

**Sygn. akt: KIO 1335/19**

**WYROK  
z dnia 30 lipca 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Ernest Klauziński**

**Protokolant: Klaudia Ceyrowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 lipca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lipca 2019 r. przez wykonawcę: Elektromontaż-Lublin Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Tauron Dystrybucja S.A. z siedzibą w Krakowie przy udziale wykonawcy ZPUE S.A. z siedzibą we Włoszczowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1335/19 po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 zł (piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2 zasądza od Odwołującego Elektromontaż-Lublin Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie na rzecz wykonawcy ZPUE S.A. z siedzibą we Włoszczowie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) 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

Tauron Dystrybucja S.A. z siedzibą w Krakowie (dalej Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm., dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Dostawa stacji transformatorowych prefabrykowanych SN/nN na potrzeby TAURON Dystrybucja S.A.”, nr sprawy 2018/TD-CN/TD-CN/04561/S, zwane dalej Postępowaniem. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14 grudnia 2018 r. pod numerem 2018/S 241-551660. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 15 lipca 2019 r. wykonawca Elektromontaż-Lublin Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie (dalej Odwołujący), wniósł odwołanie, w którym zaskarżył niezgodne z przepisami czynności i zaniechania Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 Pzp przez niezachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców tj. preferowanie wykonawcy ZPUE S.A. z siedzibą we Włoszczowie (dalej: Przystępujący) przez akceptację jego oferty mimo jej niezgodności z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia (Dalej: SIWZ) oraz zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego mimo spełnienia wymogów zawartych w złożonych dokumentach i wyjaśnieniach oraz przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego mimo, że jej treść nie odpowiadała wymogom zawartym w SIWZ.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
3. odrzucenia z postępowania oferty Przystępującego,
4. powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów i okoliczności podniesionych w odwołaniu,
5. dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Ponadto Odwołujący wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwoty wpisu oraz uzasadnionych kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą,

w tym ewentualnych kosztów zastępstwa procesowego.

Ze względu na styl i składnię języka, jakim posłużył się Odwołujący poniżej przytoczone zostało całe uzasadnienie odwołania bez zmian stylistycznych i interpunkcyjnych:

- I. Oferta według Odwołującego została niezasadnie uznana za niezgodną z SIWZ tj. Załącznikiem nr 2 - „Wymaganiami jakości” pkt 1.3.1 (zał. Nr 4.3) w zakresie braku w Deklaracji Zgodności Nr E-11/03/19-K/011 dla rozdzielnic nN typu RNL (zał. Nr 4.4) wymagania łukoochronności wg [N38] PN-E-05163:2002 (zał. Nr 4.2), ponieważ:
  1. Powyższa norma wymaga w rozdzielnic nN łukoochronnej, stosowania osłon od jej frontu o stopniu ochrony tak aby cyt.: „Zastosowane środki ochrony osób powinny być skuteczne”, a w treści SIWZ Zamawiający zawarł zapisy sprzeczne do wymaganej normy tj. PN-E-05163:2002.

Dowody:

- a) Poz. 12 tabeli nr 5.12.1.2 strona 27 „Wymagania techniczne” (zał. Nr 4.5), gdzie stopień ochrony określono na min IP2X. Doświadczenie pokazuje, że stopień ochrony IP2X nie zapewnia dodatniego wyniku badania łukoochronności,
- b) na rysunkach: nr 5.12.2.1 strona 29 „Wymagania techniczne” i nr 6.2 „załącznika nr 4 - Rysunki” (zał. Nr 4.6), gdzie zobrazowano elewacje rozdzielnic bez stosowania koniecznych osłon w przedziałach zasilającym od agregatu oraz odpływowego,
- c) w pkt 5.12.6.2, strona 30 „Wymagania techniczne” (zał. Nr 4.7) cyt. - „Każde rezerwowe pole odpływowe, które nie będzie wyposażone w rozłączniki bezpiecznikowe powinno być oddzielnie zabezpieczone nieruchomą osłoną z materiału izolacyjnego” nie stanowi osłony łukoochronnej,
- d) w pkt 5.12.9.2, strona 31 „Wymagania techniczne” (zał. Nr 4.8) cyt. - „Przekładniki powinny być zabezpieczone przystosowaną do plombowania osłoną z przezroczystego materiału izolacyjnego umożliwiającą odpowiednią wentylację”, która również nie stanowi osłony łukoochronnej w rozumieniu ww. normy,
- e) w załączniku nr 5 „Charakterystyki technicznej” wiersz 189 (zał. Nr 4.17) - określono wymagany stopień ochrony obudowy rozdzielnic nN min. IP2X. Doświadczenie pokazuje, że stopień ochrony IP2X nie zapewnia dodatniego wyniku badania łukoochronności,
- f) Polska Norma PN-E-05163:2002 nie jest normą w pełnym słowa znaczeniu, jest to tylko nieobowiązkowy raport techniczny cyt.: „Niniejszy raport jest raportem technicznym typu 3 i ma charakter wyłącznie informacyjny. Nie jest przewidziane przyjęcie go jako normy międzynarodowej. Celem raportu jest podanie wytycznych dotyczących metody badania rozdzielnic i sterownic niskonapięciowych osłoniętych,

w warunkach wyładowania łukowego w powietrzu, powstałego w wyniku zwarcia wewnętrznego. (...) Badanie to nie jest badaniem typu ani badaniem obowiązkowym. Jest to badanie specjalne, będące przedmiotem uzgodnienia między producentem, a użytkownikiem".

Wobec powyższych sześciu argumentów potwierdzających w SIWZ, że rozdzielnica nN nie jest łukochronną podkreślenia wymaga, iż wymóg łukochronności zawarty został jedynie w Załączniku Nr 1 „Wymagania techniczne” - „Normy i dokumenty” w [N38] „PN-E 05163:2002 - wersja polska: „Rozdzielnice i sterownice niskonapięciowe osłonięte - Wytyczne badania w warunkach wyładowania łukowego, powstałego w wyniku zwarcia wewnętrznego”. Do tej normy i innych odwołuje się załącznik nr 2 „Wymagania Jakości” poprzez pkt 1.3.1 w oparciu, o który Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego.

Wskazać należy, że norma PN-E-05163:2002 była kilkakrotnie przez Zamawiającego przywoływana w SIWZ dot. przetargów opartych o ustawę Pzp. Zamawiający po raz kolejny ujął ją w postępowaniu przetargowym, którego dotyczy niniejsze odwołanie. Potwierdzeniem powyższego są publiczne postępowania przetargowe ogłaszane przez TAURON Dystrybucja S.A. na dostawę stacji transformatorowych nr: 2016/TD-CN/TD-CN/00798/S dotyczącego Części 1, 2 i 3 oraz 2016/TD-CN/CNULZ/04972/S dotyczącego Części 1 i 2.

Dowody:

Załączniki do wymagań technicznych z postępowania nr 2016/TD-CN/TD-CN/00798/S dotyczącego Części 1, 2 i 3:

- a. Normy i dokumenty - zał. nr 4.1
- b. Wymagania Jakości - zał. nr 4.2
- c. Certyfikat Zgodności DN/091-1/2016 z oferty ZPUE S.A. - zał. nr 4.3
- d. Deklaracja Zgodności dla rozdzielnicy RN-W ZPUE S.A. - zał. nr 4.4

Załączniki do wymagań technicznych z postępowania nr 2016/TD-CN/CNULZ/04972/S dotyczącego Części 1 i 2:

- e. Normy i dokumenty-zał. nr 4.5
- f. Wymagania Jakości - zał. nr 4.6

Wobec powodów przytoczonych w pkt 1 i 2 oraz tego, że norma na stacje transformatorowe PN-EN 62271-202:2014-12 nie wymaga stosowania rozdzielnic nN w obudowie łukochronnej, bez wcześniejszego kierowania dodatkowych pytań dotyczących celowości stosowania normy PN-E-05163:2002, złożyliśmy ofertę w dniu 08.02.2019 r.

3. Zamawiający w wezwaniu z dnia 18.04.2019r. znak TD/UZA/JP/96/2019 zażądał od Odwołującego między innymi następującego wyjaśnienia:

8. Zgodnie z pkt 1.3.1. Załącznika nr 2 do Wymagań technicznych Zamawiający wymagał dla rozdzielnicy nN Deklaracji Zgodności z normami PN-EN 50274:2004, PN-EN 61439-

1:2011, PN-EN 61439-2:2011, PN-E 05163:2002 1 PN-EN 61140:2016-07. W Deklaracji Zgodności nr E-11/03/19-K/011 podano normy PN-EN 61439-1:2011, PN-EN 61439-2:2011 i PN-EN 60529:2003. Prosimy o wyjaśnienie.

Odwołujący na powyższe wezwanie dnia 30.04.2019 r. udzielił poniższej odpowiedzi:

Zgodnie z pkt 1.3.1 Załącznika nr 2 do SIWZ Deklaracja Zgodności na rozdzielnicę nN winna być zgodna z normami: PN-EN 50274:2004, PN-EN 61439-1:2011, PN-EN 61439-2:2011, PN-EN 05163:2002 i PN-EN 61140:2016-07. Natomiast stawiane rozdzielniczy Wymagania Techniczne:

- w tabeli 5.12.1.2, gdzie określono stopień ochrony min. IP2X,
- na rysunku 5.12.2.1,
- na rysunkach 6.1, 6.3,
- w pkt 5.12.6.2 „Każde rezerwowe pole odpływowe, które nie będzie wyposażone w rozłączniki bezpiecznikowe powinno być oddzielnie zabezpieczone nieruchomą osłoną z materiału izolacyjnego”,
- w pkt 5.12.9.2. „Przekładniki powinny być zabezpieczone przystosowaną do plombowania osłoną z przezroczystego materiału izolacyjnego umożliwiającą odpowiednią wentylację”,
- załącznika nr 6 do SIWZ stoją w sprzeczności do wymagania łukoochronności zawartego w normie PN-E 05163:2002.

Zgodnie z normą PN-EN 62271-202:2014-12 - Wysokonapięciowa aparatura rozdzielcza i sterownicza - Część 202: Stacje transformatorowe prefabrykowane wysokiego napięcia na niskie napięcie, nie wymaga aby rozdzielnica nN była badana pod kątem wymagań zawartych w normie PN-E 05163:2002. Spowodowane jest to brakiem wytycznych w treści normy PN-EN 62271-202:2014-12 odnośnie badania rozdzielniczy nN oraz transformatora nN pod kątem działania tuku wewnętrznego.

Rozdzielnica nN może być zasilana z trzech stron: od strony transformatora, od strony przyłącza agregatu i od strony łączników odpływowych. We wszystkich wymienionych przypadkach rozdzielnica nN jest zasilana przez obwód zabezpieczony bezpiecznikiem topikowym tj. od strony:

n transformatora, bezpieczniki topikowe zlokalizowane są w polu transformatorowym rozdzielniczy SN chroniąc przed skutkami zwarć i przeciążeń transformator oraz rozdzielnicę nN,

0 przyłącza agregatu, bezpieczniki topikowe zlokalizowane są rozłączniku bezpiecznikowym listwo wy rozdzielniczy nN chroniąc rozdzielnicę nN przed skutkami zwarć i przeciążeń,

- odpływów, bezpieczniki topikowe zlokalizowane są w rozłącznikach listwowych rozdzielniczy nN chroniąc rozdzielnicę nN przed skutkami zwarć i przeciążeń.

Nadmienimy, że podstawową cechą bezpieczników topikowych jest bardzo szybka reakcja na prądy zwarciove powstające za bezpiecznikiem poniżej 10 ms gdzie norma PN-E 05163:2002 określa czas trwania badania mieszczący się w zakresie od 100 ms do 500 ms. Mając na uwadze najszybszy czas równy 100 ms, który jest dziesięciokrotnie dłuższy od czasu zadziałania bezpiecznika topikowego, energia wydzielona podczas zwarcia będzie co najmniej 10 razy mniejsza od energii wydzielonej podczas zwarcia bez zabezpieczenia bezpiecznikami topikowymi.

W nawiązaniu do powyższego załączamy Deklarację Zgodności dla rozdzielnicy nN zgodną z normami: PN-EN 50274:2004, PN-EN 61439-1:2011, PN-EN 61439-2:2011 i PN-EN 61140:2016-07 - załącznik 2.5.

4. Dnia 5.07.2019 r., po trzech miesiącach, Zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej informację o wyborze najkorzystniejszej tj. oferty ZPUE S.A. Włoszczowa jako spełniającej wszystkie wymagania SIWZ. Jednocześnie oferta Elektromontaż-Lublin Sp. z o.o. z powodu nie ujęcia w Deklaracji Zgodności normy PN-E-05163:2002 została odrzucona.

Argumentem w ocenie Odwołującego na niezasadność odrzucenia jego oferty jest brak celowości stosowania normy PN-E 05163:2002 dot. łukoochronnej obudowy rozdzielnicy nN z uwagi, że zaoferowana przez Odwołującego stacja transformatorowa typu STLmb-3,6 posiada badania łukoochronne typu 1AC A + B 16kA/1s. Stanowi to o zastosowaniu bezpiecznego dla obsługi i osób postronnych produktu nawet przy otwartych drzwiach stacji transformatorowej pomimo braku łukoochronności rozdzielnicy nN.

- II. Wskazujemy ponadto, że mimo informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty ZPUE S.A. Włoszczowa jako spełniającej wszystkie wymagania SIWZ, oferta ZPUE S.A. nie jest zgodna z SIWZ i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Powodem powyższego jest:

1. W załączonym do oferty ZPUE S.A. Certyfikacie Zgodności Nr 85/2017 na stację transformatorową MRW-bpp 20/630-3/5 wykazana rozdzielnica RN-W nie jest łukoochronna. Potwierdzeniem tego jest fakt, że cała rozdzielnica nN za wyjątkiem przedziału zasilającego od frontu posiada stopień ochrony IP2X.
2. Brak łukoochronności rozdzielnicy nN typu RN-W produkcji ZPUE S.A. potwierdza załączony rysunek nr 4, na którym brak jest wymaganych osłon w przedziale odbiorczym i agregatu. Ponadto w załączniku nr 5 Charakterystyki technicznej poz. 189 ZPUE S.A. określa stopień ochrony IP30 dla całej rozdzielnicy nN. Stanowi to sprzeczność z Certyfikatem Zgodności DN/204-3/2018 dla RN-W, w którym dla rozdzielnicy łukoochronnej stopień ochrony winien być IP4X.
3. Przytaczana przez Zamawiającego Norma PN-E-05163:2002 stanowi cyt.: „Próbka

do badań powinna być przyłączona i zasilana jak w normalnej eksploatacji. Jeżeli zasilanie jest przewidywane z kilku stron, należy wybrać zasilanie z tej strony, które prawdopodobnie będzie powodować większe narażenie(a)". W naszej ocenie największe narażenie będzie powodował przedział agregatu, który także należy do przedziałów zasilających i posiada stopień ochrony gorszy niż IP4X co stwarza większe niebezpieczeństwo niż przedział zasilający.

W wykazanej rozdzielnicy produkcji ZPUE S.A. typu RN-W wyładowanie łukowe było zainicjowane w przedziale zasilającym od transformatora, a nie w przedziale agregatu

Dowody:

Certyfikat Zgodności Nr 85/2017 - zał. nr 4.7

Rysunek Nr 4 Widok rozdzielnicy nN typu RN-W- zał. Nr 4.8

Załącznik nr 5 Charakterystyka techniczna do SIWZ z oferty ZPUE S.A - zał. Nr 4.9

Certyfikat Zgodności DN/204-3/2018 - zał. Nr 4.10

4. Załączone przez ZPUE S.A. do oferty 13 deklaracji zgodności (zał. Nr 4.20) nie są zgodne z SIWZ w zakresie pkt.1.3.2 Załącznika nr 2 do Wymagań Technicznych, a mianowicie:
  - a) Deklaracja Zgodności nr TF5/0291/18 na kabel SN typu YAHKXS - brak dat wydania norm oraz ich tytułów,
  - b) Deklaracja Zgodności nr CD\_21936\_3 na sensor prądowy - brak dat wydania norm
  - c) Deklaracja Zgodności nr 1990/2016 na przekładnik prądowy - brak dat wydania norm,
  - d) Deklaracja Zgodności nr TF3/UE/0041.5 na kable nN 0,6/1kV - brak dat wydania norm,
  - e) Deklaracja Zgodności nr CE-DVC1-1-255(FM) na ogranicznik przepięć - brak tytułów norm,
  - f) Deklaracja Zgodności nr DP0031-00-rev.B na rozłączniki bezpiecznikowe - brak dat wydania norm,
  - g) Deklaracja Zgodności nr DP0064-02-rev.A na rozłączniki bezpiecznikowe - brak dat wydania norm,
  - h) Deklaracja Zgodności nr 10/19 na głowice kablowe GCS, GWS - brak dat wydania norm oraz ich tytułów,
  - i) Deklaracja Zgodności nr 11/19 na głowice kablowe CTS630 - brak dat wydania norm oraz ich tytułów,
  - j) Deklaracja Zgodności nr 13/19 na ograniczniki SN - brak dat wydania norm oraz ich tytułów,
  - k) Deklaracja Zgodności nr 48/19 na głowice kablowe CHE-I - brakuje dat wydania norm oraz ich tytułów,

- l) Deklaracja Zgodności nr 3638/21.05.2019 na bezpieczniki SN - brak dat wydania norm oraz ich tytułów,
- m) Deklaracja Zgodności nr spl/001/2019 na rozłącznik izolacyjny SIRCO - brak dat wydania norm oraz ich tytułów,

Powyższe niezgodności nie zostały zweryfikowane przez Zamawiającego w drodze oceny oferty ZPUE S.A.

III. W nawiązaniu do powyższego oraz poniżej przytoczonych argumentów Odwołujący stwierdza, że Zamawiający naruszył zasadę równego traktowania Wykonawców preferując ZPUE S.A. ponieważ:

1. W oparciu o przytoczone powyżej w pkt 1.2 fakty oraz dowody wyboru Zamawiającego zarówno w postępowaniu, którego dotyczy odwołanie jak i w poprzednich pozwoliły Odwołującemu wysnuć wniosek nierównego traktowania wykonawców przez Zamawiającego jednocześnie wskazują na naruszenie ustawy art. 7 ust. 1 Pzp.

Nie możemy tracić z pola widzenia, że pomimo wymagania przez Zamawiającego PN-E-05163:2002 w postępowaniu nr 2016/TD-CN/TD-CN/00798/S dotyczącego Części 1, 2 i 3, Zamawiający nie egzekwował jej od Wykonawców, w tym od spółki ZPUE S.A., która to złożyła wówczas najkorzystniejszą cenowo ofertę.

W konsekwencji powyższego Zamawiający zawarł dwie kilkuletnie umowy na dostawy stacji transformatorowych dla wszystkich jego oddziałów z zastosowaniem rozdzielnic nN nie spełniających wymagania łukoochronności na zgodność z normą PN-E-05163:2002. W kolejnym wymienionym postępowaniu nr 2016/TD-CN/CNULZ/04972/S dot. Części 1 i 2 w załączniku Nr 1 „Normy i dokumenty do Wymagań technicznych” Zamawiający przywołał ową normę jako [N38], natomiast nie wymagał jej w deklaracjach na rozdzielnicę nN w załączniku nr 2 „Wymagania Jakości do Wymagań technicznych”.

Można domniemać zatem, że jeśli najkorzystniejszą ofertę składa ZPUE S.A. Zamawiający nie żąda łukoochronności rozdzielnicy nN zgodnie z PN-E 05163:2002. Jeżeli natomiast najkorzystniejszą ofertę złożył Elektromontaż-Lublin Sp. z o.o. (tak jak w bieżącym postępowaniu) Zamawiający stawia inne wymagania w tym zakresie i korzysta z przysłowiowej „furtki” w postaci wymagania nieistotnej dla całego postępowania normy PN-E 05163:2002.

2. Podobny wniosek nierównego traktowania Wykonawców można wysnuć w oparciu o ocenę Zamawiającego oferty ZPUE S.A. powyżej opisaną w pkt 11, gdzie:

a) Zamawiający nie dostrzega niezgodności w złożonej ofercie ZPUE S.A. w zakresie normy PN-E 05163:2002, która była powodem odrzucenia oferty Odwołującego tj.:

- że cała rozdzielnica nN za wyjątkiem przedziału zasilającego od frontu posiada



stopień ochrony IP2X zgodnie z: rysunkiem nr 4, Certyfikatem Zgodności Nr 85/2017 i Certyfikatem Zgodności DN/204-3/2018,

- braku osłon w rozdzielnicy nN typu RN-W w przedziale odbiorczym i agregatu zgodnie z rysunkiem nr 4,
- różnych stopni ochrony na tę samą rozdzielnicę nN typu RN-W w Certyfikatach Zgodności i Charakterystyce technicznej poz. 189.

b) Zamawiający nie dostrzegł nieprawidłowości w trzynastu deklaracjach zgodności wykazanych w pkt 11.4 wymagających procesu dowodowego na ich zgodność z SIWZ pkt 1.3.2 Załącznika nr 2 - „Wymagania jakości” do Wymagań Technicznych nie wzywając ZPUE S.A. do ich wyjaśnienia lub uzupełnienia.

W konsekwencji powyższego, gdzie Zamawiający odrzuca znacznie tańszą ofertę w oparciu jedynie o brak jednej a nieistotnej (powyżej I.1.f) normy PN-E-05163:2002 dla rozdzielnicy nN, która jest tylko elementem stacji transformatorowej Odwołujący stwierdza nierówne traktowanie wykonawców przez Zamawiającego.

Zasada równego traktowania wykonawców oznacza bowiem jednakowe ich traktowanie na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także i środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji. Ustawa wskazuje na zapewnienie równego dostępu do istotnych dla postępowania informacji w jednakowym czasie, zawiera nakaz dokonywania oceny warunków oraz oceny ofert według wcześniej sprecyzowanych i znanych wykonawcom kryteriów, na podstawie dokumentów przedłożonych we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i ofercie.

3. Nadmieniamy jednocześnie, że w postępowaniu 2016/TD-CN/TD-CN/00798/S wyrokiem KIO 1345/16 z dn. 8.08.2016 r. ten sam Zamawiający dopuścił się nierównego traktowania wobec tych samych Wykonawców naruszając art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, gdzie aktualne przestanki ponownego wykroczenia, można przypuszczać są analogiczne.

Odwołujący stwierdza, że dotychczas Zamawiający nie dokonywał zakupu stacji transformatorowych z rozdzielnicami nN w obudowie łukochronnej poprzez ogłaszane przetargi. Tym samym żądanie przez Zamawiającego przedłożenia deklaracji zgodności spełniających wymogi normy PN-E-05163:2002 dla rozdzielnicy nN uważamy za nieistotne zarówno pod kątem jakości jak i konkurencyjności. Nadto, Zamawiający podczas procedowania niniejszego postępowania ogłosił i rozstrzygnął postępowania niepubliczne, gdzie wymogu w zakresie łukochronności nie stawiał wybierając naszą Spółkę do realizacji umowy. Nadmienimy, że brak łukochronnej obudowy rozdzielnicy nN nie zagraża w żadnym

stopniu bezpieczeństwu obsługi jak i osobom postronnym oraz prawidłowej realizacji zamówienia publicznego i nie powinno to być podstawą odrzucenia korzystniejszej oferty Elektromontaż- Lublin Sp. z o.o.

W opisanym powyżej stanie faktycznym - w ocenie Odwołującego - dokonana przez Zamawiającego czynność wyboru oferty ZPUE S.A. rażąco narusza przepisy ustawy Pzp, w tym w szczególności art. 7 ust. 1 poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ZPUE S.A. jako sprzecznej z wymaganiami SIWZ, bowiem gdyby Zamawiający w prawidłowy sposób ocenił treść dokumentów złożonych przez ZPUE S.A. powinien odrzucić jego ofertę jako niezgodną z SIWZ. Ponadto, w przypadku prawidłowej oceny złożonych ofert, to oferta Odwołującego powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

W świetle powyższej treści zajmujemy stanowisko, iż w powyższym wywodzie wykazane zostało nie tylko nierówne traktowanie Wykonawców jak również preferowanie przez Zamawiającego konkretnego wykonawcy tj. ZPUE S.A. z siedzibą we Włoszczowie, który to złożył mniej korzystną ofertę, w ocenie Odwołującego w znacznej kwocie.

Zamawiający 24 lipca 2019 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie i oświadczył, że uwzględnia je w całości.

Przystępujący 25 lipca 2019 r. wniósł pisemną odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie i wskazując ponadto:

W złożonej ofercie Odwołujący nie wykazał, że zaoferowana przez niego rozdzielnica była zgodna z normą PN-E-05163:2002 i nie przedstawił w tym zakresie wymaganej przez Zamawiającego Deklaracji zgodności. W złożonym odwołaniu przytoczył argumentację, która de facto podważała zasadność i prawidłowość wymagań Zamawiającego zawartych w SIWZ, nie dotyczyła zaś czynności badania i oceny złożonej oferty.

Zamawiający w Załączniku nr 2 — Wymagania techniczne, pkt 1.3.1 wymagał, dla rozdzielnicy nN Deklaracji Zgodności z normami: PN-EN 50274:2004, PN-EN 61439:2011, PN-EN 61439 - 2:2011, PN-E-05163:2002 i PN-EN 61140:2016 – 07. Odwołujący nie spełnił wymagania w zakresie Deklaracji zgodności z normą PN-E-05163:2002.

Formułowanie zarzutów dotyczących postanowień SIWZ na obecnym etapie postępowania było spóźnione. Odwołujący w pkt 1 odwołania wskazał, że SIWZ zawierała sprzeczne postanowienia, co do wymaganej normy i wskazał dowody na okoliczność sprzeczności postanowień odnoszących się do łukoochronności z wymaganym stopniem ochrony IP2X, oraz podważał zasadność wymagania Deklaracji Zgodności.

Ponadto Przystępujący wskazał, że Odwołujący nie udowodnił ani nie uprawdopodobnił podnoszonych zarzutów w sposób zgodny z art. 6 Kc.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, Izba zważyła, co następuje:**

Izba ustaliła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 Pzp, stanowiącego, że „Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy”, przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania.

W dniu 25 lipca 2019 r., podczas posiedzenia z udziałem stron, Przystępujący zgłosił sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego. Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Izba przeprowadziła dowód z wszystkich wskazanych przez Odwołującego i Przystępującego dokumentów znajdujących się w aktach postępowania.

**Zarzuty odwołania, tj. zarzuty naruszenia:**

- 1. art. 7 ust. 1 Pzp przez niezachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców tj. preferowanie Przystępującego przez akceptację jego oferty mimo jej niezgodności z postanowieniami SIWZ oraz zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,**
- 2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego mimo spełnienia wymogów zawartych w złożonych dokumentach i wyjaśnieniach oraz przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego mimo, że jej treść nie odpowiadała wymogom zawartym w SIWZ**

**nie potwierdziły się.**

Izba ustaliła, że część zarzutów odwołania została wniesiona po terminie określonym w art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp, który stanowi, że odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie:

10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8. Odwołujący negując czynność odrzucenia jego oferty z postępowania oparł się głównie na zarzutach skierowanych przeciwko niektórym postanowieniom SIWZ. Z tego względu, kierując się treścią art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp Izba uznała, że wszystkie zarzuty odwołania, które opierają się na bezpośrednim bądź pośrednim kwestionowaniu treści SIWZ zostały wniesione po terminie.

Izba nie odrzuciła ww. zarzutów na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp uznając za konieczne rozpoznanie ich na rozprawie. Uzasadnienie odwołania zostało sformułowane w wielu miejscach w sposób niejasny, zatem jego merytoryczne rozpoznanie było niezbędne, by jednoznacznie ocenić argumentację Odwołującego pod względem jej terminowości. W konsekwencji, Izba wydała merytoryczne rozstrzygnięcie oddalając, a nie odrzucając ww. zarzuty. Co za tym idzie Izba uznała, że nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez bezpodstawne odrzucenie z postępowania oferty Odwołującego. Okolicznością niesporną między stronami był fakt, że Odwołujący nie wykazał, że oferowana przez niego rozdzielnica nN była zgodna z normą PN-E-05163:2002 (Dalej: N38). Odwołujący dowodząc niezasadności odrzucenia własnej oferty wskazał, że Zamawiający, we wcześniej prowadzonych postępowaniach dotyczących dostaw podobnych przedmiotów zamówienia, nie wymagał spełnienia przez oferowany sprzęt normy N38. Wobec powyższego Odwołujący nie był przygotowany na konieczność wykazania zgodności swojej oferty z ww. normą, czego skutkiem było odrzucenie oferty Odwołującego. Izba uznała, że skoro Zamawiający zawarł w SIWZ postanowienia dotyczące konieczności spełnienia przez oferowany sprzęt normy N38, to obowiązkiem wykonawców było wykazanie spełnienia powyższego warunku – niezależnie od ewentualnej, dotychczasowej praktyki Zamawiającego. Jeśli Odwołujący nie zgadzał się z powyższym wymogiem miał prawo wnieść odwołanie przeciwko treści SIWZ w sposób zgodny ze wspomnianym wyżej art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp. Wymóg ten jednak nie został zaskarżony i stał się obowiązujący.

Odwołujący nie udowodnił żadnego z postawionych w odwołaniu zarzutów. Uzasadnienie niektórych zostało sprowadzone do deklaracji posiadania przez Odwołującego odpowiedniej wiedzy fachowej – nieprawidłowości opisane przez Odwołującego były nimi, ponieważ wynikało to z jego przekonania popartego wieloletnią praktyką zawodową. Jednak bogate doświadczenie nie zwalniało Odwołującego z wypełnienia obowiązku wyrażonego w art. 190 ust. 1 Pzp stanowiącego, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, a dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy

postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Tymczasem Odwołujący nie podjął nawet prób uprawdopodobnienia któregokolwiek z podnoszonych zarzutów. Biorąc pod uwagę, że opierały się one w znacznej mierze na wiedzy fachowej, nie na wiedzy powszechnie odstępnej, obowiązkiem Odwołującego było dołożenie szczególnej staranności w zakresie postępowania dowodowego. Tej staranności Odwołujący jednak nie dochował.

Równie istotnym powodem, dla którego odwołanie podlegało oddaleniu, był sposób uzasadnienia zarzutów i przedstawienia stanu faktycznego będącego podstawą tych zarzutów. Obowiązkiem odwołujących jest takie przedstawianie i uzasadnianie tez odwołania, by nie było konieczne dokonywanie przez Izbę wykładni treści odwołania dla odkodowania sensu, znaczenia oraz zakresu podnoszonych zarzutów. W przedmiotowej sprawie warunek ten nie został spełniony. W zestawieniu z chaotycznym sposobem przedstawienia argumentów na poparcie odwołania jaki zaprezentował Odwołujący w toku rozprawy, Izba nie była w stanie jednoznacznie określić, które z zarzutów dotyczą oferty Odwołującego, które oferty Przystępującego, a które stanowią polemikę z treścią SIWZ.

Odwołujący szczegółowo opisał wady, jakimi w jego ocenie była dotknięta oferta Przystępującego, ale nie wyjaśnił co stanowiło o tej wadliwości. Odwołujący powinien dokładnie określić na jakiego rodzaju odstępstwa od wymogów SIWZ pozwolił sobie Przystępujący przygotowując ofertę. Odstępstwa takie mogłyby zostać wykazane na przykład przez porównanie wymogów SIWZ z konkretnymi rozwiązaniami zaproponowanymi przez Przystępującego. Odwołujący powinien mieć także na uwadze, że niuanse techniczne, oczywiste dla specjalisty danej branży nie muszą być równie jednoznaczne dla osób nie zajmujących się zawodowo odpowiednią dziedziną techniki. Co za tym idzie, powinien w taki sposób uzasadnić stawiane Zamawiającemu zarzuty, by ich podstawy faktyczne były jasne dla każdego zainteresowanego.

Konsekwencją niejasnego sformułowania uzasadnienia odwołania oraz zaniechania udowodnienia podnoszonych zarzutów musiało być oddalenie odwołania.

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

.....