

Sygn. akt: KIO 1131/23

WYROK
z dnia 8 maja 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 maja 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 kwietnia 2023 r. przez Odwołującego **Rogum Kable Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Grunwaldzka 66, 83-000 Pruszcz Gdański, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Lubelski Węgiel „Bogdanka” Spółka Akcyjna**, Bogdanka, 21-013 Puchaczów

przy udziale

Wykonawcy – **Tele-Fonika Kable Spółka Akcyjna**, ul. Cegielskiego 1, 32-400 Myślenice, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnić czynności z dnia 14.04.2023 r. dotyczące zadania nr 5 i polegające na wyborze oferty najkorzystniejszej oraz odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Ustawy i nakazuje ponowną ocenę ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 18.600 zł 00 gr. (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) obejmującą wpis od odwołania oraz wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego;
 - 2.2 zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18.600 zł 00 gr. (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów poniesionych przez Odwołującego, obejmujących wpis oraz wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 2022 r., poz. 1710 ze 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

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Lubelski Węgiel Bogdanka S.A. w Bogdance, w trybie podstawowym na *dostawę 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* (sygn. postępowania: 5440/HZP/MSO/2022), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 02.12.2022 r., 2022/S 233-667807, wobec czynności dotyczących części 5 zamówienia z 14.04.2023 r. polegających na wyborze oferty najkorzystniejszej (Tele-Fonika Kable S.A.), Wykonawca Rogum Kable Sp. z o.o. siedzibą w Pruszczu Gdańskim (Odwołujący) wniósł w dniu 24.04.2023 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 1131/23).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów prawa – art. 16 pkt 1, art. 17 ust. 2 i art. 239 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 Ustawy Pzp poprzez niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia, co w konsekwencji doprowadziło do niezasadnego wyboru oferty złożonej przez Tele-Fonika jako najkorzystniejszej, podczas gdy oferta Odwołującego jest zgodna z warunkami zamówienia określonymi w swz i najkorzystniejsza w świetle zdefiniowanego kryterium oceny ofert (cena – 100%).

Mając powyższe na względzie Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej na część 5 zamówienia oraz czynności odrzucenia oferty Odwołującego, dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu Odwołujący odniósł się do podstaw, na jakich Zamawiający uznał, iż zaoferowany produkt równoważny – przewody oponowane ekranowane wykonane z elastycznego materiału polimerowego typu FLEX (zamiast izolacji i opony z gumy), nie spełnia wymagania związanego ze sposobem oznaczenia. Odwołujący potwierdził zgodność z wszystkimi wymaganiami Zamawiającego przedmiotowymi środkami dowodowymi, co do których Zamawiający nie zgłaszał zastrzeżeń, a również w praktyce mógł potwierdzić zgodność z warunkami zamówienia, gdyż przewody z izolacją i oponą typu FLEX dostarczone zostały w ramach umowy z 19.02.2019 r. Podstawą, na jakiej Zamawiający opiera decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego była ocena wzorca próbnego złożonej w celu sprawdzenia technologii napraw/łączenia „na gorąco” wyrobu równoważnego. Ponieważ Wykonawca przedstawił próbkę nieprawidłowo oznaczoną (oznaczenie atramentowe, a nie wykonane w sposób wypukły lub wklęsły), Zamawiający uznał, iż przewody, które będą

dostarczane nie będą prawidłowo oznakowane. Z tego powodu Zamawiający nie przeprowadził próby i odrzucił ofertę Odwołującego. Złożone karty katalogowe potwierdzają zgodność oznaczenia z wymaganiami Zamawiającego opisanymi w OPZ – Część III, ust. 2 pkt 4 i to na podstawie tych dokumentów Zamawiający miał dokonać oceny zgodności z warunkami zamówienia. Wzorce próbne nie stanowiły treści oferty, nie były przedmiotowym środkiem dowodowym i składane były w innym celu, niż weryfikacja prawidłowości oznaczenia opony przewodu.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania (pismo z 7.05.2023 r.).

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego Wykonawca TeleFonika Kable S.A. z siedzibą w Myślenicach.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania zarzutów w odwołaniu zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.), obowiązującej w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, zwana dalej Ustawą.

Odwołanie nie podlegało odrzuceniu.

Rozpoznając odwołanie Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy, w tym specyfikację warunków zamówienia, ofertę Odwołującego i dokumenty złożone w postępowaniu przetargowym, w zakresie związanym z podstawą zarzutów odwołania.

Izba ustaliła i zważyła.

Zamawiający podzielił przedmiot zamówienia na części. Część nr 5 obejmuje przewody oponowe elektroenergetyczne gumowe. W zestawieniu asortymentowym wymienione zostały 23 typy przewodów o różnych parametrach i przekrojach, w tym również poniżej 10 mm².

Zgodnie z części III – OPZ Zamawiający wymagał dla przewodów o przekroju powyżej 10 mm² czytelnego i trwałego oznakowania zawierającego w szczególności: nazwę producenta, typ, kabla, przekrój i ilość żył, napięcie znamionowe, rok produkcji, znak dopuszczenia. Za trwałe oznakowanie Zamawiający uznał oznaczenie wykonane w sposób wypukły lub wklęsły, które pozwoli zidentyfikować kabel, przewód w trudnych warunkach podziemia kopalń węgla kamiennego (ust. 2 pkt 4). Przewody z zadania nr 5 muszą posiadać izolację

wykonaną z gumy izolacyjnej spełniającej wymagania normy PN-89/E-29100 lub równoważnej.

Zamawiający wskazał w ust. 12 jakie dokumenty i oświadczenia należało złożyć w przypadku oferowania produktu równoważnego, obejmujące zestawienie w formie tabeli porównujące parametry wyrobu, a także dokumenty potwierdzające parametry – deklaracje, atesty, karty katalogowe, itp. Dla przewodów typu OnGcekzi-G..., OnGcekż-GW... oraz OnG... (objętych części 5 zamówienia) Zamawiający wymagał również dostarczenia wraz z ofertą technologii napraw/łączenia „na gorąco” opracowanej przez Wykonawcę i opisał szczególne wymagania w tym zakresie (ust. 14). Obejmują one m.in. przeprowadzenie próby zastosowania technologii w siedzibie Zamawiającego zakończonej pozytywnym wynikiem rozumianym, jako właściwe zwulkanizowanie przewodu, na opisanych w lit. od a) do i) zasadach. Zgodnie z lit. 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”. Zgodnie z lit. d) *wzorce próbne zostaną sprawdzone pod względem zgodności z dostarczoną dokumentacją oraz wymaganiami OPZ. Ponadto, wzorce próbne stanowiąc 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.*

W rozdziale VI, część I swz – IDW Zamawiający żądał przedmiotowych środków dowodowych w celu potwierdzenia zgodności oferowanych dostaw z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub kryteriami oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia. Zamawiający żąda złożenia przedmiotowych środków dowodowych w postaci dokumentów, o których mowa w ust. 4, część III SWZ „Opis Przedmiotu Zamówienia”, a także w ust. 12, 13 i 16, część III „Opis Przedmiotu Zamówienia” – jeżeli dotyczy. Przedmiotowe środki dowodowe należało złożyć wraz z ofertą.

W dniu 9.01.2023 r. nastąpiło otwarcie ofert. Na zadanie nr 5 złożone zostały trzy oferty.

Odwołujący zaoferował na zadanie nr 5 produkt równoważny wykonany w innej technologii, niż opisany przedmiot zamówienia, tj. przewody oponowane ekranowane wykonane z elastycznego materiału polimerowego typu FLEX (zamiast izolacji i opony z gumy). Do oferty załączył m.in. karty katalogowe, atesty, opinie, deklaracje zgodności oraz *szczegółowy opis technologii naprawy i łączenia przewodów oponowych typu OnGcekż-G FLEX 0,6/1 kV, OnGcekż-GW FLEX 0,6/1 kV, OnGcekzi-G FLEX 0,6/1 kV, OnGcekzi-GW FLEX 0,6/1 kV,*

O2nGcekż-G FLEX 0,6/1 kV, O2nGcekż-GW FLEX 0,6/1 kV, OnZGcekż-G(A) 0,6/1 kV FLEX, OnZGcekż-GW(A) FLEX 0,6/1 kV Produkcji Rogum Kable Sp. z o.o. z Pruszcza Gdańskiego metodą termiczną.

Pismem z dnia 8.03.2023 r. Zamawiający wskazał Wykonawcy do przeprowadzenia próby przewody oferowane i wskazane w poz. 20 lub 21 – typ OnGcekż-GW FLEX, do wyboru Wykonawcy, wyznaczając termin przeprowadzenia próby na dzień 14.03.2023 r. Zamawiający nie wyraził zgody na przesunięcie terminu przeprowadzenia próby na dzień 15.03.2023 r. Wykonawca wystosował jeszcze dwa pisma do Zamawiającego. Jedno z nich dotyczyło min. prośby o wyznaczenie nowego, minimum 7 dniowego, terminu na wykonanie próby, a kolejne informowało o wyprodukowaniu kabla (wzorca próbnego) zgodnego z wymaganiami SWZ, gotowego do wykonania próby. Oba powyższe pisma pozostały bez odpowiedzi ze strony Zamawiającego.

Wykonawca dostarczył wzorce próbne przewodu oponowego typ OnGcekż-G FLEX, oba o przekroju powyżej 10 mm².

Z uwagi na stwierdzoną niezgodność wzorców z wymaganiami OPZ Zamawiający odstąpił od przeprowadzenia próby, uznając iż nie może dopuścić omawianych wzorców do próby, a wyniki tej próby byłby z góry przesądzone jako negatywne.

Pismem z dnia 14.04.2023 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Ustawy. Zamawiający wskazał na niezgodność dostarczonych przez Wykonawcę wzorców próbnych przewodów, które nie spełniały wymagań określonych w części III pkt 2 ppkt OPZ:

kable i przewody (w ramach zadania 5 (o przekroju powyżej 10 mm²) oraz zadań 6 i 8) muszą posiadać czytelne i trwałe oznakowanie zawierające w szczególności: nazwę producenta, typ kabla, przekrój i ilość żył, napięcie znamionowe, rok produkcji, znak dopuszczenia – dotyczy ust. 2. pkt. 1. Za trwałe oznakowanie Zamawiający uznaje oznakowanie wykonane w sposób wypukły lub wklęsły, które pozwoli zidentyfikować kabel, przewód w trudnych warunkach kopalń węgla kamiennego.

Wykonawca dostarczył w/w przewody oznaczone nadrukiem atramentowym co jest niezgodne z wymaganiami Zamawiającego opisanymi w części III SWZ – Opisie przedmiotu zamówienia, gdzie Zamawiający jednoznacznie wymagał jako trwałego oznakowania – oznakowania w sposób wklęsły lub wypukły, które pozwoli zidentyfikować kabel, przewód w trudnych warunkach kopalń węgla kamiennego. Z powodu tej niezgodności Zamawiający odstąpił od próby. Ponieważ wzorce próbne są powiązane z przedmiotem zamówienia, jako środki mające potwierdzać zgodność oferowanego rozwiązania z OPZ, Zamawiający uznał, iż nie był uprawniony do żądania wymiany przedmiotowego środka dowodowego,

niepełniającego wymagań na inny spełniający wymagania. Stwierdzenie niezgodności przedmiotowego środka dowodowego z wymaganiami Zamawiającego skutkuje odrzuceniem oferty ze względu na jej niezgodność z warunkami zamówienia.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający dodatkowo wskazał, iż dostarczone wzorce przewodów nie odpowiadały typom wskazanym w wezwaniu (nie były wodoszczelne), co nie stanowiło ostatecznie podstawy odrzucenia oferty Odwołującego.

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Na wstępie należy wskazać, iż skład orzekający oceniając czynności Zamawiającego związany był uzasadnieniem odrzucenia oferty Odwołującego i przywołanymi w podstawie tej decyzji okolicznościami, które miały wskazywać na niezgodność oferty Wykonawcy z warunkami zamówienia. To uzasadnienie odrzucenia oferty stanowi podstawę dla wniesienia odwołania i w oparciu o okoliczności podane przez zamawiającego wykonawca może ocenić, czy zachodzi możliwość wzruszenia decyzji, jak również formułowane są zarzuty i żądania. Tym samym Izba nie odniosła się do podniesionej dopiero w odpowiedzi na odwołanie okoliczności braku zgodności złożonych wzorców próbnych ze wskazanym w wezwaniu typem przewodów.

Uwzględniając zatem uzasadnienie decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, wyłączną podstawą na jakiej Zamawiający opierał zarzut braku zgodności oferty z wymaganiami, było przedłożenie wzorca próbnego niezgodnego z wymogiem dotyczącym sposobu oznaczenia przewodu, co zdaniem Zamawiającego oznaczało, iż przedmiotowy środek dowodowy nie mógł podlegać uzupełnieniu, a ofertę należało odrzucić bez przeprowadzenia próby.

Zasadniczym dla rozstrzygnięcia było odniesienie się do zapisów swz w zakresie, w jakim Zamawiający opisał sposób oceny oferty obejmującej produkt równoważny do objętych zadaniem nr 5 – przewodów typ OnGceki-G..., OnGceki-GW... oraz OnG... Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego traktował bowiem wzorzec próbny, jako przedmiotowy środek dowodowy mający potwierdzać zgodność oferowanych przewodów z wymaganiami zamówienia i na tej podstawie uznał, iż oferta podlega odrzuceniu jako niezgodna z warunkiem dotyczącym sposobu oznaczenia produktu na oponie.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do znaczenia wzorca próbnego składanego na wezwanie po terminie składania ofert należy wskazać, iż żądany był on wyłącznie wobec produktu równoważnego, co Zamawiający tłumaczył potrzebą sprawdzenia technologii napraw/łączenia „na gorąco”. Wynika to zarówno z zapisów swz, jak i spójnych stanowisk stron prezentowanych w toku postępowania odwoławczego. Zgodnie z swz (część I i III)

przedmiotowe środki dowodowe wskazane zostały jako dokumenty wymienione o odpowiednich ustępach, części III swz, ust. 4, 12, 13 i 16, co w przypadku zaoferowania produktu równoważne stanowiącego przedmiot zamówienia objętego częścią 5 zamówienia, odnosiło się do dokumentów składanych wraz z ofertą wymienionych w ust. 4, 12 i 13. Potrzeba przeprowadzenia próby wskazana w ust. 14 została powiązana ze sprawdzeniem technologii łączenia/naprawy „na gorąco” wskazanej w dokumencie złożonym przez Odwołującego w ofercie, tj. *Szczegółowy opis technologii (...)*. Zamawiający określił również, iż wynikiem pozytywnym próby będzie właściwe zwulkanizowanie przewodu. Powyższe prowadzi do wniosku, iż przewidziana w ust. 14 próba miała związek wyłącznie ze sprawdzeniem technologii łączenia przewodów i ich naprawy, a składane wzorce próbne miały umożliwić Zamawiającemu weryfikację produktu pod kątem wykonania procesu naprawy/łączenia zgodnie z przedłożonym dokumentem. Procedura ta nie stanowiła zatem wprost przedmiotowego środka dowodowego, którym na potrzeby potwierdzenia zgodności z wymaganiami był *Szczegółowy opis technologii (...)*. W ocenie składu orzekającego stanowiła jednak element oceny przedmiotowej zaoferowanych produktów, co wynika z zapisów swz, w których Zamawiający wskazał, iż brak uzyskania pozytywnego wyniku próby będzie stanowił podstawę do odrzucenia oferty. Zatem uzyskanie negatywnego wyniku próby uprawniałoby Zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy, jako niezgodnej z warunkami zamówienia. Taka sytuacja nie miała miejsca, gdyż Zamawiający odstąpił od przeprowadzenia próby wskazując na stwierdzoną w trakcie weryfikacji wzorca próbnego niezgodność z wymaganym sposobem oznaczenia produktu, co miało przesądzać o negatywnym wyniku próby. Tym samym dla oceny działań Zamawiającego należało odnieść się do kwestii formalnej związanej ze znaczeniem przedmiotowych środków dowodowych, które zostały złożone w ofercie i potwierdzały sposób oznaczenia zgodny z wymaganiami Zamawiającego (karty katalogowe) w zestawieniu z opisem zasad na jakich miała być przeprowadzona próba zastosowania technologii.

W ocenie składu orzekającego Zamawiający zgodnie z ustalonym w swz sposobem oceny oferty równoważnej żądał przedłożenia wzorca próbnego w celu przeprowadzenia próby zastosowania technologii napraw/łączenia „na gorąco”, a ustalone w rozwinięciu zasad tej próby wytyczne, należy interpretować pod kątem celu badania, jakim miało być wykonanie właściwego zwulkanizowania przewodu, a nie weryfikacja każdego innego parametru wyrobu równoważnego. Zamawiający w celu potwierdzenia zgodności z parametrami technicznymi żądał od Wykonawcy złożenia szeregu dokumentów i na tej podstawie mógł ocenić ofertę, jako zgodną lub nie z warunkami zamówienia. Zamawiający nie stwierdził żadnego odstępstwa od warunków zamówienia w oparciu o dokumenty złożone w ofercie, co zdaniem Izby prowadzić powinno do pozytywnej oceny sposobu oznaczenia produktu, gdyż w karcie

katalogowej w opisie *Znakowanie* wskazane zostało, iż *Każdy przewód posiada czytelny i trwały nadruk powtarzający się cyklicznie, wydrukowany lub wytłoczony (w przewodach z żyłami roboczymi od 10 mm²) wzdłużnie na oponie zawierający w szczególności: nazwę producenta, typ kabla/przewodu, przekrój, ilość żył, napięcie znamionowe, identyfikator, rok produkcji oraz metraż dostarczanego odcinka.*

Mając na uwadze charakter próby, ocenie mogły zostać poddane wyłącznie wybiórczo wskazane przez Zamawiającego typy przewodów i co ważne próba została zdeterminowana zakresem badania ograniczonego do zastosowania technologii naprawy/łączenia „na gorąco”. W ocenie składu orzekającego zapis z ust. 14 lit. d) odnoszący się do badania zgodności wyrobu z dokumentacją oraz wymaganiami OPZ należy odnosić tylko do tych związanych z takim zakresem badania, a nie zgodnością z każdym innym warunkiem granicznym, w tym dotyczącym sposobu oznaczenia przewodu. W ocenie składu orzekającego pierwszeństwo miały dokumenty żądane w celu wykazania zgodności z parametrami (deklaracje, atesty, karty katalogowe), a wzorce próbne (ograniczone do wskazanych dwóch typów przewodów) miały na celu sprawdzenie sposobu wykonania naprawy/łączenia „na gorąco”, co pozwala odnieść wynik badania do całego zakresu zadania, gdyż związane jest z jedną, wspólną technologią opracowaną przez wykonawcę dla całej gamy produktów. Warunek dotyczący oznaczenia miał natomiast ograniczenie do produktów o przekroju powyżej 10mm², co oznaczało, że jego weryfikacja w oparciu o wybrany asortyment nie mogła mieć odniesienia do każdej z pozycji objętej zadaniem nr 5.

W ocenie składu orzekającego zapisy swz nie mogą prowadzić do niejasności zasad oceny ofert. Skoro zamawiający opisał wzorzec próbny na potrzeby oceny zastosowania technologii naprawy/łączenia, to nie może następnie wywodzić sprzecznych z treścią dokumentów potwierdzających parametry techniczne wyrobu wniosków. Ogólny zapis opisujący zasady na jakich miało być przeprowadzone badanie produktu równoważnego, dotyczący zgodności dostarczonego wzorca z dokumentacją i wymaganiami OPZ nie został w żaden sposób sprecyzowany przez wskazanie jakich konkretnie parametrów miałyby dotyczyć badanie wzorca. Skoro Zamawiający żądał złożenia wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych w celu potwierdzenia zgodności z parametrami zamówienia, to ocena zaoferowanych wyrobów powinna być związana z oceną złożonych dokumentów. W przypadku wątpliwości Zamawiający powinien skorzystać z uprawnień do żądania wyjaśnień lub uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, co opisał w części I swz.

Wykonawca nie może być zaskakiwany wykładnią postanowień swz, która prowadziłyby w zasadzie do uznania, iż tylko produkt równoważny wymagałby sprawdzenia przez ocenę wzorca próbnego pod kątem zgodności z wszystkimi parametrami wymaganymi, które nie są związane ze stosowaniem technologii naprawy/łączenia na gorąco. Prowadziłyby to do

nierównego traktowania wykonawców, gdyż inni dostawcy nie mieliby potrzeby wykazywania zgodności oferowanych dostaw inaczej, niż w drodze oświadczenia i dokumentów, a wykonawca oferujący produkt równoważny, potwierdzający jego parametry dokumentami wprost żądanym w OPZ, miałby następnie wykazywać każdy parametr wzorcem próbnym, która to procedura została wprowadzona wyłącznie w celu sprawdzenia technologii łączenia „na gorąco”. Nie bez znaczenia pozostaje również okoliczność, iż wzorec próbny musiał zostać przygotowany na wezwanie Zamawiającego, w którym dopiero zostało sprecyzowane dla jakiego typu przewodu należało przedstawić wzorec. Zamawiający nie wskazał bowiem w swz konkretnych wiążących wykonawcę wskazań, a tym samym argument Zamawiającego związany z czasem jaki Wykonawca miał na przygotowanie wzorca (licząc od dnia złożenia oferty) nie może o niczym przesądzać. Ponadto, należy wskazać, iż specyfika zamówienia determinowana konkretnym zamówieniem powoduje, że produkty dostarczane wymagają uruchomienia produkcji na potrzeby zamówienia i nie są to produkty z tzw. „półki”. W sytuacji gdy sposób znakowania produktu może być różny – co wynika z zapisów karty katalogowej, nie można wykluczyć, iż dostarczony wzorec pochodził z produkcji, która nie była dostosowana do wszystkich wymagań obecnego zamówienia, co jednak nie oznacza, iż produkt nie będzie spełniał tych wymagań. Jak wynika z wyjaśnień Odwołującego, dostawa będzie wymagała uruchomienia produkcji przewodu na konkretne zamówienie, a tym samym dopiero na etapie produkcji można będzie dostosować sposób oznaczenia do wymagań Zamawiającego. Należy zauważyć, iż Wykonawca zgłaszał Zamawiającemu potrzebę wydłużenia terminu na przedstawienie wzorca próbnego, co tłumaczył potrzebą jego przygotowania. Zamawiający nie odpowiedział na ten wniosek.

Powyższe, w ocenie składu orzekającego, prowadziło do uznania, iż Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego, jako niezgodną z warunkiem dotyczącym sposobu oznaczenia produktu, nie miał podstaw do uznania, iż Wykonawca nie potwierdził przedmiotowymi środkami dowodowymi, iż produkt nie spełnia wymagań zamówienia. Dokumenty złożone wraz z ofertą nie budzą wątpliwości i takich nie miał również sam Zamawiający. Złożony natomiast wzorec próbny został przygotowany w celu sprawdzenia technologii łączenia/naprawy „na gorąco” i temu miał służyć. W przypadku wątpliwości co do treści przedmiotowych środków dowodowych Zamawiający miał możliwość wyjaśnienia z Wykonawcą rozbieżności złożonego wzorca, tak aby móc zweryfikować aktualność informacji prezentowanych w kartach katalogowych. Zamawiający takich działań nie podjął, a tym samym nie wykazał na jakiej podstawie można odmówić skuteczności złożonych przedmiotowych środków dowodowych. Sama ocena wzorca próbnego nie mogła prowadzić do podważenia treści dokumentu, gdyż jak wskazano powyżej wzorec miał inny cel niż ocena zgodności produktu z wszystkim wymaganiami Zamawiającego.

W świetle powyższego odwołanie zasługiwało w całości na uwzględnienie, a oferta Odwołującego podlegać powinna ponownie badaniu i ocenie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. § 5, § 7 ust 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437). Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego wpis oraz uzasadnione koszty Odwołującego obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości ustalonej na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy.

Przewodniczący: