samym ustawowy termin wniesienia odwołania upływa w dniu 25 stycznia 2024 r.

uzasadnienie odwołania

wprowadzenie

1.Na wstępie, Odwołujący musi nakreślić szerzej kontekst sprawy, z przywołaniem kilku kluczowych faktów, które miały miejsce w Postępowaniu:

1.1.Postępowanie zostało wszczęte w dniu 28 listopada 2022 r., a zatem trwa już niemal 14 miesięcy (!). Co ciekawe, samo Postępowanie trwa dłużej, niż będzie trwać umowa, która w jego wyniku zostanie zawarta (12 miesięcy). Otwarcie ofert nastąpiło w dniu 9 stycznia 2023 r., a zate m samo badanie ofert trwało ponad rok (!). Jedynym kryterium oceny ofert jest cena.

1.2.Kwota na sfinansowanie zamówienia opublikowana w dniu 9 stycznia 2023 r. przed otwarciem ofert w zakresie Zadania nr 5 wyniosła 9.719.309,94 zł brutto.

W Postępowaniu zostały złożone 3 oferty:

•Odwołującego - cena: 9.943.147,80 zł brutto,

•TELE-FONIKA - cena: 10.415.455,50 zł brutto,

•EL-PLATFOTMA Spółka z o.o. Sp.k. z siedzibą w Mikołowie - cena: 10.983.673,68 zł brutto (oferta ta została już prawomocnie odrzucona we wcześniejszej części Postępowania).

1.3. W trakcie tak długiego okresu Postępowania Zamawiający głównie milczał, tj. nie podejmował jakichkolwiek czynności i nie informował o przyczynach takiego stanu rzeczy Odwołującego. Odwołujący informował Kierownika Zamawiającego o swoich zastrzeżeniach wobec takiego sposobu działania przekazując w międzyczasie 5 pism i prosił o podjęcie działań (pisma zostały przekazane w dniach: 26 kwietnia 2023 r., 31 maja 2023 r., 4 sierpnia 2023 r., 27 października 2023 r. i 8 grudnia 2023 r. - wszystkie pisma stanowią część dokumentacji Postępowania). Na żadne z ww. pism Odwołujący nie otrzymał jakiejkolwiek odpowiedzi.

1.4.Jednocześnie średnio raz na kilka miesięcy Zamawiający podejmował próbę zakończenia Postępowania, ale za każdym razem w taki sposób, by nie doszło do wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego:

1.4.1.W dniu 14 kwietnia 2023 r. wybrał jako najkorzystniejszą w Postępowaniu ofertę konkurenta, tj. TELE-FONIKA (droższą o ponad 470 tys. zł brutto od oferty Odwołującego), natomiast ofertę Odwołującego odrzucił na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Zamawiający niezgodności treści oferty z warunkiem zamówienia upatrywał w tym, że dostarczony na próbę, o której mowa w ust. 14 Opisu Przedmiotu Zamówienia, stanowiącego część III SWZ, dalej „OPZ", wzorzec próbny miał nadruk atramentowy, zamiast nadruku tłoczonego, wobec czego Zamawiający uniemożliwił Odwołującemu przeprowadzenie próby (więcej o samej próbie i wzorcach próbnych w dalszej części odwołania).

Na ww. czynności odwołanie wniósł Odwołujący, które Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 8 maja 2023 r. (sygn. akt KIO 1131/23) uwzględniła w całości i nakazała Zamawiającemu unieważnienie ww. czynności i ponowną ocenę ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

1.4.2.W dniu 12 września 2023 r. unieważnił Postępowanie na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp. Zamawiający wskazywał, że nie może zwiększyć kwoty na sfinansowanie zamówienia, którą podał w dniu 9 stycznia 2023 r. przed otwarciem ofert (9.719.309,94 zł brutto), podczas gdy oferta Odwołującego (9.943.147,80 zł brutto) przekracza tę kwotę o 223.837,86 zł brutto. Jednocześnie Zamawiający przeszedł obojętnie obok faktu, że wcześniej w Postępowaniu w dniu 14 kwietnia 2023 r. wybrał dużo droższą ofertę TELE-FONIKA i było go na nią stać (jak również, że ogólnie w tym Postępowaniu w innych częściach musiał dopłacić około 5 mln złotych łącznie, aby móc rozstrzygnąć inne części). Jednocześnie ww. czynność unieważnienia Postępowania była zaskakująca z perspektywy Odwołującego ze względu na przebieg Postępowania, gdyż miała miejsce dopiero po wykonaniu przez Odwołującego próby w dniach 19-21 lipca 2023 r.

Na ww. czynność odwołanie wniósł Odwołujący, które Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 9 października 2023 r. (sygn. akt KIO 2792/23) uwzględniła, nakazując Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia Postępowania, ze względu na jej pozorny charakter, mająca na celu wyłącznie uniknięcie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

W tym miejscu, ze względu na wagę tego orzeczenia w kontekście powtórnej czynności unieważnienia Postępowania na tej samej podstawie prawnej, warto przytoczyć pełną treść pkt 1 sentencji ww. wyroku KIO 2792/23:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: Lubelski Węgiel Bogdanka S.A. w Bogdance, Bogdanka, 21-013 Puchaczów unieważnienie czynności z 12.09.2023 r. w zakresie zadania 5 unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) z uwagi na potwierdzenie się zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 255 pkt 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) poprzez niezasadne unieważnienie postępowania ze względu na rzekomy brak środków na sfinansowanie zamówienia, podczas gdy ogół okoliczności, które zaistniały w trakcie postępowania (w tym wcześniejszy wybór jako najkorzystniejszej innej dużo droższej oferty niż oferta Odwołującego: Rogum Kable Sp. z o.o., ul. Grunwaldzka 66, 83-000 Pruszcz Gdański), jak również lakoniczność uzasadnienia czynności unieważnienia, wskazują jednoznacznie, że jest to czynność pozorna, mająca na celu wyłącznie uniknięcie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego w postępowaniu.

1.5.Mając na uwadze powyższe, przedmiotowe odwołanie jest już trzecim odwołaniem w tym samym Postępowaniu, które musiał wnieść Odwołujący do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

1.6.Odwołujący nie jest w stanie zrozumieć dlaczego Zamawiający w taki sposób prowadzi Postępowanie (w tym dokonuje szeregu niezgodnych z Pzp czynności), tym bardziej, że:

1.6.1.przedmiotem zamówienia jest dobrze znany Zamawiającemu asortyment (kupuje go od lat i potrafi to robić dużo szybciej, prowadząc przetargi na podstawie Pzp w tym zakresie). Jednocześnie jest to taki asortyment, bez którego Zamawiający nie może się obejść, musi go otrzymywać sukcesywnie, aby móc kontynuować prowadzoną przez siebie działalność (potwierdził to Zamawiający w swoim wniosku na zarząd z dnia 31 marca 2023 r., znajdującym się w dokumentacji Postępowania, na potrzeby uzasadnienia wyboru jako najkorzystniejszej oferty TELE-FONIKA w kwietniu 2023 r. - w rubryce „Wskazanie ryzyk" (strona 13), że „Brak zakupu kabli i przewodów powoduje postój zakładu górniczego").

Z tego też powodu, na posiedzeniu przed Krajową Izbą Odwoławczą w sprawie KIO 2792/23 w dniu 4 października 2023 r. pełnomocnicy Zamawiającego informowali o trwającym przygotowaniu kolejnego przetargu na dostawę kabli, w tym na ten asortyment będący przedmiotem Postępowania, który ma zostać wszczęty w 2024 r.

1.6.2. oferowany przez Odwołującego w Postępowaniu asortyment (przewody oponowane ekranowane wykonane z elastycznego materiału polimerowego typu FLEX, zamiast izolacji i opony z gumy) jest rozwiązaniem w pełni równoważnym względem przewodów z izolacją i oponą gumową. Jednocześnie jest to asortyment bezpieczny, dobrze zbadany, istniejący na rynku od dłuższego czasu i sprawdzony, bo stosowany na co dzień przez kopalnie (np. Jastrzębską Spółkę Węglową);

1.6.3.oferowany przez Odwołującego w Postępowaniu asortyment jest Zamawiającemu dobrze znany, gdyż Odwołujący dostarczał go już Zamawiającemu w 2019 r. w ramach zawartej umowy nr 175/Z/IŻ/2019/727/IZW-E/EPO - umowa została zrealizowana bez zastrzeżeń, jak również Zamawiający nie korzystał z żadnych uprawnień z tytułu rękojmi lub gwarancji). Tym samym dokładnie takie same kable, jak te które zaoferował Zamawiającemu w Postępowaniu Odwołujący (i były przedmiotem badania w trakcie próby w dniach 19-21 lipca 2023 r.) posiada Zamawiający w swojej kopalni i bez żadnych wątpliwości właściwie spełniają swoją funkcję.

1.7.Odwołujący nie chce zarzucać Zamawiającemu, że podejmując (lub nie podejmując) kolejne czynności w Postępowaniu kieruje się swoistą niechęcią względem Odwołującego (czego bez żadnych wątpliwości zakazuje Pzp), natomiast ogół okoliczności na to może wskazywać. Jednocześnie czynność kolejnego unieważnienia Postępowania (znowu na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp i praktycznie w tożsamym stanie faktycznym, z całkowitym zignorowaniem prawomocnego wyroku KIO 2792/23), jak również czynność kolejnego odrzucenia oferty Odwołującego (znowu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp i po raz kolejny w związku z niewłaściwą postawą Zamawiającego związaną z próbą asortymentu, który Zamawiający dobrze zna i na co dzień używa), o takiej niechęci mogą świadczyć i - co najważniejsze - po raz kolejny rażąco naruszają przepisy Pzp.

ZARZUT DOTYCZĄCY CZYNNOŚCI UNIEWAŻNIENIA POSTĘPOWANIA I USTALENIA „NOWEJ" KWOTY.

2.Odwołujący wnosi o uwzględnienie tego zarzutu, jak na wstępie.

3.W ocenie Odwołującego zarówno sama czynność unieważnienia Postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp z dnia 15 stycznia 2024 r., jak i poprzedzająca ją czynność ustalenia „nowej" kwoty na sfinansowanie zamówienia z dnia 13 grudnia 2023 r. (uchwałą Zarządu nr 1462/XI/2023) „przywracająca" kwotę na sfinansowanie zamówienia sprzed otwarcia ofert, są czynnościami pozornymi, nieznajdującymi oparcia w rzeczywistych możliwościach finansowych Zamawiającego, mającymi na celu wyłącznie zakończenie Postępowania za wszelką cenę i uniknięcie wyboru jako

najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

4.Na wstępie Odwołujący nadmienia, że unieważnienie Postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp - jak każde unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia w Pzp - jest wyjątkiem od zasady, którą jest zakończenie postępowania udzieleniem zamówienia wykonawcy wybranemu w danym postępowaniu.

5.Tym samym każdy przypadek, gdy zamawiający decyduje się skorzystać z unieważnienia Postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp, musi być interpretowany zawężająco i wiąże się z obowiązkiem przedstawienia przez zamawiającego wyczerpującego i zgodnego z rzeczywistością uzasadnienia. Brak uzasadnienia (i zrównana w skutkach jego lakoniczność), jak również niewiarygodność uzasadnienia (zwłaszcza sprzeczność z logiką i zasadami doświadczenia życiowego), zawsze działają na niekorzyść zamawiającego, uniemożliwiając mu skuteczne unieważnienie postępowania zgodnie z Pzp.

6.W Postępowaniu oba ww. warunki nie ziściły się. Zarówno przedstawione lakoniczne uzasadnienie (de facto jego brak) czynności unieważnienia Postępowania z dnia 15 stycznia 2024 r., jak również całkowita niewiarygodność wskazanych okoliczności, nie pozwalają na skuteczne unieważnienie Postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp. Do obu tych okoliczności Odwołujący odniesie się po kolei poniżej.

LAKONICZNOŚĆ (DE FACTO BRAK) UZASADNIENIA CZYNNOŚCI

7.Uzasadnienie czynności unieważnienia Postępowania z dnia 15 stycznia 2024 r. i ustalenia nowej kwoty na sfinansowanie zamówienia z dnia 13 grudnia 2023 r., w warstwie pomijającej ogólniki (np. cytowanie przepisów, podawanie cen z ofert wykonawców, kilkukrotne deklaracje o braku środków finansowych, cytat z komentarza do Pzp), ogranicza się tak naprawdę do jednej okoliczności przywołanej w części I pisma („Zawiadomienie o czynnościach Zamawiającego"). Jest nią swoiste przywrócenie (nazwane w piśmie „aktualizacją") przez Kierownika Zamawiającego (Zarząd) uchwałą nr 462/XI/2023 z dnia 13 grudnia 2023 r. pierwotnej kwoty na sfinansowanie zamówienia (czyli tej z dnia otwarcia ofert, tj. 9 stycznia 2023 r.) „w szczególności ze względu na: zmianę sytuacji rynkowej wpływającą bezpośrednio na korektę planu budżetowego Zamawiającego" (pkt 1 pisma).

8. Chronologia zdarzeń, zgodnie z którą Zamawiający uzasadnił unieważnienie Postępowania, jest następująca:

•9 styczn ia 2023 r. - została opublikowana przed otwarciem ofert kwota na sfinansowanie zamówienia dla Zadania nr 5: 9.719.309,94 zł brutto (najtańszą ofertę złożył Odwołujący z ceną 9.943.147,80 zł brutto),

•12 kwietnia 2023 r. - uchwałą Zarządu nr 416/XI/2023 następuje podwyższenie kwoty na sfinansowanie zamówienia do kwoty oferty TELE-FONIKA (10.415.455,50 zł brutto),

• 13 stycznia 2024 r. - uchwałą Zarządu nr 462/XI/2023 następuje przywrócenie kwoty na sfinansowanie zamówienia z dnia 9 stycznia 2023 r.

9.Ww. chronologia zdarzeń pomija wszelkie zdarzenia, które nastąpiły w międzyczasie, w ciągu niemal 14 miesięcy trwania Postępowania, w tym próbę, która odbyła się w dniach 19-21 lipca 2023 r., jak również bardzo ważny w tym kontekście wyrok KIO 2792/23 i płynące z niego spostrzeżenia Izby związane ze stwierdzonym naruszeniem Pzp przez Zamawiającego. Można pokusić się o sformułowanie, że Zamawiający czynnością unieważnienia Postępowania z dnia 15 stycznia 2024 r. dopuścił się swoistej recydywy, w zakresie naruszenia art. 255 pkt 3 Pzp.

10.Zamawiający podszedł do kwestii ustalenia kwoty na sfinansowanie zamówienia w sposób instrumentalny, stricte przez pryzmat przepisów prawa korporacyjnego (tak jak to robi po prostu każda spółka prawa handlowego, ustalając budżet na dany wydatek), pomijając przy tym swoje obowiązki jako zamawiającego sektorowego na gruncie Pzp.

11.W tym miejscu należy przywołać uzasadnienie ww. wyroku KIO z dnia 9 października 2023 r. (sygn. akt 2792/23):

Odnośnie zarzutów odwołania. Izba uznała w/w zarzuty za podlegające uwzględnieniu.

W pierwszej kolejności Izba podtrzymuje i zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego oraz przytoczonym orzecznictwem KIO, że podwyższenie kwoty jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia stanowi uprawnienie, a nie obowiązek Zamawiającego. Nadto, że nie musi na tą okoliczność przedstawiać jakiś szczególnych dowodów lub też opisywać szczegółowo dlaczego nie zwiększył kwoty jaka zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienie. Jednakże, okoliczności w przedmiotowej sprawie są zgoła odmienne. Inny jest też stan faktyczny, gdyż Zamawiający kwotę za jaką zamierza sfinansować zamówienie już podwyższył. Po prostu uznał, że to podwyższenie przestało go wiązać.

W następnej kolejności Izba wskazuję, że unieważnienie pierwotnego wyboru 14.04.2023r., wyrokiem KIO z dnia

08.05.2023 r. o sygn. akt: KIO 1131/23, a następnie czynnością Zamawiającego stanowiącą jego wykonanie, tj. czynnością 16.06.2023 r. nie skutkowało automatycznie obniżeniem kwoty jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia albowiem zgodnie z art. 255 pkt 3 Pzp: „chyba, że Zamawiający może zwiększyć te kwotę" stanowi o tym że de facto czynność podwyższenia a więc i obniżenia stanowi oddzielną czynność Zamawiającego w postępowaniu. Zamawiający miał tego świadomość gdyż podwyższył pierwotną kwotę jaką zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia z pierwotnej podanej przed otwarciem ofert 09.01.2023 r. w dniu 12.04.2023r., czyli na 2 (dwa) dni przed pierwotnym wyborem. Należy też przypomnieć, że kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia ogłasza się raz podczas otwarcia: art. 222 ust. 4 Pzp: „(...) najpóźniej przed otwarciem ofert, udostępnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania informację o kwocie (...)". Wybór nie obejmuje tej czynności. Skoro więc przy pierwotnym wyborze z 14.04.2023 r. Zamawiający podwyższając kwotę jaką zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia dokonał zapewnienia publicznego, że oferty do tej kwoty przyjmie, to był tym zapewnieniem związany.

Inne podejście stanowiłoby naruszenie zasady równego traktowania, skoro bowiem Zamawiający podwyższył kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia do oferty pierwotnie wybranej o wartości wyższej niż wartość oferty Odwołującego, która była znacznie niższa (o 472 307,10 zł brutto), to niejako zapewnił, że przyjmie oferty do tej kwoty. Odwołujący działa z kolei w zaufaniu do działania Zamawiającego i w sposób karny przystąpił do udziału w przeprowadzanych próbach (w ramach ponownego badania i oceny ofert) przez Zamawiającego w dniach 19-21.07.2023 r. na zaproszenie z 27.06.2023 r. i 07.07.2023 r. po unieważnieniu w dniu 16.06.2023 r. pierwotnego wyboru z 14.04.2023 r.

Z kolei Zamawiający nie wykazał, chociażby w postępowaniu odwoławczym przed Izbą zmianę okoliczności od kwietnia do września 2023 r. Nie zaprzeczał co do zasady argumentom i dowodowi Odwołującego (Śródrocznemu Skróconemu Sprawozdaniu finansowemu za okres od 01.01.2023 r. do 30.06.2023 r), co do dobrej kondycji finansowej Zamawiającego, jedynie stwierdził na rozprawie, że ma inne wydatki, w tym wydatki pracownicze oraz w przyszłym roku wydatki inwestycyjne. Stwierdził także że środki zostały przeniesione na przyszły rok do nowego postępowania.

Kwestia zmiany skali, tj. wielkości wydobycia była po pierwsze nową okolicznością, o której nie wiedział Odwołujący z informacji o unieważnieniu postępowania z 12.09.2023 r. Zgodnie, zaś z zasadą, że tak jak na rozprawie nie można formułować nowych zarzutów, tak Zamawiający nie może formułować nowych okoliczności faktycznych, które nie były w informacji przekazanej Odwołującemu, w tym wypadku w unieważnieniu. Po drugie, nie wykazał na rozprawie, że w wypadku spadku wydobycia brak jest celowości kontynuowania postępowania. Nie można bowiem wywieść, że przedmiot zamówienia jest zbędny, skoro przy zwiększeniu kwoty jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia - oddzielną czynnością z 12.04.2023 r. uchwałą nr 416/XI/2023 wprost argumentował we wniosku do tej uchwały - w rubryce /Wskazanie ryzyk/ - że: „Brak zakupu kabli i przewodów powoduje postój zakładu górniczego" jest więc niezbędny do bieżącej pracy niezależnie od skali wydobycia. Na potwierdzenie powyższej argumentacji należy też wskazać, że w 7 z 11 zadań w tym postępowaniu (odwołanie dotyczy zadania 5) zwiększył kwoty na sfinansowanie zamówienia, łącznie o blisko 5 mln złotych (zgodnie z treścią odwołania, czemu nie przeczył Zamawiający).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

12.Należy zauważyć, że ww. wyrok KIO został wydany w analogicznym stanie faktycznym i Zamawiający był zobowiązany go wykonać zgodnie z intencją składu orzekającego, która została wyrażona w sentencji (przywołanej wcześniej w odwołaniu) i uzasadnieniu tego orzeczenia.

13. Intencją Składu Orzekającego KIO była ochrona zaufania wykonawcy do czynności Zamawiającego w Postępowaniu, jaką jest ustalenie kwoty na sfinansowanie zamówienia i podkreślenie odrębności tej czynności w stosunku do czynności wyboru najkorzystniejszej oferty (tym samym unieważnienie czynności wyboru nie powoduje automatycznego unieważnienia kwoty na sfinansowanie zamówienia, a to starał się wywieźć Zamawiający poprzednio nieskutecznie unieważniając Postępowanie). Każdy przypadek, w którym Zamawiający najpierw podwyższa tę kwotę (na potrzeby wyboru droższej oferty jednego wykonawcy), a następnie obniża tę kwotę w toku tego samego Postępowania (np. na potrzeby uniknięcia wyboru tańszej oferty innego wykonawcy), jako rozwiązanie mogące godzić w zasadę równego traktowania wykonawców, musi być uzasadniony jego obiektywną, zaistniałą w trakcie Postępowania i właściwie udowodnioną zmianą sytuacji finansowej.

14.Natomiast Zamawiający uznał, że wystarczy po prostu zmienić uchwałę z dnia 12 kwietnia 2023 r., przywracając kwotę na sfinansowanie z dnia otwarcia ofert (9 stycznia 2023 r.), powołać się krótko na zmianę budżetu w kontekście sytuacji rynkowej i w ten sposób będzie już upoważniony do unieważnienia Postępowania na podstawie art. 255 pkt 3

Pzp. Jest to rozumowanie nieprawidłowe, niezgodne z ww. orzeczeniem KIO zapadłym w analogicznym stanie faktycznym.

15.Mając na uwadze powyższe, już tylko ze względu na lakoniczność uzasadnienia, de facto jego brak, czynność unieważnienia Postępowania z dnia 15 stycznia 2024 r., jak również poprzedzająca ją czynność ustalenia kwoty na sfinansowanie zamówienia z dnia 13 grudnia 2023 r., jako rażąco naruszające art. 255 pkt 3 Pzp, powinny zostać unieważnione.

NIEWIARYGODNOŚĆ UZASADNIENIA ZAMAWIAJĄCEGO

16.Niezależnie od lakoniczności uzasadnienia czynności unieważnienia Postępowania z dnia 15 stycznia 2024 r., samo uzasadnienie (przede wszystkim przywołana w nim fraza „zmianę sytuacji rynkowej wpływającą bezpośrednio na korektę planu budżetowego Zamawiającego") również nie zasługuje na wiarygodność, jako sprzeczne z zasadami logiki i doświadczenia życiowego.

17.O takiej sprzeczności świadczą w szczególności następujące okoliczności:

17.1.CHARAKTER PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA

Przedmiot zamówienia w Postępowaniu (czyli przewody elektroenergetyczne) jest niezbędny do prawidłowego prowadzenia działalności sektorowej Zamawiającego (sam wskazywał na to Zamawiający w cytowanym we wprowadzeniu do odwołania wniosku na zarząd, na potrzeby uzyskania w kwietniu 2023 r. zgody na zwiększenie kwoty na sfinansowanie wyboru dużo droższej oferty TELE-FONIKA). Przewody elektroenergetyczne ulegają zużyciu, awariom jak również muszą być instalowane w nowych miejscach wydobycia. Można stwierdzić, że jest to „artykuł pierwszej potrzeby" dla Zamawiającego. Tym samym niewiarygodne jest stwierdzenie, że Zamawiającego nie stać na zwiększenie kwoty na sfinansowanie zamówienia, bez którego nie może się obejść. I to tym bardziej, że na takie dostawy Zamawiający już od dłuższego czasu czeka (Postępowanie trwa 14 miesięcy). Jednocześnie sam Zamawiający informował na posiedzeniu KIO w sprawie KIO 2792/23, że przygotowuje kolejne Postępowanie, które zostanie wszczęte w 2024 r.

O niezbędności przedmiotu zamówienia świadczy również fakt, że Zamawiający w dniu 14 kwietnia 2023 r. rozstrzygnął łącznie 11 z 14 zadań (części) w trwającym przetargu (pozostałe zadania unieważnił ze względu na brak ofert). Aby tego dokonać, musiał zwiększyć kwotę na sfinansowanie zamówienia aż w 7 z 11 zadań (części), łącznie o blisko 5 mln złotych, tj. o ponad 20% względem budżetu ogłoszonego przed otwarciem ofert (!). Zamawiający nie unieważnił ani jednej części ze względu na przekroczenie kwoty na sfinansowanie - wręcz przeciwnie, zwiększał środki, w tym w Zadaniu nr 5, aby móc sfinansować niezbędny dla jego działalności zakup.

17.2.MINIMALNY ZAKRES ZWIĘKSZENIA KWOTY NA SFINANSOWANIE

Oferta Odwołującego była droższa od kwoty na sfinansowanie zamówienia opublikowanej przed otwarciem ofert tylko o 223.837,86 zł brutto, co stanowi tylko 2,3% tej kwoty. Innymi słowy, Zamawiający aby móc zaspokoić swoje potrzeby zakupowe i kupić niezbędny do prowadzenia działalności asortyment, musiał zwiększyć budżet na ten cel tylko o 2,3%. Dla porównania, w kwietniu 2023 r. aby móc wybrać w Zadaniu nr 5 ofertę TELE-FONIKA Zamawiający zwiększył budżet o kwotę 696.145,56 zł brutto, co stanowiło ponad 7,16% pierwotnej kwoty na sfinansowanie, niemniej w dalszym ciągu jest to marginalny wzrost kwoty, w stosunku do rzeczywistych możliwości finansowych Zamawiającego i wagi zakupu dla prowadzenia bieżącej i przyszłej działalności Zamawiającego.

17.3.BEZCELOWOŚĆ USTALENIA NOWEJ KWOTY NA SFINANSOWANIE W DNIU 13 GRUDNIA 2023 R.

Należy zauważyć, że Zamawiający czynnością ustalenia kwoty na sfinansowanie z dnia 13 grudnia 2023 r. nie wiedzieć czemu powrócił do pierwotnej kwoty na sfinansowanie zamówienia, czyli tej opublikowanej w dniu 9 stycznia 2023 r.

Innymi słowy, Zamawiający znając oferty i wiedząc jakie zawierają ceny, ustalił kwotę na sfinansowanie na poziomie, który wiąże się z koniecznością unieważnienia Postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp.

Jednocześnie nie wiedzieć czemu Zamawiający powrócił do pierwotnej kwoty na sfinansowanie zamówienia, a nie ustalił ją np. na poziomie niższym albo w ogóle nie zrezygnował z zakupu (skoro jest w tak trudnej sytuacji finansowej). W tym przypadku Zamawiający - zgodnie z jego niewiarygodnymi oświadczeniami - dalej na zakup ma zapewnione w budżecie akurat, co do grosza, tyle, co w styczniu 2023 r., natomiast rzekomo nie stać go na zwiększenie tego budżetu o 2,3%.

Taka czynność Zamawiającego jest bezwartościowa z perspektywy celu, do którego powinno prowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia, tj. możliwości udzielenia zamówienia - wręcz przeciwnie, jedyny cel takiego działania, to

wykreowanie sztucznej podstawy faktycznej do unieważnienia Postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp. Sam ustawodawca daje temu wyraz w brzmieniu art. 255 pkt 3 in fine Pzp, wskazując na możliwość zwiększenia kwoty, a nie jej zmniejszania - w Postępowaniu kwota na sfinansowanie została już zwiększona w kwietniu 2023 r. i wciąż obowiązuje, a zatem teraz to ona stanowi punkt odniesienia do możliwości unieważnienia Postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp. Tym samym jedyny kierunek racjonalnych zmian Zamawiającego, to podwyższanie tej kwoty, a nie jej bezcelowe obniżenie do poziomu sprzed ponad 12 miesięcy.

17.4.BARDZO DOBRA SYTUACJA FINANSOWA ZAMAWIAJĄCEGO

Zamawiający jako spółka publiczna, tj. podmiot, którego akcje są notowane na Giełdzie Papierów Wartościowych, jest zobowiązany do cyklicznego informowania rynku, o swojej aktualnej sytuacji finansowej.

Tym samym nie jest żadną tajemnicą, że Zamawiający jest w bardzo dobrej sytuacji finansowej. Świadczą o tym np. raporty okresowe zamieszczane przez Zamawiającego na swojej stronie internetowej (link: https://ri.lw.com.pl/raporty-okresowe. Ostatnie wejście: 25.01.2024 r.).

Na dane ze Skonsolidowanego raportu półrocznego GK LW Bogdanka za I półrocze 2023 r., opublikowanego w dniu 13 września 2023 r., powoływał się Odwołujący na posiedzeniu w sprawie KIO 2792/23 i Zamawiający nie zaprzeczał swojej dobrej sytuacji finansowej.

Aktualnie najnowsze dane finansowe (Skonsolidowany raport kwartalny Grupy Kapitałowej LW Bogdanka za III kwartał 2023 r.) został opublikowany w dniu 22 listopada 2023 r. (a zatem na krótko przed czynnością ustalenia kwoty na sfinansowanie z dnia 13 grudnia 2023 r.). Z danych tych wynika, że Zamawiający ma bardzo dobrą sytuację finansową, w tym zysk netto roku obrotowego za pierwsze 3 kwartały 2023 r. wynosi ponad 256 milionów złotych (porównując do danych za 1. półrocze 2023 r., w samym 3. kwartale 2023 r. wygenerowano zysk rzędu niemal 29 milionów złotych), a stan netto środków pieniężnych i ich ekwiwalentów zwiększył się w ciągu pierwszych trzech kwartałów 2023 r. o niemal 121 milionów złotych (dane z dokumentu pn.: „Wybrane dane finansowe IIIQ 2023", tabela dotycząca Zamawiającego - dokument stanowi załącznik do odwołania).

18.Reasumując, mając na uwadze fakt, że przedmiot zamówienia objęty Postępowaniem jest Zamawiającemu niezbędny (zarówno do bieżącej eksploatacji, jak i realizacji przyszłych inwestycji) i nie może z niego zrezygnować, posiada on bardzo dobrą sytuację finansową (generuje setki milionów zysków rocznie), w dalszym ciągu posiada pokaźne środki finansowe na zakup takiego asortymentu (ustalona „na nowo" w dniu 13 grudnia 2023 r. kwota na sfinansowanie zamówienia, to 9.719.309,94 zł brutto), należy uznać stwierdzenie o braku możliwości zwiększenia budżetu o kilkaset tysięcy złotych (co zresztą Zamawiający już zrobił w kwietniu 2023 r. i jest tym związany) za sprzeczne z zasadami logiki i doświadczenia życiowego. Zarówno czynność unieważnienia Postępowania w dniu 15 stycznia 2024 r., jak i ustalenia kwoty na sfinansowanie zamówienia w dniu 13 grudnia 2023 r., są czynnościami pozornymi, mającymi na celu unieważnienie Postępowania za wszelką cenę (tylko po to, by za chwilę wszcząć kolejny przetarg na ten sam asortyment i z dużą dozą prawdopodobieństwa otrzymać jeszcze wyższe ceny, chociażby w związku ze wzrostem poziomu cen w 2023 r.).

19.Na powyższą ocenę nie wpływa udostępniona Odwołującemu, dopiero w odpowiedzi na wniosek z art. 74 Pzp, w dniu 22 stycznia 2024 r., treść uchwały 1462/XI/2023 Zarządu Zamawiającego z dnia 13 grudnia 2023 r. wraz z wnioskiem na zarząd. W dokumencie tym znalazło się następujące sformułowanie (strona 2 i 3):

W związku z powyższym oraz w związku z unieważnieniem wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 16 czerwca 2023r. (uchwala nr 697/X1/2023 z dnia 14 czerwca 2023r.), mając na względzie zmianę sytuacji rynkowej wpływającą bezpośrednio na korektę planu budżetowego Zamawiającego (tj. zmniejszenie Strona 2 z 4 i zapotrzebowania na miał energetyczny o 1,1 mln ton przez głównego odbiorcę ENEA S.A., co skutkuje zmniejszeniem realnych przychodów w kwocie około 160 min zł netto oraz zmniejszeniem planowanego wydobycia węgla, a co za tym idzie zmniejszeniem zakresu prac wykonywanych przez LWB i zmniejszeniem zapotrzebowania na kable i przewody elektroenergetyczne nadto pierwotna kwota (tj. 7 901878,00 zł netto / 9 719 309,94 zł brutto) podana w dniu otwarcia ofert została przesunięta w budżecie na rok 2024), przebieg procedury wyboru oferty najkorzystniejszej (ogłoszenie o zamówieniu opublikowane dnia 2 grudnia 2022 r.), a w konsekwencji brak możliwości sfinansowania zamówienia do wartości kwoty zadeklarowanej w ww. uchwale, należy dokonać aktualizacji kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia oraz unieważnić czynność zwiększenia kwoty, którą Zamawiający zmierzał przeznaczyć na finansowanie zamówienia, które to zwiększenie, powiązane było z wyborem oferty najkorzystniejszej w dniu 14 kwietnia 2023r., a tym samym powrócić do stanu faktycznego z dnia otwarcia ofert, gdzie Zamawiający podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w zakresie zadania nr 5 w wysokości: 7. 901.878,00 zł netto/9. 719 309.94 zł brutto

20.Powyższe uzasadnienie nie ma znaczenia w kontekście sprawy, ponieważ:

20.1.Powinno się znaleźć w treści uzasadnienia czynności unieważnienia Postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp dokonanej w dniu 15 stycznia 2024 r.

20.2.Uzasadnienie to nie tłumaczy w żaden sposób jaki związek przyczynowo-skutkowy zachodzi pomiędzy zmniejszeniem zapotrzebowania na węgiel akurat w takiej wielkości, a brakiem możliwości zakupu konkretnych ilości kabli i przewodów elektroenergetycznych. Odwołujący przypomina, że kable, które kupuje Zamawiający nie są mu potrzebne tylko na potrzeby realizacji nowych inwestycji, ale również do trwających inwestycji, jak również bieżącego utrzymania, w tym nieplanowanych napraw awarii i planowych wymian wyeksploatowanych przewodów. Warto zauważyć, że na te okoliczności powoływał się już Zamawiający na posiedzeniu przed Krajową Izbą Odwoławczą w dniu 4 października 2023 r. (KIO 2792/23) i Izba zwróciła uwagę, w cytowanym wcześniej fragmencie uzasadnienia, na konieczność wykazania przez Zamawiającego związku pomiędzy spadkiem wydobycia, a brakiem celowości kontynuowania Postępowania. Zamawiający nie wziął jednak pod uwagę tej uwagi Izby i poprzestał na ogólnych sformułowaniach.

20.3.Zamawiający uzasadniając powyższe, pomija całkowicie okoliczność, że przewidział już możliwość w Projekcie umowy (Część II SWZ) w § 4 ust. 3, wykorzystania umowy tylko w 30% jej maksymalnej wartości brutto. Stąd jeśli nawet wydobycie węgla spadnie, co będzie uzasadniać spadek zapotrzebowania Zamawiającego na kable i przewody elektroenergetyczne, Zamawiający po prostu nie będzie musiał składać kolejnych zamówień okresowych, zgodnie z § 4 ust. 1 ww. Projektu umowy, ponad kwotę minimalną o której mowa w ust. 3. Jednocześnie Zamawiający nie wykazał, że spadek zapotrzebowania na kable i przewody elektroenergetyczne będzie większy, niż ww. minimalna kwota, do wykorzystania której zobowiązał się Zamawiający.

ZARZUT DOTYCZĄCY CZYNNOŚCI ODRZUCENIA OFERTY ODWOŁUJĄCEGO

21.Odwołujący wnosi o uwzględnienie tego zarzutu, jak na wstępie.

22.W ocenie Odwołującego Zamawiający w sposób nieuprawniony uznał, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp ze względu na negatywny wynik próby, o której mowa w ust. 14 OPZ. Mając na uwadze zarówno brzmienie dokumentów zamówienia, przebieg próby w dniach 19-21 lipca 2023 r., jak również przedstawione uzasadnienie czynności odrzucenia oferty w dniu 15 stycznia 2023 r., Zamawiający nie ma żadnych podstaw do stwierdzenia, że wynik próby jest negatywny - wręcz przeciwnie, powinien uznać próbę za zakończoną wynikiem pozytywnym.

23.Niestety, Zamawiający swoją czynnością z dnia 15 stycznia 2023 r. po raz kolejny próbuje wykreować podstawę do wyeliminowania oferty Odwołującego z Postępowania, jako rzekomo niezgodnej z warunkami zamówienia celowo:

23.1.przemilczając niektóre istotne fakty, które miały miejsce,

23.2.używając typowo technicznego żargonu,

23.3.chaotycznie prowadząc wywód,

23.4.włączając i podkreślając wielokrotnie aspekty emocjonalne, dotyczące bezpieczeństwa i zagrożenia życia.

24.Ww. działanie Zamawiającego ma na celu wywarcie wrażenia, że profesjonalnie przeprowadził próbę i ją ocenił. Warto przy tym zauważyć, że Zamawiający miał na to bardzo dużo czasu (niemal pół roku), stąd takie, a nie inne brzmienie uzasadnienia, jest niewątpliwie zamierzone i dobrze przemyślane.

25.Odwołujący nie zgadza się z dokonaną przez Zamawiającego oceną próby i wykaże poniżej, że Zamawiający nie miał podstaw, by stwierdzić negatywny wynik próby, a tym samym niezasadna jest czynność odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

PRÓBA I CEL JEJ PRZEPROWADZENIA W ŚWIETLE DOKUMENTÓW ZAMÓWIENIA

26.W Zadaniu nr 5 Zamawiający jako zasadę przyjął oferowanie przewodów mających izolację i oponę z gumy (ust. 2 pkt 5 i początek ust. 3 OPZ). Jednocześnie Zamawiający dopuścił możliwość złożenia oferty na równoważny dla konkretnej pozycji z opisu przedmiotu zamówienia typ kabla lub przewodu (ust. 11 OPZ), dalej „Wyrób równoważny".

27.Odwołujący zaoferował Zamawiającemu Wyroby równoważne, tj. przewody oponowane ekranowane wykonane z elastycznego materiału polimerowego typu FLEX (zamiast izolacji i opony z gumy). Jak wskazywał Odwołujący we wcześniejszej części odwołania („Wprowadzenie"), produkt ten jest bezpieczny, sprawdzony, powszechnie stosowany na rynku (w tym w kopalniach węgla kamiennego), jak również dobrze znany Zamawiającemu, bo sam go od lat stosuje.

Nie jest to zatem produkt prototypowy, którego jakość nie jest znana, a Zamawiający mógłby czuć się niekomfortowo go zamawiając. Wręcz przeciwnie, przewody FLEX posiadają wyższe parametry w zakresie odporności na ścieranie oraz promienie gięcia w porównaniu do standardowych przewodów gumowych, które w swojej ofercie proponuje np. TELE-FONIKA (co potwierdzają wyniki niezależnych badań, np. złożona wraz z ofertą opinia wydana przez niezależną akredytowaną jednostkę J.S. Hamilton Poland Sp. z o.o. „Opinia Techniczna" nr TEST/23/O/2017 wraz z „Uzupełnieniem nr 3 do Opinii Technicznej nr TEST/21/O/2017).

28.Jednocześnie znany i powszechnie stosowany na rynku jest również proces regeneracji i naprawy izolacji i opon przewodów typu FLEX. Na marginesie Odwołujący wskazuje, że w Postępowaniu brak obaw Zamawiającego powinien być tym bardziej uzasadniony, że ofertą Odwołującego objęta jest również możliwość wykonywania nieodpłatnie usługi napraw i regeneracji w cenie oferowanych wyrobów na czas trwania umowy (w tym uszkodzeń nieobjętych gwarancją), co stanowi ogromną korzyść na tle pozostałych złożonych ofert w Postępowaniu (na ten fakt wskazywał Odwołujący Zamawiającemu w piśmie z dnia 24 lutego 2023 r., jednak Zamawiający nie odniósł się do tego w żaden sposób). Tym samym Zamawiający nie musi obawiać się o jakość wykonywanych regeneracji, ponieważ Odwołujący Zamawiającemu tego typu usługę zapewni nieodpłatnie.

29.Odwołujący wykazał Zamawiającemu, zgodnie z jego wymaganiami, równoważność oferowanych przewodów, w tym przedkładając wszystkie wymagane postanowieniami Rozdziału VI ust. 1 Instrukcji dla Wykonawców, dalej „IDW", stanowiącej Część I SWZ, przedmiotowe środki dowodowe. Należy wyraźnie podkreślić, że Zamawiający nie miał żadnych zastrzeżeń do treści złożonych przez Odwołującego przedmiotowych środków dowodowych.

30.Jednym z takich przedmiotowych środków dowodowych był dokument, o którym mowa w ust. 13 OPZ, tj. Technologia napraw/łączenia „na gorąco", która miała być złożona przez Wykonawcę oferującego Wyrób równoważny wraz z ofertą (tak jednoznacznie kwalifikuje ten dokument Rozdział VI ust. 1 pkt 3 IDW).

31.Odwołujący złożył taki dokument wraz z ofertą i Zamawiający nie zanegował prawidłowości tego dokumentu w żaden sposób (nie neguje go również w czynności odrzucenia oferty Odwołującego z dnia 15 stycznia 2024 r.).

32.Jednocześnie, Zamawiający postanowił, że oprócz złożenia ww. przedmiotowego środka dowodowego, wykonawca oferujący Wyrób równoważny będzie musiał przeprowadzić tzw. próbę, na zasadach opisanych w ust. 14 OPZ. Dla ułatwienia, ust. 13 i 14 OPZ Odwołujący przywołuje poniżej:

13.W przypadku oferowania przewodów równoważnych dla przewodów z zadania 5 (typu OnGcekżi-G OnGcekż-GW .... oraz OnG ...) Zamawiający wymaga również dostarczenia wraz z Ofertą technologii napraw/łączenia „na gorąco" opracowanej przez Wykonawcę.

14.W przypadku opisanym w ust. 13 (dostarczenia technologii napraw/łączenia „na gorąco") Zamawiający będzie wymagał:

1)wykorzystywania do napraw/łączenia na gorąco prasy typu EPW- 1 taka prasa jest w posiadaniu Zamawiającego;

2)w przypadku zastosowania innej prasy niż EPW-1 lub innego dodatkowego sprzętu specjalistycznego należy w ofercie ująć ich dostawę wraz z kosztem tej dostawy;

3)przeprowadzenia próby zastosowania w/w technologii w siedzibie Zamawiającego, zakończonej pozytywnym wynikiem (właściwe zwulkanizowanie przewodu) na poniższych zasadach:

a)na wezwanie Zamawiającego, Wykonawca którego oferta została najwyżej oceniona stawi się w siedzibie Zamawiającego w wyznaczonych godzinach (od 8.00 do 12.00),

b)Wykonawca w celu przeprowadzenia próby wykorzysta prasę EPW-1 lub oferowaną przez Wykonawcę, którą wykonawca przetransportuje do siedziby Zamawiającego własnym staraniem i na własny koszt celem przeprowadzenia próby,

c)próba zostanie wykonana na dwóch odcinkach kabla o długości min. 3 m.b. każdy dostarczonych przez Wykonawcę w celu przeprowadzenia próby (kabel musi być tożsamy z zaoferowanym) - które zwane będą dalej "wzorcami próbnymi";

d)wzorce próbne zostaną sprawdzone pod względem zgodności z dostarczoną dokumentacją oraz wymaganiami OPZ. Ponadto, wzorce próbne stanowić będą dowód w przypadku ewentualnych sporów w trakcie realizacji umowy. Niezgodność wzorców próbnych z OPZ oraz nieuzyskanie pozytywnego wyniku próby traktowane będzie jako niezgodność treści oferty z SWZ. Zaoferowane i dostarczane produkty na etapie realizacji umowy muszą stanowić te same produkty jakie zostały przedłożone jako wzorce próbne,

e) próba będzie zakończona wynikiem pozytywnym, jeżeli wykonane połączenie na wzorcu próbnym nie będzie się rozwarstwiało,

e) ocena próby będzie wykonana przez służby ruchowe Zamawiającego,

g)w próbie uczestniczyć będą:

i.przedstawiciele Zamawiającego tj.:

ii.przedstawiciele Wykonawcy, co do oferty którego przeprowadzana jest próba (maksymalnie.. osób),

iii.po jednym przedstawicielu pozostałych Wykonawców jeśli się stawią,

h)Zamawiający poinformuje Wykonawcę, co do którego oferty przeprowadzana będzie próba oraz pozostałych Wykonawców najpóźniej na 3 dni robocze o wyznaczeniu terminu próby wraz z wezwaniem do stawiennictwa na próbie. Niestawiennictwo przedstawicieli Wykonawcy co do którego oferty przeprowadzana będzie próba skutkować będzie odrzuceniem oferty, a niestawiennictwo przedstawicieli pozostałych Wykonawców nie będzie miało wpływu na przeprowadzenie próby,

i)po zakończeniu próby, sporządzony zostanie protokół, który będzie przedłożony do podpisania przez biorących w przeprowadzeniu próby.

33.Należy przy tym zauważyć, że ust. 14 OPZ jest jedynym miejscem w dokumentach zamówienia, który opisuje próbę. Jednocześnie Zamawiający nie ma podstaw, aby na etapie badania ofert interpretować postanowienia ww. ustępu w sposób rozszerzający. Wręcz przeciwnie, każdy zapis, który może nasuwać wątpliwości, interpretuje się na korzyść wykonawców - zasada ta jest powszechnie akceptowana w orzecznictwie i poglądach doktryny.

34.Mając na uwadze brzmienie ust. 14 OPZ, próba jest wyłącznie pewnym elementem służącym weryfikacji „w praktyce" elementu przedmiotowego środka dowodowego jakim jest złożona wraz z ofertą Technologia napraw/łączenia „na gorąco".

35.Tym samym próba ma bardzo wąski zakres zastosowania i w taki właśnie zawężający sposób powinien być interpretowany przez Zamawiającego każdy zapis w ust. 14 OPZ. Warto zauważyć, że Zamawiający już raz w Postępowaniu próbował interpretować zapisy dotyczące próby rozszerzająco (na niekorzyść Odwołującego, oceniając jego ofertę w oparciu o wzorzec próbny), wskutek czego Krajowa Izba Odwoławcza przywoływanym we wprowadzeniu do odwołania wyrokiem z dnia 8 maja 2023 r. (sygn. akt KIO 1131/23) uwzględniła odwołanie wniesione przez Odwołującego.

36.Mając na uwadze powyższe, w świetle brzmienia ust. 14 OPZ, nie powinno być żadnych wątpliwości, co jest celem próby, tj. wykonanie wulkanizacji przewodu, która nie będzie się rozwarstwiać. Zamawiający dwukrotnie wskazał na ten aspekt:

36.1.W ust. 14 pkt 3 we wprowadzeniu: „zakończonej pozytywnym wynikiem (właściwe zwulkanizowanie przewodu)",

36.2.W ust. 14 pkt 3 lit. e: „próba będzie zakończona wynikiem pozytywnym, jeżeli wykonane połączenie na wzorcu próbnym nie będzie się rozwarstwiało,".

37.Jednocześnie jest to jedyny aspekt, przez pryzmat którego chciał oceniać Zamawiający wykonaną próbę, a tym samym badać przedmiotowy środek dowodowy jakim jest Technologia napraw/łączenia „na gorąco" złożona wraz z ofertą.

38.Należy przy tym zauważyć, że Zamawiający nie doprecyzował co rozumie przez określenie „zwulkanizowanie". Określenie „wulkanizacja" nieodłącznie kojarzone jest z gumą (w uproszczeniu jest to albo proces jej wytwarzania z kauczuku albo jej naprawiania). Odwołujący przenosząc powyższe na grunt Postępowania, rozumiał to jako wykonanie tych elementów przewodu, które mogą zawierać gumę (czy też inne tworzywo, np. materiał polimerowy FLEX) - stąd próba może dotyczyć wyłącznie odtworzenia w przewodzie:

38.1.izolacji żył (cieńszych wiązek znajdujących się wewnątrz przewodu),

38.2.opony przewodu (grubszej warstwy znajdującej się na zewnątrz przewodu, chroniącej zaizolowane żyły).

39.Mając na uwadze powyższe, w ocenie Odwołującego przebieg próby w dniach 19-21.07.2023 r. i uzyskane w jej trakcie wyniki pozwalały Zamawiającemu stwierdzić, że zarówno izolacja żył, jak opona, zostały właściwie zwulkanizowane, tj. wykonane połączenia na wzorcu próbnym nie rozwarstwiały się.

PRZEBIEG PRÓBY I JEJ REZULTAT

40.Przebieg próby, w kontekście ww. celu próby zakreślonego przez Zamawiającego w ust. 14 OPZ, składał się z następujących etapów:

40.1.ODTWORZENIE I WULKANIZACJA IZOLACJI ŻYŁ

Ten etap próby odbył się w dniu 19 lipca 2023 r., natomiast jego ocena miała miejsce w dniu 20 lipca 2023 r.:

19.07.2023r.

•najpierw na jednym z wzorców próbnych została zdjęta opona (na długości około 100 cm) oraz fragmenty izolacji każdej z żył,

•następnie została odtworzona izolacja wszystkich żył znajdujących się w przewodzie,

•potem przewód z odtworzonymi izolacjami żył (ale jeszcze bez odtworzonej opony) został umieszczony w prasie EPW Zamawiającego (urządzenie służące do zgrzewania), w celu zgrzania odtworzonych izolacji żył (czyli językiem OPZ: w celu ich „zwulkanizowania"),

•po zakończeniu procesu zgrzewania prasa EPW została wyłączona i pozostawiona z przewodem na noc (do samoczynnego wystygnięcia).

20.07.2023r.

•nastąpiło wyjęcie przewodu z prasy EPW z odtworzoną izolacją żył,

•izolacja żył została zwulkanizowana prawidłowo - wykonane w wyniku wulkanizacji połączenia odtworzonej izolacji żył nie rozwarstwiały się (Zamawiający wykonał również pomiar rezystancji izolacji żył roboczych i otrzymał wartości: 360GO, 440GO i 1000GD - a więc wartości znacznie przekraczające minimalną wartość 75MQ, przywoływaną przez Zamawiającego, gdyż 1GQ = 1000MD),

•asymetria rezystancji na poszczególnych żyłach, jak również ciemniejszy kolor izolacji jednej z żył, nie świadczył o wadliwości odtworzenia izolacji żył (ale o pierwszych symptomach przegrzewania się prasy EPW Zamawiającego, co uzewnętrzniło się w pełnej mierze przy okazji wulkanizacji pierwszej części opony - o czym w dalszej części odwołania),

PODSUMOWANIE: Odwołujący wykazał, że izolacja żył została odtworzona (zwulkanizowana) prawidłowo, tj. wykonane połączenia nie rozwarstwiały się.

Po pozytywnym odtworzeniu izolacji żył, Odwołujący mógł przystąpić do odtwarzania opony przewodu. Odtworzenie to musiało przebiegać w dwóch etapach. Przyczyną tego był fakt, że zdjęty z przewodu fragment opony był długości około 100 cm, natomiast wkład prasy EPW Zamawiającego miał długość około 65 cm (stąd nie było fizycznej możliwości, aby zwulkanizować całą odtworzoną oponę jednorazowo).

40.2.ODTWORZENIE I WULKANIZACJA OPONY ETAP 1

Ten etap próby, jak również jego ocena, odbyły się w dniu 20 lipca 2023 r.

20.07.2023

•najpierw odtworzono pierwszą część opony,

•potem przewód z odtworzoną pierwszą częścią oponą został umieszczony w prasie EPW Zamawiającego, w celu zgrzania odtworzonej pierwszej części opony (czyli językiem OPZ: w celu jej „zwulkanizowania"),

•po zakończeniu procesu zgrzewania prasa EPW została wyłączona i pozostawiona z przewodem do samoczynnego wystygnięcia,

•nastąpiło wyjęcie przewodu z prasy EPW z odtworzoną pierwszą częścią opony,

•odtworzona pierwsza część opony została nacięta - okazało się, że struktura opony zawiera niedoskonałości (pęcherzyki gazu wewnątrz tworzywa, nierozwarstwiająca się niejednolitość struktury), jak również, że doszło do nadtopienia izolacji niebieskiej żyły roboczej - co ważne, nie stwierdzono rozwarstwiania się wykonanej zwulkanizowanej opony,

•przyczyną powyższego stanu rzeczy było przegrzewanie się prasy EPW Zamawiającego, tj. wbrew temperaturze odtworzenia, którą nastawia się na prasie EPW, wewnątrz prasy EPW panowała wyższa temperatura niż zadana na

urządzeniu (pogląd ten już w trakcie próby podzielał również zewnętrzny ekspert zatrudniony przez Zamawiającego, tj. mgr inż. M.B., który wskazywał, że kruszenie się folii estrafolowej, które tutaj wystąpiło, świadczy o zbyt wysokiej temperaturze prasy EPW - opinia w zakresie przegrzewania się prasy EPW, w stosunku do temperatury zadanej na prasie, znajduje się również w jego ocenie próby, stanowiącej załącznik do czynności odrzucenia oferty Odwołującego z dnia 15 stycznia 2024 r., plik pn. „2023-07-21_opinia_lukasiewicz_-_zalacznik_4" w dokumentacji Postępowania - więcej o samej opinii w dalszej części odwołania),

40.3.ODTWORZENIE I WULKANIZACJA OPONY ETAP 2

Ten etap próby odbył się w dniu 20 lipca 2023 r., natomiast jego ocena w dniu 21 lipca

2023 r.:

20.07.2023 r.

•najpierw odtworzono drugą część opony,

•potem przewód z odtworzoną drugą częścią opony został umieszczony w prasie EPW Zamawiającego, w celu zgrzania odtworzonej drugiej części opony (czyli językiem OPZ: w celu jej „zwulkanizowania") - tym razem, ze względu na stwierdzone przegrzewanie się prasy EPW Zamawiającego, które wystąpiło przy okazji wulkanizacji pierwszej części opony, wcześniej obniżono temperaturę zgrzewania na prasie EPW,

•po zakończeniu procesu zgrzewania prasa EPW została wyłączona i pozostawiona z przewodem na noc (do samoczynnego wystygnięcia).

21.07.2023r.

•nastąpiło wyjęcie przewodu z prasy EPW z odtworzoną drugą częścią opony,

•odtworzona druga część opony została nacięta - nie stwierdzono żadnych niedoskonałości, w tym pęcherzyków gazu i niejednolitości, które wystąpiły przy okazji wulkanizacji pierwszej części opony, nie została nadtopiona izolacja żył przewodów, jak również nie stwierdzono rozwarstwiania się wykonanej drugiej części opony,

•powyższe pozwoliło wykazać Zamawiającemu, że przyczyną powstania niedoskonałości (nie będących jednak rozwarstwieniami) na etapie wulkanizacji pierwszej części opony była przegrzewająca się prasa EPW Zamawiającego.

PODSUMOWANIE: Odwołujący wykazał, że opona przewodu została odtworzona (zwulkanizowana) prawidłowo, tj wykonane połączenie nie rozwarstwia się.

41.Mając na uwadze powyższy przebieg próby, znajdujący również potwierdzenie w sporządzonych przez Zamawiającego, ale wykorzystanych w sposób wybiórczy, protokołach z próby w dniach 19-21 lipca 2023 r., należy wskazać, że próba, o której mowa w ust. 14 OPZ, przebiegła pozytywnie. Wykonane połączenia, zarówno izolacji żył roboczych, jak również opony, zostały wykonane prawidłowo - nastąpiła właściwa wulkanizacja (wykonane połączenia nie rozwarstwiały się).

OPINIA ZEWNĘTRZNEGO EKSPERTA

42.W tym miejscu Odwołujący chciałby odnieść się do przywoływanej już powyżej opinii zewnętrznego eksperta zatrudnionego przez Zamawiającego, mgr inż. Marka Bogacza. W ocenie Odwołującego jest to niezbędne, ponieważ Zamawiający bardzo wybiórczo podchodzi do sformułowanych w tej opinii wniosków eksperta. Tak naprawdę Zamawiający wielokrotnie

przywołuje jedno zdanie z tej opinii, pomijając pozostałe brzmienie opinii oraz kontekst jej wydania, odzwierciedlający rzeczywisty przebieg próby.

43.Na wstępie należy nadmienić, że zewnętrzny ekspert zatrudniony przez Zamawiającego mgr inż. M.B. w swojej opinii potwierdza taki przebieg próby, jak to wskazał powyżej Odwołujący.

44.Jednocześnie Zamawiający wielokrotnie powołuje się na następujące zdanie z opinii: „Z uwagi na stwierdzone wady odtworzonych elementów i stan izolacji jednej z żył roboczych ogólny wynik przeprowadzonej próby należy uznać za negatywny.".

45.Natomiast Zamawiający zdaje się celowo nie zauważać dalszego toku wywodu eksperta, w kolejnych zdaniach tego samego akapitu: „Na podstawie oględzin zarejestrowanego materiału zdjęciowego można wysnuć wniosek, że przyczyną powstałych wad było przegrzanie odtwarzanych elementów przewodu. Nastąpiło ono w wyniku zbyt wysokiej

temperatury panującej wewnątrz prasy, w stosunku do nastawionej wartości.".

46.Zamawiający celowo pomija ww. fragment, ponieważ świadczy on o tym, że jeśli nawet w opinii zewnętrznego eksperta próba przebiegła negatywnie (z czym nie zgadza się Odwołujący, o czym poniżej), to odpowiedzialność za taki stan rzeczy ponosi Zamawiający, ponieważ to ze względu na wadliwość udostępnionej przez niego prasy EPW, wulkanizacja pierwszej części opony nie przebiegła idealnie. Innymi słowy, jeśli nawet ekspert stwierdza negatywny wynik próby, to dwa kolejne zdania jednoznacznie wskazują, że nastąpiło to z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego.

47.Obrazując powyższe przykładem z życia, który mimo swej prostoty, idealnie oddaje zaistniały problem: nie można mieć pretensji do osoby prasującej ubranie lub zastrzeżeń do jakości samego materiału, z którego wykonano ubranie, że udostępnione żelazko, którym prasowano ubranie, nie działa prawidłowo. Nie działa prawidłowo, bo pomimo wyboru na pokrętle termostatu temperatury właściwej np. dla materiałów syntetycznych, na stopie żelazka panuje dużo wyższa temperatura, np. właściwa dla bawełny. W takiej sytuacji prasowanie nie może przebiec idealnie, a na pewno za brak idealnego przebiegu prasowania odpowiada wyłącznie żelazko.

48.Jednocześnie Odwołujący nie zgadza się z tezą, że próba przebiegła negatywnie (jak to wskazał ekspert zewnętrzny w jedynym cytowanym przez Zamawiającego zdaniu) z następujących przyczyn:

48.1.Ekspert zewnętrzny nie oceniał próby przez pryzmat postawionych przez Zamawiającego specyficznych wymagań dotyczących pozytywnego wyniku próby (jak wskazywano to we wcześniejszej części odwołania), tj. zgodnie z ust. 14 OPZ. Był tego również świadomy Zamawiający, ponieważ jednoznacznie w ust. 14 pkt 3 lit. f OPZ wskazał, że oceny próby dokonają służby ruchowe Zamawiającego. Ekspert zewnętrzny sformułował swoją ocenę (wskazując na negatywny wynik) tak jakby przewód, na którym wykonano próbę, za chwilę miał być montowany na ścianie szybu kopalni. Natomiast próba jest wyłącznie etapem oceny przedmiotowego środka dowodowego, odbywającego się ściśle według założeń zdefiniowanych przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia.

48.2.W kontekście ust. 14 OPZ należy zwrócić uwagę na fakt, że ekspert zewnętrzny nigdzie nie użył określenia wskazującego na jakiekolwiek rozwarstwienia (nie pada ani jedno takie sformułowanie, podobnie jak w protokołach z próby z dni 19-21 lipca 2023 r.). A wyłącznie rozwarstwienia wykonanej wulkanizacji, mogłyby wpłynąć na wynik próby. Odwołujący jeszcze raz podkreśla, że nawet stwierdzone niedoskonałości w trakcie wulkanizacji pierwszej części opony (pęcherzyki gazu, czy niejednolita, ale nierozwarstwiająca się, struktura - z powodu nieprawidłowego działania prasy EPW), nie są równoznaczne występowaniu rozwarstwienia połączenia, o którym stanowi ust. 14 pkt 3 lit. e OPZ, a tylko takie mogłoby stanowić o negatywnym wyniku próby.

48.3.Ekspert zewnętrzny wprost wskazał, że wulkanizacja drugiej części opony, po zmniejszeniu temperatury na prasie EPW Zamawiającego, przebiegła prawidłowo: „Podwyższoną temperaturę stwierdzono także w pierwszym etapie odtwarzania opony przewodu; dlatego skorygowano w dół nastawę temperatury dla drugiej części opony. Wynik oględzin w tych miejscach wskazuje, że wady odtworzonej opony spowodowane przegrzaniem (pęcherzyki gazu wewnątrz tworzywa) nie pojawiły się w obszarze o właściwie dobranej temperaturze."

48.4.W żadnym z punktów opinii eksperta zewnętrznego nie występuje jakiekolwiek zastrzeżenie względem przedmiotowego środka dowodowego jakim jest Technologia napraw/łączenia „na gorąco", złożona wraz z ofertą Odwołującego, a to jej ocenie (i to stricte w zdefiniowanym w ust. 14 OPZ zakresie) służyła przeprowadzona próba. Wręcz przeciwnie, ekspert zewnętrzny bardzo dobrze zna Technologię napraw/łączenia „na gorąco" złożoną przez Odwołującego, jak również jakość wykonywanych wulkanizacji izolacji żył lub opony na przewodach oferowanych przez Odwołującego i wie, że są niezawodne i w pełni bezpieczne. Na potwierdzenie tego Odwołujący załącza do odwołania dokument pn. „Sprawozdanie z badań nr 7558-ZLK/2023 Badania odporności na wielokrotne zginanie przewodu oponowego po regeneracji" z dnia 3 lipca 2023 r. (a więc wykonane na 16 dni przed próbą) oferowanego Zamawiającemu przewodu, w którym ekspert zewnętrzny jednoznacznie potwierdza, po przebadaniu aż 3 próbek, pełne bezpieczeństwo wykonanych regeneracji (izolacji żył, opony, ale również ekranu).

OCENA CZYNNOŚCI ODRZUCENIA OFERTY PRZEZ ZAMAWIAJĄCEGO

49.Odwołujący nie zgadza się z decyzją Zamawiającego o odrzuceniu jego oferty. Zamawiający nie wykazał, że istnieją podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, a to na nim spoczywa ciężar dowodu w tej kwestii.

50.Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

51. Odwołujący nadmienia, że każdy przypadek, gdy zamawiający decyduje się skorzystać z odrzucenia oferty, musi być

interpretowany zawężająco i wiąże się z obowiązkiem przedstawienia przez zamawiającego wyczerpującego i zgodnego z rzeczywistością uzasadnienia. Brak uzasadnienia (i zrównana w skutkach jego lakoniczność), jak również pomijanie okoliczności, zawsze działają na niekorzyść zamawiającego, uniemożliwiając mu skuteczne odrzucenie oferty zgodnie z Pzp.

52.W przedmiotowym Postępowaniu czynność odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp jest wadliwa, zarówno z przyczyn formalnych, jak i merytorycznych.

PRZYCZYNY FORMALNE WADLIWOŚCI CZYNNOŚCI ODRZUCENIA

53.Warunkiem prawidłowego odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp jest wskazanie przez Zamawiającego w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty:

53.1.treści oferty,

53.2.warunku zamówienia,

53.3.wykazanie, że ww. treść oferty jest niezgodna z ww. warunkiem zamówienia.

54.Zamawiający w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty z dnia 15 stycznia 2024 r. nie wskazał, który dokładnie element treści oferty Odwołującego jest niezgodny z konkretnym warunkiem zamówienia.

55.Odwołujący przypomina, że próba nie jest przedmiotowym środkiem dowodowym w rozumieniu dokumentów zamówienia. Takim przedmiotowym środkiem dowodowym jest złożona wraz z ofertą Odwołującego Technologia napraw/łączenia „na gorąco". Próba służyła tylko potwierdzeniu, że można właściwie zwulkanizować przewód zgodnie z ww. dokumentem, przy czym próba musi być uznana za zakończoną wynikiem pozytywnym, jeśli wykonane połączenie nie będzie się rozwarstwiać.

56.Jednocześnie Odwołujący wskazuje, że zgodnie z art. 7 pkt 20 Pzp przedmiotowy środek dowodowy to środek służący potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych, z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub opisie kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia.

57.Tym samym prawidłowo uzasadniona czynność odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt Pzp powinna zawierać informację na temat tego, który precyzyjnie wskazany element treści oferty Odwołującego (w tym przypadku przedmiotowego środka dowodowego jakim jest złożona wraz z ofertą Technologia napraw/łączenia „na gorąco"), jest niezgodny z precyzyjnie wskazanym warunkiem zamówienia (merytorycznym wymaganiem Zamawiającego względem oferowanego przedmiotu zamówienia). Jest to niezbędne, ponieważ odrzucenie oferty w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp powinno dotyczyć tylko merytorycznych niezgodności (stąd przepis kładzie akcent na „treść") oferty z merytorycznymi, a nie tylko formalnymi, wymaganiami Zamawiającego dotyczącymi przedmiotu zamówienia.

58.W uzasadnieniu Zamawiającego próżno znaleźć ww. elementy. Zamawiający nie wskazał ani jednego merytorycznego warunku zamówienia (powołuje się wyłącznie na ust. 14 OPZ, który zawiera wyłącznie zapisy o charakterze formalnym na temat przebiegu próby, a nie zawiera konkretnych merytorycznych wymagań względem przedmiotu dostaw, które będą realizowane). Jednocześnie Zamawiający nie wskazał ani jednego elementu treści oferty (przedmiotowego środka dowodowego), który byłby niezgodny z warunkiem zamówienia.

59.Reasumując, w okolicznościach Postępowania, odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 7 pkt 20 Pzp wymaga wykazania przez Zamawiającego, którego wymagania, cechy lub kryterium określonego w opisie przedmiotu zamówienia lub opisie kryteriów oceny ofert, lub wymagania związanego z realizacją zamówienia nie potwierdziła Technologia napraw/łączenia „na gorąco" złożona przez Odwołującego wraz z ofertą. Zamawiający nie wskazał takich wymagań (warunków zamówienia), jak również konkretnych elementów treści oferty (przedmiotowego środka dowodowego), które z takimi wymaganiami byłyby niezgodne).

PRZYCZYNY MERYTORYCZNE WADLIWOŚCI CZYNNOŚCI ODRZUCENIA

60.Oprócz wadliwości uzasadnienia, odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp było nieprawidłowe również z przyczyn merytorycznych.

61.Zamawiający nie ma żadnych podstaw, aby formułować pogląd o negatywnym wyniku próby.

62.Odwołujący prawidłowo odtworzył izolację żył, jak również oponę przewodu. Odtworzone połączenia nie rozwarstwiają się, co dowodzi o właściwym zwulkanizowaniu przewodu (a były to jedyne kryteria oceny poprawności próby zdefiniowane w ust. 14 OPZ).

63.Decyzja Zamawiającego o uznaniu próby, która odbyła się w dniach 19-21 lipca 2023 r. za zakończoną wynikiem negatywnym jest rażąco niesprawiedliwa, krzywdząca, wręcz szkalująca dla Odwołującego, który ofertuje asortyment wysokiej jakości, zbadany, bezpieczny i dobrze znany na rynku (w tym dla Zamawiającego).

64.Zamawiający de facto wszystkie swoje zastrzeżenia formułuje w odniesieniu do skutków wulkanizacji pierwszej części opony przewodu, która odbyła się w dniu 20 lipca 2023 r. Natomiast Zamawiający formułując taką ocenę nie wziął pod uwagę wszystkich zaistniałych okoliczności (celowo przemilczał niektóre fakty w swoim uzasadnieniu, aby wykreować „jednoznaczną" podstawę do odrzucenia oferty):

64.1.Niedoskonałości (zarówno pęcherzyki, jak i niejednorodna struktura), które wystąpiły na oponie przy wulkanizacji pierwszej części opony przewodu, nie są rozwarstwieniem w rozumieniu ust. 14 OPZ. Ani opinia eksperta zewnętrznego, ani protokoły z próby, nie zawierają takich informacji w tym zakresie.

64.2.Przyczyną ww. niedoskonałości była nieprawidłowa praca udostępnionej przez Zamawiającego prasy EPW, za której działanie Zamawiający ponosi odpowiedzialność, co jednoznacznie potwierdza opinia zewnętrznego eksperta, którą wybiórczo cytuje Zamawiający. Co ważne, Odwołujący zapewnił udział w próbie podwykonawcy (OPiA Serwis Sp. z o.o.), który przywiózł ze sobą własną, stosowaną przez siebie na co dzień, prasę EPW. Odwołujący zaproponował Zamawiającemu w dniu 19 lipca 2023 r., przed rozpoczęciem próby, skorzystanie z tej prasy. Zamawiający wtedy odmówił, akceptując tym samym, że ryzyko wadliwości udostępnionej prasy EPW będzie obciążać Zamawiającego.

64.3.Zamawiający nawet nie napomknął w swojej ocenie próby o tym, że wulkanizacja drugiej części opony przebiegła pozytywnie, tj. zawierała jednolitą strukturę. Czyli że redukcja temperatury na prasie EPW, w związku z przegrzewaniem się prasy EPW w stosunku do temperatury zadanej na urządzeniu, przyniosła efekt w postaci uzyskania idealnej warstwy opony. A jest to najlepszy dowód na to, że zarówno materiał, jak i wykonywane czynności przez Odwołującego, były prawidłowe.

64.4.Zamawiający nie wskazał, że nadtopienie izolacji niebieskiej żyły roboczej nastąpiło na etapie wulkanizacji pierwszej części opony, właśnie ze względu na zbyt wysoką temperaturę prasy EPW. Tego rodzaju nadtopienie izolacji żył nie nastąpiło na etapie wykonywania wulkanizacji drugiej części opony, już ze zredukowaną temperaturą prasy EPW, w związku z przegrzewaniem się prasy EPW w stosunku do temperatury zadanej na urządzeniu. A jest to najlepszy dowód na to, że zarówno materiał, jak i wykonywane czynności przez Odwołującego, były prawidłowe.

64.5.Zamawiający w swojej ocenie błędnie wskazuje, że nie mógł mieć wglądu w temperaturę, jaka była ustawiana przez podwykonawcę Odwołującego na prasie EPW. Konkretna temperatura ustawiana na prasie EPW w stosunku do danego konkretnego typu przewodu, jako tajemnica przedsiębiorstwa Odwołującego (co wykazał Zamawiającemu Odwołujący skutecznie na przełomie czerwca i lipca 2023 r.) nie mogła być udostępniona wyłącznie przedstawicielowi konkurenta Odwołującego, tj. osobie uczestniczącej w próbie z ramienia TELE-FONIKI. Zamawiający jak najbardziej taki wgląd móg mieć, a jeśli przedstawiciele Zamawiającego z tego nie skorzystali, nie mogą obarczać konsekwencjami swoich zaniechań Odwołującego.

64.6.Zamawiający pominął informację, że w dniu 21 lipca 2023 r. (piątek) na zamykającym próbę spotkaniu otrzymał od Odwołującego propozycję, że jeśli ma jeszcze jakiekolwiek wątpliwości, możliwe jest kontynuowanie próby w dniu 24 lipca 2023 r. (poniedziałek) na drugim wzorcu próbnym, który przywiózł ze sobą. Zgodnie z ust. 14 pkt 3 lit. c OPZ próba miała się odbyć na dwóch odcinkach kabla, o długości min. 3 metrów - Zamawiający odmówił, poprzestając na próbie przeprowadzonej tylko na jednym wzorcu próbnym. Z perspektywy Odwołującego stanowiło to tylko dodatkowe potwierdzenie dla Odwołującego, że próba przebiegła pozytywnie. Odstąpienie przez Zamawiającego od tego wymogu OPZ, jako w założeniu Zamawiającego niewątpliwie mającego ochronny charakter dla wykonawcy - aby wyeliminować ryzyko nieudanej próby ze względu na jednorazowe problemy techniczne na etapie próby - mogło być odczytywane tylko jako pozytywne przeprowadzenie próby przez Odwołującego.

64.7.Zamawiający pominął informację, że w dniu 21 lipca 2023 r. (piątek) na zamykającym próbę spotkaniu poinformował Odwołującego, iż wynik próby (ocena służb ruchowych Zamawiającego) zostanie mu przekazana na początku kolejnego tygodnia, natomiast na protokołach z próby w dniach 19-21 lipca 2023 r. nie ma konieczności zawierania uwag o charakterze ocen Odwołującego (na to miał być jeszcze czas, po otrzymaniu projektu protokołu z oceny próby). Jak pokazał dalszy przebieg Postępowania, na ocenę próby Odwołujący czekał niemal 6 miesięcy (!) i otrzymał ją dopiero w dniu 15 stycznia 2024 r. wraz z informacją o odrzuceniu oferty. Warto przy tym zauważyć, że dokument zawierający ocenę służb ruchowych Zamawiającego (pt. „Ocena próby naprawy/łączenia na gorąco przewodu produkcji Rogum Kable Sp. z o.o.") nie zawiera ani jednej daty jego sporządzenia (nie wiadomo kiedy został sporządzony). Natomiast z całą pewnością taka ocena odbyła się po znacznym upływie czasu od dnia przeprowadzenia próby (na pewno nie

wcześniej niż przed 8 listopada 2023 r., kiedy to Zamawiający poinformował o przystąpieniu do procesu oceny, wskutek wyroku KIO 2792/23). Stąd upływ 4 miesięcy z całą pewności nie miał pozytywnego wpływu na jakość oceny (chociażby ze względu na możliwe luki w pamięci pracowników Zamawiającego).

64.8.Zamawiający pominął okoliczność, że jeszcze w dniu 30 sierpnia 2023 r., tj. w dniu kierowania wniosku na zarząd, w wyniku którego została wydana Uchwała Zarządu nr 1039/XI/2023 z dnia 31 sierpnia 2023 r. stanowiąca podstawę do unieważnienia Postępowania w dniu 12 września 2023 r. (dokumenty te są w dokumentacji Postępowania), a zatem „na świeżo", w niedługim czasie po próbie, w tym po 4 posiedzeniach komisji przetargowej, sam Zamawiający uznawał, że wyniki próby są niejednoznaczne (strona 3).

Komisja przetargowa na 4 posiedzeniach w dniach 25 lipca, 31 lipca, 2 sierpnia i 4 sierpnia - dokonała analizy dokumentów powstałych po wykonaniu próby łączenia / naprawy „na gorąco" oraz analizy ekonomicznej danego postępowania i postanowiła nie odnosić się do niejednoznacznych wyników próby (w ocenie rzeczoznawcy wynik próby był negatywny), ze względu na to, iż postępowanie podlegać będzie unieważnieniu, zgodnie z poniższą analizą:

Tym samym zastanawiające jest, jak to możliwe, że służby ruchowe Zamawiającego ok. 1,5 miesiąca od dnia zakończenia próby, po 4 posiedzeniach komisji przetargowej, nie były w stanie stwierdzić, że wynik próby był negatywny (mimo, że dysponowali już opinią eksperta zewnętrznego), natomiast po upływie kolejnych kilku miesięcy, takich wątpliwości już nie miały. Postępowanie Zamawiającego jest sprzeczne nie tylko z Pzp, ale również z zasadami logiki i doświadczenia życiowego (im dłuższy czas mija od pewnego zdarzenia, tym więcej powinno być wątpliwości na jego temat, chociażby ze względu na luki w pamięci - odwrotnie taka prawidłowość nie zachodzi - a jeśli komuś się wydaje, że zachodzi, to tylko dlatego, że zapomina lub przemilcza fakty, które miały miejsce).

65.Mając na uwadze powyższe, czynność odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp jest niezgodna z Pzp i jako taka powinna zostać unieważniona przez Zamawiającego. Oferta Odwołującego jest zgodna z warunkami zamówienia i jako taka powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza w Postępowaniu.

66.Mając na uwadze nieprawidłowe zastosowanie przez Zamawiającego art. 255 pkt 3 Pzp, jak również art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, doszło do nieprawidłowego unieważnienia Postępowania i odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia. Tym samym Zamawiający naruszył swoim działaniem podstawowe zasady udzielania zamówień wyrażone w art. 16 pkt 1 i 2 PZP, tj. zasady równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji i przejrzystości.

67.W świetle zaistniałych okoliczności, Postępowanie powinno być kontynuowane, w tym z udziałem oferty Odwołującego. Zarówno w interesie Zamawiającego, jak i szeroko pojętego interesu publicznego, jest jak najszybsze zakończenie Postępowania i doprowadzenie do

ODPOWIEDŹ NA ODWOŁANIE

Niniejszym, korzystając z przysługującego Zamawiającemu uprawnienia w postępowaniu odwoławczym, na podstawie art. 521 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 19 września 2019 r. (tekst jednolity: Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm., zw. dalej ,,PZP"), w imieniu Zamawiającego składam odpowiedź na odwołanie z dnia 25 stycznia 2024 r. złożone przez Wykonawcę - Rogum Kable Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszczu Gdańskim, wobec czynności:

1)unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 255 pkt 3 PZP i poprzedzającej ją czynności ustalenia nowej kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia w dniu 13 grudnia 2023 r.;

2)odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP w dniu 15 stycznia 2024 r.

Wnoszę o:

1)oddalenie odwołania w całości - jako bezzasadnego,

2)przeprowadzenie postępowania dowodowego z uwzględnieniem powołanych dowodów i na wskazane okoliczności,

3)zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania.

Uzasadnienie

Przedmiotowe odwołanie zostało złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Dostawa kabli i przewodów elektroenergetycznych niskiego i średniego napięcia oraz kabli sygnalizacyjnych i teletechnicznych do zastosowania w zakładzie górniczym na powierzchni i w wyrobiskach podziemnych w pomieszczeniach zestopniem „a", „b" i ,,c" niebezpieczeństwa wybuchu metanu oraz klasy „A" i „B" zagrożenia wybuchem pyłu węglowego" z podziałem na 14 zadań, z czego odwołanie dotyczy rozstrzygnięcia w ramach zadania nr

5 (przewody oponowe elektroenergetyczne gumowe).

Odnosząc się do treści zarzutów odwołania, jak i przytoczonej argumentacji, stwierdza się, co następuje.

AD 1 - zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 255 pkt 3 PZP

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 255 pkt 3 PZP poprzez niezasadne unieważnienie postępowania i ustalenie nowej kwoty na sfinansowanie zamówienia, jak również fikcyjne jedynie wykonanie orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 października 2023 r. (sygn. akt: KIO 2792/23), powołując się dodatkowo na lakoniczność uzasadnienia unieważnienia postępowania.

Z powyższym zarzutem nie można się zgodzić z następujących względów.

Nawiązując do stanu faktycznego sprawy, informacją z otwarcia ofert z dnia 9 stycznia 2023 r. Zamawiający przekazał, iż w ramach zadania nr 5 zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 7 901 878,00 zł netto, tj. 9 719 309,94 zł brutto.

W postępowaniu wpłynęły 3 oferty:

1)ROGUM KABLE Spółka z o.o.

cena oferty: 8 083 860,00 zł netto / 9 943 147,80 zł brutto

2)TELE-FONIKA KABLE S.A.

cena oferty: 8 467 850,00 zł netto / 10 415 455,50 zł brutto

3)EL-PLATFORMA Sp. z o. o. Spółka komandytowa

8 929 816,00 zł netto /10 983 673,68 zł brutto

Niewątpliwie oferta z najniższą ceną (pkt 1) przekraczała o 181 982,00 zł netto kwotę, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Tym samym, niezwłocznie po otwarciu ofert została spełniona jedna z przesłanek uprawniających Zamawiającego do unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 PZP.

Jednocześnie przepisy ustawy nie nakładają na Zamawiającego obowiązku automatycznego unieważnienia postępowania w tych okolicznościach - Zamawiający mógł zatem dalej wykonywać czynności w postępowaniu zakładając, że kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia (w ramach wyłącznej dyspozycji Kierownika Zamawiającego, czyli Zarządu Spółki), może zostać zwiększona.

W rezultacie tak przeprowadzonego badania i oceny ofert, informacją z dnia 14 kwietnia 2023 r. Zamawiający zawiadomił Wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej (celem dokonania wyboru doszło do podwyższenia kwoty, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia - do wartości najkorzystniejszej oferty/oferty z najniższą ceną, która nie podlegała odrzuceniu). Jako ofertę najkorzystniejszą wybrano ofertę złożoną przez Spółkę TELE-FONIKA KABLE S.A., jednocześnie odrzucając ofertę złożoną przez Spółkę ROGUM KABLE Spółka z o.o. uwagi na jej niezgodność z warunkami zamówienia.

Na powyższą czynność Zamawiającego Spółka ROGUM KABLE Spółka z o.o. wniosła odwołanie do Prezesa Krajowe Izby Odwoławczej (sygn. akt: KIO 1131/23).

W wyniku rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 maja 2023 r. (uwzględniającego odwołanie), Zamawiający zawiadomieniem z dnia 16 czerwca 2023 r. unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty Spółki Rogum Sp. z o.o. oraz przystąpił do ponownego badania i oceny ofert.

Finalnie, czynności te zostały zakończone wraz z pismem Zamawiającego z dnia 12 września 2023 r., w treści którego Zamawiający zawiadomił Wykonawców o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 PZP.

Na powyższe, drugie już rozstrzygnięcie postępowania, odwołanie po raz kolejny wniosła Spółka Rogum Sp. z o.o. zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 255 pkt 3 PZP, poprzez niezasadne unieważnienie postępowania z uwagi na ,,rzekomy" brak środków na sfinansowanie zamówienia, a w konsekwencji kwalifikując unieważnienie postępowania jako czynność „pozorną" Zamawiającego, wobec analizy całości dotychczasowego przebiegu przetargu (sygn. akt: KIO 2792/23).

Orzeczeniem z dnia 9 października 2023 r. Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 PZP.

Zamawiający zrealizował tę czynność i zawiadomieniem z dnia 8 listopada 2023 r., w wykonaniu ww. orzeczenia, poinformował Wykonawców o unieważnieniu czynności unieważnienia postępowania w trybie art. 255 pkt 3 PZP oraz o przystąpieniu do badania i oceny ofert, w tym do oceny próby łączenia/naprawy ,,na gorąco" przeprowadzonej w dniach 19-21 lipca 2023 r.

Po przeprowadzeniu ww. czynności, w tym po merytorycznej weryfikacji oferty Odwołującego (skutkującej jej odrzuceniem na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP - dalsza część uzasadnienia AD 2 w niniejszym piśmie), Zamawiający ponownie unieważnił przedmiotowe postępowanie powołując się na art. 255 pkt 3 PZP.

Jednakże, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie była to czynność fikcyjna i pozorna.

Odwołujący, przytaczając wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 października 2023 r. pomija najistotniejszą okoliczność, która stanowiła podstawę do uwzględnienia odwołania w poprzednim stanie faktycznym, a która znacząco różnicuje ją od sytuacji będącej rozstrzyganej w niniejszym postępowaniu.

Na kanwie ww. wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, Odwołujący zakwestionował czynność Zamawiającego dotyczącą unieważnienia postępowania z uwagi na fakt, że cena najkorzystniejszej oferty przekracza kwotę, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Zamawiający argumentował, że nie jest związany podwyższeniem kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, gdyż w wykonaniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 maja 2023 r. unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Spółkę TELE-FONIKA KABLE S.A., z której to wyborem bezpośrednio związan była - dokonana wcześniejszą uchwałą Zarządu Spółki Zamawiającego - czynność podwyższenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 9 października 2023 r. z kolei stwierdziła, że taka argumentacja Zamawiającego nie jest słuszna, a tym samym Zamawiający (wobec braku dokonania czynności cofającej uprzednie podwyższenie kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia), nadal jest w tym zakresie związany swoim oświadczeniem:

W następnej kolejności Izba wskazuję, że unieważnienie pierwotnego wyboru 14.04.2023 r., wyrokiem KIO z dnia 08.05.2023 r. o sygn. akt: KIO 1131/23, a następnie czynnością Zamawiającego stanowiącą jego wykonanie, tj. czynnością 16.06.2023 r. nie skutkowało automatycznie obniżeniem kwoty jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia albowiem zgodnie z art. 255 pkt 3 Pzp: „chyba, że Zamawiający może zwiększyć te kwotę" stanowi o tym że de facto czynność podwyższenia a więc i obniżenia stanowi oddzielną czynność Zamawiającego w postępowaniu. Zamawiający miał

Wyraźnie zatem Krajowa Izba Odwoławcza podkreśliła, że Zamawiający nie dokonał odrębnej czynności obniżenia - podwyższonej w kwietniu 2023 r. - kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia. Jednocześnie w wyroku nie zastrzeżono, iż Zamawiający nie może takiej czynności w ogóle wykonać w przyszłości, kładąc wyłącznie nacisk na konieczność wyrażenia przez Zamawiającego woli w tym zakresie poprzez realizację konkretnej czynności.

Co również istotne, Krajowa Izba Odwoławcza w ostatnim orzeczeniu wydanym w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przychyliła się do stanowiska Zamawiającego, że w zakresie możliwości podwyższenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, jak również braku takiej możliwości, Zamawiający posiada pełną, niczym nieskrępowaną dyspozycję i swobodę - nie będąc jednocześnie zobowiązany do szczegółowego uzasadniania swojej decyzji.

Jednakże w obecnie rozważanym stanie faktycznym, w którym Zamawiający ponownie unieważnił postępowanie powołując się na art. 255 pkt 3 PZP, sytuacja - wbrew twierdzeniom Odwołującego - nie jest analogiczna.

Zamawiający podnosi, iż pismem z dnia 15 stycznia 2024 r. poinformował Wykonawców o podjętych czynnościach, tj. - w pierwszej kolejności - o aktualizacji kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (ustaloną zgodnie z uchwałą Zarządu nr 416/XI/2023 z dnia 12 kwietnia 2023 r.), w szczególności ze względu na: zmianę sytuacji rynkowej wpływającą bezpośrednio na korektę planu budżetowego Zamawiającego, unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej dokonane ww. uchwałą (w ramach którego zostało złożone przedmiotowe oświadczenie o podwyższeniu kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia), przebieg procedury wyboru oferty najkorzystniejszej, a w konsekwencji (w bieżącym stanie faktycznym) z uwagi na brak możliwości sfinansowania zamówienia do wartości zadeklarowanej w ww. uchwale.

Zamawiający następnie wskazał, że (w konsekwencji dokonanej aktualizacji kwoty przeznaczonej na sfinansowanie

zamówienia), Zamawiający dokonał czynności unieważnienia czynności, jaka było podwyższenie kwoty, która Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (zgodnie z uchwała Zarządu nr 416/XI/2023 z dnia 12 kwietnia 2023 r.), tj. z kwoty: 7 901 878,00 zł netto (9 719 309,94 zł brutto) do kwoty 8 467 850,00 zł netto (10 415 455,50 zł brutto).

Wobec czynności wskazanej powyżej, Zamawiający dokonał ustalenia kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości zgodnej z informacją podaną w trybie art. 222 ust. 4 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (jest to zarazem kwota podana pierwotnie przez Zamawiającego przed otwarciem ofert w dniu 9 stycznia 2023 r.).

Dopiero po wykonaniu ww. czynności, Zamawiający oświadczył, że unieważnia przedmiotowe postępowanie na podstawie art. 255 pkt 3 PZP i jednocześnie brak jest możliwości zwiększenia tej kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty.

Zamawiający, zważywszy na treść wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 października 2023 r. i zarzucone Zamawiającemu zaniechanie polegające na braku dokonania odrębną czynnością obniżenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, unieważnił swoją czynność podwyższenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia i jako kwotę wiążącą wskazał kwotę podaną podczas otwarcia ofert w dniu 9 stycznia 2023 r.

To zaś oznacza, że Zamawiający w dniu 13 grudnia 2023 r. (uchwała Zarządu nr 1462/XI/2023) dokonał formalnej czynności zmieniającej swoje oświadczenie woli z dnia 12 kwietnia 2023 r. i wycofał deklarowane pierwotnie zwiększenie kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia. Nie ma więc żadnych podstaw, aby stwierdzić, że podwyższenie kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia zatwierdzone uchwałą Zarządu z dnia 12 kwietnia 2023 r. jest nadal prawnie wiążące i wywołuje jakiekolwiek skutki przekładające się na konieczność wyboru oferty Odwołującego.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający nie miał formalnej możliwości obniżenia tej kwoty do wartości innej, niż kwota podana przed otwarciem ofert - okoliczność związania Zamawiającego kwotą podaną przed otwarciem ofert stanowi bowiem istotne zabezpieczenie Wykonawców przed bezpodstawnym unieważnieniem postępowania w trybie art. 255 pkt 3 PZP. W podobnym tonie wypowiadała się także Krajowa Izba Odwoławcza (vide, np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 lipca 2015 r., sygn. akt: KIO 1375/15) - Zamawiający jest uprawniony do zwiększenia kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia, nie zaś do jej zmniejszenia, czyli modyfikacji „dolnej" granicy, podanej przed otwarciem ofert.

W treści informacji o unieważnieniu postępowania zostały wskazane okoliczności, które stanowiły uzasadnienie dla dokonanej przez Zamawiającego czynności aktualizacji kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, a w konsekwencji do unieważnienia postępowania.

Nie znajduje żadnego potwierdzenia zarzut, jakoby uzasadnienie było w swej treści lakoniczne, bowiem został wymieniony szereg przesłanek, takich jak w szczególności zmiana sytuacji rynkowej wpływająca bezpośrednio na korektę planu budżetowego Zamawiającego, która uniemożliwia utrzymanie deklarowanego uprzednio podwyższenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia i - wobec dokonanej aktualizacji kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia - w rezultacie stanowi podstawę do unieważnienia postępowania.

Sam Odwołujący w swoim wystąpieniu nawiązuje do tej okoliczności formułując konkretny zarzut (zatem, podstawy faktyczne unieważnienia postępowania są mu znane i nie są bynajmniej „lakoniczne"). Z treści odwołania, w zakresie przedmiotowego zarzutu, bezsprzecznie wynika podważanie czynności unieważnienia postępowania w kontekście dwóch zdarzeń: aktualizacji kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia (czynność Zamawiającego z dnia 13 grudnia 2023 r.) oraz unieważnienia postępowania.

Zarzut dotyczący rzekomej bezzasadności unieważnienia postępowania sprowadza się w zasadzie wyłącznie do polemiki z Zamawiającym i próby wykazania, że dobra sytuacja finansowa Zamawiającego (odnosząca się we wnioskach Odwołującego do analizy wartości zysków wygenerowanych przez Spółkę i ujawnionych w publicznym sprawozdaniu), oznacza wręcz konieczność określenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia na poziomie równym co najmniej wartości oferty Odwołującego. Abstrahując od faktu, że taka analiza jest wybiórcza i nie uwzględnia rzeczywistej skali wydatków i zobowiązań ciążących na Spółce Zamawiającego (nie wspominając już o zobowiązaniach krótko- czy długoterminowych), to jej przyjęcie w praktyce zawsze wykluczałoby prawo po stronie Zamawiającego do unieważnienia postępowania, o którym mowa w art. 255 pkt 3 PZP.

Interpretacja Odwołującego narzuca bowiem zawsze obowiązek dla Zamawiającego do podwyższenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, jeżeli posiada on jakiekolwiek środki finansowe, nawet wynikające z innych źródeł, nieprzeznaczone pierwotnie na ten cel. Idąc dalej, można to rozszerzyć nawet na obowiązek kredytowania

zamówienia, o ile Zamawiający potencjalnie posiada zdolność kredytową (!).

Takie argumenty Odwołującego nie wynikają z żadnych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych i zostały sformułowane jedynie na potrzeby przedmiotowego postępowania.

Ustawodawca w treści przepisu art. 255 pkt 3 PZP nie uzależnia prawa Zamawiającego do unieważnienia postępowania od jego sytuacji finansowej, poziomu osiąganego zysku, czy wysokości kwoty, o jaką należy zwiększyć pierwotnie zakładaną wartość przeznaczoną na realizację zamówienia. Przeciwnie, w każdym postępowaniu Zamawiający, w którym oferta z najniższą ceną przewyższa budżet Zamawiającego, jest uprawniony do unieważnienia postępowania i to bez obowiązku poszukiwania dodatkowych środków na jego sfinansowanie.

Uzasadniając zawiadomienie o unieważnieniu postępowania Zamawiający wskazał zarówno podstawę prawną rozstrzygnięcia, jak i jego faktyczne uzasadnienie. Żaden przepis nie obliguje Zamawiającego do wskazywania na konkretne, szczegółowe okoliczności w treści takiego zawiadomienia. Sam Odwołujący zaś, poprzez złożenie środka odwoławczego i sformułowanie zarzutu potwierdził również, że możliwa jest następcza kontrola czynności Zamawiającego polegających na wydaniu konkretnego rozstrzygnięcia.

Należy podkreślić, że zwiększenie kwoty (uwzgledniającej bieżącą sytuację finansową Zamawiającego) jest prawem, nie zaś obowiązkiem Zamawiającego, z kolei domaganie się przez Wykonawcę zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia (bez wiedzy na temat budżetu Zamawiającego), nosi znamiona narażenia Zamawiającego na zarzuty niegospodarnego zarządzania środkami..

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 29 sierpnia 2019 r. (sygn. akt: KIO 1593/19) wyraźnie zaznaczyła, że w ramach analizowania przesłanki unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 PZP (na gruncie ustawy PZP z 2004 r. - art. 93 ust. 1 pkt 4 PZP), Zamawiający jest związany kwotą pierwotną, tzn. podaną przed otwarciem ofert - zatem zobowiązany jest udzielić zamówienia Wykonawcy, którego oferta cenowa mieści się w kwocie pierwotnie podanej (oczywiście z możliwością zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, gdyby cena oferty najkorzystniejszej/oferta z najniższą ceną była droższa, niż wartość pierwotnie zakładana). ,,(...) Zasadą jest zatem, że Zamawiający jest zainteresowany nabyciem przedmiotu zamówienia tylko do kwoty, jaką podał na otwarciu ofert jako ta, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia".

Krajowa Izba Odwoławcza niejednokrotnie orzekała także, iż unieważniając postępowanie w omawianym trybie Zamawiający nie jest zobowiązany do przedstawiania dowodów na okoliczność podjęcia prób pozyskania dodatkowych środków, czy dodatkowych źródeł finansowania, jako warunku skutecznego podjęcia decyzji o unieważnieniu postępowania w tym trybie.

Przykładowo, w wyroku z dnia 6 grudnia 2017 r. (sygn. akt: KIO 2451/17), Izba stwierdziła: ,,(...) Zamawiający może zwiększyć kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia i wtedy przesłanka unieważnienia nie wystąpi. Jak wynika z literalnego brzmienia art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), jest to uprawnienie zamawiającego. Zamawiający jest dysponentem środków finansowych i decydentem odnośnie wydatkowania tych środków, przy czym decyzja odnośnie zwiększenia kwoty przeznaczonej nie musi być uzewnętrzniona w sformalizowany sposób. Zamawiający nie ma obowiązku poszukiwania źródeł finansowania ponad kwoty, które pierwotnie zabezpieczył, w celu wyboru oferty najkorzystniejszej i zapobieżeniu unieważnieniu postępowania. Uczestnicy postępowania, wykonawcy nie mogą oczekiwać, że zamawiający będzie przesuwał środki przeznaczone na realizację innych części zamówienia, czy zaoszczędzonych w toku postępowania. Bezpodstawnym jest również oczekiwanie, że zamawiający będzie udowadniał, że jego możliwości finansowe nie pozwalają na zwiększenie środków”.

Warto podkreślić, że również sądy powszechne przyjmują tożsamą wykładnię przepisów podnosząc, że zwiększenie kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia należy do jego arbitralnej decyzji, która jednocześnie nie przerzuca na Zamawiającego ciężaru dowodu wykazywania jego możliwości budżetowych (np. wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 18 sierpnia 2016 r., sygn. akt: X GC 937/15).

Krajowa Izba Odwoławcza wypracowała spójną i jednolitą linię orzeczniczą potwierdzającą, że zwiększenie kwoty na realizację zamówienia stanowi uprawnienie, a nie obowiązek po stronie Zamawiającego (np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 września 2019 r., sygn. akt: KIO 1676/19).

W ocenie Zamawiającego także podkreślanie przez Odwołującego konieczności zrealizowania przedmiotowego zakupu przez Zamawiającego (w kontekście zapewnienia ciągłości pracy zakładu górniczego), w żaden sposób nie koliduje z prawem do unieważnienia postępowania, tym bardziej, o ile zachodzą ustawowe przesłanki do dokonania tej czynności.

Zamawiający w ramach racjonalnego gospodarowania posiadanym mieniem, pomimo konieczności unieważnienia postępowania, jest bowiem w stanie zagwarantować dalsze funkcjonowanie kopalni, bez uszczerbku dla przyjętego planu wydobycia. Co więcej, pomimo przesunięcia środków finansowych przeznaczonych na dostawę przewodów i kabli objętych zadaniem nr 5 z budżetu przyjętego na rok 2023 r. na rok bieżący, Zamawiający na ten moment nie podjął żadnych czynności zmierzających do przygotowania i ogłoszenia tożsamego postępowania. W perspektywie czasowej kilku najbliższych tygodni planowane jest do ogłoszenia postępowanie na dostawę kabli i przewodów, ale z wyłączeniem przewodów oponowych elektroenergetycznych gumowych (czyli przedmiotowego zadania nr 5, którego dotyczy odwołanie).

Na marginesie należy również podnieść, że argumentacja Odwołującego jakoby oferowany przez niego asortyment był m.in. bezpieczny, dobrze zbadany i używany np. przez Jastrzębską Spółkę Węglową, jest gołosłowna (wobec braku przedstawienia jakichkolwiek dowodów), ale także pozostaje bez wpływu na merytoryczne rozstrzygnięcie przedmiotowego odwołania. Niemniej jednak Odwołujący nie wykazał, aby przewody i kable tożsame do objętych niniejszym zamówieniem były także naprawiane przez innych Zamawiających, zaś możliwość samodzielnej naprawy dostarczanych kabli miała w tym postępowaniu dla Zamawiającego niebagatelne znaczenie (celem czego, zgodnie z zapisami OPZ, miała być przeprowadzona próba łączenia/naprawy - AD 2 zarzut odwołania).

Także argument dotyczący odwoływania się do umowy wiążącej Strony w 2019 r. nie może mieć znaczenia w niniejszej sprawie - ani w kontekście zarzutu dotyczącego unieważnienia postępowania, ani dotyczącego odrzucenia oferty Wykonawcy, ponieważ w ramach ww. umowy Zamawiający nie dokonywał samodzielnej czynności naprawy dostarczonych kabli i przewodów wg. instrukcji przekazanej przez Wykonawcę, zaś taka naprawa była intencją Zamawiającego w rozważanym postępowaniu.

Końcowo Odwołujący powołuje się na postanowienia umowne, zgodnie z którymi określony został minimalny zakres zamówienia, jakie zostanie zrealizowane - ze wskazaniem na wykorzystanie maksymalnej wartości wynagrodzenia na poziomie 30%. Z tego też wywodzi, że Zamawiający nawet jeśli nie posiada środków na sfinansowanie całości zamówienia (100%), to przecież pozostaje związany oświadczeniem o minimalnym zakresie przedmiotowych dostaw. W przypadku zaś np. mniejszego zapotrzebowania, zamówienia nie będą składane, więc nie nastąpi generowanie wydatków.

Ta okoliczność ma przemawiać w ocenie Odwołującego za brakiem podstaw do unieważnienia postępowania, bowiem Zamawiający gwarantuje jego realizację wynoszącą 30% wynagrodzenia maksymalnego Wykonawcy, co też nie stanowi wartości wyższej, niż kwota podana przed otwarciem ofert.

Należy jednak zauważyć, że takie rozumowanie całkowicie przeczy instytucji unieważnienia uregulowanej w art. 255 pkt 3 PZP - zważywszy bowiem na obowiązek wskazywania minimalnego zakresu zamówienia, jakie zostanie zrealizowane, jego wartość zazwyczaj będzie niższa, niż kwota podawana przed otwarciem ofert (rzadko minimalny poziom realizacji zamówienia jest równy całej jego wartości). Przesłanka dotycząca kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia tyczy się zaś wartości całego zamówienia, w największym zakładanym wymiarze jego realizacji, a nie minimalnej, gwarantowanej części.

Uwzględniając powyższe wnioski wypada podkreślić, że Zamawiający - zgodnie z dyspozycją wynikającą z uzasadnienia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 października 2023 r. - odrębną czynnością z dnia 13 grudnia 2023 r. dokonał aktualizacji kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, a pismem z dnia 15 stycznia 2024 r. w świetle przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych powołał okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające unieważnienie przedmiotowego postępowania, nie będąc ustawowo zobowiązanym do ich szczegółowego uzasadniania, czy też udowadniania.

Z tego względu, opisany zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

AD 2 - zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP

Odwołujący kwestionuje również zasadność odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP stwierdzając, że Zamawiający w sposób nieuprawniony uznał przeprowadzoną próbę za zakończoną wynikiem negatywnym.

W kontekście tego zarzutu, oceniając zasadność podjętych przez Zamawiającego czynności, nie można pominąć znaczenia technologii napraw/łączenia przewodów ,,na gorąco", o której mowa w ust. 13 i nast. OPZ, a której rzeczywista weryfikacja (odzwierciedlona w wyniku połączenia wykonanego na wzorcu próbnym spełniającym wymagania określone w OPZ, a zarazem tożsamym z zaoferowanym), miała być przeprowadzona właśnie w warunkach wyznaczonej próby.

Przedłożenia takiej technologii wymagał Zamawiający w przypadku oferowania przewodów równoważnych dla przewodów z zadania 5
(w tym m.in. typu przewodów dostarczonych przez Odwołującego na potrzeby próby - vide: ust. 2 pkt 13 OPZ) i miało to związek z zastrzeżonym zarówno w treści OPZ (ust. 19), jak i wzoru umowy (§ 3 ust. 4 część II SWZ - projekt umowy), obowiązkiem przekazania przez Wykonawcę, którego oferta została wybrana (a który zaoferował przewody równoważne), na rzecz Zamawiającego praw własności intelektualnej uprawniających do stosowania przez niego technologii wskazanej w ust. 13 i nast. OPZ - czyli, w zasadzie prawa do samodzielnego dokonywania napraw zaoferowanych przewodów przez Zamawiającego. Jest to o tyle ważne, że konieczność zlecenia ich napraw podmiotowi trzeciemu (wiążąca się z wydłużonym czasem oczekiwania na wykonanie usługi), doprowadziłaby do dużych opóźnień w procesie wydobywczym. Ponadto, Zamawiający co roku naprawia kable, których wartość wynosi około 2,5 mln zł, zatem możliwość samodzielnej naprawy dostarczonych kabli przy użyciu technologii przekazanej przez wybranego Wykonawcę oferującego rozwiązania równoważne, miała także niebagatelne znaczenie ekonomiczne dla Zamawiającego. To zaś implikowało zamieszczenie w OPZ oraz projektowanej umowie stosownych postanowień przyznających Zamawiającemu niewyłączne oraz nieograniczone czasowo prawo do korzystania z technologii napraw.

Rozwijając powyższe, przewody będące przedmiotem Zadania 5 niniejszego postępowania wykorzystywane są do zasilenia maszyn i urządzeń w zakładzie górniczym. Pracując w trudnych i niebezpiecznych warunkach (zagrożenie wybuchem metanu i pyłu węglowego) bardzo często ulegają uszkodzeniu. Zamawiający dbając o finanse od wielu lat samodzielnie naprawia przewody oponowe typu Ong... będące przedmiotem postępowania. Zamawiający posiada technologię naprawy „gumowych" przewodów oponowych metodą na gorąco zatwierdzoną przez rzeczoznawcę ‘‘Sieć badawcza Łukasiewicz - Instytut Technik Innowacyjnych EMAG". Technologia ta jest weryfikowana co dwa lata przez w/w Instytut Ostatnia weryfikacja miał miejsce w dniu 08.12.2023 r. Sprawozdanie z badań nr 7701- ZLK/2023 stanowi załącznik nr 5 do niniejszego pisma. Weryfikacja ta polega na sprawdzeniu połączenia przewodu wykonanego przez służby Zamawiającego (w jego siedzibie i z wykorzystaniem jego sprzętu), w jednostce atestującej. Musi ona potwierdzić zgodność wykonania z posiadaną technologią, między innymi to, czy otrzymane wyniki prób i pomiarów są zgodne z obowiązującymi w tym zakresie przepisami i normami. Po uzyskaniu pozytywnego wyniku badania połączenia przewodu Zamawiający otrzymuje sprawozdanie z oceny, która upoważnia go do wykonywania napraw/łączenia przewodów oponowych technologią na „gorąco". Czynności te są zdefiniowane w normie nr PN-92/E-90146 „Naprawiane i łączone górnicze przewody oponowe na napięcie znamionowe 0,6/1 kV - Wymagania i badania" (wyciąg z normy poniżej). Przedmiotowa norma w sposób precyzyjny i jednoznaczny wskazuje jakie wymagania musi spełnić jednostka przeprowadzająca naprawę przewodów i w jakich okresach należy przeprowadzać weryfikacją posiadanych zdolności.

4.1.Program badań

4.1.1.Badania pełne, wg tabl. 8, należy przeprowadzać każdorazowo w przypadku wprowadzenia nowych metod naprawy i łączenia oraz po zmianie materiałów lub procesów technologicznych. Badania te przeprowadza upoważniona jednostka atestująca. Zakres badań pełnych obejmuje wszystkie sprawdzenia, przy czym zakres badań może być ograniczony w zależności od zakresu przeprowadzonej naprawy.

4.1.2.Badania pełne okresowe wg tabl. 8 lp. 1 -r 13 należy przeprowadzać okresowo co dwa lata dla każdej jednostki wykonującej naprawy lub łączenia. Badania te przeprowadza upoważniona jednostka atestująca.

4.1.3.Badania niepełne wg tabl. 8 lp. 1 -i- 6, 8, ¡0, i 11 należy przeprowadzić po zakończeniu naprawy elementów elastycznych lub plastycznych, naprawy przewodu lub jego łączenia.

Zamawiający spełnia te wszystkie kryteria, posiada odpowiednie kwalifikacje i doświadczenie, żeby takie naprawy prowadzić.

W tabelach przedstawiono ilości naprawionych przewodów w ciągu ostatnich czterech lat oraz wysokość nakładów, które udało się zaoszczędzić Zamawiającemu (na potwierdzenie dołączamy skany książek raportowych z Warsztatu Regeneracji Przewodów - Załącznik nr 2)

Naprawy przewodów wykonane przez służby Zamawiającego w kolejnych latach:

2020

Typ kabla	Długość	Kwota oszczędności
OnGcekż 3x70+35 mm	24340	1 275 960,00 zł
OnGcekż 3x95+50 mm	22175	761 250,00 zł

Suma 2 037 210,00zł

2021

OnGcekż 3x70+35mm25649 m 1 660 806,00zł

OnGcekż 3x95+50 mm24263 m 1 492 050,00zł

Suma 3 152 856,00zł

2022

OnGcekż 3x70+35mm25801 m 1 705 494,00zł

OnGcekż 3x95+50 mm24186 m 1 465 100,00zł

Suma 3 170 594,00zł

2023

OnGcekż 3x70+35mm23150 m 926 100,00zł

OnGcekż 3x95+50 mm23413 m 1 194 550,00zł

Suma 2 120 650,00zł

Łącznie kwota 10 481 310,00zł

* ceny do w/w kalkulacji naprawionych przewodów przyjęto na podstawie umów handlowych zawartych z kontrahentami.

Z przedstawionych powyżej zestawień wyraźnie widać, że Zamawiający naprawiając uszkodzone przewody uzyskuje duże oszczędności (10 481 310,00 zł w ciągu 4 lat), dlatego nie może pozwolić sobie na ich utratę.

Wobec powyższego przeprowadzona próba naprawy/łączenia przewodów nie jest tylko „pewnym elementem...” (jak to sugeruje w złożonym odwołaniu ROGUM Kable Sp. z o.o.), ale bardzo ważnym etapem weryfikacji przedmiotowego środka dowodowego, którym jest technologia naprawy/łączenia przewodów na ‘’gorąco”. Zamawiający wybierając przewody równoważne musi być pewien, że jest możliwość naprawy w/w przewodów. Jak udowodnił w zapisach powyżej Zamawiający w swojej siedzibie naprawia przewody i uzyskuje z tego tytułu znaczne oszczędności, co potwierdzają wyliczenia przedstawione powyżej.

Z tego powodu, kwestią niezwykle istotną było zbadanie skuteczności przedstawionej przez Odwołującego technologii napraw/łączenia. W tym również zakresie, Zamawiający nie dopuścił możliwości ponowienia próby - w przypadku jej negatywnego wyniku, kwalifikując takie zdarzenie jako nieusuwalną niezgodność treści oferty z SWZ.

Wyraźnego zatem podkreślenia wymaga, że w dokumentach przetargowych Zamawiający w sposób jednoznaczny zastrzegł, że naprawy kabli będą dokonywane samodzielnie przez Zamawiającego. Zupełnie zatem niezrozumiałe są argumenty przedstawiane przez Odwołującego (także w złożonym odwołaniu), że ofertą Odwołującego objęta jest również możliwość wykonywania nieodpłatnie usługi napraw i regeneracji w cenie oferowanych wyrobów na czas trwania umowy (w tym uszkodzeń nieobjętych gwarancją), co stanowi ogromną korzyść na tle pozostałych złożonych ofert w Postępowaniu. Jednocześnie Odwołujący w wielu miejscach swojego odwołania wskazuje na obowiązek Zamawiającego równego traktowania wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu. Jeżeli zatem Zamawiający zastrzegł, że sam będzie dokonywał napraw przewodów to nie miał możliwości zrobienia wyjątku dla jednego z nich i dopuścić aby to on świadczył także bezpłatne usługi naprawy. Aprobując stanowisko prezentowane przez Odwołującego doszlibyśmy do kuriozalnej i niezgodnej z normami prawnymi sytuacji, w której jeden wykonawca ma pozycję uprzywilejowaną względem pozostałych. Inni Wykonawcy składający ofertę w przedmiotowym postępowaniu składali ją z uwzględnieniem wymogu, że to Zamawiający będzie dokonywał napraw przewodów. Gdyby Zamawiający od początku dopuścił możliwość naprawy przewodów przez samych wykonawców nie można wykluczyć sytuacji, w której jeszcze inne podmioty byłyby zainteresowane złożeniem oferty,

ewentualnie treść ofert podmiotów, które wzięły udział w omawianym postępowaniu, także byłaby inna, tj. uwzględniająca w/w możliwość.

Niezależnie jednak od powyższego wyraźnego zaakcentowania wymaga, że oferta Odwołującego nie wskazuje, że obejmuje ona dodatkowo świadczenie nieodpłatnych napraw i regeneracji uszkodzonych przewodów. Jak sam Odwołujący stwierdził wzmianka taka znalazła się dopiero w piśmie z dnia 24.02.2023 r., (a więc miesiąc po dniu otwarcia ofert). Dodatkowo deklaracja samodzielnych napraw przez Odwołującego obejmuje tylko okres 12- tu miesięcy

realizacji ewentualnej umowy. Tymczasem Zamawiający przewiduje czas użytkowania przedmiotowych przewodów na okres minimum 5 lat, także „propozycja" Odwołującego obejmującego tak krótki okres - nawet gdyby była zgodna z przepisami prawa - jest nieadekwatna do potrzeb Zamawiającego. Zamawiający określając warunki jakie muszą spełniać oferowane przez wykonawców kable miał na względzie, aby miał on możliwość dokonywania ich napraw także wiele miesięcy/lat po upływie okresu, na jaki zostanie zawarta umowa dostawy, a w tym celu musi on posiadać technologię naprawy w/w przewodów, a nie jedynie możliwość oddania ich do naprawy (przez ograniczony (krótki) czas).

W tym miejscu trzeba także podnieść, że w ramach wyjaśnień treści SWZ Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o ,,(...) usunięcie z treści SIWZ wszelkich wymagań wynikających z treści punktów 14 i 19 załącznika III oraz par. 3 ust. 4 załącznika II do SIWZ", zmierzając do całkowitego pozbawienia Zamawiającego uprawnień do samodzielnej naprawy dostarczonych mu przewodów i w zasadzie uzależniając go (na zasadzie monopolu) od usług oferowanych przez Odwołującego.

Wniosek swój argumentował przy tym brakiem uzyskania zgody podmiotu, który opracował technologię łączenia i regeneracji oferowanych przez niego przewodów na udzielenie licencji, jak również na przeprowadzenie (z wykorzystaniem tej technologii) próby na warunkach określonych w OPZ.

Zamawiający nie wyraził zgody na zmianę postanowień SWZ we wnioskowanym zakresie, z uwagi na istotną (z punktu widzenia prowadzonej przez niego działalności), możliwość samodzielnego dokonywania napraw dostarczonych przewodów w jak najkrótszym czasie.

Ubocznie trzeba nadmienić, że Odwołujący finalnie złożył przedmiotową technologię napraw/łączenia przewodów wraz z ofertą, zatem argumentacja przytaczana przez niego na etapie składania zapytań do SWZ była całkowicie pozbawiona podstaw i miała na celu jedynie wywarcie presji na Zamawiającym, nie zaś jakąkolwiek ochronę praw autorskich do opracowanej technologii.

Nie można również pominąć, iż w toku prowadzonego postępowania Odwołujący zaproponował Zamawiającemu dostarczenie gotowej (!) próbki z wykonaną regeneracją termiczną (tj. poza warunkami opisanej w OPZ próby). Jednoznacznym jest, że wyrażenie zgody na propozycję Odwołującego stanowiłoby bezspornie oznaczałoby działanie niezgodne z zasadami uczciwej konkurencji i naruszające obowiązek równego traktowania wszystkich Wykonawców, a tym samym także przepisy ustawy Prawo Zamówień Publicznych. Innymi słowy z jednej strony Odwołujący w swoim odwołaniu wskazuje na konieczność literalnego przestrzegania zapisów OPZ, z drugiej natomiast sam proponował działania, które są w sposób jednoznaczny z nim niezgodne. Ponownie wskazać należy, że gdyby Zamawiający od początku przewidział możliwość dostarczenia przez wykonawców gotowej próbki nie można by wykluczyć sytuacji, w której większa ilość podmiotów byłaby zainteresowana wzięciem udziału w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu przetargowym.

Powyższe okoliczności świadczą jednoznacznie, że Odwołujący od samego początku próbował wymóc na Zamawiającym aby ten zrezygnował z przeprowadzania próby i poprzestał jedynie na gotowym wzorcu dostarczonym przez Odwołującego. Niniejsze działania mogą świadczyć o tym, że Odwołujący miał/i nadal ma świadomość, że oferowane przez niego przewody nie spełniają wymagań związanych z ich naprawą (łączeniem), jakie zostały określone przez Zamawiającego. Wszelka natomiast argumentacja przedstawiana na gruncie wniesionego odwołania sprowadza się jedynie do próby wybiórczego przedstawiania i wykładni postanowień OPZ, jak również dokumentów związanych z przeprowadzoną próbą (tj. protokołów i opinii eksperta).

Zgodnie z zapisami zawartymi w III części pkt 14 SWZ „Dostawa kabli i przewodów elektroenergetycznych niskiego i średniego napięcia oraz kabli sygnalizacyjnych i teletechnicznych do zastosowania w zakładzie górniczym na powierzchni i w wyrobiskach podziemnych w pomieszczeniach ze stopniem „a" , „b" i ,,c" niebezpieczeństwa wybuchu metanu oraz klasy „A" i „B" zagrożenia wybuchem pyłu węglowego" w dniach 19-21.07.2023 r. w siedzibie Zamawiającego odbyła się próba naprawy/łączenia „na gorąco" przewodu równoważnego proponowanego przez Odwołującego tj. firmę Rogum Kable Sp. z o.o. Miejsce, w którym odbywała się naprawa/łączenie przewodu jest stale użytkowane przez oddział elektryczny do naprawy uszkodzonych kabli i przewodów Zamawiającego, dobrze oświetlone oraz posiada w użytkowaniu sprawną prasę EPW-1. Wyraźnego zaakcentowania wymaga, że Zamawiający dopuszczał możliwość, aby naprawy były dokonywane na innej prasie niż ta będąca w posiadaniu LW „Bogdanka" S.A. W myśl bowiem ust. 14 pkt 2 OPZ w przypadku zastosowania innej prasy niż EPW-1 lub innego dodatkowego sprzętu specjalistycznego należy w ofercie ująć ich dostawę wraz z kosztem tej dostawy. Jednocześnie jak zastrzeżono na gruncie ust. 14 pkt 3) lit. b) OPZ Wykonawca w celu przeprowadzenia próby wykorzysta prasę EPW-1 lub oferowaną przez Wykonawcę, którą wykonawca przetransportuje do siedziby Zamawiającego własnym staraniem i na własny koszt celem przeprowadzenia próby. Pomimo powyższych zapisów Wykonawca świadomie zdecydował się na złożenie

oferty, w której nie była ujęta dostawa innej prasy lub dodatkowego sprzętu specjalistycznego, co skutkowało przeprowadzeniem próby na sprzęcie Zamawiającego.

Próba została przeprowadzona na oferowanym i dostarczonym przez Wykonawcę przewodzie oponowym typu OnGcekż-GW FLEX 0,6/1 kV 3x95 + 35 + 6x4 mm2 firmy Rogum Kable Sp. z o.o. i wykonana zgodnie z dostarczonym przez oferenta wraz z ofertą dokumentem pn. „Szczegółowy opis technologii naprawy i łączenia przewodów oponowych (...) Produkcji Rogum Kable Sp. z o.o. z Pruszcza Gdańskiego metodą termiczną.” [dalej: Technologia]. Technologia ta zawierała następujące czynności, które - zgodnie z jej treścią i we wskazanej kolejności - zostały przeprowadzone w trakcie próby:

1.Przygotowanie żył roboczych i pomocniczych do odtworzenia ich izolacji.

2.Odtworzenie izolacji żył roboczych i pomocniczych.

3.Odtworzenie ekranów indywidualnych żył roboczych i pomocniczych.

4.Formowanie ośrodka przewodu.

5.Odtworzenie warstwy uszczelnienia wzdłużnego.

6.Odtworzenie oplotu wzmacniającego.

7.Odtworzenie warstw opony zewnętrznej metodą termiczną.

8.Badania odbiorcze - m.in. w kontekście zgodności wykonanej naprawy z przywołanymi w technologii normami .

Po zakończeniu próby naprawy przewodu oponowego metodą „na gorąco”, w dniu 21.07.2023 r. komisja Zamawiającego wraz z osobami uczestniczącymi tj. przedstawicielami ROGUM Kable Sp. z o.o. i OPiA Serwis Sp. z o.o. (autor Technologii) dokonała sprawdzenia poprawności wykonania naprawy w oparciu o dostarczoną wraz z ofertą Technologią i zawarte w niej przepisy, normy, dokumenty związane, z uwzględnieniem zapisów Opisu Przedmiotu Zamówienia. Co ważne osoby uczestniczące w próbie nie wniosły żadnych uwag, co do miejsca przeprowadzenia próby, a także stanu wyposażenia użytego na potrzeby próby (w tym prasy EPW-1), co zostało jednoznacznie potwierdzone podpisami uczestników złożonymi na protokołach z dnia 19 i 20.07.2023 r.

Zarazem nieuprawniony jest wniosek Odwołującego, że wykonanie próby na prasie będącej w posiadaniu Zamawiającego, której stanu, jak i przydatności na potrzeby próby Odwołujący nie kwestionował (i zapewne nie zakwestionowałby, gdyby nie jej negatywny wynik), przerzuciło wszelką odpowiedzialność za wynik próby właśnie na Zamawiającego. Gdyby Odwołujący, będący podmiotem profesjonalnym w swojej branży (jak deklaruje), wiązał skutek w postaci wystąpienia zauważalnej dla wszystkich uczestników próby niejednorodnej struktury oznaczającej niewątpliwie jej rozwarstwienie (kwalifikujące próbę jaki zakończoną wynikiem negatywnym), czy powstania skropleń na strukturze, z wadą prasy, powinien przed podpisaniem protokołu umieścić w jego treści stosowne zastrzeżenia, czego jednak zaniechał. Należy też zaznaczyć, że w próbie uczestniczyły osoby z ramienia spółki OPiA, czyli autora Technologii napraw/łączenia i również one nie zgłosiły Zamawiającemu (mając na uwadze ww. okoliczności), jakichkolwiek uwag dotyczących sprzętu użytego do przeprowadzenia próby.

W wyniku przeprowadzonej próby stwierdzono wystąpienie skropleń zaobserwowanych na powierzchni taśmy ,,białej” na etapie po wykonaniu odtworzenia izolacji na żyłach roboczych w dniu 19.07.2023 r. Potwierdzone to zostało zapisem w protokole z dnia 20.07.2023 r. pkt. VII. (załącznik nr 2 do oceny) zatwierdzonym podpisami przez osoby uczestniczące w próbie. Wystąpienie wilgoci może być bardzo niebezpiecznym zjawiskiem, ponieważ może powodować zaniżenie wartości rezystancji izolacji przewodu, a w konsekwencji przewód taki nie będzie nadawał się do eksploatacji.

Po zakończeniu procesu naprawy przystąpiono do oceny wykonanego połączenia zgodnie z wymaganiami opisanymi w pkt. 11 Technologii oraz związanych z nią dokumentami wymienionymi w jej pkt. 4. Zgodnie z zapisami normy PN - 89/E-90140 „Przewody elektroenergetyczne o izolacji i oponie gumowej do górniczych odbiorników ruchomych i przenośnych. Wymagania i badania”, która została przywołana w pkt. 4.7 Technologii to:

czalne, jeżeli nie powodują zmniejszenia grubości opony poniżej jej dopuszczalnej wartości.

Grubość znamionowa opony powinna być zgodna z podaną w normach przedmiotowych, a dopuszczalne miejscowe ujemne odchyłki grubości opony nie powin¬ny przekraczać 0,1 mm +15% grubości znamionowej; dodatnich odchyłek nic normalizuje się. Średnia gru¬bość opony nie powinna być mniejsza niż znamionowa.

Barwa opony powinna być czarna.

Podczas oględzin, w wykonanej próbce zauważono występowanie pęcherzy w strukturze materiału izolacyjnego, który został użyty do odtworzenia opony. Jest to niezgodne z wyżej cytowaną normą. W związku z powyższym

Zamawiający stwierdził, że naprawa została wykonana nieprawidłowo.

Komisja powołana przez Zamawiającego podczas dalszej weryfikacji wykonanej naprawy/łączenia zauważyła niejednorodności struktury. Niejednorodna struktura świadczy natomiast o rozwarstwieniu materiału opony. Warstwy wewnętrzne opony stanowią oddzielną strukturę, niepołączoną z warstwami zewnętrznymi. Taka opona nie spełnia wymagań określonych przez Zamawiającego w Opisie Przedmiotu Zamówienia pkt. 14 ppkt. 3) lit. e). Niniejsze rozwarstwienie narusza także wyżej już przytoczoną normą PN - 89/E- 90140.

Mając na względzie powyższe jednoznacznym jest, że nastąpiło rozwarstwienie naprawianego przewodu. W wyniku tego struktura przewodu stała się niejednolita, na co wskazuje nawet sam Odwołujący w treści wniesionego odwołania (przykładowo w punkcie 48 odwołania). Gdyby prawidłowo wykonano naprawę to struktura byłaby jednolita i nie występowałyby żadne pęcherzyki, gazy, czy też inne niedoskonałości.

W wykonanej próbce stwierdzono wtopienie ekranu indywidualnego w izolację poszczególnych żył roboczych. Izolacja żyły roboczej w procesie naprawy „wypłynęła" na zewnątrz ekranu, co spowodowało zmniejszeniem jej grubości pomiędzy żyłą, a ekranem, co również stanowi naruszenie w/w normy, tj.

2.3A.4. Przyczepność izolacji lub ekranu do żyły oraz ekranu do izolacji powinna być taka, aby izolacja tub ekran dostatecznie ściśle przylegały do żyły oraz ekran dostatecznie ściśle przylegał do izolacji, a jednocześnie, aby każdy z elementów dawał się usunąć bez uszkodzenia izolacji, ekranu lub żyły.

Jednocześnie w ramach czynności sprawdzających wykonanej próby naprawy dokonano pomiarów rezystancji izolacji poszczególnych żył roboczych zgodnie z pkt. 11 Technologii. Zgodnie z wymaganiami zawartymi w normie N-SEP-E 004 pkt. 8.3.5, również przywołanej w dostarczonej przez Oferenta Technologii, wartość rezystancji izolacji powinna wynosić:

8.3.5. Rezystancja izolacji każdej żyły kabla w linii względem pozostałych zwartych, połączonych z żyłą powrotną, powłoką metalową, pancerzem i uziemionych, odniesiona do temperatury 20°C, nie powinna być mniejsza niż:

a) w linii kablowej o napięciu znamionowym do 0,6/1 (1,2) kV:

-75 Mii - dla kabla o izolacji gumowej,

-20 Mil - dla kabla o izolacji papierowej,

-20 Mii - dla kabla o izolacji z polichlorku winylu (PCW),

-100 Mi2 - dla kabla o izolacji polietylenowej,

Pomiaru rezystancji izolacji żył roboczych dokonano w dniu 20.07.2023 r. miernikiem MIC- 5000 nr fabr. 461554 na zakresie 2500 V, zgodnym z zapisami pkt. 11 Technologii, uzyskując następujące wyniki: 360 GQ, 440 GQ, 1000 GQ, które świadczą o wystąpieniu znacznej asymetrii rezystancji odtworzonej izolacji pomiędzy poszczególnymi żyłami. Ponadto komisja oraz osoby uczestniczące w próbie zaobserwowały miejsca utleniania drutów cynowanych w ekranie (ciemniejszy kolor ekranu), co potwierdzono zapisami w protokole z dnia 20.07.2023 r. pkt. VII. Podczas pomiarów dokonanych w dniu 21.07.2023 r. miernikiem MIC-5000 nr fabr. 461554 na zakresie 2500 V, zgodnym z zapisami pkt. 11 Technologii, stwierdzono że żyła robocza pokryta izolacją koloru niebieskiego charakteryzowała się wartością zmienną rezystancji izolacji w zakresie od 2 do 15 kQ mierzonej w stosunku do ekranu przewodu, co potwierdzono zapisami w protokole z dnia 21.07.2023 r. pkt. V ppkt. 5. (załącznik nr 3) Wartość ta nie spełnia wymogów przywołanej w Technologii normy N-SEP-E 004 pkt. 8.3.5 (minimalna wartość powinna wynosić 75 MQ):

5. Przeprowadzono pomiary rezystancji liołacy zyl roboczycn wzorca' pomiędzy Zytę a ekranem oraz pomiędzy poszczególnymi zy«ami Uzyskano następujące wyniki pomarow

•żyła kowu n eposkiego - zy a koloru czerwonego 1,28 rn.

•żyta koloru n.eOmkiega - ryt koloru burwya 1,6 TO

•Zył koloru o atęgo - 2yła kooru czerwonego 2J3 TO

•żyła Pala i-k-jn b bCO

•Żyła czerwona - ekran l.'Tfl

•żyła nneto«ska - ekran. wskazanie mierrv*a zmienne w zakresie od 2 do 1S kii

Pomiary wykonano miernikiem vic-5O00 nr fabryczny 661 5S6 dala sprawdzenia 0102-2023 • stanowiący własność Zamawiającego

Taka wartość rezystancji izolacji żyły roboczej dyskwalifikuje naprawiany przewód oponowy z dalszej eksploatacji, ponieważ nie spełnia wymagań przywołanej normy.

Następnie komisja przystąpiła do oceny wykonanej naprawy/łączenia przewodu zgodnie z wytycznymi zawartymi w technologii dostarczonej przez Odwołującego wraz z ofertą, tj. w oparciu o dokument pn. „Szczegółowy opis technologii naprawy i łączenia przewodów oponowych (...) produkcji Rogum Kable Sp. z o.o. z Pruszcza Gdańskiego metodą termiczną", opracowanym przez Ośrodek Pomiarów i Automatyki OPiA Serwis Sp. z o.o., w myśl którego naprawa przewodu powinna kończyć się badaniami wykonanego połączenia:

11. BADANIA ODBIORCZE

Po dokonaniu naprawy przewodu wzgl. połączenia dwu odcinków należy przeprowadzić końcowe badania odbiorcze, mające na celu sprawdzenie, jakości i prawidłowości wykonanych prac oraz kontrolę podstawowych parametrów przewodów. Minimalny zakres badań odbiorczych powinien obejmować:

•przy łączeniu dwu odcinków

a)oględziny miejsca połączenia,

b)sprawdzenie rezystancji żył roboczych i pomocniczych zgodnie z wymaganiami PN-89/E-90140. pkt.2.3.11. [4.7]

c)pomiar rezystancji izolacji przy zastosowaniu induktorowego miernika izolacji 2500 V,

d)badanie odporności na napięcie probiercze zgodnie z ustaleniami normy SEP- E-004, [4.10]

przy naprawie (odtwarzaniu) izolacji bez naruszenia ciągłości żył

a)oględziny miejsca połączenia,

b)pomiar rezystancji izolacji przy zastosowaniu induktorowego miernika izolacji 2500V,

e)badanie odporności na napięcie probiercze zgodnie z ustaleniami normy SEP- E-004, [4.5]

Po zakończonej próbie naprawy/łączenia dostarczonych przez Oferenta przewodów oponowych równoważnych, dokonano sprawdzenia wykonanego połączenia zgodnie z zapisami Technologii, w zakresie oględzin miejsca połączenia oraz pomiarów rezystancji izolacji. Jednocześnie odstąpiono od przeprowadzenia badania odporności na napięcie probiercze zgodnie z ustaleniami normy SEP-E-004, wykonane połączenie nie spełnia wymagań określonych w pkt. 2.2.12 oraz 2.3.4.4 PN-89/E-90140, a także wymagań w zakresie rezystancji izolacji określonych w pkt. 8.3.5 normy N-SEP-E 004 i nie nadaje się do dalszej eksploatacji.

Stwierdzone wady i wynik próby zostały ujęte w protokole z dnia 21.07.2023 r. w pkt. V ppkt. 6 (załącznik nr 3 do oceny). Zamawiający zawarł wszystkie swoje uwagi dotyczące wykonanej próby w dokumencie „Ocena próby napraw/łączenia na gorąco przewodu produkcji Rogum Kable Sp. z o.o."(załącznik nr 3). Umieszczono tam również dokumentację zdjęciową potwierdzającą liczne nieprawidłowości wynikłe podczas tego procesu.

Należy w tym miejscu wspomnieć także o tym, że Zamawiającemu zależało na tym aby ocena próby była bezstronna i nie budziła żadnych wątpliwości. W tym celu Zamawiający zaangażował przedstawiciela niezależnej jednostki, którą była Sieć Badawcza Łukasiewicz Instytut Badań Innowacyjnych EMAG. Brał on udział w czynnościach dokonanych w toku próby i dokonał oceny przedmiotowej naprawy/łączenia. Wnioski przedstawione przez przedstawiciela wyżej wymienionej jednostki pana Marka Bogacza (załącznik nr 4 do oceny), potwierdzają jednoznacznie, że próba wykonania naprawy przewodu oferowanego przez Odwołującego metodą na gorąco jest negatywna.

Z uwagi na stwierdzone wady odtworzonych elementów i stan izolacji jednej z żył roboczych ogólny wynik przeprowadzonej próby należ}" uznać za negatywny. Na podstawie oględzin zarejestrowanego materiału zdjęciowego można wysnuć wniosek, że przyczyną powstałych wad było przegrzanie odtwarzanych elementów" przewodu. Nastąpiło ono w wyniku zbyt wysokiej temperatur.' panującej wewnątrz prasy, w stosunku do nastawionej wartości.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących rzekomego niewłaściwego działania prasy EPW-1 Zamawiający stwierdza, że jest to kolejna próba odwrócenia uwagi od meritum. Jest to nieudolna próba wytłumaczenia niedoskonałości związanych z naprawą przewodów typu Flex wg. dostarczonej wraz z ofertą technologii. Zamawiający skutecznie wykorzystuje w/w prasę do naprawy/łączenia przewodów do dnia dzisiejszego. Nie zauważył żadnych nieprawidłowości w jej działaniu. Na tej prasie wykonał połączenie przewodu, które zostało zweryfikowane przez jednostkę atestującą ‘'Sieć badawcza

Lukasiewicz - Instytut Technik Innowacyjnych EMAG" na co Zamawiający posiada sprawozdanie z badań z dnia 08.12.2023r. potwierdzające jego zdolność do wykonywania przedmiotowych napraw - załącznik nr 5 do niniejszego pisma. Obsługę prasy EPW-1 na potrzeby przeprowadzenia próby zgodnie z przekazaną Technologią oraz OPZ przejęli samodzielnie przedstawiciele Wykonawcy tj. OPiA Serwis Sp. z o.o. będącej jednocześnie autorem dostarczonej Technologii. Ponadto Odwołujący nie wnosił żadnych zastrzeżeń w czasie dokonywania naprawy przewodu, co zostało potwierdzone zapisami umieszczonymi:

•w pkt. V protokołu z dnia 19.07.2023 r. - załącznik nr 1 do oceny,

•w pkt. V protokołu z dnia 20.07.2023 r. - załącznik nr 2 do oceny,

Innymi słowy na etapie przeprowadzania próby żaden z podmiotów biorących w niej udział nie zwracał uwagi, na rzekomy fakt nieprawidłowego działania prasy Zamawiającego. Nie można również pominąć, że w piśmie skierowanym przez Oferenta do Zarządu LW Bogdanka S.A. z dnia 04.08.2023 r. Odwołujący, również nie zawarł jakichkolwiek zastrzeżeń dotyczących zastosowanych urządzeń lub innego wyposażenia podczas wykonywania w/w próby.

Rzekoma nieprawidłowość, czy też wadliwość w należytym działaniu prasy nie wynika ani z parafowanych przez przedstawicieli Odwołującego protokołów z próby, ani też z opinii niezależnego rzeczoznawcy. Odwołujący po raz kolejny interpretuje wyrwane z kontekstu sformułowania w sposób subiektywny - niewątpliwie bowiem, z treści opinii rzeczoznawcy wynika jedynie, że przegrzanie odtwarzanych elementów przewodu nastąpiło w wyniku zbyt wysokiej temperatury panującej wewnątrz prasy, w stosunku do nastawionej wartości. Jeśli zatem - przyjmując wykładnię Odwołującego - przyczyną zdarzenia byłaby wadliwość prasy Zamawiającego, to niezależny ekspert, posiadający wiedzę specjalistyczną w opiniowanej materii, wskazałby ten fakt wyraźnie w swoim wystąpieniu, jako de facto niweczący wynik próby. Taka okoliczność jednak nie miała miejsca i rzeczoznawca wydał jednoznacznie negatywną dla Odwołującego opinię.

Odwołujący uzasadniając swój zarzut co do wadliwego działania prasy Zamawiającego opiera się także na ostatnim fragmencie opinii powołanego eksperta, w myśl którego: „na podstawie oględzin zarejestrowanego materiału zdjęciowego można wysnuć wniosek, że przyczyną powstałych wad było przegrzanie odtwarzanych elementów przewodu. Nastąpiło ono w wyniku zbyt wysokiej temperatury panującej wewnątrz prasy, w stosunku do nastawionej wartości." Jednakże kluczowe znaczenie przy ocenie niniejszego stwierdzenia ma zastrzeżenie eksperta, że swojej oceny - w tym zakresie - dokonał na podstawie oględzin zarejestrowanego materiału zdjęciowego. Z materiału zdjęciowego (przedstawiającego wyłącznie przewody) nie mogło jednakże wynikać jaka temperatura panowała wewnątrz prasy. Wobec tego ekspert nie mógł stwierdzić (na podstawie wyłącznie zdjęć), że temperatura wewnątrz prasy była inna niż ta ustawiona przez przedstawicieli Odwołującego. Przyjęcie więc stanowiska prezentowanego przez Odwołującego skutkowałoby tym, że opinia eksperta byłaby nielogiczna i sprzeczna z podstawowymi zasadami wiedzy życiowej. Przenosząc powyższe na kanwę przykładu zaprezentowanego przez Odwołującego w punkcie 47 odwołania, jeżeli dany ekspert/biegły otrzymałby jedynie zdjęcie zniszczonego materiału syntetycznego nie mógłby on stwierdzić czy żelazko działało poprawnie, czy też temperatura na stopie żelazka nie zgadzała się z tą wybraną na pokrętle.

Wyraźnego jednak podkreślenia wymaga, że niezależnie od zastrzeżenia dodanego przez eksperta na końcu opinii ekspert jednoznacznie stwierdził, że sama próba miała wynik negatywny.

W tym miejscu zasadnym jest także odnieść się do propozycji Odwołującego aby kontynuować próby w dniu 24 lipca 2023 r. (poniedziałek) na drugim wzorcu próbnym, który przywiózł ze sobą. Zgodnie z ust. 14 pkt 3 lit. c OPZ próba miała się odbyć na dwóch odcinkach kabla, o długości min. 3 metrów. Jednakże Zamawiający wymagał dostarczenia dwóch odcinków kabla w celu ich testowego połączenia podczas próby. Innymi słowy próba miała polegać na złączeniu w/w odcinków kabli tak aby powstał jeden dłuższy przewód. Na gruncie OPZ Zamawiający przewidział zatem jedną próbę a nie dwie odrębne na dwóch przewodach - jak to proponował Odwołujący. Odnosząc się natomiast do kwestii przeprowadzenia próby tylko na jednym odcinku kabla dostarczonego przez Odwołującego Zamawiający wyjaśnia, że nastąpiło to na wyraźną prośbę ROGUM Kable Sp. z o.o. W celu oszczędzenia czasu potrzebnego na przeprowadzenie próby (jak to argumentował Odwołujący) podmioty w niej uczestniczącej wyraziły zgodę na to aby nie łączyć dwóch odcinków a jedynie odtworzyć poszczególne warstwy jednego z nich. Potwierdzeniem powyższego jest adnotacja umieszczona m.in. w dokumencie oceny próby:

2. Zastosowana do prób prasa EPW-1 będąca własnością Zamawiającego działała prawidłowo. Oferent nie wnosił żadnych zastrzeżeń w czasie dokonywania naprawy przewodu, co zostało potwierdzone zapisami umieszczonymi:

•w pkt. V protokołu z dnia 19.07.2023 r. - załącznik nr 1,

•w pkt. V protokołu z dnia 20.07.2023 r. - załącznik nr 2,

Wyraźnego zaakcentowania jednak wymaga, że opisana powyżej zmiana nie oznaczała zwiększenia ilości prób z jednej na dwie. Nadal zatem Zamawiający przeprowadzić miał jedną próbę, jednakże z wykorzystaniem tylko jednego odcinka przewodu dostarczonego przez Odwołującego. Zamawiający zatem nie mógł wyrazić zgody na kolejną próbę, ponieważ stanowiłoby to naruszenie określonych na gruncie OPZ zasad jej przeprowadzania.

Jak słusznie zauważył Odwołujący (pkt.34, pkt.55 odwołania) próba jest elementem służącym weryfikacji ,,w praktyce" przedmiotowego środka dowodowego jakim jest złożona wraz z ofertą Technologia napraw/łączenia na „gorąco". Zamawiający chcąc właściwie i rzetelnie ocenić wykonaną próbę nie mógł sobie pozwolić na to, by pominąć zapisy zawarte w w/w Technologii, a szczególnie punkt 11 mówiący o badaniach odbiorczych wykonanych zgodnie z przytoczonymi w punkcie 4 (Technologii) przepisami, normami i dokumentami związanymi. Tym samym, Zamawiający był zobligowany do wykonania próby (i jej odbioru) zgodnie z wytycznymi wynikającymi z dostarczonej Technologii. Takie stanowisko wynika także z pierwszego orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej wydanego w ramach przedmiotowego postępowania (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1131/23): także faktu, iż spełniona została zasadnicza, wyrażona w pkt 14 ppkt.3 litera e OPZ przesłanka jednoznacznie skutkująca odrzuceniem oferty Odwołującego. Postanowienie OPZ w tym zakresie nie budziło żadnych wątpliwości ze strony potencjalnych Wykonawców, w tym Odwołującego (z wyjątkiem złożonego na etapie wyjaśnień treści SWZ wniosku o wykreślenie całościowe zapisów o próbie z OPZ), byli oni więc świadomi ryzyka wynikającego z negatywnego przebiegu próby.

Tym samym również wywody Odwołującego sugerujące rzekomą formalną wadliwość czynności odrzucenia jego oferty są bezzasadne. Niewątpliwie, co przesądziła Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 8 maja 2023 r. (sygn. akt: KIO 1131/23), przedmiotowym środkiem dowodowym była składana na potrzeby przeprowadzenia próby Technologia napraw/łączenia. Sama zaś próba - jak stwierdziła Izba - stanowiła element oceny przedmiotowej oferowanych produktów i dopiero brak uzyskania pozytywnego wyniku próby kwalifikowany mógł być przez Zamawiającego jako podstawa do odrzucenia oferty Wykonawcy z tytułu niezgodności z warunkami zamówienia.

Wyraźnego, ponownego zaakcentowania także wymaga, że wszelkie twierdzenia Odwołującego jakoby oferowane przez niego produkty stanowiły cyt. „asortyment bezpieczny, dobrze zbadany, istniejący na rynku od dłuższego czasu i sprawdzony, bo stosowany na co dzień przez kopalnie (np. Jastrzębską Spółkę Węglową)" są jedynie subiektywnym stanowiskiem wykonawcy niepopartym żadnym materiałem dowodowym. Co ważne z treści odwołania nie wynika chociażby - tak kluczowe z punktu widzenia Zamawiającego - czy inne kopalnie samodzielnie dokonują napraw kabli dostarczanych przez Odwołującego. Wobec powyższego nawet w sytuacji, w której inni zamawiający nie zgłaszają uwag do produktów oferowanych przez Odwołującego (co nie zostało wykazane w Odwołaniu żadnym materiałem dowodowym), nie może to jednocześnie świadczyć o tym, że będą one spełniały wymagania LW „Bogdanka" S.A. Każdy zamawiający bowiem tak kształtuje warunki postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, aby były one odpowiednie do sytuacji faktycznej i zapotrzebowania tego konkretnego podmiotu.

Odwołujący wskazał także, że oferowany przez Odwołującego w Postępowaniu asortyment jest Zamawiającemu dobrze znany, gdyż Odwołujący dostarczał go już Zamawiającemu w 2019 r. w ramach zawartej umowy nr 175/Z/IŻ/2019/727/IZW-E/EPO. Zamawiający ponownie nie neguje faktu nawiązania współpracy z Odwołującym w 2019 r. Odwołujący dostarczył przewody typu FLEX Zamawiającemu w 2019r. Zamawiający wprowadził w/w przewody do eksploatacji. W wyniku normalnych czynności wynikających z charakteru działalności Zamawiającego dochodziło do uszkodzeń przewodów. Zamawiający podjął kilkukrotnie próbę naprawy dostarczonych przez Odwołującego przewodów z wykorzystaniem posiadanej technologii naprawy na „gorąco". Niestety podjęte próby zakończyły się niepowodzeniem. Dochodziło do niewłaściwego zwulkanizowania powłoki zewnętrznej (pęcherze gazu powodujące rozwarstwianie się opony zewnętrznej) lub rezystancja izolacji naprawionego przewodu nie spełniała wymagań przepisów (dochodziło do wtopienia ekranów w izolację żył). Dlatego Zamawiający ogłaszając kolejne postępowanie na dostawę kabli i przewodów żądał w przypadku oferowania przewodów równoważnych dla zadania 5 dostarczenia technologii napraw/łączenia ,,na gorąco". Zamawiający nie żądał w/w technologii w przypadku oferowania przewodów „gumowych", ponieważ taką technologię posiada i z sukcesem jej używa. Jednocześnie Zamawiający wymagał wykonania próby napraw/łączenia przewodów na „gorąco" zgodnie z dostarczoną wraz z ofertą technologią (przedmiotowy środek dowodowy). Próba ta miała posłużyć tylko potwierdzeniu, że można właściwie zwulkanizować przewód zgodnie z w/w dokumentem (co słusznie zauważył Odwołujący w pkt.55 swojego odwołania).

Dodatkowo Odwołujący stwierdził, że znany i powszechnie stosowany na rynku jest również proces regeneracji i naprawy izolacji i opon przewodów typu FLEX. Proces naprawy/łączenia na „gorąco" przewodów równoważnych typu Flex został opracowany przez Ośrodek Pomiarów i Automatyki OPIA Serwis Sp. z o.o. dnia 04.02.2021 r. Odwołujący

posiada 3- letnie doświadczenie w naprawie swoich wyrobów, dlatego Zamawiający ma obawy i nie zgadza się z stwierdzeniem, że proces ten jest znany i powszechnie stosowany. Ponadto jak sam Odwołujący stwierdza w swoim dokumencie:

Materiał typu FLEX zastosowany w przedmiotowych przewodach oponowych jest trudnym materiałem do „obróbki" termicznej i wymaga dużego doświadczenia w wykonywaniu powyższych prac.

Powyższy zapis, jak i nieudana próba naprawy/łączenia przewodów metodą na „gorąco" świadczą, że Zamawiający ma uzasadnione obawy, co do jakości wykonania prawidłowej naprawy przewodów równoważnych zgodnej z przepisami prawa i norm. Ponownie wskazać należy, że Odwołujący nie przedstawia żadnych dowodów potwierdzających, że inne podmioty działające na rynku górniczym używają przewodów oferowanych przez ROGUM Kable Sp. z o.o. i je naprawiają, a proces ten przebiega prawidłowo.

W tym miejscu zasadnym jest także odnieść się do przedstawianego przez Odwołującego protokołu „Badania odporności na zginanie przewodu oponowego po regeneracji". Kluczowe znaczenie ma jednak fakt, że do wyciagnięcia wniosku zawartego w punkcie 48.4 odwołania, tj. „pełnego bezpieczeństwa wykonanych regeneracji" niezbędny jest zgodnie z PN - 92/E - 90146 znacznie szerszy zakres badań. Odwołujący w zleconym badaniu zrealizował tylko jeden punkt - odporność na zginanie. Jest to badanie, które przeprowadza się przy pełnych badaniach przewodu wymaganych w przypadku wprowadzenia nowych metod naprawy/łączenia. Aby wykonać je w całości Odwołujący powinien zgodnie z przytoczoną wyżej normą przeprowadzić jeszcze trzynaście innych prób (tabela nr 8 w PN - 92/E - 90146). Próby te oprócz oględzin przewodu po naprawie/łączeniu powinny obejmować :

Tabela 8

Lp.Rodzaje badań Wymagania wg Badania wg

1Sprawdzenie cechowania 2.3.11 4.3.!

2Sprawdzenie złączek 2.1.1 4 3,2

3Sprawdzenie materiałów 2.1.2; 1.1,3: 2,1,4 4.3.3

4Sprawdzenie łączenia iyi 2.2.1 4.3.4

5Sprawdzenie długości łączonych przewodów 2.110 4.3.5

6Sprawdzenie jakości odtworzonej izolacji, ekranu i opony 2.2.2 4.3.6

7Sprawdzenie wytrzymałości na rozciąganie i wydłużenia przy zerwaniu izolacji i opony przewodu 2.3.1 PN-83/F-04160/15

8Sprawdzenie rezystancji tyły 2.3.2 4.3.7

9Sprawdzenie temperatury żyły roboczej w miejscu łączenia 2.3.3 4.3.8

10Sprawdzenie wytrzymałości elektrycznej przewodu 2.3.4 4.3.9

11Sprawdzenie rezystancji izolacji 2.3.5 PN-83/E-04160/73

12Sprawdzenie rezystancji przejścia ekranu z mieszanek przewodzących 2.3.6 BN -86/ 3008-06/02

13Sprawdzenie rezystancji przejścia ekranu miedzianego 2.3.7 BN -86/3008-06/02

14Sprawdzenie odporności na wielokrotne zginanie przewodów o przekrojach żył roboczych do 4 mm1 23. S 4.3.10

15Sprawdzenie odporności na przeginanie przewodów o przekrojach ty! roboczych powyżej 4 mm? 2.3.9 4.3.11

W przypadku badań, które są wymagane przy każdorazowej naprawie (badanie niepełne) należy przeprowadzić czynności wymienione w punktach od 1^6, 8, 10, 11. Tymczasem

Odwołujący nie przeprowadził wymaganych nawet w najmniejszym zakresie badań. Wobec powyższego stwierdzenie przez Odwołującego na gruncie punktu 48.4 odwołania, że dokument ten ma potwierdzać pełne bezpieczeństwo wykonanych regeneracji (izolacji żyły, opony, ale również ekranu) jest w całości bezpodstawne.

Ponad to wskazać należy, że w/w badanie zostało przeprowadzone na zupełnie innym typie przewodu niż wymagał

Zamawiający. W celu przeprowadzenia próby Odwołujący do badania przekazał przewód OnGcekż - G FLEX z żyłami 3x25 + 16 + 3x2,5 mm2, natomiast przedmiotem próby w siedzibie Zamawiającego był przewód OnGcekż - GW FLEX z żyłami 3x95 + 35 + 6x4 mm2. Zdaniem Zamawiającego są to zupełnie różne z punktu widzenia wykonania naprawy przewody. Co ważne mają one inną budowę, tj. w szczególności przewód badany (samodzielnie) przez Odwołującego nie posiada warstwy uszczelnienia wzdłużnego wymaganego przez Zamawiającego. Jego średnica zewnętrzna (43 mm) znacząco różni się od średnicy przewodu wymaganego przez Zamawiającego (64 mm) co może mieć bezpośredni wpływ na proces wulkanizacji (temperatura i czas grzania). Ponadto ilość żył sterowniczych i ich przekroje różnią się od siebie. Wobec powyższego - w ocenie Zamawiającego - treść protokołu „Badania odporności na zginanie przewodu oponowego po regeneracji" nie może stanowić dowodu potwierdzającego prawidłową naprawę przewodów oferowanych przez Odwołującego w tym konkretnym postępowaniu.

Tym samym, w ocenie Zamawiającego jednoznaczny wynik przeprowadzonej próby potwierdził zasadność odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej z OPZ, co zostało wprost wyartykułowane w cz. III SWZ.

Wobec powyższego, wnoszę jak na wstępie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Izba ustaliła

na podstawie dokumentacji w sprawie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego dotyczy przetargu nieograniczonego pod nazwą „Dostawa kabli i przewodów elektroenergetycznych niskiego i średniego napięcia oraz kabli sygnalizacyjnych i teletechnicznych do zastosowania w zakładzie górniczym na powierzchni i w wyrobiskach podziemnych w pomieszczeniach ze stopniem „a", „b" i ,,c" niebezpieczeństwa wybuchu metanu oraz klasy „A" i „B" zagrożenia wybuchem pyłu węglowego".

Sprawa prowadzona jest pod numerem referencyjnym: 5440/HZP/MSO/2022.

Odwołanie wniesione zostało w zadaniu Nr 5 „Przewody oponowe elektroenergetyczne gumowe".

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 grudnia 2022 r. pod numerem 2022/S 233-667807.

W związku z tym, że przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest po raz trzeci przedmiotem sporu w Krajowej Izbie Odwoławczej, Izba na wstępie podaje najistotniejsze informacje w sprawie, na kanwie których jest rozpoznawana sprawa:

Postępowanie o udzielenie zamówienia zostało wszczęte w dniu 28 listopada 2022 r. Natomiast umowa, która w jego wyniku zostanie zawarta przewidywana jest na okres 12 miesięcy. Z kolei otwarcie ofert nastąpiło w dniu 9 stycznia 2023 r. i jedynym kryterium oceny ofert jest cena.

Kwota na sfinansowanie zamówienia opublikowana została w dniu 9 stycznia 2023 r. przed otwarciem ofert w zakresie zadania nr 5 i wyniosła 9.719.309,94 zł brutto.

W postępowaniu zostały złożone 3 oferty:

•Odwołującego - cena: 9.943.147,80 zł brutto,

•Tele-Fonika - cena: 10.415.455,50 zł brutto,

•El-Platforma Spółka z o.o. sp.k. - cena: 10.983.673,68 zł brutto

Odwołujący wniósł odwołanie od następujących czynności zamawiającego w zadaniu Nr 5, podjętych w dniu 15 stycznia 2024 r.:

1) unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp w związku z ustaleniem nowej kwoty na sfinansowanie zamówienia przez zamawiającego w dniu 13 grudnia 2023 r.

2) odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Odwołujący powyższym czynnościom zamawiającego zarzucił naruszenie następujących przepisów:

1. art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 255 pkt 3 Pzp przez unieważnienie postępowania w związku z obniżeniem kwoty na sfinansowanie zamówienia pomimo wcześniejszego wyboru jako najkorzystniejszej innej droższej oferty niż oferta odwołującego i treść wydanego, tylko fikcyjnie wykonanego przez zamawiającego, wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z

dnia 9 października 2023 r. o sygn. akt KIO 2792/23), charakter zamówienia, sytuacja finansowa zamawiającego, jak również lakoniczność uzasadnienia dokonania ww. czynności, potwierdzają jednoznacznie, że zarówno czynność unieważnienia postępowania, jak i ustalenie nowej kwoty na sfinansowanie zamówienia są czynnościami pozornymi, mającymi na celu wyłącznie uniknięcie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego w postępowaniu,

2. Art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp przez niezasadne odrzucenie oferty złożonej przez odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia, podczas gdy treść oferty odwołującego, przedmiotowe środki dowodowe, przebieg próby, o której mowa w ust. 14 opisu przedmiotu zamówienia, jak również lakoniczność uzasadnienia czynności odrzucenia oferty, w tym pominięcie istotnych okoliczności, nie dają podstaw, by taką niezgodność stwierdzić.

Na podstawie powyższych zarzutów odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1)unieważnienia czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp, jak również poprzedzającej ją czynności ustalenia nowej kwoty na sfinansowanie zamówienia,

2)unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp,

3)dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego, w konsekwencji czego oferta odwołującego powinna być uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu,

4)obciążenia zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Przedmiotem zamówienia w zadaniu nr 5, w którym zostało wniesione niniejsze odwołanie, jest dostawa przewodów oponowych elektroenergetycznych gumowych. Jednocześnie zamawiający dopuścił możliwość zaoferowania przewodów równoważnych, z czego skorzystał odwołujący i co zaakceptował zamawiający. Tak więc odwołanie dotyczy tylko i wyłącznie zadania numer pięć.

Izba stwierdza posiadanie interesu w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia w rozumieniu art. 505 ust. 1 Pzp, ponieważ odwołujący wykazał, że może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp.

Jak odwołujący podniósł w odwołaniu, złożył ofertę, która jest zgodna z warunkami zamówienia, opisanymi w specyfikacji warunków zamówienia (dalej „swz") i oferta jego jest najkorzystniejszą w świetle obowiązującego kryterium oceny ofert (cena – jedyne kryterium). Jednocześnie oferta odwołującego mieści się w budżecie zamawiającego, którym zamawiający dysponuje na sfinansowanie zamówienia, to jest od 12 kwietnia 2023 r. kwota 10.415.455,50 zł brutto, stanowiąca wartość wybranej 14 kwietnia 2023 r. oferty wykonawcy Tele-Fonika Kable S.A. Powyższe potwierdził wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 9 października 2023 r. o Sygn. akt KIO 2792/23 i nie zmienia budżetu kolejno ustalona przez zamawiającego czynność - wyłącznie na potrzeby pozornej podstawy do unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp. Zamawiający w dniu 13 grudnia 2023 r. ustalił „na nowo" kwotę na sfinansowanie zamówienia na poziomie kwoty podanej pierwotnie przed otwarciem ofert 9 stycznia 2023 r. (9.719.309,94 zł brutto). W postępowaniu ofertę z najniższą ceną złożył odwołujący (9.943.147,80 zł brutto) i jest ona niższa, niż zwiększona i w dalszym ciągu wiążąca i będąca w zakresie możliwości finansowych zamawiającego, kwota na sfinansowanie zamówienia (10.415.455,50 zł brutto), to jest o ponad 470.000,00 złotych. Uwzględnienie odwołania spowoduje unieważnienie czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp oraz unieważnienie odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, co doprowadzi do ponownej oceny ofert z udziałem oferty odwołującego i umożliwi wybór jego oferty. Tym samym odwołujący ma interes w uzyskaniu niniejszego zamówienia, ponieważ na skutek czynności niezgodnych z Pzp, odwołujący może ponieść szkodę w związku z nieuzyskaniem zamówienia.

Powyższe zarzuty, żądania odwołania zostały przedstawione we wstępnej części uzasadnienia wyroku wraz z ich uzasadnieniem.

Odwołujący wniósł odwołanie z zachowaniem ustawowego terminu, ponieważ informację o czynnościach zamawiającego, powziął 15 stycznia 2024 r. i ustawowy termin wniesienia odwołania upływał 25 stycznia 2024 roku.

Izba badając i oceniając wniesione odwołanie nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania, jak i braku interesu w uzyskaniu zamówienia.

W tym miejscu Izba przywołuje treść sentencji wyroku w sprawie o Sygn. akt KIO 2792/23 w związku z po raz drugi czynnością unieważnienia postępowania na tej samej podstawie prawnej:

Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: Lubelski Węgiel Bogdanka S.A. w Bogdance, Bogdanka, 21-013 Puchaczów unieważnienie czynności z 12.09.2023 r. w zakresie zadania 5 unieważnienia postępowania na podstawie

art. 255 pkt 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) z uwagi na potwierdzenie się zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 255 pkt 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) poprzez niezasadne unieważnienie postępowania ze względu na rzekomy brak środków na sfinansowanie zamówienia, podczas gdy ogół okoliczności, które zaistniały w trakcie postępowania (w tym wcześniejszy wybór jako najkorzystniejszej innej dużo droższej oferty niż oferta Odwołującego: Rogum Kable Sp. z o.o., ul. Grunwaldzka 66, 83-000 Pruszcz Gdański), jak również lakoniczność uzasadnienia czynności unieważnienia, wskazują jednoznacznie, że jest to czynność pozorna, mająca na celu wyłącznie uniknięcie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego w postępowaniu".

Izba również wzięła pod uwagę, że przedmiotowe odwołanie jest już trzecim odwołaniem, w tym samym postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, które odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Z tego też powodu, na posiedzeniu przed Krajową Izbą Odwoławczą w sprawie KIO 2792/23 w dniu 4 października 2023 r. pełnomocnicy Zamawiającego informowali o trwającym przygotowaniu kolejnego przetargu na dostawę kabli, w tym na ten asortyment będący przedmiotem Postępowania, który ma zostać wszczęty w 2024 r.

Co do charakterystyki przedmiotu zamówienia Izba ustaliła, że oferowany przez odwołującego przewód oponowy wykonany jest z elastycznego materiału polimerowego typu Flex, w miejsce izolacji i opony z gumy, a co jest rozwiązaniem równoważnym przewodom z izolacją i oponą gumową. Jednocześnie jest to produkt dopuszczony przez zamawiającego, jako równoważny, przy tym bezpieczny, odpowiednio zbadany, funkcjonujący na rynku i sprawdzony w użytkowaniu, stosowany przez inne kopalnie dla przykładu w Jastrzębskiej Spółce Węglowej.

Produkt ten jest zamawiającemu także znany, ponieważ dostarczany zamawiającemu w 2019 r. w ramach umowy nr 175/Z/IŻ/2019/727/IZW-E/EPO, która została zrealizowana bez zastrzeżeń, jak to określił odwołujący w złożonym odwołaniu. W związku z realizacją poprzedniej umowy, zamawiający nie korzystał z uprawnień z tytułu rękojmi czy gwarancji. Dokładnie te same kable, zostały zaoferowane zamawiającemu w tym postępowaniu i były badane w trakcie próby w dniach 19 - 21 lipca 2023 r., posiada zamawiający w kopalni i bez żadnych przeszkód spełniają swoją funkcję.

Tak podanym okolicznościom w odwołaniu, zamawiający w toku postępowania odwoławczego nie zaprzeczył. Izba powyższe okoliczności uznała za bezsporne w sprawie.

W opisanych powyżej okolicznościach, Izba ustalała i rozważała zasadność kolejnego unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp czyli na tej samej podstawie prawnej w związku z prawomocnym wyrokiem o Sygn. akt KIO 2792/23, jak również czynności kolejnego odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp i po raz kolejny w związku z oceną związaną z próbą oferowanego kabla energetycznego, który zamawiającemu jest znany, w związku z jego użytkowaniem w kopalni zamawiającego.

Dla zobrazowania zaistniałej sytuacji w przedmiotowej sprawie należy mieć na uwadze przebieg całego postępowania toczącego się przed zamawiającym i wnoszonymi odwołaniami w związku z kolejnymi czynnościami zamawiającego.

Postępowanie zamawiający wszczął w dniu 28 listopada 2022 r. Otwarcie ofert nastąpiło w dniu 9 stycznia 2023 roku. Jedynym kryterium oceny ofert jest cena.

Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia, w zakresie zadania nr 5 kwotę brutto 9.719.309,94 złotych.

Oferty złożyło trzech wykonawców:

1. Odwołujący na kwotę - 9.943.147,80 zł. brutto.
2. Tele-Fonioka Kable S.A. na kwotę - 10.415.455,50 zł. brutto.
3. El-Platforma sp. z o.o. sp.k. na kwotę - 10.983.673,68 zł. brutto (oferta prawomocnie odrzucona).

W dniu 14 kwietnia 2023 r. zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą w postępowaniu ofertę Tele-Fonioka Kable S.A. (droższą o około 470 tys. zł brutto od oferty odwołującego), natomiast ofertę odwołującego odrzucił na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Zamawiający niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia upatrywał w tym, że dostarczony na próbę, o której mowa w ust. 14 opisu przedmiotu zamówienia (o.p.z), stanowiącego część III SWZ, dalej „OPZ", wzorzec próbny miał nadruk atramentowy, zamiast nadruku tłoczonego, wobec czego zamawiający odmówił odwołującemu przeprowadzenie próby.

Odwołujący na powyższą czynność odrzucenia jego oferty i wybór oferty droższej konkurenta wniósł odwołanie, które zostało uwzględnione w całości, ponieważ oferta odwołującego zostało przywrócona do postępowania. Bowiem Krajowa

Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 8 maja 2023r. o Sygn. akt KIO 1131/23 uwzględniając odwołanie, nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i ponowną ocenę ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Zamawiający w związku z wydanym wyrokiem Izby o Sygn. akt KIO 1131/23 w dniu 12 września 2023 r. unieważnił postępowanie na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp. Zamawiający wskazywał, że nie może zwiększyć kwoty na sfinansowanie zamówienia, którą podał w dniu 9 stycznia 2023 r. przed otwarciem ofert (9.719.309,94 zł. brutto), podczas gdy oferta odwołującego (9.943.147,80 zł brutto) przekracza tę kwotę o 223.837,86 zł. brutto. Zamawiający unieważniając postępowanie w trybie art.255 pkt 3 Pzp, pominął okoliczność wyboru w dniu 14 kwietnia 2023 r. droższej od powyższej kwoty oferty Tele-Fonika Kable S.A., dla wyboru której podwyższył kwotę jaką zamierza przeznaczyć na zamówienie. Na tę czynność odwołanie wniósł odwołujący, które Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 9 października 2023 r. (Sygn. akt KIO 2792/23) uwzględniła, nakazując zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, ze względu na jej pozorny charakter (powyżej cytowana treść sentencji wyroku) i mającą na celu wyłącznie uniknięcie wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

Izba zważyła

na podstawie przeprowadzonego w sprawie postępowania dowodowego ze zgłoszonych dokumentów i ustaleń w sprawie co do przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia oraz przesłuchania świadka

Pierwszy zarzut odwołania dotyczył naruszenia art. 255 pkt 3 Pzp, zgodnie z którym zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty.

Dla zrozumienia podstaw i zasadności rozstrzygnięcia Izby w tym zakresie należy przywołać następujące bezsporne w sprawie okoliczności, którymi są:

Chronologia zdarzeń, na podstawie której zamawiający uzasadniał dwukrotnie unieważnienie postępowania, w trybie przywołanego powyżej art.255 pkt 3 Pzp jest następująca:

1. Dnia 9 stycznia 2023 r. - została opublikowana przed otwarciem ofert kwota na sfinansowanie zamówienia dla zadania nr 5: 9.719.309,94 zł brutto (najtańszą ofertę złożył odwołujący z ceną 9.943.147,80 zł brutto),
2. Dnia 12 kwietnia 2023 r. - uchwałą Zarządu nr 416/XI/2023 następuje podwyższenie kwoty na sfinansowanie zamówienia do kwoty oferty Tele-Fonika Kable S.A. (10.415.455,50 zł brutto)
3. Dnia 14 kwietnia 2023r. zamawiający wybiera ofertę Tele-Fonika Kable S.A. i odrzuca najtańszą ofertę odwołującego na podstawie art.226 ust.1 pkt 5 Pzp (jako niezgodną z warunkami zamówienia)
4. Dnia 8 maja 2023r. wskutek odwołania odwołującego Krajowa Izba Odwoławcza w sprawie o Sygn. akt KIO 1131/23 unieważnia wybór oferty Tele-Fonika Kable S.A. i odrzucenie oferty odwołującego
5. Dnia 12 września 2023r. zamawiający unieważnia postępowanie na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp powołując się na kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia to jest kwotę podaną przed otwarciem ofert (9.719.309,94 zł brutto)
6. Dnia 9 października 2023r. w sprawie o Sygn. akt KIO 2792/23 Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza pozorność czynności zamawiającego z dnia 12 września 2023r. unieważnienia postępowania na podstawie art.255 pkt 3 Pzp
7. Dnia 13 grudnia 2023r. - uchwałą Zarządu nr 462/XI/2023 następuje przywrócenie kwoty na sfinansowanie zamówienia z dnia 9 stycznia 2023 r. (przed otwarciem ofert)
8. Dnia 15 stycznia 2024r. następuje ponowne unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp. oraz ponownie na podstawie art.226 ust.1 pkt 5 Pzp, na które składane jest niniejsze odwołanie z dnia 25 stycznia 2024r.

Jak powyżej opisano w sprawie wszystkie trzy oferty przekraczały kwotę jaką zamawiający podał na sfinansowanie zamówienia, bezpośrednio przed otwarciem ofert. Po otwarciu ofert zwiększył kwotę do ceny drugiej oferty, czyli nie najtańszej oferty odwołującego (cena -100% kryterium oceny ofert). Zamawiający wybrał droższą ofertę niż odwołującego, po uprzednim odrzuceniu oferty odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia. W wyniku wniesionego odwołania, odwołujący w sprawie o Sygn. akt KIO 1131/23 (wyrok z dnia 8 maja 2023r.) został przywrócony do postępowania, a zamawiającemu nakazano unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenia oferty odwołującego. Zamawiający jednak nie wybrał najkorzystniejszej oferty, ponieważ unieważnił postępowanie na podstawie art.255 pkt 3 Pzp, w związku z obniżeniem kwoty na sfinansowanie do poziomu pierwotnego (kwota przeznaczona na sfinansowanie podana bezpośrednio przed otwarciem ofert). Krajowa Izba Odwoławcza tę

czynność zamawiającego uznała za pozorną (pozorne obniżenie kwoty przeznaczonej na zamówienie), w sytuacji gdy po otwarciu ofert podwyższono kwotę do kwoty drugiej oferty (Tele-Fonika Kable S.A.)w rankingu cenowym (najtańsza oferta odwołującego – cena jedyne kryterium). Powyższy wyrok, jego sentencję przywołano powyżej w uzasadnieniu - ustalenia Izby (Sygn. akt KIO 2792/23 z dnia 9 października 2023r.). Czynność zamawiającego unieważnienia postępowania w trybie art.255 pkt 3 Pzp, zaskarżona w sprawie o Sygn. akt KIO 2792/23, nastąpiła 12 września 2023r., prawie dwa miesiące po badaniu w dniach 19-21 lipca 2023r próbki kabli odwołującego. Wówczas zamawiający jako powód unieważnienia postępowania nie przywołał okoliczności o „negatywnym wyniku badania próbki" od odwołującego, a jedynie o braku środków na sfinansowanie zamówienia. Powyższa okoliczność (termin badania próbki), nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia pierwszego zarzutu (art.255 pkt 3 Pzp), ale ma wpływ na ocenę rzetelności i obiektywizmu zamawiającego przy ocenie oferty odwołującego. Zamawiający po wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 października 2023r. o Sygn. akt KIO 2792/23, w dniu 15 stycznia 2024r. unieważnił ponownie postępowanie na podstawie art.255 pkt 3 ustawy Pzp. Za podstawę unieważnienia postępowania, służyła uchwała zarządu spółki zamawiającego z dnia 13 grudnia 2023r., którą kwotę na sfinansowanie zamówienia obniżono do kwoty podanej przed otwarciem ofert to jest poniżej ceny oferty odwołującego.

Izba uwzględniając zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 255 pkt 3 Pzp przede wszystkim zwraca uwagę na treść brzmienia powyższego przepisu, który przewiduje zwiększenie kwoty jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty. Takie brzmienie przepisu trudno, a wręcz jest niemożliwe do sprowadzenia w brzmieniu przeciwnym to jest „zamawiający może zmniejszyć tę kwotę". W związku z powyższym, jeżeli zamawiający po otwarciu ofert zwiększył kwotę na sfinansowanie zamówienia to nie ma ustawowego upoważnienia do jej zmniejszenia, ponieważ nie ma takiej alternatywnej możliwości, poza tylko i wyłącznie zwiększeniem kwoty na sfinansowanie zamówienia.

Ponadto Izba nie podziela prezentowanej argumentacji przez zamawiającego, że podwyższenie kwoty to decyzja w pełnym zakresie suwerenna zamawiającego i nie podlega kontroli wykonawców, a w konsekwencji kontroli Izby. Bowiem z samych słów przepisu „chyba, że zamawiający może zwiększyć tę kwotę" wynika dyspozycja do zaskarżenia w sytuacji bierności zamawiającego, który może, a nie zwiększa kwoty, stosownie do jego sytuacji finansowej, jaką posiada zamawiający, czy też jego potrzeb realizacji zamówienia. W przedmiotowej sprawie odwołujący wykazał, że sytuacja finansowa zamawiającego umożliwia sfinansowanie zamówienia, w granicach oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. W tym celu odwołujący przedstawił ze strony internetowej zamawiającego informację co do sytuacji finansowej spółki oraz planów wydobycia węgla (strona główna aktualności korporacyjne Rekordowe Zyski Bogdanki w 2023r.z dnia 22 stycznia 2024r.). Powyższe informacje przekładają się na skuteczną argumentację po stronie odwołującego, co do celowości kontynuacji zamówienia, ogłoszonego ponad 14 miesięcy, na dzień wniesienia odwołania, z racji przedmiotu zamówienia (dostawa kabli energetycznych do kopalni węgla).

Podsumowując zagadnienie badania zdolności zamawiającego do podwyższenia kwoty, Izba stwierdza, że żadna logika stosowania prawa nie zabrania, aby przyznane prawo zamawiającego podwyższenia kwoty na sfinansowanie zamówienia, nie podlegało kontroli instancyjnej co do prawidłowości jego stosowania. W przeciwnym wypadku nie przestrzegana była by zasada przejrzystości postępowania czy też uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zwłaszcza, że w przypadku Tele-Foniki Kable S.A. zamawiający uruchomił dodatkowe środki finansowe, po otwarciu ofert, na kwotę ponad 400 tys. złotych. Natomiast w sytuacji przywrócenia oferty odwołującego, który złożył najkorzystniejsza ofertę (100 % cena – jedyne kryterium oceny ofert), zamawiający bez podstawy prawnej w związku z treścią art.255 pkt 3 Pzp –(…) „może zwiększyć tę kwotę"(…) obniżył zwiększoną kwotę do kwoty z otwarcia ofert. Izba oceniając zasadność postępowania zamawiającego, uwzględniła okoliczność, że nie znalazł około 200 tys. zł. na zwiększenie kwoty sfinansowania zamówienia w sytuacji gdy kilka m-cy wcześniej znalazł ponad 400 tys. zł. na zwiększenie kwoty dla nie najbardziej konkurencyjnej oferty. Reasumując Izba stwierdza, że odwołujący udowodnił naruszenie art.255 pkt 3 Pzp w związku z unieważnieniem postępowania w tym naruszenie zasad równości wykonawców, uczciwej konkurencji i przejrzystości wynikającymi z art.16 pkt 1 i pkt 2 Pzp.

Drugi zarzut odwołania dotyczył naruszenia art.226 ust.1 pkt 5 Pzp zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu po raz drugi stwierdza niezgodność treści oferty odwołującego z warunkami zamówienia, a co Izba przedstawiła powyżej wzmiankując o sprawie o Sygn. akt KIO 1131/23, oczywiście z innej przesłanki niezgodności, a co skutecznie odwołujący w przywołanej sprawie podważył. Tym razem zamawiający zakwestionował brak zgodności treści oferty w związku z negatywnym wynikiem badania regeneracji próbki - kabel energetyczny z polimeru (Flex).

Spór pomiędzy stronami zawisł w związku z rozbieżną oceną przeprowadzonej próby wulkanizacji kabla energetycznego w siedzibie zamawiającego na jego prasie do wulkanizacji.

W związku z powyższym Izba uznaje za celowe przywołanie fragmentów protokołu sporządzonego przez zamawiającego z próby przeprowadzonej w dnia 19 -21lipca 23roku, co czyni poniżej.

„W dniu 19.07.2023 r. w siedzibie Spółki Lubelski Węgiel „Bogdanka" SA w miejscowości Bogdanka przeprowadzono próbę zastosowania technologii napraw/łączenia „na gorąco", zgodnie z Częścią III pkt. 13 OPZ, odcinków przewodów oponowych produkcji firmy ROGUM Kable Sp. z o.o. Celem przeprowadzonej próby była weryfikacja spełnienia zapisów pkt. 14 Części III OPZ.

IV. Założenia dla przeprowadzonej „próby":

1. Próba zostanie wykonana na dwóch odcinkach kabla o długości min. 3 mb każdy dostarczonych przez Wykonawcę w celu jej przeprowadzenia (kabel musi być tożsamy z zaoferowanym) - które zwane będą dalej „wzorcami próbnymi".

2. Wzorce zostaną sprawdzone pod względem zgodności z dostarczoną dokumentacją oraz wymaganiami OPZ. Ponadto wzorce próbne będą stanowić dowód w przypadku ewentualnych sporów w trakcie realizacji umowy.

3. Wynik próby będzie uznany jako pozytywny, jeżeli wykonane połączenie na wzorcu próbnym nie będzie się rozwarstwiało.

4. Ocena próby będzie wykonana przez służby ruchowe Zamawiającego.

Do procesu odtwarzania izolacji żył roboczych i pomocniczych uwag nie wnosi się. Odtworzenie wykonano zgodnie z technologią „Szczegółowy opis technologii naprawy i łączenia przewodów oponowych typu OnGcekż-GW FLEX 0,6/1 kV Produkcji Rogum Kable Sp. z o.o. metodą termiczną" dalej Technologia

Przeprowadzono proces wulkanizacji izolacji żył roboczych i pomocniczych.

Po wystygnięciu wykonano pomiar rezystancji izolacji żył roboczych. Uzyskano wyniki: 360 GO, 440 GO i 1000 GO.

Do procesu odtwarzania ekranów indywidualnych żył roboczych i pomocniczych uwag nie wnosi się. Odtworzenie wykonano zgodnie z Technologią.

I dzień rozpoczęto proces regeneracji metodą „na gorąco" zgodnie z technologią. Po zakończeniu procesu nagrzewania wyjęto wzorzec z prasy. Uwagi zaobserwowano skroplenie, zaobserwowano występowanie pęcherzy gazu wewnątrz zregenerowanej opony.

II dzień rozpoczęto proces regeneracji metodą „na gorąco" zgodnie z technologią. Po zakończeniu procesu nagrzewania wyjęto wzorzec z prasy. Próby zostały ukończone."

„Załącznik do protokołu z dn. 21.07.2023r.

W dniach 19 i 20.07.2023 r. w warsztacie LW Bogdanka przeprowadzono próbę naprawy/ łączenia „na gorąco" przewodu oponowego OnGcekż-GW FLEX 0,6/1 kV 3x95+35+6x4 mm2 („wzorca"). Sposób przeprowadzenia regeneracji był zgodny z „Szczegółowym opisem technologii..." dostarczonym przez producenta przewodu. Z uwagi na różne temperatury odtwarzania izolacji i opony przewodu oraz konieczność chłodzenia prasy między poszczególnymi operacjami końcowy efekt można było ocenić dopiero w trzecim dniu od rozpoczęcia próby. Jednakże już po pierwszym dniu stwierdzono wizualnie zbyt wysoką temperaturę nagrzewania podczas odtwarzania izolacji, która miała negatywny wpływ na ten element przewodu. Końcowy pomiar rezystancji izolacji potwierdził jej uszkodzenie na jednej z żył roboczych. Podwyższoną temperaturę stwierdzono także w pierwszym etapie odtwarzania opony przewodu; dlatego skorygowano w dół nastawę temperatury dla drugiej części opony. Wynik oględzin w tych miejscach wskazuje, że wady odtworzonej opony spowodowane przegrzaniem (pęcherzyki gazu wewnątrz tworzywa) nie pojawiły się w obszarze o właściwie dobranej temperaturze.

Ad. VII Wnioski

Z uwagi na stwierdzone wady odtworzonych elementów i stan izolacji jednej z żył roboczych ogólny wynik przeprowadzonej próby należy uznać za negatywny. Na podstawie oględzin zarejestrowanego materiału zdjęciowego można wysnuć wniosek, że przyczyną powstałych wad było przegrzanie odtwarzanych elementów przewodu. Nastąpiło ono w wyniku zbyt wysokiej temperatury panującej wewnątrz prasy, w stosunku do nastawionej wartości. Zleceniodawca Instytut Łukasiewicz."

W ocenie Izby wnioski z badania przeprowadzonego w dnia 19 -21 lipca 2023r. wskazują na przeszkody po stronie zamawiającego w przeprowadzanej próbie z uwagi na tzw. przegrzewanie prasy, a co jednoznacznie wynika z powyżej cytowanego protokołu oraz załącznika nr 1, który wyjaśnia przyczyny pojawienia się pęcherzy na wulkanizowanej gumie.

W tym miejscu Izba pomija kwestie postanowień swz, które jako wadę próby przewidują rozwarstwianie, które nie można identyfikować z pojawieniem się pęcherzy, jako elementu dyskwalifikującego produkt. Niemniej pojawianie się pęcherzy na gumie w wyniku wulkanizacji jest w ocenie Izby przejawem niedoskonałości próbki produktu oferowanego, chociaż nie w zakresie jej dyskwalifikacji. Dokument powyżej był odczytywany przez zamawiającego jako dokument dyskwalifikujący, a w efekcie stał się podstawą odrzucenia oferty. Z tą decyzją nie zgodził się odwołujący. Izba z urzędu przeprowadziła przesłuchanie w charakterze świadka mgr inż. Marka Bogacza, przedstawiciela Instytutu Łukasiewicza, który brał udział w prowadzonej w dnia 19-21 lipca próbie. Konkluzje z przesłuchania świadka sprowadzają się do następujących stwierdzeń. (prasa zamawiającego użytkowana jest około 40 lat i na przewodach gumowych, a nie na polimerach oferowanych przez odwołującego; sprawność prasy po 5 m-cach (08.12.23r.) nie potwierdza sprawności w dniach próby w dn.19-21 lipca 23r.; potwierdzam prawidłową technologię przewodów do stosowania u zamawiającego; stwierdzam, że wynik próby był negatywny, co nie oznacza, że próbka była niezgodna z o.p.z., a wynik prawdopodobnie był efektem przegrzania prasy to jest wyższej temperatury w prasie niż nastawionej do próby; zwraca uwagę na wykorzystywanie prasy do przewodów gumowych i brak doświadczenia, a tym samym umiejętności do zgrzewania przewodów polimerowych). Izba kwitując zeznania świadka mgr inż. Marka Bogacza stwierdza. Świadek wnioskuje, że po jednej negatywnej próbie, należy dokonać ponownej próby i nie ma podstaw do odrzucenia próby, za której technologię gwarantuje jako przedstawiciel Łukasiewicza. Ponadto świadek zwraca uwagę na brak definicji w swz „rozwarstwienia".

Izba na podstawie przeprowadzonych dowodów, ocenia decyzję zamawiającego odrzucenia oferty odwołującego za bezpodstawną, ponieważ pomimo negatywnego wyniku próby, nie udowodniono, że przyczyna leży po stronie próbki przedstawionej przez odwołującego. Świadek potwierdził prawidłowość technologii oferowanego przez odwołującego przewodu z polimeru (flex) i wskazał na duże prawdopodobieństwo przyczyny nieudanej próby przez przegrzanie prasy w stosunku do nastawionej temperatury, jak i brak doświadczenia oraz umiejętności wulkanizacji takiego przewodu przez zamawiającego.

Reasumując Izba uwzględnia podniesione zarzuty odwołania w całości, podzielając argumentację odwołującego.

W powyższym stanie rzeczy orzeczono jak w sentencji wyroku, mając na uwadze, że naruszone przepisy Pzp, miały istotny wpływ na wynik postępowania z uwagi na zasadę uczciwej konkurencji, równowagi stron, przejrzystości.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, z uwzględnieniem § 7 ust. 1 pkt 1) oraz § 7 ust.5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437), na podstawie art.557 i art.574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. j.t. 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.), zasądzając na rzecz odwołującego od zamawiającego 18.600 zł 00gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego, na podstawie przedłożonej do akt faktury.

Przewodniczący: ……..