

Sygn. akt KIO 488/20

**WYROK**  
**z dnia 2 czerwca 2020 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Agata Mikołajczyk**

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu w Warszawie na rozprawie w dniu 1 czerwca 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 marca 2020 r. przez odwołującego: **JM-TRONIC S.A. z Warszawy** (ul. Wapienna 43/45, 04-691 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Tauron Dystrybucja S.A. z Krakowa** (ul. Podgórska 25A, 31-035 Kraków),

- przy udziale wykonawcy: **ABB Sp. z o. o. z Warszawy** (ul. Żegańska 1, 04-713 Warszawa) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: **JM-TRONIC S.A. z Warszawy** (ul. Wapienna 43/45, 04-691 Warszawa) i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego: **Tauron Dystrybucja S.A. z Krakowa** (ul. Podgórska 25A, 31-035 Kraków) kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Krakowie**.

.....

**Uzasadnienie**

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843.), [ustawa Pzp lub Pzp] przez zamawiającego: Tauron Dystrybucja S.A. z Krakowa, którego przedmiotem w zakresie zadania nr 1 jest: „Dostawa wyłączników SN” (nr w SWOZ: nr referencyjny: 2019/TD-CN/TD-CN/02822/S). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE z dnia 20 września 2019 r. pod numerem 2019/S 182-444395. Wnoszący odwołanie wykonawca - JM-TRONIC S.A. z Warszawy (Odwołujący) podniósł zarzuty na czynności podjęte w zakresie zadania 1 wobec jego oferty z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, które miały wpływ na wynik przedmiotowego Postępowania polegające na:

1. odrzuceniu z naruszeniem art 89 ust 1 pkt 2) Pzp oferty JM-TRONIC - jako nieodpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, której treść oferty odpowiada treści SIWZ; jednocześnie prowadzi do naruszenia art. 7 ust 1 Pzp;
2. unieważnieniu z naruszeniem art. 93 ust. 1 pkt 4) Pzp postępowania w oparciu o przesłankę złożenia ofert przewyższających kwoty, które Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia; cena oferty JM-TRONIC tych kwot nie przewyższa; Zamawiający nie miał podstaw do jego zastosowania;
3. dokonaniu oceny oferty JM-TRONIC na podstawie raportu z badań mimo, że certyfikat zgodności nr DN/344-1/2019 nie pozostawiał wątpliwości, że wyłączniki zaoferowane przez JM-TRONIC dla zadania 1 spełniają wymagania norm PN-EN 62271-100:2009 i PN-EN 62271-1:2009, co zarazem spowodowało ocenę oferty poprzez parametry nie określone w SIWZ, w szczególności pkt 3.7.2.1. SIWZ oraz wprowadzenie dodatkowych, nie przewidzianych w SIWZ kryteriów oceny ofert, co powoduje naruszenie art. 91 ust 1 w zw. z art. 7 ust 1 Pzp;
4. zaniechaniu wyboru oferty JM-TRONIC jako najkorzystniejszej i niepodlegającej odrzuceniu oraz zawiadomienia o tym JM-TRONIC z naruszeniem art. 91 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust 1 Pzp; niezastosowanie tego przepisu względem oferty wykonawcy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w zakresie zadania 1 i nakazanie Zamawiającemu: 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty JM-TRONIC; 2) unieważnienia czynności unieważnienia Postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4) Pzp; 3) powtórzenia czynności związanych z badaniem i oceną oferty JM-TRONIC oraz wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej.

Wniósł ponadto o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów opłaty skarbowej od pełnomocnictwa jak i kosztów zastępstwa procesowego wg rachunku, który zostanie przedstawiony na rozprawie.

Odwołujący stwierdził, że ma interes we wniesieniu odwołania, bowiem w wyniku jego uwzględnienia może uzyskać zamówienie będące przedmiotem Postępowania. Wykonawca jako producent urządzeń, których dostawy oczekuje Zamawiający ma interes w uzyskaniu zamówienia oferowanego przez Zamawiającego. Wskutek realizacji tego zamówienia będzie mógł rozwijać prowadzoną działalność gospodarczą. Wyłącznie natomiast wskutek wadliwych czynności i zaniechań Zamawiającego w Postępowaniu przejawiających się w szczególności w odrzuceniu oferty JM-TRONIC, został tego zamówienia pozbawiony. Oferta Odwołującego nie została właściwie oceniona przez Zamawiającego i JM-TRONIC ma interes w doprowadzeniu do oceny złożonej przez siebie oferty, bowiem spowoduje to jej wybór przez Zamawiającego. Oferta JM-TRONIC jest bowiem najkorzystniejsza. Jak wskazuje przy tym KIO nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Wykonawcy oznacza, że potencjalne stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych pozbawia Wykonawcę możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostają zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust 1 ustawy Pzp (Tak: wyrok KIO sygn. akt: 994/19).

W uzasadnieniu zarzutów podał co następuje:

1. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp

Zamawiający niewłaściwie ocenił ofertę JM-TRONIC w zakresie opisanym w informacji o unieważnieniu postępowania dot. zadania 1 bezpodstawnie uznając, że nie odpowiada ona treści specyfikacji. W ocenie Zamawiającego certyfikat zgodności nr DN/344-1/2019 nie potwierdza, że wyłączniki zaoferowane przez JM-TRONIC dla zadania 1. spełniają wymagania norm PN-EN 62271-100:2009 i PN-EN 62271-1:2009. Tymczasem, certyfikat zgodności nr DN/344-1/2019 złożony przez JM-TRONIC potwierdza wykonanie badań typu na zgodność z normami PN-EN 62271-100:2009 i PN-EN 62271-1:2009 (co było wymogiem SIWZ) i jest też wydany przez jednostkę certyfikującą akredytowaną przez Polskie Centrum Akredytacji (co również było wymogiem SIWZ). Treść oferty jest zatem zgodna z wymaganiami treści specyfikacji określonych w 3.7.2.1., co wprost wynika z certyfikatu zgodności nr DN/344-1/2019. Twierdzenie przeciwne Zamawiającego jest sprzeczne z treścią certyfikatu, co stanowi o nieprawidłowej ocenie oferty JM-TRONIC. Wyjaśnił, że zgodnie z zapisem pkt 8.101 normy PN-EN 62271-100:2009 + A1:2013-07 + A2:2017-12 (tj. normy, której wymagania ma spełniać zgodnie z SIWZ przedmiot zamówienia) wyłącznikom, które pozytywnie przeszły

próby typu dla określonych parametrów znamionowych takich jak napięcie, prąd znamionowy, prąd załączalny i/albo wyłączalny można przypisać niższe parametry znamionowe (za wyjątkiem częstotliwości znamionowej) bez dalszych badań.

Dowody: zaświadczenie z Instytutu Energetyki Instytut Badawczy oraz zaświadczenie z KOMAG Institute of Mining Technology, certyfikat D N/344-1/2019;

JM-TRONIC w postępowaniu zaoferował wyłączniki próżniowe o parametrach oczekiwanych przez Zamawiającego tj. wyłączniki próżniowe 17,5kV i 24kV, natomiast badania które wykonał dokonując certyfikacji wyrobu przeprowadzone zostały względem wyłączników próżniowych o parametrach wyższych. Na podstawie takich badań został wydany certyfikat zgodności nr DN/344- 1/2019. Zgodnie bowiem z przytoczonym wyżej pkt 8.101 normy wyłączniki, które pozytywnie przeszły próby typu dla określonych parametrów znamionowych, nie wymagają dalszych badań dla parametrów niższych. innymi słowy, skoro JM-TRONIC przeprowadził badania typu dla wyłącznika o parametrach:

- 1) napięcie znamionowe: 17,5kV; 2) prąd znamionowy ciągły 1250A; 3) prąd znamionowy załączalny zwarcioowy 80kA/31,5kA;

- to wyłączniki o parametrach niższych (oczekiwane przez Zamawiającego), co potwierdza certyfikat:

- 1) napięcie znamionowe: 17,5kV; 2) prąd znamionowy ciągły: 630A lub 1250A; 3) prąd znamionowy załączalny zwarcioowy: 50 kA/16 kA lub 40 kA/16 kA;

- posiadają badania typu zgodnie z normą PN-EN 62271-100:2009 + A1:2013-07 + A2:2017-12;

Wyjaśnił, że próby mechaniczne były prowadzone na wyłączniku 17,5kV/2000 A w podziale 275 mm, który ma identyczny napęd jak wyłączniki 17,5kV/1250 A i 17,5 kV/630 A w podziale 275 mm, w związku z tym próba na wyłączniku 2000A automatycznie potwierdziła parametry mechaniczne dla wyłączników 1250A i 630A. Tym samym, Zamawiający bezpodstawnie uznał, że wyłączniki oferowane przez JM-TRONIC są wyłącznikami o parametrach wyższych {zapewne kierując się treścią raportu z badań nr 8014/NBR/2010 z dnia 21.04.2010 r., który dotyczył wyłączników o parametrach wyższych), kiedy wyłączniki oferowane w postępowaniu są wyłącznikami o parametrach oczekiwanych przez Zamawiającego, co wprost wynika z treści oferty JM-TRONIC (tak: formularz wyceny - załącznik nr 1 do oświadczenia). Raport z badań nr 8014/NBR/2010 z dnia 21 kwietnia 2010 r. potwierdzający wykonanie badań typu dla wyłączników próżniowych został dostarczony Zamawiającemu za pismem z dnia 20 grudnia 2019 roku (w wykonaniu wezwania Zamawiającego z dnia 13 grudnia 2019 roku). Raport ten potwierdza, że dla oferowanych wyłączników zostały wykonane badania typu. Mimo tego Zamawiający wskazał, że „Przesłane przez Wykonawcę sprawozdanie z badań nie potwierdza wykonania badań typu dla oferowanych wyłączników.” Pomijając ogólnikowość tego stwierdzenia, to jest ono nieprawdziwe, ponieważ raport z badań nr 8014/NBR/2010 z dnia 21

kwietnia 2010 r. potwierdza wykonanie badania typu w rozumieniu normy pkt 8.101 normy PN-EN 62271-100:2009 + A1:2013- 07 + A2:2017-12.

a) Oдноśnie braku zgodności pozycji 2,3 i 6 oferty w zakresie prądów znamionowych;  
Zamawiający uznał, że żadna dokumentacja złożona przez JM-TRONIC nie potwierdza, aby Odwołujący zaoferował minimalny prąd znamionowy o wartości 630A. Oferowane przez JM-TRONIC parametry potwierdzone są nie tylko w certyfikacie nr DN/344- 1/2019, ale także w raporcie nr 8014/NBR/2010 z dnia 21.04.2010 r. W rozdziale 4-tym raportu (strona 10) potwierdzono prąd znamionowy ciągły 1250A dla wyłączników o napięciu znamionowym 17,5kV oraz 24kV, co świadczy o tym, iż oferowane przez JM- TRONIC parametry spełniają wyższą wartość niż oczekiwane przez Zamawiającego, co jest zgodne z pkt 8.101 normy PN-EN 62271-100:2009 + A1:2013-07 + A2:2017-12.

b) Oдноśnie pozycji: 2,3,4,5,6,7,8 w zakresie prądu zwarciovego wyłączalnego;  
Zamawiający uznał, że JM-TRONIC zaoferował w pozycji nr 2, 7 prąd zwarciovego wyłączalnego o wartości 16kA, natomiast złożona dokumentacja nie potwierdza oferowanych parametrów. Uznanie to również wynika z niedokładności w ocenie dokumentów złożonych za ofertą JM- TRONIC. W rozdziale 9.1 (strona 35) raportu potwierdzone są bowiem parametry: prąd wyłączalnego zwarciovego 31,5kA dla wyłączników o napięciu znamionowym 17,5kV a w rozdziale 9-tym (strona 38 raportu): prąd wyłączalnego zwarciovego 25kA dla wyłączników o napięciu znamionowym 24kV.

Zamawiający uznał także, że złożona dokumentacja nie potwierdza w pozycji nr 3,4,5,6,8 prądu zwarciovego wyłączalnego o wartości 20kA. Tymczasem w rozdziale 9.1 raportu (strona 35) potwierdzono prąd wyłączalnego zwarciovego 31,5kA dla wyłączników o napięciu znamionowym 17,5kV, a w rozdziale 9 (strona 38) potwierdzono prąd wyłączalnego zwarciovego 25kA dla wyłączników o napięciu znamionowym 24kV. Wyższe parametry wyłączników badanych potwierdzają, zgodnie z pkt 8.101 normy PN-EN 62271-100:2009 + A1:2013-07 + A2:2017-12, spełnianie wymogu dla parametrów niższych, co dokumentuje certyfikat nr DN/344-1/2019.

c) Oдноśnie pozycji: 2,3,4,5,6,7,8 w zakresie prądu zwarciovego załączalnego;  
Zamawiający uznał, że JM-TRONIC zaoferował w pozycji nr 2, 7 prąd zwarciovego wyłączalnego o wartości 40 kA, natomiast nie potwierdza tego złożona przez niego dokumentacja. Taka sytuacja w rzeczywistości nie zachodzi, ponieważ oferowane parametry potwierdzone są w certyfikacie nr DN/344-1/2019 oraz w raporcie nr 8014/NBR/2010 z dn. 21.04.2010 r. Raport ten w rozdziale 9.1 (strona 35) podaje prąd załączalnego zwarciovego 80 kA dla wyłączników o napięciu znamionowym 17,5kV oraz w rozdziale 9 (strona 38) prąd załączalnego zwarciovego 63kA dla wyłączników o napięciu znamionowym 24kV.

Zamawiający uznał też, że JM-TRONIC zaoferował w pozycji nr 3, 4, 5, 6, 8 prąd załączalny zwarciowy o wartości 50kA. Natomiast złożona dokumentacja tego nie potwierdza. Podobnie, oferowane parametry potwierdzone są w certyfikacie nr DN/344-1/2019 oraz w raporcie nr 8014/NBR/2010 z dn. 21.04.2010 r. W rozdziale 9.1 tegoż (strona 35) potwierdzono prąd załączalny zwarciowy 80kA dla wyłączników o napięciu znamionowym 17,5kV oraz w rozdziale 9 (strona 38) potwierdzono prąd załączalny zwarciowy 63kA dla wyłączników o napięciu znamionowym 24kV. Powyższe przypadki również reguluje pkt 8.101 normy PN-EN 62271-100:2009 + A1:2013-07 + A2:2017-12,

d) Oдноśnie pozycji oferty 2,3,4 w zakresie podziałki biegunowej:

Zamawiający uznał, że JM-TRONIC zaoferował w pozycji nr 2, 3, 4 podziałki biegunowe 275 mm, natomiast nie potwierdza tego złożona dokumentacja (w domyśle raport nr 8014/NBR/2010 z dn. 21.04.2010 r.). Wyjaśnienia wymaga, że w przypadku podziałki biegunowej przeprowadzenie prób na mniejszej podziałce powoduje potwierdzenie parametrów na większej podziałce. Wyjątkiem są próby mechaniczne, gdzie obowiązuje zasada odwrotna tj.: potwierdzenie na większej podziałce powoduje automatyczne potwierdzenie na mniejszej. W analizowanym przypadku badania dla wyłączników o wyższych potwierdzonych parametrach były przeprowadzone dla wyłączników o najniekorzystniejszej konstrukcji - co wynika z raportu nr 8014/NBR/2010 z dn. 21.04.2010 r. Z uwagi na powyższe możliwe jest tzw. przenoszenie badań pomiędzy wyłącznikami próżniowymi SN o różnej podziałce biegunowej, ale tym samym napięciu znamionowym, identycznych komorach próżniowych, biegunach wyłącznika i typie napędu. Skoro zatem badania zostały wykonane dla konstrukcji wyłącznika o najmniejszej podziałce biegunowej (a tak było w przypadku badań wyrobu JM-TRONIC) to są one ważne dla większych podziałek biegunowych w zakresie parametrów: prąd znamionowy, napięcie znamionowe, prąd wytrzymywany krótkotrwały/szczytowy oraz zwarciowy wyłączalny/załączalny (dla tego samego szeregu przedstawieniowego). Podobnie, skoro JM-TRONIC przeprowadził badania dla wyłącznika o podziałce biegunowej 275mm, to są one ważne również dla wyłącznika o mniejszym prądzie znamionowym, lecz takiej samej konstrukcji napędu, czego Zamawiający zdaje się nie zauważył. Pomimo, że powyższe wynika z pkt 8.101 normy PN-EN 62271-100:2009 + A1:2013-07 + A2:2017-12, Zamawiający błędnie uznał, że wyłącznik JM-TRONIC jest niezgodny z treścią SIWZ.

Wyjaśnił ponadto, że:

- w rozdziale 1, strony 4-7 potwierdzono parametry izolacji wyłączników o napięciu znamionowym 17,5kV w podziałce 210 mm - co dowodzi spełnianie też parametrów dla podziałki 275mm;

- w rozdziale 4, strony 10-11 potwierdzono parametry prądu znamionowego ciągłego wyłączników o napięciu znamionowym 17,5kV w podziałce 210mm - co dowodzi spełnienia parametrów dla podziałki 275mm;
- w rozdziale 5, strony 12-20 potwierdzono parametry prądu znamionowego krótkotrwałego wytrzymywanego i prądu znamionowego szczytowego wytrzymywanego wyłączników o napięciu znamionowym 17,5kV w podziałce 210mm - co dowodzi spełnienia też parametrów dla podziałki 275mm;
- w rozdziale 8, strony 21-29 potwierdzono parametry trwałości mechanicznej wyłączników o napięciu znamionowym 17,5kV i prądzie znamionowym 1250A w podziałce 210mm - co dowodzi spełnienia parametrów dla podziałki 275mm oraz dla wyłącznika 17,5kV/2000A w podziałce 275mm. Wyłączniki w podziałce 275 mm dla prądu 2000A i 1250A mają identyczne napędy, w związku z tym przeprowadzenie prób dla wyłączników o mniejszym prądzie znamionowym nie było konieczne.
- w rozdziałach 9-12 potwierdzono parametry prądu znamionowego załączalnego i prądu znamionowego wyłączalnego wyłączników o napięciu znamionowym 17,5kV w podziałce 210mm - co dowodzi spełnianie też parametrów dla podziałki 275mm.
- raport nr 8014/NBR/2010 z dn. 21.04.2010 r. potwierdza przeprowadzenie pełnych badań typu na wyłącznikach o napięciu znamionowym 17,5kV w podziałkach 150mm, 210mm oraz 275mm.

W związku z powyższym stwierdził, że zarzuty dotyczące podziałki biegunowej są bezzasadne.

Podsumowując, Odwołujący stwierdził, że zgodnie z normą PN-EN 62271-100:2009 + A1:2013-07 + A2:2017-12E, Rozdział 8. Punkt 8.101 wyłącznikom, które pozytywnie przeszły próby typu dla kombinacji parametrów znamionowych (np. napięcia, prądu ciągłego, prądu załączalnego i/albo wyłączalnego) bez dalszych badań można przypisać jakiegokolwiek niższe parametry znamionowe (za wyjątkiem częstotliwości znamionowej), a zatem zarzuty Zamawiającego dotyczące prądów znamionowych ciągłych, prądu zwarciovego załączalnego i prądu zwarciovego wyłączalnego są bezzasadne i nie mogą stanowić o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Podkreślił, że zastosowanie dyspozycji art. 89 ust, 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, możliwe jest wyłącznie wtedy, gdy rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma charakter zasadniczy i nieusuwalny, dotyczy sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania deklarowanego w ofercie. Zawsze także powinno być możliwe wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega - co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ. (tak m.in. wyrok KIO z dnia 09-08- 2019, KIO 1438/19). Wskazuje się również, że podstawą faktyczną odrzucenia oferty z powodu jej niezgodności z



SIWZ może być tylko rzeczywista treść oferty, o ile nie odpowiada wymogom jasno w SIWZ określonym. Przy czym nie chodzi o jakiegokolwiek wymogi Zamawiającego, ale wymogi odnoszące się do ukształtowania przyszłego świadczenia - przedmiotu umowy. Zatem podstawą odrzucenia oferty nie mogą być jakiegokolwiek wymogi Zamawiającego, zawarte w SIWZ, które nie mają bezpośredniego związku z treścią oferty rozumianą wąsko, jako zakres przyszłego świadczenia, (tak, KIO 592/19). Ocena zamawiającego w tym zakresie polega zatem na porównaniu zapisów SIWZ z treścią złożonej przez wykonawcę oferty. W przypadku stwierdzenia, że zawarte tam oświadczenie na przykład co do oferowanego rozwiązania, nie odpowiada opisanemu przez zamawiającego w dokumentacji przetargowej, stanowi to podstawę do odrzucenia oferty. Uprawnienie a zarazem obowiązek zamawiającego do odrzucenia oferty za jej niezgodność z treścią SIWZ następuje, gdy zachodząca niezgodność jest jednoznaczna i niewątpliwa. Wyłącznie w przypadku nie budzącej wątpliwości niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego określonymi w SIWZ zamawiający będzie uprawniony do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych, (tak: KIO 68/19). Zamawiający w treści uzasadnienia informacji o unieważnieniu Postępowania i odrzucenia oferty JM-TRONIC wskazał na niezgodności dotyczące treści oferty nie wskazując treści SIWZ, z którą oferta ta jest rzekomo niezgodna. Jedyne wskazanie Zamawiającego dotyczyło pkt 3.7.2.1. SIWZ względem certyfikatu DN/344-1/2019, ale wskazanie to jest niewłaściwe bowiem certyfikat ten potwierdza spełnianie norm przewidzianych w SIWZ i dokonywanie oceny oferty w oparciu o dodatkowe dokumenty było całkowicie zbędne. Twierdzenia Zamawiającego, że oferowane wyłączniki są niezgodne z przedmiotem zamówienia są też niezrozumiałe w świetle oświadczenia złożonego przez JM-TRONIC w formularzu wyceny, z którego wprost wynika jakie wyłączniki zostały zaoferowane Zamawiającemu. JM-TRONIC zaoferował takie wyłączniki - o takich parametrach - jakich oczekuje Zamawiający w SIWZ. Z ostrożności wskazuję, że nie przeczy temu raport nr 8014/NBR/2010 z dn. 21.04.2010 r., który - jak już było wskazywane wielokrotnie - opisuje badanie typu urządzeń o wyższych parametrach. Zważywszy, że badania te są przenoszalne na urządzenia o niższych parametrach, to Zamawiający nie miał podstaw do uznania, że oferta JM-TRONIC nie odpowiada treści SIWZ. Zamawiający poprzez czynność odrzucenia oferty naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, która to czynność powinna zostać unieważniona. Z ostrożności wskazał również, że odrzucenie oferty wpłynęło na wynik postępowania, bowiem skutkowało unieważnieniem Postępowania i niedokonaniem wyboru oferty JM-TRONIC.

## 2. Zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 4) Pzp

Cena zaoferowana przez JM-TRONIC nie przewyższa kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i zarazem oferta JM-TRONIC jest najkorzystniejsza, stąd Zamawiający nie miał podstaw do zastosowania zaskarżonego

przepisu i unieważnienia Postępowania. Unieważnienie Postępowania spowodowało zarazem wpływ na jego wynik, tj. brak uzyskania zamówienia przez JM-TRONIC.

### 3. Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 i 2 Pzp

Oferta złożona przez JM-TRONIC spełnia wymagania SIWZ i jest najkorzystniejsza, toteż Zamawiający powinien dokonać jej wyboru w trybie art. 91 PZP. Podkreślił, że JM-TRONIC zaoferował wyłączniki o parametrach oczekiwanych przez Zamawiającego, co potwierdza wprost certyfikat zgodności nr DN/344-1/2019 złożony przez JM-TRONIC. Certyfikat ten dowodzi zwłaszcza wykonania badań typu na zgodność z normami PN-EN 62271-100:2009 i PN-EN 62271-1:2009). Zważywszy, że certyfikat ten został wydany przez jednostkę badawczą akredytowaną przez Polskie Centrum Akredytacji to świadczy o zgodności wyrobu z normami w sposób określony w SIWZ, co nie powinno budzić żadnych wątpliwości po stronie Zamawiającego. Jednocześnie wskazał, że analizowanie przez Zamawiającego raportu z badań nr 8014/NBR/2010 z dnia 21 kwietnia 2010 r. na podstawie którego został wydany certyfikat zgodności nr DN/344-1/2019 zostało dokonane niezgodnie z treścią 3.7.2.1. SIWZ. Zgodnie z przywołanym postanowieniem, Zamawiający ma prawo do zażądania sprawozdań, raportów i wyników badań jedynie „w przypadku wątpliwości w zakresie danych technicznych wskazanych w certyfikacie lub charakterystyce technicznej/ Wątpliwości takie - w świetle jednoznacznej treści certyfikatu nr DN/344-1/2019 - nie miały się prawa u Zamawiającego pojawić, skoro certyfikat wymienia normy oczekiwane przez Zamawiającego i jest wydany przez uprawniony podmiot. Przyjętą regułą w postępowaniach prowadzonych na podstawie PZP jest, że Zamawiający w toku oceny ofert, jest związany opisem kryteriów i sposobem oceny, zawartym w SIWZ. Przepis art. 91 Pzp, w ramach dokonywania oceny ofert, wyklucza możliwość uzupełniania, uszczegóławiania zasad oceny ofert poprzez badanie ofert w sposób, który nie został jednoznacznie wyartykułowany w treści SIWZ. Ustawa nie pozwala także na odstępowanie od reguł, które wynikają z obowiązującego brzmienia specyfikacji. Niedopuszczalna jest zatem praktyka dokonywania oceny ofert w sposób odmienny niż opisany w udostępnionej wykonawcom specyfikacji. Prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców gwarantuje wykonawcy, że reguły oceny oferty, które brał pod uwagę przygotowując swoją ofertę, będą niezienne w toku całego postępowania, a także pozwolą mu na ocenę swoich szans na uzyskanie zamówienia (tak: KIO/KD 6/19 - uchwała KIO z dnia 06-02-2019). Podobnie KIO w wyroku z dnia 19-04-2019 wskazało, że tylko wykonawca, lecz również zamawiający jest związany postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zatem nie może ich dowolnie zmieniać na etapie po złożeniu ofert, ani od nich odstępować, bowiem stanowiłoby to naruszenie art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych - zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania zgodnie z regułami ww. ustawy, przy poszanowaniu zasad uczciwej konkurencji, (tak: KIO 621/19 - wyrok

KIO z dnia 19-04-2019. Podkreślił, że przesłanki odrzucenia oferty winny być jednoznacznie sprecyzowane i podane do wiadomości najpóźniej w dniu przekazania informacji o decyzji zamawiającego w tym zakresie, a uzupełnianie ich na późniejszym etapie jest niedopuszczalne i stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji, (tak KIO 562/19 - wyrok KIO z dnia 16-04-2019). Dokonywanie zatem analiz raportu - w sytuacji braku możliwości powzięcia obiektywnych wątpliwości względem certyfikatu - prowadziło do naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 w zw. z art 7 ust 1 Pzp wskutek niedokonanie oceny i wyboru oferty JM-TRONIC jako najkorzystniejszej oraz w zw. z art. 7 ust. 1 wprowadzenie dodatkowego nie określonego w SIWZ kryterium oceny. Wskutek bowiem tych czynności Zamawiający zmienił ustalone zasady oceny ofert i pomimo braku wątpliwości w zakresie danych technicznych wskazanych w certyfikacie, dokonał oceny w oparciu o dane z raportu, czego nie przewidział w SIWZ. Miało to istotny wpływ na wynik Postępowania, bowiem skutkowało błędnym uznaniem, że produkt oferowany nie spełnia wymagań SIWZ.

**Zamawiający w odpowiedzi** na odwołanie wniósł o jego oddalenie. W uzasadnieniu stanowiska wskazał na następujące okoliczności:

1. Zgodnie z Informacją z dnia 26 lutego 2020 r., Zamawiający unieważnił Postępowanie w zakresie Zadania 1. w trybie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp z uwagi na to, że cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższała kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.
2. W Postępowaniu złożone zostały dwie oferty na wykonanie Zadania 1 — przez Odwołującego (JM-TRONIC) oraz Przystępującego (ABB). Oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie przepisu art, 89 ust. i pkt 2 ponieważ nie odpowiadała ona treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ). Po odrzuceniu oferty Odwołującego, ocenie podlegała jedynie oferta Przystępującego. Z uwagi jednak, że cena zaproponowana przez Przystępującego (4 254 960, 00 zł netto) przewyższała kwotę, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie Zamówienia w zakresie Zadania 1 - należało unieważnić postępowanie zgodnie z dyspozycją przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp. Oferta Przystępującego była jedyną złożoną w Postępowaniu ofertą niepodlegającą odrzuceniu, a zatem jedynie ta oferta podlegała ocenie zgodnie z przepisem art. 91 Pzp
3. Wykonawcy (ABB i JM-TRONIC) zostali poinformowani o unieważnieniu postępowania, jak również o przyczynach odrzucenia oferty JM-TRONIC, zgodnie z dyspozycją przepisu art. 92 ust. 1 pkt 3 i 7 za pośrednictwem Platformy Zakupowej Grupy TAURON w dniu ogłoszenia wyników postępowania (26 lutego 2020 r.).
4. Zamawiający wskazał, że oferta JM-TRONIC podlegała odrzuceniu z uwagi na przesłankę, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp ze względu na to, że nie odpowiadała treści SIWZ, a konkretnie wymogom wskazanym w pkt 3.7.2.1.

5. Zaznaczył, że bezpodstawne są zarzuty Odwołującego, jakoby Zamawiający nie wskazał na konkretne rozbieżności oferty I SIWZ, Wszelkie wskazane przez Zamawiającego w informacji o unieważnieniu postępowania uchybienia oferty stanowiły o niezgodności oferty właśnie z punktem 3.7.2. 1, SIWZ, co wyraźnie wynika z treści informacji i czego Odwołujący nie kwestionuje (zob. str. 10 Odwołania - „Jedyne wskazanie Zamawiającego dot. pkt 3.7.2.1. SIWZ względem certyfikatu DN/344-1/2019 („J”).

6. Wbrew sugestiom Odwołującego zawartym na stronie 9 i 10 Odwołania, brak spełnienia wymogów określonych w punkcie 3.7.2.1. SIWZ jest wystarczający do uznania, że oferta nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w rozumieniu przepisu art, 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Wymogi, których potwierdzenie miały stanowić przedłożone przez Odwołującego certyfikaty wydane w następstwie dokonanego badania typu, stanowią o przydatności wyrobów, których dotyczyło Postępowanie, do użytku zamierzonego przez Zamawiającego. Zostały one również precyzyjnie przez Zamawiającego wyrażone, poprzez odwołanie do norm PN-EN 62271-100:2009 1 PN-EN 62271-1:2009. Nieuprawnione są wobec tego sugestie Odwołującego, jakoby wymogi stawiane przez Zamawiającego, stanowiły „jakiegokolwiek wymogi” stawiane w SIWZ. Przedmiotowe wymogi Zamawiającego, które nie są spełnione przez wyroby oferowane przez Odwołującego, były oznaczone konkretnie, będąc jednocześnie bezpośrednio związanymi z treścią oferty,

7. Wymóg zawarty w pkt SIWZ stanowi bowiem w istocie wymóg odnoszący się do przedmiotu świadczenia, o którym mowa w cytowanym przez Odwołującego wyroku (KIO 592/19), a niezgodność oferty z pkt 3.7.2.1 ma charakter zasadniczy i nieusuwalny.

8, Zgodnie z pkt 3.7. 2.1. SIWZ, Wykonawca powinien przekazać Zamawiającemu:

*(...) certyfikat potwierdzający "konanie badań typu na zgodność z daną przedmiotową normą PN-FN 62271-100:2009 1 PN-EN 62271-1:2009 "dany przez jednostkę badawczą akredytowaną przez Polskie Centrum Akredytacji (dotyczy wszystkich zaoferowanych wyrobów);*

*Zamawiający może zażądać od Wykonawcy dostarczenia sprawozdań, raportów i wyników badań potwierdzających wykonanie pełnego badania w celu zweryfikowania parametrów oferowanych wyłączników oraz potwierdzenia pozytywnego wyniku badań, w przypadku wątpliwości w zakresie danych technicznych wskazanych w certyfikacie lub w charakterystyce technicznej”.*

9. Odwołujący złożył wraz z ofertą certyfikaty; dołączył do oferty Certyfikat Zgodności nr: DN/344/2018 oraz DN/344-1/2019 (przy czym Zamawiający nie jest w stanie wyjaśnić, dlaczego Wykonawca przedłożył dwa egzemplarze tego dokumentu, jedynie o różnych datach i numerach), wydany przez Instytut Elektrotechniki z siedzibą w Warszawie(...) dla wyłącznika VC-1, wydany w oparciu o trzy sprawozdania z badań:

- a. Sprawozdanie Nr 8014/NBR/2010 z badań wykonanych w Laboratorium Badawczym Aparatury Rozdzielczej IEI - akredytacja PCA, Nr AB 074,
- b. Sprawozdanie Nr TR No. 095515 z badan wykonanych w High Voltage Apparatus Quality Test Center, Shenyang,
- c. Sprawozdanie Nr 15K0581•S z badan wykonanych w EETI China National Centre for Quality Supervision.

Certyfikaty te miały potwierdzać zgodność zaoferowanych wyrobów z normami PN-EN 62271-100:2009 i PN-EN 62271-1:2009,

10. Certyfikaty nie zawierały jednakże istotnych dla Zamawiającego informacji dotyczących podziałek biegunowych certyfikowanych wyłączników, w związku z czym Zamawiający powziął wątpliwość co do tego, czy certyfikowane wyroby odpowiadają treści norm, o których mowa w SIWZ, w związku z czym wezwał Odwołującego do dostarczenia wszystkich dokumentów źródłowych dotyczących przedłożonych certyfikatów: sprawozdań, raportów i wyników badań potwierdzających wykonanie pełnego badania oferowanych wyłączników - co uczynił wedle dyspozycji wynikającej z pkt in fine SIWZ.

11. W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący dostarczył wyłącznie jedno sprawozdanie Nr 8014/NBR/2010 z badań wykonanych w Laboratorium Badawczym Aparatury Rozdzielczej IEI - akredytacja PCA, Nr AB 074 (Sprawozdanie z badań). Odwołujący nie dostarczył natomiast wymienionych w pkt 9 lit. b i lit. c sprawozdań: Nr TR No. 095515 oraz Nr 15K0581•S.

12. Analiza treści przedłożonego Sprawozdania z badań wykazała, że nie wszystkie wyłączniki, oferowane przez Odwołującego zostały poddane badaniom typu, w oparciu o które wystawiono certyfikaty przedłożone przez Odwołującego. Oznacza to, że Odwołujący nie dostarczył wymaganych certyfikatów potwierdzających wykonanie badań typu na zgodność z normą PN-EN 62271-100:2009 1 PN-EN 62271-1:2009 wydanych przez jednostkę badawczą akredytowaną przez Polskie Centrum Akredytacji (zaznaczył, że wymóg ten dotyczył wszystkich zaoferowanych wyrobów), co z kolei stanowi o sprzeczności oferty z treścią pkt SIWZ, uzasadniającą odrzucenie tej oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

13. Jak wynika z Formularza wyceny, stanowiącego Załącznik nr 1 do Oświadczenia Wykonawcy, stanowiącego Załącznik nr 1 do SIWZ, przedmiotem Zamówienia były wyłączniki o następujących parametrach:

Tabela nr 1. Formularz "ceny - Załącznik nr 1 do Oświadczenia, stanowiącego Załącznik nr 1 do SIWZ str 39 i 40

Lp.	Napięcie znamionowe (KV)	Prąd znamionowy (A)	Podziałka biegunowa (mm)	Prąd znamionowy zwarcioowy wyłączalny (kA)
1	17,5	2500	P-275	40

2	17,5	630	P-275	16
3	17,5	630	P-275	20
4	17,5	1250	p-210	20
5	24	1250	p-275	20
6	24	630	p-275	20
7	24	1250	p-275	16
8	24	1250	p-275	20

1. Jak wynika z Formularza wyceny, załączonego do oferty Odwołującego, Odwołujący zaoferował wyłączniki o następujących parametrach:

Tabela nr 2. Formularz wyceny załączony do oferty Odwołującego

Lp.	Napięcie znamionowe	Prąd znamionowy (A)	Podziałka biegunowa (mm)	Prąd znamionowy zwarciowy wyłączalny (kA)
1	17,5	2500	P-27S	40
2	17,5	630	P-275	16
3	17,5	630	P-275	20
4	17,5	1250	p-275	20
5	24	1250	p-210	20
6	24	630	p-275	20
7	24	1250	p-275	16
8	24	1250	p-275	20

15. Przedstawione przez Odwołującego Sprawozdanie z badań potwierdza zaś "konanie badań typu dla wyłączników o parametrach innych niż zaoferowane Zamawiającemu, co wynika z: 1) Sprawozdania z badań „Parametry techniczne deklarowane przez producenta potwierdzone badaniami” (str. 2), „Wykaz prób” (str. 3 — pkt 4, 5, 9), „Dokumentacja identyfikacyjna. Rysunki” (str. 121)/ opisy zamieszczone w poszczególnych punktach raportu oraz 2) Pisma Instytutu Elektrotechniki (znak: CLIE/NBR/129/2020) z dnia 30 kwietnia 2020 r.) - jednoznacznie można stwierdzić, że są to inne parametry niż zaoferowane przez Odwołującego.

16. Analiza wartości przedstawionych w Tabelach nr 1, 2 oraz informacji wynikających z przedstawionego Sprawozdania z badań/ prowadzi do wniosku, że Odwołujący przedstawił

dokumenty potwierdzające wykonanie wymaganych badań typu jedynie dla wyłączników o następujących parametrach:

Lp.	Napięcie znamionowe	Prąd znamionowy (A)	Podziałka biegunowa (mm)	Prąd znamionowy zwarciovyy wyłączalny (kV)
1	17,5	2500	P-275	40

17. Nie zostały natomiast przez Odwołującego przedstawione dokumenty, które potwierdzałyby wykonanie badań typu dla oferowanych przez Odwołującego wyłączników, o których mowa w poz. 2-8 Tabeli nr 1 i 2, w związku z czym nie został przez Odwołującego spełniony wymóg, o którym mowa w Pkt 3.7.2.1. siwz.

18. Twierdzenia Odwołującego, jakoby przedstawione przez niego dokumenty dowodziły wykonania badań typu również dla wyłączników o parametrach wskazanych w poz. 2-8 Tabeli nr 1 i 2, opierają się na rzekomej dopuszczalności „przypisania niższych wartości danych znamionowych wyłącznikom, które przeszły pomyślnie badania typu dla określonych parametrów znamionowych”. Twierdzenie to jest jednak chybione, z przyczyn szczegółowo objaśnionych poniżej.

19. W Istocie z pkt 8.101. normy PN-EN 62271-100:2009 + A1:2013-07 + A2:2017-12 wynika, że wyłącznikom, które pozytywnie przeszły próby typu dla określonych parametrów znamionowych (napięcie, prąd znamionowy, prąd załączalny i/albo wyłączalny), można przypisać niższe parametry znamionowe bez dalszych badań.

20. Z cytowanego postanowienia normy PN-EN 62271-100:2009 + A1:2013-07 + A2:2017-12, Odwołujący wysnuł wniosek, że (str. 5 Odwołania):

*„skoro JM-TRONIC przeprowadził badania typu dla wyłącznikach o parametrach:*

- 1) napięcie znamionowe 17,5 kV;*
- 2) prąd znamionowy ciągły 1250 A;*
- 3) prąd znamionowy załączalny zwarciovyy 80 W-31,5 k4;*

*to wyłączniki o parametrach niższych (oczekiwane przez Zamawiającego):*

- 1) napięcie znamionowe 17,5 kV;*
- 2) prąd znamionowy ciągły 630 A lub 1250 A;*
- 3) prąd znamionowy załączalny zwarciovyy: 50kA/16 kA lub 40 kA/16kA;*

*posiadają badania typu zgodnie z normą PN-EN 62271-100:2009 + A1:2013-07 + A2:201712 — co potwierdza certyfikat. Dodatkowo wyjaśniam, że próby mechaniczne były prowadzone na wyłączniku 17,5 kV/2000 A w podziałce 275 mm, który ma identyczny napęd jak wyłączniki*

*17,5 kV/1250 A i 17,5 kV/630 A w podziałce 275 mm, w związku z tym próba na wyłączniku 2000 A automatycznie potwierdziła parametry mechaniczne dla wyłączników 1250 A/630 A”.*

21. Twierdzenia te (zdaniem Zamawiającego) są nieprawdziwe — pkt 8.101. normy PN-EN 62271-100:2009 + A1:2013-07 + A2:2017-12 nie uprawnia do „przeniesienia badań” między oferowanymi wyłącznikami w sposób, w jaki usiłuje tego dokonać Odwołujący. Wynika to z dwóch zasadniczych powodów:

a. po pierwsze, przypisanie niższych wartości danych znamionowych zgodnie z pkt 8.101. normy PN-EN 62271-100:2009 + A1:2013-07 + A2:2017-12 na podstawie badań danego wyłącznika jest możliwe jedynie wyłącznie dla wyłącznika o identycznej budowie;

b. po drugie, przypisanie niższych wartości danych znamionowych zgodnie z pkt 8.101. normy PN-EN 62271-100:2009 + A1:2013-07 + A2:2017-12 może dotyczyć wyłącznie określonych parametrów; nie uprawnia natomiast do przypisywania niższych wartości danych dotyczących parametrów mechanicznych, jak np. trwałość mechaniczna czy podziałka biegunowa.

Szczegółowe uzasadnienie w tym zakresie prezentowane jest poniżej.

#### MOŻLIWOŚĆ PRZYPISANIA NIŻSZYCH WARTOŚCI DANYCH ZNAMIONOWYCH JEDYNIEM WYŁĄCZNIKOM O IDENTYCZNEJ BUDOWIE

22. Przypisania niższych wartości danych znamionowych na podstawie badań przeprowadzonych na wyłącznikach o wyższych parametrach, jest możliwe jedynie wówczas, gdy konstrukcja wyłączników, które zostały poddane badaniu i tych, którym mają zostać na podstawie tych badań przypisane niższe wartości danych znamionowych, jest identyczna - co zostanie wykazane poniżej. Ze Sprawozdania z badań jednoznacznie wynika jednak, że te warunki nie zostały spełnione.

23. Potwierdza to również stanowisko Instytutu Elektrotechniki (pismo znak: CLIE/NBR/129/2020), który to dokonał badań opisanych w Sprawozdaniu z badań i wystawił załączone do oferty Odwołującego certyfikaty zgodności (str. 1 pisma Instytutu Elektrotechniki nr CLIE/NBR/129/2020 z dnia 30 kwietnia 2020 r.) Oznacza to, że z uwagi na różnice w konstrukcjach poszczególnych typów wyłączników oferowanych przez Odwołującego, nie jest możliwe przypisanie niższych wartości danych znamionowych wyłącznikom wskazanym w poz. 2-8 Tabeli nr 1 i 2 na podstawie badań typu przeprowadzonych dla wyłączników o parametrach wskazanych w Sprawozdaniu z badań.

24. Punkt 8.101. normy PN-EN 62271-100:2009 + A1:2013-07 A2:2017-12 nie uprawnia do dowolnego przypisywania danym wyrobom niższych parametrów danych znamionowych na podstawie badań wykonanych dla dowolnych, innych wyrobów. Taki wniosek nie wynika również z pisma KOMAG -Instytutu Techniki Górniczej znak: DBA/AF/370/2020 z dnia 5 marca 2020 r. do Odwołującego.

25. KOMAG-Instytut Techniki Górniczej w piśmie znak: N/Z:DBA/AF/555/2020 z dnia 20 kwietnia 2020 r., będącym odpowiedzią na pismo Zamawiającego, wskazuje jedynie, że



informacje zawarte w piśmie znak: DBA/AF/370/2020 z dnia 5 marca 2020 r. skierowanym do Odwołującego, dotyczyły wyłącznie jednego z zapisów pkt 8.101 normy, wchodzącego w skład rozdziału „Wytyczne dotyczące procesu prawidłowego doboru wyłączników do użytku”, a nie procesu ich badań. Dalej KOMAG w piśmie stwierdził, że: wskazane pismo zawiera ogólne stanowisko dotyczące parametrów wyłączników i nie było ono oparte na szczegółowej analizie konstrukcji konkretnych wyłączników średniego napięcia. Należy nadmienić, iż KOMAG nie dokonywał badań oferowanych wyłączników.

26. Również Instytut Energetyki w piśmie znak: DIW-01615/2020 z dnia 22 kwietnia 2020 r., będącym odpowiedzią na pismo Zamawiającego, poinformował/ że firma PM-TRONIC wystąpiła do nich o podanie jedynie ogólnych zasad umożliwiających przenoszenie badań między poszczególnymi podtypami wyłączników próżniowych SN bez podania szczegółów, o jakie wyłączniki chodzi, jakie zostały wykonane badania, jakie zmiany konstrukcyjne zaszły zarówno w wyłącznikach i/lub w napędach do nich. Instytut Energetyki wskazał, że jego pismo o znak: DZC/20200304/2020-1 z dnia 4 marca 2020 r, zawiera tylko ogólne wymagania co do sposobu przenoszenia badań. Jednocześnie Instytut Energetyki poinformował, że nie prowadził procesu certyfikacji wyłączników produkcji JM TRONIC.

27. Aktualnie, Odwołujący pragnie dokonywać nieuprawnionej nadinterpretacji i upatrywać we wzmiankowanych pismach stanowisk ściśle odwołujących się do realiów nin. przypadku, w sytuacji, w której treść owych pism jawnie temu przeczy. Należy zatem zauważyć, że KOMAG oraz Instytut Energetyki w swoich pismach skierowanych do Odwołującego, bez szczegółowej analizy, odnosiły się jedynie do zasad stosowania pkt 8.101 normy PN-EN 62271-100. Zamawiający wymagał natomiast zgodności wszystkich zaoferowanych wyrobów z zapisami dwóch norm: PN-EN 62271-100:2009 oraz PN\*EN 62271-1:2009, bez wyłączenia żadnej ich części. Twierdzenia o zgodności oferowanych przez Odwołującego wyłączników nie można natomiast wywieść z treści przedłożonych Certyfikatów i Sprawozdania z badań, nawet przy prawidłowym zastosowaniu pkt 8.101. normy PN-EN 62271-100:2009 + A1:2013-07 + A2:2017-12.

28. Zaznaczył, że Odwołujący sam przyznał (str. 5 Odwołania), że przeprowadził badania typu dla wyłącznika o parametrach: napięciu znamionowym 17,5 kV, prąd znamionowy ciągły 1250 A, prąd znamionowy załączany zwarciowy 80 kA/ prąd znamionowy wyłączalny zwarciowy 31,5 kA. Przechodząc do analizy treści przedłożonych Certyfikatów i Sprawozdania z badań pod kątem wykazania, że oferowane przez Odwołującego wyroby zostały poddane wymaganym w SIWZ badaniom typu, wskazał, że w Sprawozdaniu z badań Instytut Elektrotechniki, zgodnie z deklaracjami producenta, przypisał określonym wyłącznikom następujące wartości (por. str. 2 Sprawozdania z badań), argumentując to również rozwiązaniem technicznym (opisanym na tej samej stronie). Możliwość przypisania w/w wartości bez dokonywania szczegółowych badań w tym zakresie wynikała z uprawnienia, o

którym mowa w pkt 8.101 normy PN-EN 62271-100:2009 + A1:2013-07 + A2:2017-12. Było to możliwe dzięki tożsamości zastosowanych w poszczególnych wyłącznikach rozwiązań, istotnych z punktu widzenia danego, przypisywanego parametru. Dokonanie przez Instytut Elektrotechniki przypisania tych wartości bez prowadzenia szczegółowych badań zostało w Sprawozdaniu z badań wyrażone wprost.

29. Jednocześnie zauważył, że przypisanie określonych wartości określonym wyłącznikom przez Instytut nie jest równoznaczne z przeprowadzeniem badań tych wyłączników. Odwołujący w ofercie zadeklarował natomiast, że zaoferowane przez niego wyłączniki mają prąd znamionowy o wartości 630 A (i takie powinny zostać poddane badaniom typu), z Odwołania (str. 5) i ze Sprawozdania z badań (por. str. 3 pkt 4 i str. 10) wynika zaś, że badaniom typu zostały poddane wyłączniki o prądzie znamionowym 1250 A. Oznacza to, że dla oferowanych przez Odwołującego produktów (wyłączników o prądzie znamionowym 630 A) nie zostały przeprowadzone wymagane badania typu.

30. Znamiennym jest przy tym, że Instytut, pomimo ogólnego uprawnienia do przypisania niższych wartości danych znamionowych/ wynikającego z pkt 8.101 normy PN-EN 62271-100:2009 + A1:2013-07 + A2:2017-12, nie dokonał przypisania określonym wyłącznikom niższych wartości prądów zwarciovych wyłączalnych ani prądów zwarciovych załączalnych. Z całą pewnością przypisanie takie nie wynika z przedłożonego Zamawiającemu Sprawozdania z badań. Być może przypisanie takie zostało dokonane w którymś z pozostałych sprawozdań, o których mowa w pkt 10 powyżej, które jednakże nie zostały Zamawiającemu przedłożone. Wobec powyższego, Odwołujący w toku Postępowania nie wykazał, że oferowane przez niego produkty spełniają wymogi określone w SIWZ, mimo wezwania go przez Zamawiającego, wobec ujawnionych wątpliwości, do dostarczenia sprawozdań, raportów i wyników badań potwierdzających wykonanie pełnego badania w celu zweryfikowania parametrów oferowanych wyłączników oraz potwierdzenia pozytywnego wyniku badań typu.

31. Co więcej, Zamawiający dysponuje certyfikatem zgodności Nr DN/083/2013, który został przedłożony przez JM-Tronic w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego w 2015 roku (odwołanie KIO 2713/15), z którego wynika, że raport z badań (sprawozdanie z badań) nr 8014/NBR/2010 może potwierdzić wykonanie badań w zakresie prądów znamionowych wyłączalnych jedynie w zakresie 31,5 k-A dla napięcia 17,5 kV oraz 25 kA dla napięcia 24 kV.

32. Wskazał, że norma PN-EN 62271-100:2009 + A1:2013-07 + A2:2017-12 nie posługuje się sformułowaniem „przenoszenie wyników badań, a w pkt 8.101, dopuszcza „przypisanie niższych wartości danych znamionowych wyłącznikom, które przeszły pomyślnie badania typu dla określonych parametrów znamionowych”. Z powyższego wynika, że możliwość przypisania niższych wartości dotyczy wyłącznie konkretnego, badanego modelu wyłącznika. Punkt 8.101. normy PN-EN 62271-100:2009 + A1:2013-07 + A2:2017-12 nie oznacza natomiast

dopuszczalności przypisania niższych wartości danych znamionowych innym, podobnym wyłącznikom, w których zainstalowano takie same lub podobne elementy.

33. Wątpliwości Zamawiającego w tym zakresie zostały wyrażone w piśmie do Instytutu Energetyki z dnia 15 kwietnia 2020 r. Instytut Energetyki, odpowiadając na powyższe wątpliwości pismem z dnia 22 kwietnia 2020 r., wyjaśnił, że: *„Odnosnie użytego przez nas w piśmie sformułowania „przenoszenie badań” i używanego w normie sformułowania „przypisanie niższych wartości danych znamionowych” mają Państwo rację, ale sformułowanie „przenoszenie badań” jest pojęciem szerszym niż „przypisywanie niższych wartości danych znamionowych” i obejmuje dodatkowe wymagania wynikające z możliwości przeniesienia badań lub nie”.*

34. Dodatkowo, w normie PN-EN 62271-100:2009 + A1:2013-07 + A2:2017-12 nie funkcjonuje również określenie „typ napędu”, którym posługuje się Odwołujący w Odwołaniu. Norma PN-EN 62271-100:2009 + A1:2013-07 + A2:2017-12 nie określa również dopuszczalnych różnic w „typach napędów”, w przypadku których możliwe jest przypisywanie niższych wartości danych znamionowych, co prowadzi do wniosku, że poddane badaniom typu i wyłączników, którym na podstawie tych badań przypisane mają być niższe wartości danych znamionowych, powinna być identyczna.

35. Jak wynika z pism KOMAG-1 Instytutu Techniki Górniczej znak: DBA/AF/555/2020 z dnia 20 kwietnia 2020 r. i Instytutu Energetyki znak: DIW-01615/2020 z dnia 22 kwietnia 2020 r., które są jednostkami badawczymi akredytowanymi przez Polskie Centrum Akredytacji, nie da się *in abstracto* określić dopuszczalnych różnic konstrukcyjnych napędów, które umożliwiałyby przypisywanie niższych wartości danych znamionowych zgodnie z pkt 8.101 normy PN-EN 62271-100:2009 + A1:2013-07 + A2:2017-12. Stosowanie przez Odwołującego zwrotu „typ napędu” bez jego uprzedniego zdefiniowania lub określenia dopuszczalnego zakresu różnic, jakie mogą zachodzić między napędami „tego samego typu” jest zatem nieuprawnione i nie znajduje oparcia wobec treści normy PN-EN 62271-100:2009 + A1:2013-07 + A2:2017-12.

#### BRAK MOŻLIWOŚCI PRZYPISANIA NIŻSZYCH WARTOŚCI W ZAKRESIE PARAMETRÓW MECHANICZNYCH (PODZIAŁKA PIEGUNOWA)

36. Wskazać również, że pkt 8.101 normy PN-EN 62271-100:2009 + A1:2013-07 + A2:2017-12 określa szczegółowo zakres danych znamionowych, co do których można dokonać przypisania niższych wartości. Obejmują one napięcie, prąd ciągły, prąd załączalny i/lub wyłączalny. Wyliczenie to jest poprzedzone skrótem „tj”. a nie „np.”, wbrew twierdzeniom Odwołującego (str. 9 Odwołania). Oznacza to, że katalog tych danych, jest katalogiem zamkniętym. Przypisanie niższych wartości na podstawie pkt 8.101. normy PN-EN 62271-100:2009 + A1:2013-07 + A2:2017-12 nie może zatem zostać dokonane w przypadku innych

danych, w szczególności np. takich parametrów mechanicznych jak trwałość mechaniczna, czy podziałka biegunowa.

37. Zgodnie z definicją zawartą w punkcie 441-15-01 normy PN-IEC 60050-441 „Międzynarodowy słownik terminologiczny elektryki”, która to norma jest przywołana w normie PN-EN 62271-100, biegun łącznika jest to „część łącznika powiązana tylko z jedną ścieżką przewodzącą jego obwodu głównego, oddzieloną elektrycznie od innych ścieżek i niezawierającą elementów służących do wspólnego umocowania działania wszystkich biegunów razem.”

38. Zamawiający w SIWZ w tabeli nr 2, załącznik nr 5 do SIWZ zdefiniował podziałkę biegunową jako „rozstaw osiowy komór próżniowych wyłącznika” i wymagał zgodnie z tabelą nr 1 różnych wartości tj. 210 mm i 275 mm, w zależności od pozycji w tabeli.

39. Podziałka biegunowa określa rozstaw biegunów wyłącznika, w przypadku wymaganych przez Zamawiającego próżniowych wyłączników SN, jest to jednoznaczne z rozstawem osi komór próżniowych wyłącznika.

40. Instytut Elektrotechniki używa dla określenia podziałki biegunowej oznaczenia „p”, przypisując odpowiednią wartość wyrażoną w milimetrach: p: 150; p—210; p—275.

41. W związku z faktem, że zaofertowane wyłączniki mają jeden wspólny napęd dla wszystkich trzech faz, różna podziałka biegunowa wyłączników - a co za tym idzie, różna odległość pomiędzy biegunami wyłącznika powoduje konieczność stosowania elementów przenoszących napęd tj. wał główny wyłącznika, czy też dźwignie napędowe o różnych długościach zależnych od podziałki. Oczywiście jest, że wyłączniki o podziałce 210 mm (mniejszej) nie mogą być wyposażone w napędy dedykowane dla wyłączników o podziałce (większej) 275 mm i odwrotnie. A to ze względu na fakt, iż przy różnym rozstawie kolumn wyłącznika i dźwigni napędowych połączenie mechaniczne wszystkich trzech faz jest fizycznie niemożliwe, różnica rozstawu wynosi bowiem 65 mm. Z powyższego wprost wynika, że konstrukcje napędów o różnych podziałkach biegunowych są różne, odpowiednie dla konkretnego rozstawu biegunów wyłącznika.

42. Zauważył, że zmiana długości elementów ruchomych napędu wyłącznika (wynikła ze zmiany podziałki biegunowej) przenoszących w trakcie zamykania i otwierania styków głównych wyłącznika bardzo duże obciążenia mechaniczne, powoduje zmianę ich wartości i obciążenia te są różne. Dłuższe cięgna i wały posiadają mniejsze wytrzymałości mechaniczne niż elementy krótsze, przy założeniu, że ich przekroje i materiał z jakich są wykonane pozostają bez zmiany.

43. W związku z powyższym niewykluczone jest, że wyłącznik o zwiększonych gabarytach (podziałce) może mieć niewystarczające parametry wytrzymałości mechaniczne w stosunku do urządzenia zbadanego o mniejszej podziałce, co wpływa na trwałość mechaniczną wyłącznika, jak również w ten sposób mogą zmienić się inne parametry wyłącznika związane

z mechanizmem napędowym np. siła docisku styków głównych/ czas otwierania, czas zamykania, prędkość otwierania, prędkość zamykania.

44. Powyższe potwierdzają wyniki z badań zawarte na stronach 21, 22, 23 Sprawozdania z badań nr 8014/NRR/2010, tabele 1 do 6, gdzie w kolumnach 1, 2 oraz 3, 4 podano różne wyniki badań dla wyłączników o tych samych parametrach elektrycznych, a różniących się jedynie podziałkami biegunowymi.

45. Bezpodstawne jest zatem twierdzenie Odwołującego wyrażone na str. 7 Odwołania, jakoby w przypadku podziałki biegunowej przeprowadzenie prób na mniejszej podziałce powodowało potwierdzenie parametrów na większej podziałce. Odwołujący nie wskazał, skąd jego zdaniem wypływa taki wniosek. Podkreślić również należy, że jak wynika ze Sprawozdania z badań (por. Sprawozdanie z badań nr 8014/NRR/2010 strony 1, 2 9, 10, 11, 12, 20/ 21, 30, 35, 37, 38, 44, 45, 50, 59, 65, 66, 70, 71, 74, 75, 79, 80, 83, 88, 89/ 100, 124/125, 128/129) Instytut Elektrotechniki dokonał badań wyłączników o tych samych napięciach znamionowych, prądach znamionowych i prądach zwarciovych, a różniących się jedynie podziałkami biegunowymi.

46. Gdyby w istocie przeprowadzenie prób na mniejszej podziałce powodowało potwierdzenie parametrów na większej podziałce, wówczas zbędne byłoby po przeprowadzeniu testów wyłączników o podziałce biegunowej większej, wykonanie badań wyłączników o podziałce biegunowej mniejszej i tożsamy pozostałych parametrach i odwrotnie.

47. Odwołujący twierdzi na str. 8 i 9 Odwołania, że parametry trwałości mechanicznej wyłączników o napięciu znamionowym 17,5 kV i prądzie znamionowym 1250 A w podziałce 210 mm potwierdzają spełnienie parametrów podziałki 275 mm oraz dla wyłącznika 17,5 kV 2000A w podziałce 275 mm. Dalej twierdzi, że *„Wyłączniki o podziałce 275 dla prądu 2000 A i 1250 mają identyczne napędy, w związku z tym przeprowadzenie prób dla wyłączników o mniejszym prądzie znamionowym nie było konieczne”*.

48. Przypisanie tych danych, jak wykazano powyżej, nie zostało jednak dokonane w oparciu o pkt 8.101, normy PN.EN 62271-100:2009 + A1 :2013-07 + A2:2017-12. Nie potwierdza go też Sprawozdanie z badań. Podkreślił, że instytucja certyfikująca, tj. Instytut Elektrotechniki, wskazała wprost w Sprawozdaniu z badań, kiedy uznała przeprowadzanie badań za zbędne w świetle pkt 8.101 normy PN-EN 62271-100:2009 + A1:2013-07 + 442:2017-12 i dokonała przypisania niższych wartości danych znamionowych bez przeprowadzania badań (dot. to takich danych znamionowych jak prąd znamionowy i napięcie znamionowe), Podkreślił, że Instytut przeprowadził badania dla wyłączników o tożsamy wartościach napięć znamionowych, prądów znamionowych i prądów zwarciovych, a różniących się jedynie podziałkami biegunowymi, a zatem w tym przypadku uznano, że nie jest możliwe skorzystanie z uprawnienia, o którym mowa w pkt 8.101. PN-EN 62271-100:2009 + A1:2013-07 + A2:2017-12 normy i przypisanie niższych wartości danych dot. podziałki biegunowej.

49. Powyższe wyjaśnienia są zatem sprzeczne z postanowieniem punktu 8.101, normy PN-EN 62271-100:2009 + A1:2013-07 + 142:2017-12, jako że parametr trwałości mechanicznej nie jest wskazany w tym punkcie jako możliwy do przypisania. Dodatkowo Instytut Energetyki w piśmie znak: (...) z dnia 04 marca 2020 r., dołączonym do Odwołania na stronie 1 informuje, że „nie jest natomiast możliwe w tym przypadku przeniesienie trwałości mechanicznej”, Niemożność dokonania przypisania niższych wartości danych znamionowych między wyłącznikami o prądzie znamionowym 2000 A i 1250 A jest również spowodowana faktem, że wyłączniki te nie mają identycznej konstrukcji, o czym była mowa powyżej.

50. Również zawarte na str. 8 Odwołania stwierdzenie Odwołującego, zgodnie z którym rzekomo „*możliwe jest przenoszenie badań pomiędzy wyłącznikami próżniowymi SN o różnej podziałce biegunowej, ale tym samym napięciu znamionowym, identycznych komorach próżniowych, biegunach wyłączników i typie napędów*” nie polega na prawdzie,

51. Sprawozdanie z badań, wbrew twierdzeniom Odwołującego zawartych na str. 9 Odwołania, nie potwierdza przeprowadzenia pełnych badań typu wyłączników o napięciu znamionowym 17,5 kV w podziałkach 210 mm i 275 mm dla wszystkich oferowanych wartości prądów znamionowych I prądów zwarciovych wymaganych przez Zamawiającego w SIWZ. Ze Sprawozdania z badań nie wynika również, aby Instytut Elektrotechniki przypisał badanym wyłącznikom niższe wartości w zakresie prądów znamionowych i prądów zwarciovych.

52. Podsumowując, Zamawiający stwierdził, że analiza treści Sprawozdania z badań dowodzi, że przedstawione przez Odwołującego Certyfikaty zostały wystawione dla innych wyrobów, aniżeli oferowane przez Odwołującego w Postępowaniu. Prowadzi to do wniosku, że oferta nie spełniała wymagań Zamawiającego określonych w pkt 3.7.2.1 SIWZ, co stanowiło merytoryczną podstawę odrzucenia oferty Odwołującego, co Zamawiający wyjaśnił szczegółowo w piśmie informującym o unieważnieniu Postępowania.

53. Nie powinno (zdaniem zamawiającego) bowiem budzić wątpliwości, że istotą wymogu wyrażonego w pkt 3.7.2.1 SIWZ było przeprowadzenie badań typu dla oferowanych wymogów - a nie przedłożenie przez wykonawców certyfikatów potwierdzających wykonanie badań typu, nawet gdyby takie badania nie zostały faktycznie wykonane, co miało miejsce w niniejszej sprawie.

54. Oznacza to, że nie zostało potwierdzone — w sposób ogólnie przyjęty i wymagany przez Zamawiającego zgodnie z pkt 3.7.2.1 SIWZ — spełnianie przez wyroby, oferowane przez Odwołującego, wymogów stawianych przez Zamawiającego, a wyrażonych w normach PN-EN 62271-100:2009 i PN-EN 62271-1:2009. Oferta Odwołującego nie była zatem zgodna z zasadniczymi wymogami, określonymi w SIWZ. Odrzucenie przez Zamawiającego było zatem uzasadnione i konieczne w świetle przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. W konsekwencji, z uwagi na to, że cena jedynej oferty złożonej w Postępowaniu, a pozostałej po odrzuceniu oferty Odwołującego, przewyższała kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na

sfinansowanie zamówienia, konieczne było unieważnienie Postępowania, co też Zamawiający zgodnie z prawem, na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 uczynił. Wobec powyższego za bezzasadne należy uznać zarzuty wyrażone w pkt 1,1, 1.2 i 1.4 Odwołania,

#### BEZZASADNOŚĆ ZARZUTU RZEKOMEGO DOKONANIA OCENY OFERTY ODWOŁUJĄCEGO W OPARCIU O DODATKOWE NIE PRZEWIDZIANE W SIWZ KRYTERIUM OCENY OFERT

55. Należy również odnieść się do twierdzeń Odwołującego, jakoby Zamawiający nie mógł żądać od niego dostarczenia sprawozdań, raportów i wyników badań potwierdzających wykonanie pełnego badania w celu zweryfikowania parametrów oferowanych wyłączników oraz potwierdzenia pozytywnego wyniku badań, w przypadku wątpliwości w zakresie danych technicznych wskazanych w lub w charakterystyce technicznej, a w konsekwencji, opierając się na tych dokumentach, a nie samym certyfikacie, dokonać badania zgodności oferowanych produktów z wymogami SIWZ, Odwołujący argumentuje wskazane twierdzenie tym, że w ocenie Odwołującego, Zamawiający nie mógł powziąć wątpliwości w zakresie danych technicznych wskazanych w certyfikacie lub w charakterystyce technicznej na podstawie załączonych do oferty Odwołującego certyfikatów.

56. Twierdzenie to jest jednakże oczywiście nieuprawnione. Jak wskazano powyżej, Zamawiający, analizując treść przedłożonych Certyfikatów, powziął wątpliwość co do podziałek biegunowych oferowanych wyłączników Certyfikaty nie zawierają bowiem informacji w tym zakresie. Argument ten zasadniczo osłabia przy tym wcześniejszą argumentację Odwołującego, bowiem nie ulega wątpliwości, że gdyby był on pewien zgodności oferowanych przez siebie produktów z wymogami SIWZ, nie zgłaszałby żadnych zastrzeżeń w zakresie potrzeby szczegółowej analizy dokumentacji potwierdzającej spełnienie tych wymogów.

57. Jak wynika z informacji zamieszczonej na str. 65 SIWZ, Odwołujący miał możliwość złożenia oferty wyłączników o wyższych parametrach, niż wymagane przez Zamawiającego, Zamawiający dopuszczał wystąpienie sytuacji, w której wykonawca oferowałby wyłączniki o parametrach wyższych niż wymagane, jednakże wskazał, że „*[w] przypadku złożenia przez Wykonawcę w ofercie wyłączników o wyższych parametrach niż wymagane przez Zamawiającego, należy wpisać w miejsce wartości oferowanych, rzeczywiste (potwierdzone badaniami) parametry jakie posiada oferowany przez wykonawcę wyłącznik*”.

58. Odwołujący wpisał zaś w tabeli w kolumnie „Oferowane parametry”, parametry, których osiągnięcie przez oferowane wyłączniki nie znajduje potwierdzenia w przedłożonym Zamawiającemu Sprawozdaniu z badań, w zakresie napięć znamionowych, prądów znamionowych i prądów zwarciovych. Jeżeli chodzi natomiast o trwałość mechaniczną dla napędu i trwałość elektryczną, z tabeli uzupełnionej przez Odwołującego wynika, że wyłączniki posiadają parametry o wartości większej od wymaganych, co jest zgodne z dostarczonym Sprawozdaniem z badań.

Tabela nr 2		
Wymagania techniczne		
Wyszczególnienie	Wymagane wartości	Wartości oferowane
		30 COO
mechaniczna dla HdpWw elektryczna dla parametrów	min IQ OCO oper.' rjl min SC' operacji	3D DOO mir.

59. W świetle powyższych danych nie było zatem dla Zamawiającego jasne, jakie rzeczywiście parametry osiągają oferowane przez Odwołującego wyłączniki. Jak się wydaje, jedynym logicznym wyjaśnieniem zaistniałej sytuacji jest to, że parametry wyszczególnione w w/w Tabeli, będącej częścią Oferty, są zgodne z parametrami potwierdzonymi raportami z badań, których Odwołujący nie dostarczył Zamawiającemu (tj. raportami/ sprawozdaniami, o których mowa w pkt 9 powyżej). Zamawiający jednak nie był władny rozstrzygać arbitralnie tych wątpliwości co do rzeczywistej treści oferty. Również z tego względu konieczne było skorzystanie przez Zamawiającego z uprawnienia zastrzeżonego w pkt 3.7.2.1, SIWZ do żądania od niego dostarczenia sprawozdań, raportów i wyników badań potwierdzających wykonanie pełnego badania.

60. Na marginesie wskazać również należy, że zgodnie z pkt 3,7.2.5 SIWZ:

*„Wymaga się, aby udział towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej, państw, z którymi Unia Europejska zawarła umowę o równym traktowaniu przedsiębiorców, lub państw, wobec których na mocy decyzji Rady stosuje s/ęprzepisydyrektywy2014/25/IJE, przekraczał 50%”.*

Oferowane przez Odwołującego produkty zostały poddane badaniom typu również przez jednostki badawcze spoza Unii Europejskiej, znajdujące się w Chinach. Wobec powyższego Zamawiający powziął wątpliwości co do kraju ich pochodzenia. Również z tego względu konieczne było żądanie przez Zamawiającego przedłożenia dodatkowych dokumentów, Miało ono umożliwić Zamawiającemu również weryfikację, czy spełniony jest wymóg, o którym mowa w pkt 3.7.2.5 siwz.

61. Wskazał również na przepis art. 87 ust. 1 Pzp zgodnie z którym w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści, Powzięcie przez Zamawiającego wątpliwości co do tego, czy oferowane przez Odwołującego wyroby zostały poddane wymaganym badaniom typu, uzasadniało zwrócenie się do Odwołującego o udzielenie wyjaśnień również w świetle powoł. przepisu.



62. Przepis art. 87 ust. 1 Pzp. przesądza również, że niedopuszczalnym byłoby dokonanie przez Zamawiającego zmiany treści oferty (czy też jej poprawienie) w przypadku innym niż wskazane w przepisie art. 87 ust. 3 Pzp. Taką zmianą byłoby zaś przypisanie oferowanym przez Odwołującego produktom właściwości, których nie potwierdzają wymagane przez Zamawiającego dokumenty.

63. Z faktu dokonania analizy treści Sprawozdania z badań, Odwołujący wywodzi wniosek, że Zamawiający dokonał oceny jego oferty w oparciu o kryterium oceny ofert, które nie zostało wprowadzone do SIWZ. Zarzut ten jest jednak o tyle absurdalny, że wybór oferty, która została oceniona najwyżej w oparciu o kryteria oceny ofert, o których mowa w przepisie art. 91 Pzp może nastąpić jedynie, jeżeli oferta ta odpowiada wymogom SIWZ. Dana oferta może zostać wybrana jako najkorzystniejsza pod warunkiem, że nie podlega ona odrzuceniu zgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 Pzp.

64. Podał, że Zamawiający wzywając Odwołującego do przesłania dokumentacji na podstawie przepisu art. 26 ust. 1 Pzp wskazał jednoznacznie, że z punktu widzenia kryteriów oceny ofert, oferta Odwołującego została oceniona najwyżej. Oznacza to tyle, że gdyby oferta Odwołującego odpowiadała treści SIWZ (i w związku z tym, nie podlegała odrzuceniu), to zostałaby ona wybrana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza.

65. Twierdzenia Odwołującego, jakoby analiza treści oferty wykonawcy pod kątem zgodności z SIWZ stanowiła wprowadzanie dodatkowych, nie wprowadzonych w SIWZ kryteriów oceny ofert, jest oczywiście absurdalna i pozostaje w jawnej sprzeczności z przepisami art. 89 ust. 1 oraz art. 91 Pzp.

66. Z tego względu należy uznać, że również zarzut wyrażony w pkt 1.3 Odwołania jest bezzasadny.

#### ZARZUT NIEDOCHOWANIA TERMINU POINFORMOWANIA ODWOŁUJĄCEGO PISEMNIEM O PRZESŁANKACH ODRZUCENIA OFERTY

67. Wskazał, że wbrew zarzutom Odwołującego wyrażonym na str. 12 Odwołania, powody odrzucenia oferty w Postępowaniu zostały wykonawcom przekazane w odpowiednim terminie, tj. łącznie z informacją o unieważnieniu Postępowania, która została przesłana do Odwołującego pismem o nr UZ/UZA/MP/12/2020/44 za pośrednictwem Platformy Zakupowej Grupy TAURON w dniu ogłoszenia wyników postępowania (tj. 26 lutego 2020 r.). Zgodnie z pkt 1.4.1 SIWZ, postępowanie prowadzone jest w języku polskim w formie elektronicznej za pośrednictwem Platformy Zakupowej Grupy TAURON dostępnej pod adresem <http://swoz.auron.pl>. Jest to zgodne z przepisem art. 10a ust. 1 Pzp, który stanowi, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia komunikacja między zamawiającym a wykonawcami, w szczególności składanie ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oraz oświadczeń, odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. W piśmie Zamawiający wskazał szczegółowo parametry wyłączników, których nie potwierdzają

przedłożone przez Odwołującego w toku Postępowania dokumenty, co stanowiło o niezgodności treści oferty z pkt 3.7.2.1 SIWZ, tym samym szczegółowo określając powód odrzucenia oferty. Zamawiający z uwagi na zastrzeżenie przez Odwołującego tajemnicy przedsiębiorstwa co do części przedłożonych dokumentów, między innymi Sprawozdania z badań, opisał powody odrzucenia oferty tak, aby móc zachować zasady uczciwej konkurencji i każdemu z uczestników postępowania przedstawić jak najbardziej jednolitą wersję pisma.

W odpowiedzi na odwołanie wniósł także o dopuszczenie i przeprowadzenie poniższych dowodów na okoliczności wskazane w uzasadnieniu:

- a. Informacja o unieważnieniu postępowania z dnia 26 lutego 2020 r. (...);
- b. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (...) z załącznikami (...);
- c. Certyfikat zgodności dla wyłączników próżniowych trójfazowych SN nr DN/344/2018 (...);
- d. Certyfikat zgodności dla wyłączników próżniowych trójfazowych SN nr: DN/3441/2019 (...);
- e. Sprawozdanie Nr 8014/NBR/2010 z badań (...) - zastrzeżone przez Odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa;
- f. Formularz wyceny, załączony do oferty Odwołującego (...);
- g. Pismo Zamawiającego do Instytutu Elektrotechniki (...) z dnia 22 kwietnia 2020 r.;
- h. Pismo Instytutu Elektrotechniki (...) z dnia 30 kwietnia 2020 r.;
- i. Pismo Zamawiającego do KOMAG-Instytutu Techniki Górniczej (...) z dnia 15 kwietnia 2020 r.;
- j. Pismo KOMAG-Instytutu Techniki Górniczej (...) z dnia 20 kwietnia 2020 r.;
- k. Pismo Instytutu Energetyki (...) z dnia 4 marca 2020 r. (...);
- l. Pismo Zamawiającego do Instytutu Energetyki (...) z dnia 15 kwietnia 2020 r.;
- m. Pismo Instytutu Energetyki (...) z dnia 22 kwietnia 2020 r.;
- n. Załącznik nr 5 do Oferty Odwołującego (...);
- o. Certyfikat zgodności Nr DN/083/2013;

Z ostrożności wniósł także o częściowe wyłączenie jawności rozprawy, mając na uwadze zastrzeżenie przez Odwołującego tajemnicy przedsiębiorstwa w stosunku do dowodu wymienionego powyżej w pkt. e) (Sprawozdanie Nr 8014/NBR/2010 (...)) i z uwagi na bezpośredni związek z tym dokumentem dowodów wymienionych w pkt. g) (Pismo z dnia 22 kwietnia 2020 r.) i h) (Pismo z dnia 30 kwietnia 2020 r.) na zasadzie art. 189 ust. 6 Pzp.

**Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego** przystąpienie zgłosił wykonawca: ABB Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie wnosząc także o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

Odwołujący do zgłoszonego przystąpienia wykonawcy ABB Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie wniósł opozycję na podstawie art. 185 ust. 4 zdanie pierwsze podnosząc, że wykonawca ten nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił.

#### **Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba uwzględniła opozycję Odwołującego przeciw przystąpieniu do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę ABB Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie (wykonawca ABB lub Przystępujący). W myśl art. 185 ust.3 i 4 ustawy Pzp:

*„3. Wykonawcy, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego, stają się uczestnikami postępowania odwoławczego, jeżeli mają interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść jednej ze stron.*

*4. Zamawiający lub odwołujący może zgłosić opozycję przeciw przystąpieniu innego wykonawcy nie później niż do czasu otwarcia rozprawy. Izba uwzględnia opozycję, jeżeli zgłaszający opozycję uprawdopodobni, że wykonawca nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił; w przeciwnym razie Izba oddala opozycję.”*

Izba podzieliła w tym zakresie argumentację przedstawioną przez Odwołującego w opozycji, że wykonawca ABB nie wykazał interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego. Wykonawca ten uzasadniając interes we wniesieniu przedmiotowego przystąpienia i rozstrzygnięcia odwołania na korzyść Zamawiającego wskazał: *„ABB złożyło ważną ofertę w Postępowaniu. Zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę JM-TRONIC S.A. jako niezgodną z SIWZ i unieważnił Postępowanie, z uwagi na brak wystarczających środków. Zamawiający może ponownie wszcząć postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na ten sam przedmiot zamówienia. Uwzględnienie odwołania JM-TRONIC S.A. oznaczałoby utratę możliwości uzyskania zamówienia, przez ABB. Tym samym Przystępujący ma interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego, po którego stronie przystępuje. Ponadto, celem Przystępującego jest udział w postępowaniu prowadzonym z poszanowaniem przepisów prawa, a w szczególności ustawy Prawo zamówień publicznych. Po stronie Przystępującego spełniony jest zatem wymóg art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych”*.

Izba przede wszystkim stwierdza, że interes wykonawcy w zgłoszeniu przystąpienia jest oceniany na podstawie art. 185 ust.2 w zw. z ust. 3 i 4 Pzp, a nie art. 179 ust.1 Pzp, który to przepis wskazał Przystępujący. Przedmiot sporu w niniejszym postępowaniu dotyczy czynności podjętych przez Zamawiającego wobec oferty Odwołującego i jego rozstrzygnięcie – w stanie faktycznym tej sprawy - nie wpłynęłoby na sytuację wykonawcy zgłaszającego

przystąpienie w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, albowiem nieuwzględnienie zarzutów dotyczących oferty Odwołującego (niezgodności tej oferty ze specyfikacją i jej oceny niezgodnie z kryteriami) przede wszystkim nie będzie prowadziło do zmiany sytuacji faktycznej i prawnej w postępowaniu wykonawcy ABB. Drugą kluczową czynnością w tym postępowaniu jest bowiem unieważnienie przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust.1 pkt 4 Pzp, albowiem cena oferty złożonej przez wykonawcę ABB w zadaniu nr 1 przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zatem uwzględniając argumentację z przystąpienia, Zamawiający nie mógłby wybrać oferty Przystępującego, co byłoby możliwe tylko w przypadku gdyby Zamawiający przewidywał skorzystanie z uprawnienia przewidzianego we wskazanym przepisie – podwyższenia prognozowanej kwoty na sfinansowanie zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty. Argumenty podnoszone na posiedzeniu (nawet gdyby uznać jej za istotne) nie mogły być uwzględnione przez Izbę, albowiem ocena interesu, o którym mowa w art. 185 ust.2 Pzp następuje na podstawie okoliczności wskazanych w zgłoszonym przystąpieniu. W konsekwencji Izba uznała, że wobec nie wykazania przez Przystępującego interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego opozycja Odwołującego jest zasadna. Tym samym wykonawca ABB nie mógł uzyskać statusu uczestnika tego postępowania odwoławczego.

**Rozpoznając odwołanie, Izba w zakresie podniesionych w odwołaniu zarzutów ustaliła co następuje:**

W zawiadomieniu (pismo z dnia 26.02.20 r.) - Informacja o unieważnieniu postępowania - w zakresie zadania nr 1 – Zamawiający podał, że (...) oferta złożona przez firmę JM - TRONIC Sp. z .o.o. została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2) Pzp, ponieważ treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wskazał, że zgodnie z punktem 3.7.21 SIWZ Zamawiający wymagał aby Wykonawca dołączył do oferty: Dla zadania nr 1:

*„Certyfikat potwierdzający wykonanie badań typu na zgodność z daną przedmiotową normą PN-EN 62271-100:2009 i PN-EN 62271-1:2009 wydany przez jednostkę badawczą akredytowaną przez Polskie Centrum Akredytacji (dotyczy wszystkich zaoferowanych wyrobów); Zamawiający może zażądać od Wykonawcy dostarczenia sprawozdań, raportów i wyników badań potwierdzających wykonanie pełnego badania w celu zweryfikowania parametrów oferowanych wyłączników oraz potwierdzenia pozytywnego wyniku badań, w przypadku wątpliwości w zakresie danych technicznych wskazanych w certyfikacie lub w charakterystyce technicznej.”*

Ponadto Zamawiający dodatkowo zamieścił w załączniku nr 5 do SIWZ uwagę o treści:

*„W przypadku złożenia przez Wykonawcę w ofercie wyłączników o wyższych parametrach niż wymagane przez Zamawiającego, należy wpisać w miejsce wartości oferowanych, rzeczywiste (potwierdzone badaniami) parametry jakie posiada oferowany przez Wykonawcę wyłącznik.”*

Dalej zamawiający podał, że *„Wykonawca dołączył do oferty Certyfikat Zgodności nr: DN/344/2018 oraz DN/344 - 1/2019, wydany przez Instytut Elektrotechniki z siedzibą Warszawa(...), dla wyłącznika VC-1 wydany w oparciu o trzy sprawozdania z badań:*

- a) Nr 8014/NBR/2010 wykonanych w Laboratorium Badawczym Aparatury Rozdzielczej E - akredytacja PCA, Nr AB 074,*
- b) Nr TR No. 095515 wykonanych w High Voltage Apparatus Quality Test Center, Shenyang,*
- c) Nr 15K0581-S wykonanych w EETI China National Centre for Quality Supervision.”*

W tej Informacji Zamawiający zaznaczył, że:

*„Wykonawca został wezwany do dostarczenia sprawozdań, raportów i wyników badań potwierdzających wykonanie pełnego badania oferowanych wyłączników. Przesłane przez Wykonawcę sprawozdanie z badań nie potwierdza wykonania badań typu dla oferowanych wyłączników:*

*1) W pozycjach oferty: 2, 3, 6 w zakresie prądów znamionowych ciągłych.*

*Wykonawca zaoferował w pozycji nr 2,3,6 minimalny prąd znamionowy o wartości 630A, natomiast złożona dokumentacja nie potwierdza oferowanych parametrów.*

*2) W pozycjach oferty: 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 w zakresie prądu zwarciovego wyłączalnego.*

*Wykonawca zaoferował w pozycji nr 2,7 prąd zwarciovyy wyłączalny o wartości 16kA, natomiast złożona dokumentacja nie potwierdza oferowanych parametrów.*

*Wykonawca zaoferował w pozycji nr 3,4,5,6,8 prąd zwarciovyy wyłączalny o wartości 20 m, natomiast złożona dokumentacja nie potwierdza oferowanych parametrów.*

*3) W pozycjach oferty: 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 w zakresie prądów zwarciovego załączalnego.*

*Wykonawca zaoferował w pozycji nr 2,7 prąd zwarciovyy załączalny o wartości 40kA, natomiast złożona dokumentacja nie potwierdza oferowanych parametrów.*

*Wykonawca zaoferował w pozycji nr 3,4,5,6,8 prąd zwarciovyy załączalny o wartości 50kA, natomiast złożona dokumentacja nie potwierdza oferowanych parametrów*

*W pozycjach oferty: 2, 3, 4 w zakresie podziałki biegunowej.*

*Wykonawca zaoferował w pozycji nr 2,314 podziałki biegunowe 275mm, natomiast złożona dokumentacja nie potwierdza oferowanych parametrów.”*

W konkluzji stwierdził, że: *„Cena oferty złożonej przez firmę ABB Sp. z o.o. w zadaniu nr 1 przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 4 ustawy pzp Zamawiający unieważnia postępowanie w zakresie zadania nr 1 (...).*

### **Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie podlega oddaleniu. Ustalenia w niniejszej sprawie nie potwierdzają stanowiska Odwołującego co do podnoszonych zarzutów, które to zarzuty - opierając się na argumentacji odwołania - dotyczą naruszenia:

5. art 89 ust 1 pkt 2) Pzp z uwagi na bezpodstawne zdaniem wykonawcy odrzucenie jego oferty albowiem jej treść odpowiada treści SIWZ, co prowadzi także do naruszenia art. 7 ust 1 Pzp;
6. art. 93 ust. 1 pkt 4) Pzp z uwagi na unieważnienie z naruszeniem postępowania w oparciu o wskazaną przesłankę w sytuacji, gdy cena oferty JM-TRONIC (bezpodstawnie odrzuconej) tych kwot nie przewyższa;
7. art. 91 ust 1 w zw. z art. 7 ust 1 Pzp z uwagi na wprowadzenie dodatkowych, nie przewidzianych w SIWZ kryteriów oceny ofert z uwagi na dokonanie oceny oferty wykonawcy na podstawie raportu z badań pomimo, że certyfikat zgodności nr DN/344-1/2019 nie pozostawiał wątpliwości, że wyłączniki zaoferowane przez JM-TRONIC dla zadania 1 spełniają wymagania norm PN-EN 62271-100:2009 i PN-EN 62271-1:2009, co zarazem spowodowało ocenę oferty poprzez parametry nie określone w SIWZ, w szczególności z naruszeniem pkt 3.7.2.1. SIWZ;
8. art. 91 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust 1 Pzp z uwagi na zaniechanie wyboru oferty JM-TRONIC jako najkorzystniejszej i niepodlegającej odrzuceniu oraz zawiadomienia o tym JM-TRONIC z naruszeniem art. 91 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust 1 Pzp; niezastosowanie przez Zamawiającego tego przepisu względem oferty JM-TRONIC.

Zarzut dokonania powiadomienia z naruszeniem przepisów ustawy Pzp nie zasługuje na uwzględnienie, albowiem w Informacji z dnia 26 lutego 2020 r. wskazano podstawy odrzucenia oferty Odwołującego. Zamawiający w tym piśmie informację o kwestionowanych pozycjach jako niezgodnych z wymaganiami (w części dotyczącej podstaw odrzucenia oferty wykonawcy) odniósł w zdaniu poprzedzającym do sprawozdanie z badań jakie wykonawca przedstawił podając, że to sprawozdanie nie potwierdza wykonania badań typu dla oferowanych wyłączników. Następnie wskazał każdą z kwestionowanych pozycji (odnoszących się do parametrów które były wymagane) ponownie podając, że złożona dokumentacja nie potwierdza oferowanych parametrów.

Izba stwierdza, że ustawa Pzp w jej art. 92 ust. 1 pkt 3 nie określa szczegółowych wymagań (stopnia szczegółowości) dla uzasadnienia faktycznego podjętej decyzji o odrzuceniu oferty wykonawcy. Wymaga (jak wskazuje przepis) podania uzasadnienia faktycznego i prawnego. Istotnym jest zatem przy ocenie uzasadnienia faktycznego ustalenie, czy podane informacje pozwalają na zidentyfikowanie przez wykonawcę merytorycznych podstaw odrzucenia oferty. Zatem, w przypadku podstawy prawnej z art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp,

wymagane jest wskazanie tych okoliczności z oferty, które pozwoliły zamawiającemu na uznanie, że dana oferta nie odpowiada treści specyfikacji, a ujawnione niezgodności nie mogą być poprawione na podstawie wskazanego w tym przepisie art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp. W stanie faktycznym sprawy Odwołujący zidentyfikował podstawy odrzucenia jego oferty co wynika z treści odwołania. Także należało zgodzić się z Zamawiającym, że określając powody odrzucenia oferty stanowiące o niezgodności treści oferty z pkt 3.7.2.1 SIWZ, uwzględniał zastrzeżenie przez wykonawcę tajemnicy przedsiębiorstwa co do części przedłożonych dokumentów, między innymi Sprawozdania z badań. Opisując zatem powody odrzucenia oferty przekazał (uwzględniając zachowanie zasady uczciwej konkurencji) każdemu z uczestników postępowania jednolitą wersję pisma. Te informacje zostały wykonawcom przekazane łącznie z informacją o unieważnieniu Postępowania, która została przesłana do Odwołującego także za pismem (...) za pośrednictwem Platformy Zakupowej Grupy TAURON w dniu ogłoszenia wyników postępowania (26 lutego 2020 r.). Tak jak wskazał Zamawiający, zgodnie z pkt 1.4.1 SIWZ, postępowanie prowadzone jest w formie elektronicznej za pośrednictwem Platformy Zakupowej Grupy TAURON dostępnej pod adresem (...). Tym samym tak opisany w odwołaniu zarzut związany z powiadomieniem o podstawach odrzucenia oferty wykonawcy, wynikający w dużej mierze pośrednio z odwołania (uzupełniany w toku rozprawy), nie zasługuje na uwzględnienie.

Nie zasługuje także na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 91 ust 1 w zw. z art. 7 ust 1 Pzp z uwagi na to, że ocena oferty Odwołującego nastąpiła według zasad i kryteriów przewidzianych w specyfikacji. Jak prawidłowo podał Zamawiający ocena oferty JM - TRONIC nastąpiła z uwzględnieniem mechanizmu określonego w specyfikacji. Zgodnie ze wskazanym punktem 3.7.2.1 SIWZ Zamawiający miał prawo (mógł) „*zażądać od Wykonawcy dostarczenia sprawozdań, raportów i wyników badań potwierdzających wykonanie pełnego badania w celu zweryfikowania parametrów oferowanych wyłączników oraz potwierdzenia pozytywnego wyniku badań, w przypadku wątpliwości w zakresie danych technicznych wskazanych w certyfikacie lub w charakterystyce technicznej.*” Kategoria wątpliwości nie została w żadnym stopniu ograniczona i tak jak wskazał Zamawiający, jego wątpliwości w tym przypadku dotyczyły braku w przedłożonych Certyfikatach (na marginesie wykonawca na tą samą okoliczność przedłożył dwa certyfikaty) istotnych dla Zamawiającego informacji dotyczących podziałek biegunowych certyfikowanych wyłączników. W związku z tym w jego przekonaniu powziął wątpliwość, czy certyfikowane wyroby odpowiadają treści norm wymaganych w SIWZ, i wezwał Odwołującego (czego ten nie kwestionował) do dostarczenia wszystkich dokumentów źródłowych dotyczących przedłożonych certyfikatów: sprawozdań, raportów i wyników badań potwierdzających wykonanie pełnego badania oferowanych wyłączników – zgodnie z dyspozycją wskazanego postanowienia SIWZ. Należy podkreślić, że wymagany certyfikat miał

potwierdzać zgodność zaoferowanych wyrobów z normami PN-EN 62271-100:2009 i PN-EN 62271-1:2009. Tym samym wskazane w wezwaniu dokumenty i uzyskane w jego wyniku sprawozdanie nie dowodzą, że dokonanie oceny oferty Odwołującego na podstawie raportu z badań (w sytuacji gdy certyfikat zgodności nr DN/344-1/2019 pozostawiał w przekonaniu Zamawiającego wątpliwości, co do spełniania przez wyłączniki zaoferowane przez JM-TRONIC dla zadania 1 wymagań norm PN-EN 62271-100:2009 i PN-EN 62271-1:2009) - nastąpiło w oparciu o parametry (kryteria dodatkowe) nie określone w SIWZ, w szczególności z naruszeniem pkt 3.7.2.1. SIWZ.

Izba także zauważa, że wykonawca nie zastosował się do wytycznych (Uwaga w załączniku nr 5 do Siwz). Jak wskazał Zamawiający w odpowiedzi: „*W załączonej tabeli w kolumnie oferowane parametry wpisał bowiem parametry, „których osiągnięcie przez oferowane wyłączniki nie znajduje potwierdzenia w przedłożonym Zamawiającemu Sprawozdaniu z badań, w zakresie napięć znamionowych, prądów znamionowych i prądów zwarciovych. Jeżeli chodzi natomiast o trwałość mechaniczną dla napędu i trwałość elektryczną, z tabeli uzupełnionej przez Odwołującego wynika, że wyłączniki posiadają parametry o wartości większej od wymaganych, co jest zgodne z dostarczonym Sprawozdaniem z badań*”. Tej okoliczności Odwołujący nie przeczył, wskazując w tym przypadku na nadmierny formalizm związany ze wskazaną uwagą w załączniku 5. Zatem mogło nie być jasne dla Zamawiającego jakle rzeczywiście parametry osiągają oferowane przez Odwołującego wyłączniki, a logicznym wyjaśnieniem, że parametry wyszczególnione w Tabeli, będącej częścią oferty, są zgodne z parametrami potwierdzonymi raportami z badań, których Odwołujący nie dostarczył Zamawiającemu (tj. raportami/ sprawozdaniami, o których mowa w pkt 3.7.2.1). Tym samym Zamawiający, (jak podał w odpowiedzi na odwołanie) (...) *nie był władny rozstrzygać arbitralnie tych wątpliwości co do rzeczywistej treści oferty. Również z tego względu konieczne było skorzystanie przez Zamawiającego z uprawnienia zastrzeżonego w pkt 3.7.2.1, SIWZ do żądania od niego dostarczenia sprawozdań, raportów i wyników badań potwierdzających wykonanie pełnego badania.*”

Zdaniem Izby, brak jest również podstaw do kwestionowania twierdzeń Zamawiającego, co do podstaw odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o przesłankę z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, jako nieodpowiadającą treści SIWZ, co ustalił po analizie treści przedłożonego przez wykonawcę Sprawozdania z badań typu. Odwołujący nie przedstawił dowodu przeciwnego, że wszystkie wyłączniki, oferowane przez Odwołującego zostały poddane badaniom typu, w oparciu o które wystawiono certyfikaty przedłożone przez wykonawcę. Prowadzi to w konsekwencji do wniosku, że Odwołujący nie dostarczył wymaganych certyfikatów potwierdzających wykonanie badań typu na zgodność z normą PN-EN 62271-100:2009 1 PN-EN 62271-1:2009 wydanych przez jednostkę badawczą akredytowaną przez Polskie Centrum Akredytacji, który to wymóg dotyczył wszystkich zaoferowanych wyrobów. Ponadto wbrew



jego twierdzeniom Norma w opisie punktu 8.101 ma inne brzmienie, aniżeli cytowane w odwołaniu. Tak jak wykazał Zamawiający przedstawiając wyciąg z tej normy, wskazana norma w punkcie 8.101. (w zakresie spornego postanowienia) nie posługuje się sformułowaniem „przenoszenie wyników badań”, a dopuszcza „przypisanie” niższych wartości danych znamionowych wyłącznikom, które przeszły pomyślnie badania typu dla określonych, a nie przykładowych parametrów znamionowych. A zatem możliwość przypisania niższych wartości dotyczy wyłącznie konkretnego, badanego modelu wyłącznika. Wykonawca nie przedstawił dowodu, że punkt 8.101. normy PN-EN 62271100:2009 + A1:2013-07 + A2:2017-12 w brzmieniu: *„Wyłącznikom, które przeszły pomyślnie badania typu dla określonych danych znamionowych (tj. napięcia, prądu ciągłego, prądu załączalnego i/lub wyłączalnego można przypisać dane znamionowe o mniejszej wartości (z wyjątkiem częstotliwości znamionowej) bez dalszych badań. Łączenie obciążeń indukcyjnych (łączenie prądu magnesowania transformatorów, łączenie silników wysokonapięciowych i dławików równoległych) jest uwzględnione w normie IEC 61233.] (...)* - pozwala na przypisanie niższych wartości danych znamionowych innym, podobnym wyłącznikom, w których zainstalowano takłe same lub podobne elementy.

Brak także podstaw do kwestionowania ustaleń Zamawiającego, co do kategorycznego stwierdzenia odnośnie określenia w normie (w jej wskazanym punkcie) szczegółowo zakresu danych znamionowych, co do których można dokonać przypisania niższych wartości. Obejmują one napięcie, prąd ciągły, prąd załączalny i/lub wyłączalny. Wyliczenie to jest poprzedzone skrótem „tj”. a nie „np.”, jak stwierdził wykonawca w odwołaniu. Oznacza to, że katalog tych danych, jest katalogiem zamkniętym i jak wskazywał zamawiający przypisanie niższych wartości na podstawie pkt 8.101. cyt. normy (...) nie może zostać dokonane w przypadku innych danych, w szczególności takich parametrów mechanicznych jak trwałość mechaniczna, czy podziałka biegunowa.”

Oznacza to, że nie zostało potwierdzone - w sposób ogólnie przyjęty i wymagany przez Zamawiającego zgodnie z pkt 3.7.2.1 SIWZ - spełnianie przez wyroby, oferowane przez Odwołującego, wymogów stawianych przez Zamawiającego, a wyrażonych w normach PN-EN 62271-100:2009 i PN-EN 62271-1:2009. Oferta Odwołującego nie była zatem zgodna z zasadniczymi wymogami, określonymi w SIWZ i tym samym podnoszony zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jest niezasadny.

W konsekwencji także nie podlega uwzględnieniu zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, z uwagi na to, że cena oferty złożonej w Postępowaniu, a pozostałej po odrzuceniu oferty Odwołującego, przewyższała kwotę, którą Zamawiający zamierzał

przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, i w przypadku tego postępowania Zamawiający nie podjął decyzji o zwiększeniu prognozowanej kwoty podanej na otwarciu ofert.

Wnioski dowodowe wskazane przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, także te zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa wskutek uprzedniej decyzji Odwołującego, jako dokumenty korzystające z ochrony oraz dowody powołane przez Odwołującego, dowodziły, że czynności Zamawiającego związane z oceną i wyborem oferty najkorzystniejszej nie naruszały wskazywanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp. Izba ponadto uwzględniła wniosek Zamawiającego o częściowe wyłączenie jawności rozprawy i w kluczowej części prowadziła rozprawę w niejawnym trybie z uwagi na dokumenty wskazywane w uzasadnieniu wniosku [e) (Sprawozdanie Nr 8014/NBR/2010 (...) i g) Pismo z dnia 22 kwietnia 2020 r. oraz h) Pismo z dnia 30 kwietnia 2020 r.], co znalazło także odzwierciedlenie w uzasadnieniu powodów (ich ogólnego omówienia) nieuwzględnienia zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o przesłankę z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, jako nieodpowiadającą treści SIWZ.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do wyniku sprawy uwzględniając także przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r, poz. 972).

.....