

**WYROK**

**z dnia 15 kwietnia 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **14 kwietnia 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 4 kwietnia 2011 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Elektromontaż Energetyka spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 52-014 Wrocław, ul. Opolska 140 (lider konsorcjum – pełnomocnik wykonawców), 2) Eltrans spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 41-506 Chorzów, ul. Inwalidzka 11** od czynności podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez zamawiającego, którym jest: **Kompania Węglowa Spółka Akcyjna, 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30**

przy udziale „**ELROW**” spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, 44-203 Rybnik, ul. **Brzezińska 8A**, zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a także dokonanie czynności odrzucenia oferty „ELROW” spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rybniku.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Kompanię Węglową Spółkę Akcyjną z siedzibą w Katowicach, i nakazuje:**
  - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty postępowania odwoławczego w wysokości 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero**

groszy) z kwoty wpisu uiszczanego w wysokości **20000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Elektromontaż Energetykę spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu oraz Eltrans spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **18600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Kompanię Węglową Spółkę Akcyjną z siedzibą w Katowicach** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Elektromontażu Energetyki spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu oraz Eltrans spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie,** stanowiącej koszty postępowania odwoławczego poniesione przez stronę z tytułu: uiszczanego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.
- 3) dokonać zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Elektromontażu Energetyki spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu oraz Eltrans spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie** kwoty **5000 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej kwotę nadpłaconego wpisu.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Kompania Węglowa S.A. z siedzibą w Katowicach – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego na dostawę pn. „Modernizacja rozdzielni głównych 6 kV RG-I i RG-II na powierzchni zakładu górniczego w KW S.A. Oddział KWK Knurów-Szczygłowice Ruch Szczygłowice” (nr sprawy 091000100/01).

25 marca 2011 r. (pismem datowanym na 24 marca 2011 r.) Zamawiający przekazał drogą faksową Odwołującemu – konsorcjum w składzie: Elektromontaż Energetyka spółka z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (lider konsorcjum) oraz Eltrans spółka z o.o. z siedzibą w Chorzowie (zwane dalej w skrócie „Konsorcjum”), zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez „ELROW” spółkę z o.o. z siedzibą w Rybniku (zwanej dalej w skrócie „ELROW”), zawierające również informację o sklasyfikowaniu oferty Odwołującego na drugim miejscu.

4 kwietnia 2011 r. (pismem z tej daty) Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższej czynności Zamawiającego, któremu zarzucił naruszenie przepisów ustawy pzp:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 2, poprzez brak jego zastosowania w sytuacji, w której treść oferty „ELROW” nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej w skrócie „s.i.w.z.”).
2. Art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 91 ust. 1 i art. 82 ust. 3, poprzez prowadzenie postępowania, a zwłaszcza badania i oceny ofert w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wszystkich wykonawców, w to miejsce dokonanie wyboru oferty „ELROW” podlegającej odrzuceniu.
3. Art. 89 ust. 1 pkt w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 5 oraz ust. 2 pkt 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz w związku z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z o ochronie konkurencji i konsumentów, *poprzez zaniechanie odrzucenia oferty i wykluczenia „ELROW” w sytuacji, w której złożenie tej oferty, jak też udział w postępowaniu, w którym uczestniczył już podmiot od niego (wzajemnie) zależny, w rozumieniu art. 4 pkt 3 i 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów – a to firma „Marat Rybnik” spółka z o.o. z siedzibą w Rybniku, stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, polegający na porozumieniu (zmowie przetargowej) tych dwóch oferentów, i uzgodnieniu przez nich treści składanych ofert, zwłaszcza w zakresie zaoferowanej ceny oraz uzgodnieniu*

*takich warunków ich wzajemnego udziału w postępowaniu oraz ewentualnego z niego wystąpienia w chwili sprzyjającej jednemu z nich, które umożliwiło bezpośredni wpływ na zasady ustalenia ostatecznej ceny nieodrzuconych ofert, a w konsekwencji ostateczny wynik postępowania; co utrudniało pozostałym wykonawcom możliwość skutecznego ubiegania się o zamówienie i stworzyło sytuację pośrednio narzucającą Zamawiającemu konieczność wyboru oferty jednego z tych dwóch przedsiębiorców, z uwagi na wywołaną działaniem tych podmiotów niemożliwość przeprowadzenia aukcji elektronicznej.*

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty „ELROW”.
2. Odrzucenia oferty „ELROW” na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp jako oferty niespełniającej warunków s.i.w.z. i z tej przyczyny podlegającej odrzuceniu, a względnie odrzucenie tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp, jako oferty, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.
3. Powtórzenia czynności badania i oceny pozostałych ofert, które nie podlegają odrzuceniu i w konsekwencji nakazanie dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Odwołujący wskazał między innymi następujące okoliczności prawne i faktyczne uzasadniające wniesienie odwołania.. Wybrana oferta nie spełnia warunków przewidzianych w treści s.i.w.z.:

- w zakresie dotyczącym obowiązku zapewnienia, że wszystkie przedziały rozdzielnic będą mieć drzwi otwierane na zawiasach oraz, że w związku z tym, będzie zapewniony łatwy dostęp do wnętrza rozdzielnic, tj. wypunktowania 4 oraz 6 pkt 2 opisujących wymagane *Dane konstrukcyjne i wyposażenie rozdzielnic 6kV RGEN* załącznika 6 do szczegółowego zakresu zamówienia pn. *Wymagania techniczne i konstrukcyjne dla rozdzielnic generatorowej RGEN do uwzględnienia przy projektowaniu*, a ponadto,
- w zakresie konieczności zastosowania obowiązkowych zabezpieczeń cyfrowych rozdzielnic o cechach i właściwościach określonych w treści załącznika 8 do szczegółowego zakresu zamówienia *Wymagania techniczne i konstrukcyjne dla zabezpieczeń w polach rozdzielnic głównej 6 kV RG sekcja I, II, III oraz rozdzielnic generatorowej RGEN do uwzględnienia przy projektowaniu*,  
przez co podlega odrzuceniu, stosownie do treści art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp.

W treści przywołanych postanowień s.i.w.z. Zamawiający zawarł szczegółowe wymogi i warunki techniczne, jakim oferowane urządzenia bezwzględnie muszą odpowiadać. Jednocześnie, zgodnie z postanowieniem rozdziału XVIII pkt 1 s.i.w.z., w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym w załączniku nr 1 do s.i.w.z. –

*Szczegółowy zakres zamówienia, I. Określenie przedmiotu zamówienia*, Zamawiający zawarł wymóg bezwzględnego dołączenia do oferty dokładnego opisu technicznego oferowanych rozdzielnic i wyłączników, ze szczególnym uwzględnieniem wymaganych przez Zamawiającego parametrów technicznych. W ten sposób Zamawiający zastrzegł, że nie dopuszcza doszukiwania się w całości złożonej oferty hipotetycznej woli wykonawcy, czy poprzestawania na ogólnych potwierdzeniach spełniania wymogów SIWZ, na wypadek niewłaściwego wypełniania obligatoryjnych zapisów wynikających z s.i.w.z. (por. wyrok ZA z 29.11.2005 r., UZP/ZO/0-3517/05). Tym samym, o ile treść oferty nie odpowiada takiej treści SIWZ, musi zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp (zob. wyrok ZA z 2.8.2006r., UZP/ZO/0-2179/06; wyrok ZA z 19.7.2006 r., UZP/ZO/0-2049/06). Taki skutek musi nastąpić zarówno wówczas, gdy postanowienia zawarte w ofercie są jednoznacznie sprzeczne z treścią s.i.w.z., jak też wówczas, gdy nie zawierają postanowień, które zgodnie z wolą Zamawiającego, powinny się znaleźć w ofercie (np. brak punktu ofertowego zgodnie z załącznikami do s.i.w.z. (por. wyrok SO w Gorzowie Wlkp. z 9.11.2005 r., VII Ga 44/05, niepubl.). Parametry techniczne żadanego urządzenia stanowią istotny element oferty, gdyż zgodnie z wyrokiem KIO z 07.05.2009 r. (KIO/UZP 536/09): „Cechy techniczne, którymi obligatoryjnie winno charakteryzować się nabywane przez Zamawiającego urządzenie, stanowią istotny element oferty, co przesądza o zgodności bądź też o niezgodności jej treści z treścią SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawo zamówień publicznych w związku z art. 66 ust. 1 KC”.

Zamawiający na stronie 28 s.i.w.z. żądał, by przedziały oferowanych rozdzielnic obowiązkowo wyposażone były w drzwi otwierane na zawiasach, jak również, by zapewniony był łatwy dostęp do wnętrza rozdzielnicy. Zgodnie z literalnym brzmieniem tych wymagań, żądaniem Zamawiającego było, by bezwzględnie wszystkie przedziały rozdzielnicy miały drzwi otwierane na zawiasach, tak, by zgodnie z kolejnym wymogiem s.i.w.z., zapewnić łatwy dostęp do wnętrza rozdzielnicy. Wymóg łatwego dostępu (a zarazem posiadania przez wszystkie przedziały rozdzielnicy drzwi na zawiasach) podyktowany jest obowiązkiem wykonywania okresowych przeglądów, konserwacji i czyszczenia elementów rozdzielnic w ich wnętrzu. W ofercie „ELROW” zaproponowano, jako rozdzielnicę RGEN, rozdzielnicę typu ODRA, która nie odpowiada tym warunkom technicznym. Dla wykazania spełnienia rozwiązań technicznych opisanych s.i.w.z załączyła „Katalog do projektowania rozdzielnic typu ODRA, zgodnie z którym:

- na stronie 5 (strona 82 oferty) przedstawiono rysunek konstrukcyjny rozlokowania przedziałów rozdzielnicy pod literą A – przedział szyn zbiorczych, który w ogóle nie posiada drzwi otwieranych na zawiasach,
- nie przewidziano żadnego rozwiązania technicznego zapewniającego łatwy dostęp do wnętrza rozdzielnicy w zakresie przedziału szynowego.

Brak spełniania tych warunków s.i.w.z. potwierdza również inne rysunki konstrukcyjne zawarte w tym katalogu na stronach od 15 do 30 (str. 92-106 oferty).

Oferta „ELROW” nie spełnia także szeregu dalszych wymagań s.i.w.z. dotyczących wymagań obowiązkowego zastosowania we wszystkich rozdzielnicach zabezpieczeń cyfrowych, tzw. sterowników polowych, które obok wyłącznika 6 kV, jest najistotniejszym elementem wyposażenia rozdzielnicy. Zamawiający w treści załącznika 8 do szczegółowego zakresu zamówienia na stronie 33 s.i.w.z. precyzyjnie wskazał, że oferowane rozdzielnice powinny być wyposażone w zabezpieczenia spełniające łącznie wszystkie tam określone wymagania. Równocześnie, zgodnie z brzmieniem postanowienia rozdziału XVIII pkt. 1 s.i.w.z., każdy oferent był obligowany, w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym s.i.w.z., do dołączenia do oferty szczegółowego i zgodnego z wytycznymi Zamawiającego opisu technicznego oferowanych rozdzielnic i wyłączników, ze szczególnym uwzględnieniem wymaganych przez Zamawiającego parametrów technicznych. Bez wątplenia należało w ofercie opisać rodzaj zabezpieczeń i wykazać posiadanie opisanych powyżej cech. Skoro w ofercie „ELROW” opisu tego brakuje, to nie sposób w jakikolwiek sposób zweryfikować czy zaoferowane przez wybranego wykonawcę urządzenia (zabezpieczenia) spełniają określone s.i.w.z. parametry techniczne. Cechy i parametry techniczne zabezpieczeń rozdzielnic były dla Zamawiającego bardzo istotne, skoro rozpiął je w tylu aspektach i punktach, poświęcając tej kwestii cały załącznik nr 8. Decyzję o odrzuceniu tej oferty należało podjąć zwłaszcza w tej sytuacji, w której na rynku dostępnych jest obecnie co najmniej kilkaset różnych typów zabezpieczeń cyfrowych, kilkudziesięciu producentów, z których jedynie nieliczne mogą spełniać wygórowane warunki s.i.w.z..

Brak w tym zakresie, tj. nieuwzględnienie wymaganych zabezpieczeń rozdzielnic, w sposób istotny wpływa na cenę oferty. W ramach zamówienia Zamawiającego należało łącznie uwzględnić we wszystkich rozdzielnicach aż 71 zabezpieczeń, o których mowa w treści załącznika 8. Przyjmując najtańsze dostępne na rynku i standardowe rozwiązania spełniające wymagania s.i.w.z., można przyjąć, że koszt jednego zabezpieczenia wynosi około 9.500,00 zł, co powoduje, że koszt wszystkich zabezpieczeń przekracza kwotę 674.500,00 zł. Nieuwzględnienie wartości tych zabezpieczeń w zaoferowanej cenie jest zatem kolejnym uchybieniem jej treści, którego nie można konwalidować w ramach błędu rachunkowego czy zwykłej omyłki, stosownie do treści art. 87 ustawy pzp.

Bezpośrednim skutkiem oraz przejawem istniejącej zmywy przetargowej było dokonane przez Marat Rybnik sp. z o.o. nieprzedłużenia ważności wniesionego wadium, w związku z nieprzedłużeniem ważności wniesionego przez czwartego wykonawcę – Elektrobudowę S.A. Czyn ten pozwolił bezpośrednio uniknąć „ELROW”, której oferta była niższa, choć zbliżona cenowo do oferty Odwołującego, bezpośredniej konfrontacji w ramach

przewidzianej na mocy rozdziału XXIII pkt. 4 s.i.w.z. aukcji elektronicznej. Oferty tych wzajemnie zależnych podmiotów złożono w postępowaniu przetargowym, w którym na mocy obowiązywała zasada, że udział co najmniej 3 oferentów obligował do przeprowadzenia bezpośredniej aukcji elektronicznej, podczas gdy mniejsza liczba oferentów takiego wymogu już nie obejmowała. Jednocześnie faktu ścisłego powiązania kapitałowego nie można odrywać od finalnie podjętego przez „Marat Rybnik” sp. z o.o. działania, skoro wytworzyło sytuację korzystną wyłącznie dla drugiego z tych powiązanych wykonawców, z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji. Trudno przy tym zakładać, że decyzja „Marat Rybnik” sp. z o.o. podjęta została samodzielnie, a nie w uzgodnieniu z „ELROW”, skoro podmioty te łączą wzajemny stosunek zależności w rozumieniu art. 4 pkt 3 i 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Tym samym złożenie wspomnianych ofert, a przez to udział tych wykonawców jest co najmniej istotnym naruszeniem dobrych obyczajów, a w istocie również czynem nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Czyn ten ma na celu utrudnienie pozostałym wykonawcom możliwość skutecznego ubiegania się o udzielenie zamówienia, przez stworzenie sytuacji pośrednio powodującej narzucenie Zamawiającemu konieczności dokonania wyboru oferty jednego z tych przedsiębiorców, którzy pozostają w ścisłym związku gospodarczym i są powiązani kapitałowo oraz osobowo, lub też takie narzucenie konieczności dokonywania wyboru oferty w mniej sprzyjających warunkach. Zgodnie bowiem z utrwaloną linią orzecniczą sądów powszechnych czynem nieuczciwej konkurencji tego typu, co opisywany, jest czyn wskazany w art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

5 kwietnia 2011 r. (pismem z tej daty) Zamawiający wniósł do Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, której kopia została przekazana na posiedzeniu uczestnikom postępowania odwoławczego – wnosząc o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

W uzasadnieniu swego stanowiska podniósł, iż Odwołujący, wbrew literalnym postanowieniom s.i.w.z. zawartym w punktorze 4 i 6 pkt. 2 załącznika 6 do szczegółowego zakresu przedmiotu zamówienia, sam ustanawia związek przyczynowy pomiędzy wyposażeniem rozdzielnic w drzwi otwierane na zawiasach, a zapewnieniem łatwego dostępu do wnętrza rozdzielnic, gdyż ten ostatni wymóg jest warunkowany zastosowaniem w przedziałach rozdzielnic takich drzwi. Nadto w punktorze 4 brak jest słowa „wszystkie” w odniesieniu do wygania, aby przedziały rozdzielnic miały drzwi otwierane na zawiasach. Tymczasem w niektórych rozwiązaniach rozdzielnic spotyka się elementy dostępne z zewnątrz (z przodu lub tyłu pola rozdzielczego), opisane jako drzwi, przy czym sposób ich mocowania bazuje na różnego rodzaju mechanizmach zatrzaskowych, zapadkowych itp. Zamawiający uważa, że jeżeli dostęp z zewnątrz do przedziałów rozdzielnic jest poprzez

drzwi, to mają one być otwierane na zawiasach. Zamiarem Zamawiającego nie jest postawienie wymogu, aby wszystkie przedziały rozdzielnic posiadały drzwi otwierane na zawiasach i nie określił takiego wymagania w punktorze 4, gdyż wtedy użyłby słowa „wszystkie” jak to uczynił przy niektórych innych wymaganiach. Z punktu widzenia technicznego nie sposób wyposażyć wszystkich przedziałów w drzwi otwierane na zawiasach, gdyż dla przedziałów niedostępnych z zewnątrz, otwarcie takich drzwi byłoby niemożliwe. W przypadku oferty „ELROW” dla rozdzielnic RGEN jedynym takim przedziałem jest przedział szyn zbiorczych, który nie posiada drzwi.

Zamawiający nie zdefiniował pojęcia „łatwy dostęp” z punktora 6. Konieczność zdemontowania w czasie przeglądu okresowego elementów konstrukcyjnych rozdzielnic RGEN, dotyczący tylko klap wydmuchowych przedziału szyn zbiorczych, nie może przesądzać o tym, czy dostęp do przedziału jest utrudniony i będzie stanowił uciążliwość dla Zamawiającego. Ponadto rozwiązania konstrukcyjne w zakresie dostępu do wnętrza rozdzielnic wynikają z wymogów stosownych przepisów i norm w zakresie bezpieczeństwa eksploatacji, których spełnienie jest potwierdzone certyfikatem wydanym przez upoważnioną instytucję i dołączonym do oferty „ELROW” na stronie 110-111.

Opis techniczny, o którym mowa w pkt. 1 rozdziału XVIII s.i.w.z. miał potwierdzać jedynie spełnienie wymagań określonych w załączniku 5 i 6 do szczegółowego zakresu zamówienia, a w szczególności parametrów rozdzielnic i wyłączników opisanych w pkt. 1 i 3 tych załączników. Opis techniczny w ofercie „ELROW” spełnia wymagania s.i.w.z. w tym zakresie. Żaden z tych załączników nie określa wymagań technicznych i konstrukcyjnych dla zabezpieczeń, gdyż wymagania te zawarł Zamawiający w załączniku 8 do szczegółowego zakresu zamówienia (str. 33 s.i.w.z.), wyłączając je poza zakres wymagań dla oferowanych rozdzielnic i wyłączników określonych w załącznikach 5 i 6. Zatem uwzględnienie wymagań w zakresie zabezpieczeń wykracza poza zakres wymaganego w ofercie opisu technicznego. Tym niemniej w formularzy oferty (strona 2 oferty) „ELROW” złożył wymagane oświadczenia co do: podania ceny oferty obejmującej cały zakres zamówienia opisany w załączniku nr 1 do s.i.w.z. oraz wszystkie koszty niezbędne dla należytego wykonania zamówienia, zapoznania się z s.i.w.z. oraz przyjęcia jej postanowień bez zastrzeżeń, w szczególności w zakresie istotnych postanowień umownych, wymaganego terminu realizacji, terminu płatności, wymaganego okresu gwarancji i wymaganego terminu realizacji dostawy.

W toku trwającego postępowania Odwołujący już raz podnosił zarzut oparty o przepis art. 89 ust. 2 pkt 3 pzp w stosunku do oferty „ELROW”, który był przedmiotem orzekania przez Krajową Izbę Odwoławczą w postępowaniu odwoławczym w sprawie o sygn. akt KIO 2245/10. W wyroku z 27.10. 2010 r. KIO nie podzieliła stanowiska Odwołującego. Zdaniem Zamawiającego Odwołujący nie może w jednym postępowaniu, dotyczącym tego samego przedmiotu zamówienia, dwukrotnie wnosić odwołanie, powołując się na te same



okoliczności faktyczne, gdyż rozstrzygnięcie odwołania opartego na określonych okolicznościach faktycznych powoduje stan powagi rzeczy osądzonej.

6 kwietnia 2011 r., w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 4 kwietnia 2011 r. „ELROW” spółka z o.o. z siedzibą w Rybniku, zgłosiła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego – wnosząc o oddalenie odwołania jako bezzasadnego i podnosząc argumentację zbieżną ze stanowiskiem Zamawiającego zawartym w odpowiedzi na odwołanie. Wobec braku zgłoszenia sprzeciwu przez Strony, oraz zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie i z zachowaniem wymogu przekazania jego kopii Stronom postępowania (art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie znalazła podstaw do niedopuszczenia „ELROW” do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego jako uczestnika tego postępowania (Przystępującego).

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis został przez Odwołującego uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Wobec ustalenia w toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, iż nie została wypełniona żadna przesłanka skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp, i wobec braku odmiennych wniosków Stron w tym zakresie, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Strony i Uczestnik podtrzymali swoje stanowiska procesowe wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie i zgłoszeniu przystąpienia.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Uczestnika zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego oraz dalszych pismach procesowych, a także oświadczenia i stanowiska wyrażone na rozprawie ustnie do protokołu, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Ogłoszenie o zamówieniu (sektorowym) zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 1 maja 2010 r. pod nr 2010/S\_85-128197, w tym samym dniu Zamawiający zamieścił to ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy informacyjnej oraz na swojej stronie internetowej ([www.kwsa.pl](http://www.kwsa.pl)), na której udostępnił również s.i.w.z.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego na 12.000.000,00 zł, co stanowi równowartość 3.125.914,01 euro.

Wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia 1 maja 2010 r., Izba rozpoznała odwołanie w oparciu o stan prawny uwzględniający wejście w życie ustaw: z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz.1591), oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778).

Odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się takim interesem, gdyż złożył ofertę, która została sklasyfikowana przez Zamawiającego na drugim miejscu, co stwarza mu realną szansę na uzyskanie zamówienia w razie potwierdzenia się zarzutów odwołania zmierzających do wyeliminowania z postępowania wykonawcy „ELROW”. Jednocześnie zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty „ELROW”, naraża Odwołującego na szkodę z tytułu niezyskania odpłatnego zamówienia publicznego.

Skład orzekający nie podziela podniesionych na rozprawie zastrzeżeń Zamawiającego, wskazującego na okoliczność przekraczania ceny oferty Odwołującego kwoty środków, jakimi dysponuje Zamawiający na realizację przedmiotowego zamówienia, co ma powodować, iż nawet w razie uwzględnienia odwołania, Odwołujący nie uzyska zamówienia, a zatem nie ma interesu we wniesieniu odwołania, gdyż nie poniesie szkody. Zamawiający nie bierze pod uwagę, iż legitymację do wniesienia odwołania należy oceniać na dzień wnoszenia tego środka ochrony prawnej, zatem według stanu postępowania na ten dzień. Na moment wniesienia odwołania, ostatnią dokonaną przez Zamawiającego czynnością był wybór oferty najkorzystniejszej, zatem bez znaczenia jest antycypowanie jakie czynności zostaną dokonane po orzeczeniu wydanym przez Izbę. Natomiast stanowisko Zamawiającego prowadzi w konsekwencji do uzależniania oceny legitymacji wnoszącego odwołanie od wyniku sprawy, co nie znajduje oparcia w przepisie art. 179 ust. 1 pzp. Nadto Zamawiający nie uzasadnił od strony faktycznej swojego stanowiska, gdyż dla przesłanki unieważnienia postępowania z przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 pzp bez znaczenia jest wartość szacunkowa zamówienia, z kolei odczytywana przed otwarciem ofert kwota środków, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, nie ma bezpośredniego przełożenia na konieczność unieważnienia postępowania, jeżeli złożono lub ostały się w postępowaniu oferty z cenami wyższymi. Zamawiający może bowiem zwiększyć kwotę środków, natomiast jedynym bezpośrednim skutkiem podania tej kwoty, jest, co do zasady, ochrona przed zarzutem bezpodstawnego unieważnienia z uwagi na brak środków

finansowych na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 pzp.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, w szczególności zaś przeprowadziła dowody z: ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z., protokołu postępowania, oferty Przystępującego, z uwzględnieniem dokumentów uzupełnionych na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 pzp, a także wyjaśnień udzielonych na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 4 pzp. Izba wzięła również pod uwagę inne pisma i dokumenty wymienione i omówione w treści uzasadnienia, dokonując odpowiedniej oceny ich mocy dowodowej i znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba wzięła również pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika złożone na piśmie w ramach środków ochrony prawnej oraz dalszych pismach procesowych i wyrażone ustnie do protokołu w toku rozprawy.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, podtrzymanych na rozprawie i podlegających rozpoznaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie z uwagi na potwierdzenie się zasadności niektórych zarzutów.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła jednak, iż zarzut odwołania dotyczący zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp „ELROW” jako stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji, został już rozpatrzony wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 27 października 2010 r. w sprawie sygn. akt KIO 2245/10, który zapadł między tymi samymi Stronami i dotyczył tego samego postępowania o udzielenie zamówienia.

*Po zbadaniu i analizie ofert, a także wezwaniu do uzupełnień Zamawiający w piśmie z dnia 05.10.2010 r. znak: ZZ/ZZT/10252/AT/2010 poinformował wykonawców o wykluczeniu z prowadzonego postępowania w trybie art. 24 ust.2 pkt 2 Ustawy Pzp firm „MARAT Rybnik” Sp. z o.o. oraz „ELEKTROBUDOWA” S.A., którzy nie przedłużyli terminu związania ofertą oraz ważności wadium i na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający odrzucił złożone przez nich oferty.*

(...)

*Jednakże w ocenie Izby zarzut popełnienia przez „Marat Rybnik” sp. z o.o. i „Elrow” sp. z o.o. czynu nieuczciwej konkurencji nie jest uzasadniony. Odwołujący nie wykazał bowiem, że złożenie ofert przez spółki „Marat Rybnik” sp. z o.o. i „Elrow” sp. z o.o. stanowić miało czyn*

*nieuczciwej konkurencji. Odwołujący w odwołaniu powołał się, że złożenie ofert przez „Marat Rybnik” sp. z o.o. i „Elrow” sp. z o.o. stanowić może zdefiniowany w art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czyn polegający na utrudnieniu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku poprzez podejmowanie działań mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy.*

*W ocenie Izby brak jest podstaw do uznania, że złożenie w przetargu ofert przez dwa podmioty (nawet powiązane kapitało i osobowo) oznacza popełnienie przez te podmioty czynu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący nie wykazał, jakie działania podejmowane przez „Marat Rybnik” sp. z o.o. i „Elrow” sp. z o.o. miałyby wymuszać wybór na Zamawiającym lub też stwarzać warunki umożliwiające podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u tych spółek. W ocenie Izby prowadzenie postępowania w trybie przetargu nieograniczonego jest jedną z gwarancji, iż taki rodzaj czynu nieuczciwej konkurencji nie zostanie popełniony.*

*Odwołujący nie wykazał także, że złożenie ofert przez „Marat Rybnik” sp. z o.o. i „Elrow” sp. z o.o. jest sprzeczne z prawem (nie zostały wskazane żadne przepisy, które miałyby zostać przez wykonawców „Marat Rybnik” sp. z o.o. i „Elrow” sp. z o.o. naruszone) lub dobrymi obyczajami – Odwołujący nie wskazał jakie obyczaje i w jaki sposób miałyby zostać naruszone. Odwołujący nie wykazał (ani też nawet nie podjął takiej próby), w jaki sposób złożenie ofert przez „Marat Rybnik” sp. z o.o. i „Elrow” sp. z o.o. miało zagrażać naruszeniu interesu Odwołującego. W szczególności Odwołujący nie wykazał, w jaki sposób istnienie powiązań kapitałowych i osobowych pomiędzy spółkami „Marat Rybnik” sp. z o.o. i „Elrow” sp. z o.o. miałyby wpływać na wyniki prowadzonego przez Zamawiającego postępowania. [fragment uzasadnienia wyroku z 27 października 2010 r. w sprawie sygn. akt KIO 2245/10]*

Skład orzekający Izby zważył, po zapoznaniu się z uzasadnieniem tego orzeczenia wydanego w poprzednie sprawie, iż Odwołujący powołuje się w niniejszej sprawie wyłącznie na te same okoliczności, które istniały już i były brane pod rozwagę przez poprzednio orzekający skład orzekający Izby. Przesunięcia akcentów argumentacji, wskazanie dodatkowo obok przepisu art. 15 ust. 1 pkt. 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przepisu art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, jak również dokonanie przez Zamawiającego kolejnych czynności w postępowaniu (powtórzenie czynności badania i oceny ofert i dokonanie wyboru oferty Przystępującego), nie tworzą nowych okoliczności faktycznych w zakresie zarzutu opartego na przepisie art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp, gdyż wszystkie te okoliczności były już znane i były lub mogły zostać podniesione w poprzednio wniesionym odwołaniu, w którym Odwołujący zarzucał Zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego, jako stanowiącej czyn

nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jednocześnie w ocenie składu orzekającego Izby, nowa czynność Zamawiającego, polegająca na dokonaniu wyboru oferty Przystępującego, nie stanowi nowej okoliczności faktycznej, skoro zarzut dotyczy złożenia oferty stanowiącego czyn nieuczciwej konkurencji. Tym samym, niezależnie od wzmocnienia i pogłębienia argumentacji, zarzut ten należy także uznać w niniejszej sprawie za spóźniony, skoro Odwołujący powołuje się na okoliczności faktyczne, które były już znane w chwili wnoszenia poprzedniego odwołania. Nadto, skoro Izba w poprzedniej sprawie nakazała w sentencji orzeczenia powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a zatem z uwzględnieniem również oferty „ELROW”, to tym samym rezultat tych czynności należy uznać za wynikający z czynności dokonanych przez Zamawiającego zgodnie z treścią tego wyroku. Wobec tego, iż Odwołujący podniósł w niniejszej sprawie także nowe zarzuty, odwołanie nie mogło zostać odrzucone na podstawie, odpowiednio przepisów art. 189 ust. 2 pkt. 4, 3 i 5 ustawy pzp, lecz zarzut wobec tego zarzut ten nie podlega merytorycznemu rozpoznaniu w niniejszej sprawie.

Izba uznała natomiast za niezasadny zarzut zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp oferty „ELWRO” z uwagi na jej sprzeczność z treścią wypunktowania 4 i 6 pkt. 2 załącznika nr 6 do załącznika nr 1 do s.i.w.z.

W załączniku nr 1 do s.i.w.z. *Szczegółowy zakres zamówienia*, w pkt. I *Określenie przedmiotu zamówienia*, Zamawiający, po ogólnej charakterystyce przedsięwzięcia (wskazując jako przyczynę jego podjęcia konieczność modernizacji rozdzielni głównych w związku z planowanym uruchomieniem kolejnych generatorów napędzanych silnikami gazowymi, co spowoduje powstanie nowych źródeł prądu zwarciowego), wskazał, iż zasadniczymi elementami tego przedsięwzięcia są:

1. *Wykonanie kompletnej dokumentacji niezbędnej do złożenia wniosku o pozwolenie na budowę oraz wniosku o wydanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach (o ile zajdzie taka potrzeba) dla przebudowy mostów szynowych 6 kV pomiędzy transformatorami 110/6 kV, a sekcjami I, II, III rozdzielni głównej 6 kV RG.*
2. *Wykonanie projektów wykonawczych na całość zadania oraz projektów technicznych niezbędnych do opracowania dodatku do planu ruchu zakładu górniczego.*
3. *Przebudowa mostów szynowych pomiędzy transformatorami 110/6 kV a sekcjami I, II, III rozdzielni głównej 6 kV RG.*
4. *Dostawa i montaż rozdzielnicy 6 kV RG - sekcja I.*
5. *Dostawa i montaż rozdzielnicy 6 kV RG - sekcja II.*
6. *Dostawa i montaż rozdzielnicy 6 kV RG - sekcja III.*
7. *Dostawa i montaż rozdzielnicy RGEN.*
8. *Dostawa i montaż 13 sztuk nowych dławików zwarciowych.*

9. *Dostawa i wymiana 4 sztuk dławików zwarciovych nr VI, VII, VIII, IX.*
10. *Dostawa wraz z montażem mostu szynowego (sprzęgła) pomiędzy sekcjami I i III rozdzielni głównej 6 kV RG.*
11. *Dostawa wraz z montażem mostu szynowego (sprzęgła) pomiędzy sekcjami I i II rozdzielni głównej 6 kV RG.*
12. *Dostawa wraz z montażem mostu szynowego (sprzęgła) pomiędzy sekcjami II i III rozdzielni głównej 6 kV RG.*
13. *Wykonanie niezbędnych demontaży istniejących urządzeń oraz wykonanie przełączeń w celu utrzymania pełnej zdolności ruchowej zakładu górniczego na czas demontażu istniejących rozdzielni i montażu nowych.*
14. *Wykonanie systemu sterowania i nadzoru.*
15. *Włączenie istniejącego układu kompensacji mocy biernej do zmodernizowanego systemu.*
16. *Wymiana oświetlenia w pomieszczeniach rozdzielnic.*
17. *Odbiory, szkolenia, rozruch i oddanie do eksploatacji.*

Następnie w pkt. II *Zakres rzeczowy przedmiotu zamówienia*, Zamawiający określił, iż wchodzi w jego zakres: po pierwsze – kompleksowe opracowanie dokumentacji niezbędnych na etapie przygotowania inwestycji, jej realizacji oraz eksploatacji uzyskanego rezultatu, po drugie – dostawa i montaż zgodnie z opracowaną dokumentacją i technologią wykonywania robót.

W ramach zakresu wymaganej dokumentacji Zamawiający wskazał w pkt. 1.1:

- a) *wykonanie w 5 egzemplarzach kompletnej dokumentacji niezbędnej do złożenia wniosku o pozwolenie na budowę oraz wniosku o wydanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach (o ile zajdzie taka potrzeba) dla przebudowy mostów szynowych 6 kV pomiędzy transformatorami 110/6 kV TR I, TRII, TRIII a sekcjami I, II, III rozdzielni głównej 6 kV RG.*
- b) *przygotowanie dokumentów niezbędnych do zgłoszenia właściwemu organowi budowy lub wykonywania robót budowlanych,*
- c) *wykonanie w 5 egzemplarzach wielobranżowych (branże według potrzeb) projektów wykonawczych dla całego zadania,*
- d) *uzyskanie pozwolenia na budowę,*
- e) *opracowanie informacji dotyczącej bezpieczeństwa i ochrony zdrowia,*
- f) *opracowanie dokumentacji niezbędnych przełączeń w celu utrzymania pełnej zdolności ruchowej zakładu górniczego na czas demontażu istniejących rozdzielni i montażu nowych. Zamawiający udzieli pełnej informacji.*
- g) *wykonanie w 5 egzemplarzach dokumentacji technicznej niezbędnej do opracowania dodatku do planu ruchu zakładu górniczego (wprowadzane zmiany w podstawowym*

*obiekcie zakładu górniczego), dokumentacja powinna obejmować rozdzielnicę główną 6 kV RG sekcja I, II, III wraz z zasilaniami (mostami szynowymi z transformatorów 110/6 kV, mostami szynowymi pomiędzy rozdzielnicami), rozdzielnicę generatorów RGEN, dobór zabezpieczeń elektroenergetycznych, dobór aparatury, obliczenia zwarciove, obwody okrężne, obwody sterowania i sygnalizacji, system sterowania i nadzoru nad pracą rozdzielnic, oświetlenie pomieszczeń, włączenie istniejącego układu kompensacji mocy biernej do zmodernizowanego systemu, zabudowę oraz wymianę dławików zwarciowych w polach odpływowych. Szczegółowy zakres dokumentacji zostanie uzgodniony między Zamawiającym i Wykonawcą przed podpisaniem umowy. Zamawiający udostępni dane do opracowania dokumentacji.*

- h) opracowanie w 5 egzemplarzach dokumentacji technicznej podstawowej rozdzielni głównej 6 kV RG sekcja I, II, III, niezbędnej do uzyskania zezwolenia na oddanie do ruchu po wprowadzeniu zmian,*
- i) kompleksowa obsługa geodezyjna na każdym etapie realizacji przedmiotu zamówienia, łącznie z inwentaryzacją geodezyjną powykonawczą,*
- j) opracowanie w 5 egzemplarzach dokumentacji powykonawczej dla wszystkich branż oraz pozostałej dokumentacji niezbędnej do uzyskania przez Zamawiającego ostatecznej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie (o ile będzie wymagana), zgłoszenia właściwemu organowi zakończenia robót budowlanych oraz uzyskania zezwolenia (zezwoleń) na oddanie do ruchu,*
- k) dostarczenie Zamawiającemu kompletu protokołów z wykonanych pomiarów i prób,*
- l) dostarczenie wymaganych deklaracji zgodności, instrukcji, atestów, certyfikatów,*
- m) opracowanie instrukcji obsługi i eksploatacji urządzeń, instrukcji stanowiskowych, instrukcji ppoż.,*
- n) dokumentacje powinny być wykonane i sprawdzone przez osoby posiadające stosowne uprawnienia budowlane do wykonywania prac projektowych,*
- o) dokumentacje powinny być zaopiniowane w wymaganym zakresie przez uprawnione osoby,*
- p) opracowanie i zatwierdzenie w obowiązującym trybie technologii wykonywania robót obejmującej wszystkie prace zgodnie z harmonogramem stanowiącym załącznikiem nr 12 do szczegółowego zakresu zamówienia.*

W kolejnych podpunktach dotyczących wykonania dokumentacji, Zamawiający odesłał w zakresie wymagań technicznych i konstrukcyjnych do uwzględnienia przy projektowaniu do odrębnych załączników:

- 1.2. Wymagania techniczne i konstrukcyjne dla rozdzielnicy głównej 6 kV RG sekcja I, II, III do uwzględnienia przy projektowaniu – zgodnie z załącznikiem nr 5 do szczegółowego zakresu zamówienia.*

- 1.3. *Wymagania techniczne i konstrukcyjne dla rozdzielnicy generatorowej RGEN – zgodnie z załącznikiem nr 6 do szczegółowego zakresu zamówienia.*
- 1.4. *Wymagania techniczne i konstrukcyjne dla systemu sterowania i nadzoru rozdzielnicy głównej 6 kV RG sekcja I, II, III oraz rozdzielnicy generatorowej RGEN do uwzględnienia przy projektowaniu – zgodnie z załącznikiem nr 7 do szczegółowego zakresu zamówienia.*
- 1.5. *Wymagania techniczne i konstrukcyjne dla zabezpieczeń w polach rozdzielnicy głównej 6 kV RG sekcja I, II, III oraz rozdzielnicy generatorowej RGEN do uwzględnienia przy projektowaniu – zgodnie z załącznikiem nr 8 do szczegółowego zakresu zamówienia.*
- 1.6. *Wymagania techniczne i konstrukcyjne dla mostów szynowych z transformatorów 110/6 kV TRI, TRII i TRIII do rozdzielnicy głównej 6 kV RG sekcja I, II, III do uwzględnienia przy projektowaniu – zgodnie z załącznikiem nr 9 do szczegółowego zakresu zamówienia.*
- 1.7. *Wymagania techniczne i konstrukcyjne dla mostów szynowych w obudowie pomiędzy sekcjami I, II, III rozdzielnicy głównej 6 kV RG do uwzględnienia przy projektowaniu – zgodnie z załącznikiem nr 10 do szczegółowego zakresu zamówienia.*
- 1.8. *Wymagania techniczne i konstrukcyjne dla dławików do uwzględnienia przy projektowaniu – zgodnie z załącznikiem nr 11 do szczegółowego zakresu zamówienia.*

W pkt. 1.9. Zamawiający nadto określił *Wytyczne budowlane* odnośnie uwarunkowań osadzenia nowych rozdzielnic w istniejących pomieszczeniach rozdzielnic dotychczas użytkowanych.

Dostawa i montaż ma z kolei dotyczyć:

- a) *kompletnej 22-półowej sekcji I rozdzielnicy 6 kV RG,*
- b) *kompletnej 22-półowej sekcji II rozdzielnicy 6 kV RG,*
- c) *kompletnej 22-półowej sekcji III rozdzielnicy 6 kV RG,*
- d) *kompletnej 10-półowej rozdzielnicy 6 kV RGEN,*
- e) *mostów szynowych z transformatorów 110/6 kV TR I, TR II i TR III do sekcji I, II, III rozdzielnicy głównej 6 kV RG,*
- f) *mostów szynowych w obudowie pomiędzy sekcjami rozdzielnicy głównej 6 kV RG,*
- g) *13 sztuk dławików zwarciovych,*
- h) *systemu sterowania i nadzoru rozdzielnicy głównej 6 kV RG oraz rozdzielnicy generatorowej RGEN,*
- i) *kabli, przewodów, muf oraz innych materiałów niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia,*
- j) *instalacji oświetleniowej w pomieszczeniach rozdzielnic.*

Pozostały zakres przedmiotu zamówienia stanowią, wymienione w pkt. od 2 do 11:



- Demontaż urządzeń i kabli w zakresie niezbędnym do wykonania przedmiotu zamówienia.
- Wykonanie przekładek i mufowań linii kablowych w zakresie niezbędnym do wykonania przedmiotu zamówienia.
- Włączenie istniejącego układu kompensacji mocy biernej do zmodernizowanego systemu.
- Dostawa i wymiana 4 sztuk dławików zwarciovych nr VI, VII, VIII, IX.
- Wykonanie przełączy zgodnie z harmonogramem stanowiącym załącznikiem nr 12 do szczegółowego zakresu zamówienia.
- Wykonanie wszystkich niezbędnych badań i prób funkcjonalnych.
- Udział w procedurach związanych z uzyskaniem przez Zamawiającego ostatecznej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie oraz zezwolenia na oddanie do ruchu.
- Przeszkolenie wg potrzeb Zamawiającego personelu w zakresie bieżącej obsługi całej instalacji, dostawa podstawowych narzędzi serwisowych oraz przeszkolenie brygady remontowej. Szkolenia winny być prowadzone w języku polskim. Odbycie szkoleń należy potwierdzić stosownym dokumentem.
- Wykonanie na własny koszt inwentaryzacji niezbędnej do wykonania obwodów sterowania, sygnalizacji, zabezpieczeń i pomiarowych przedmiotu zamówienia.

W załączniku 6 do szczegółowego zakresu zamówienia *Wymagania techniczne i konstrukcyjne dla rozdzielnic generatorowej RGEN do uwzględnienia przy projektowaniu*, w pkt. 2 *Dane konstrukcyjne i wyposażenie rozdzielnic 6kv RGEN*, wskazano następujące wymagania:

- konstrukcja rozdzielnic będzie składać się z wydzielonych przedziałów rozdzielonych metalowymi przegrodami, zapewniających łukoochronność oraz odporność na skutki zwarć wewnętrznych;
- wszystkie napędy (uziemia, wyłącznika) będą znajdowały się z przodu rozdzielnic,
- przedział obwodów wtórnych wraz z zabezpieczeniem będzie się znajdował z przodu rozdzielnic,
- **przedziały rozdzielnic będą mieć drzwi otwierane na zawiasach;** [pogrubiono]
- przedział szyn zbiorczych każdego pola będzie oddzielony od przedziałów pól sąsiednich metalową przegrodą z izolatorami przepustowymi;
- **będzie zapewniony łatwy dostęp do wnętrza rozdzielnic;** [pogrubiono]
- wszystkie części rozdzielnic będą wykonane z materiałów niekorodujących lub odpowiednio zabezpieczone przed korozją,
- pola zasilające (generatorowe) i sprzęgłowe będą wyposażone w stacjonarny wskaźnik napięcia od strony przyłącza kablowego,

- rozdzielnice będą posiadać możliwość uziemienia szyn;
- wyprowadzenia kablowe w rozdzielnicach będą posiadać wydzielony przedział kablowy, w którym zostaną także umieszczone przekładniki oraz izolatory; zastosowane elementy będą umożliwiać bezpieczne i proste przeprowadzanie prób i badań kabli SN;
- pola odpływowe i zasilające będą wyposażone w uziemniki stałe; uziemniki będą wyposażone w okno inspekcyjne;
- pola będą wyposażone w mechaniczne wskaźniki położenia wózka.
- przedziały: przyłączeniowy, członu wysuwnego oraz obwodów wtórnych będą mieć oświetlenie.

Niesporne między Stronami były ustalenia faktyczne zawarte w odwołaniu, co do tego, iż wskazana w ofercie „ELROW” rozdzielnica typu ODRA, która ma być zastosowana jako rozdzielnica RGEN – nie ma drzwi na zawiasach do przedziału szyn zbiorczych, choć posiada takie drzwi do pozostałych trzech przedziałów: przyłączeniowego (przyłącza kablowego), członu wysuwnego oraz obwodów wtórnych. Potwierdził to zarówno Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, jak i Przystępujący w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego – zgodnie podkreślając przy tym, iż w ofercie „ELROW” przedział szyn zbiorczych jest jedynym przedziałem tej rozdzielnicy RGEN, który nie jest wyposażony w drzwi otwierane na zawiasach, co wynika z tego, że nie ma do niego dostępu z zewnątrz (z przodu lub z tyłu pola rozdzielczego). Natomiast w ocenie Odwołującego taki stan rzeczy – brak drzwi na zawiasach do jednego z 4 przedziałów oznacza, iż oferowana rozdzielnica typu ODRA nie spełnia jednocześnie dwóch wymagań konstrukcyjnych – zarówno wynikającego z punktora 4 („przedziały rozdzielnicy będą mieć drzwi otwierane na zawiasach”), jak i z punktora 6 („będzie zapewniony łatwy dostęp do wnętrza rozdzielnicy”), pkt. 2 załącznika 6 do szczegółowego zakresu zamówienia, stanowiącego załącznik nr 1 do s.i.w.z.

Spór między Stronami dotyczy zatem, po pierwsze tego – czy każdy przedział rozdzielnicy miał mieć drzwi otwierane na zawiasach, przy czym, to co stanowi dla Zamawiającego (i Przystępującego) uzasadnienie dla braku takiego wymagania w stosunku do przedziału szyn zbiorczych, jest dla Odwołującego podstawą do stwierdzenia drugiej niezgodności oferty „ELROW” z wymaganiami s.i.w.z., w postaci braku łatwego dostępu do wnętrza rozdzielnicy w zakresie przedziału szynowego – z czym, z kolei, nie zgadza się Strona przeciwna, wskazując na brak bezpośredniego związku pomiędzy oboma wymaganiami oraz brak bliższego sprecyzowania w s.i.w.z. co rozumie się przez „łatwy dostęp”. Izba zważyła, że ponieważ obie Strony uznają, iż ich wzajemnie sprzeczne stanowiska znajdują oparcie w powyżej przytoczonych postanowieniach punktora 4 i 6 pkt. 2 załącznika 6 do załącznika nr 1 do s.i.w.z. – rozstrzygnięcie sporu wymaga w pierwszej

kolejności interpretacji tych postanowień.

Zdaniem składu orzekającego Izby odczytując te postanowienia, Odwołujący dokonuje pewnego zabiegu perswazyjnego, podnosząc, iż z ich literalnego brzmienia wynika bezwzględne wymaganie Zamawiającego, aby wszystkie przedziały rozdzielnic miały drzwi otwierane na zawiasach, co ma zapewniać łatwy dostęp do wnętrza rozdzielnic – wskazując tym samym na bezpośrednią zależność obu wymagań. Tymczasem, wbrew twierdzeniom zawartym w odwołaniu, co wprost wynika ze wskazanej powyżej kolejności tych postanowień – nie są to sąsiadujące wymagania, gdyż rozdziela je punkt 5 („przedział szyn zbiorczych każdego pola będzie oddzielony od przedziałów pól sąsiednich metalową przegrodą z izolatorami przepustowymi”). Zatem opierając się na literalnym brzmieniu postanowień punktów 4 i 6 niewątpliwie jest jedynie to, iż Zamawiający wymagał zarówno tego, by przedziały rozdzielnic miały drzwi otwierane na zawiasach, jak i tego, by dostęp do wnętrza rozdzielnic był łatwy – nie wskazując jednak jednoznacznie na to, iż przez łatwy dostęp do wnętrza rozdzielnic należy rozumieć dostęp do każdego przedziału rozdzielnic przez drzwi na zawiasach. Choć nie można zaprzeczyć, że dostęp do wnętrza przez drzwi na zawiasach wydaje się spełniać wymóg łatwego dostępu, to nie można stwierdzić, iż był to jedyny dopuszczalny sposób jego zapewnienia. Sformułowanie punktu 6 jest na tyle ogólne, że spełnia je każde rozwiązanie, które zapewnia dostęp do wnętrza ułatwiony w jakikolwiek sposób, a zatem umożliwiające dostanie się do środka, co nie wyklucza zamocowanych na śruby kłap, jeżeli tylko można je w łatwy sposób odkręcić. Nadto, skoro rozdzielnica ma „jedno” wnętrze, to trudno uznać za brak spełnienia tego wymagania ułatwienia, w sposób żądany przez Odwołującego (przez drzwi na zawiasach) – dostępu do 3 spośród 4 przedziałów, a więc do zdecydowanej większości tego wnętrza. Podobnie, skoro 3 na 4 przedziały w rozdzielnicach typu Odra mają drzwi otwierane na zawiasach, to również zachowany jest wymóg, aby przedziały rozdzielnic (w liczbie mnogiej) miały takie drzwi, choć jednocześnie nie wszystkie z tych przedziałów je mają. Zdaniem składu orzekającego Izby, uzasadnione jest w tym przypadku odwołanie się do „wykładni systemowej” w ramach pkt. 2 załącznika 6, która wskazuje, iż Zamawiający używa w nim dookreślenia „wszystkie”, jeżeli domaga się by każdy element danego zbioru miał pewną cechę (np. punkt drugi „wszystkie napędy” mają się znajdować z przodu rozdzielnic i punkt 7 „wszystkie części” mają mieć odporność antykorozyjną).

Nadto wspomniany punkt 5, znajdujący się bezpośrednio po wymaganiu dotyczącym drzwi na zawiasach, wskazuje na szczególne wymaganie odnośnie szyn zbiorczych w postaci oddzielenie od pozostałych przedziałów (metalowa przegroda z izolatorami), co wydaje się wskazywać na priorytet odseparowania tego przedziału, niż jego łatwej dostępności. Wreszcie, równie logicznym wnioskiem, jak to, że łatwy dostęp to dostęp przez drzwi na zawiasach, jest wniosek, iż niczemu nie służy łatwy dostęp do przedziału,

który ma być nie tylko odseparowany od innych, ale jednocześnie wyłącznie dla niego nie wymaga się zapewnienia oświetlenia, co wynika wprost z punktora 13.

Natomiast podstawą uwzględnienia odwołania było stwierdzenie przez Izbę zasadności zarzutu zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty „ELWRO” na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, z uwagi na jej niezgodność z treścią postanowienia s.i.w.z. przez brak opisu technicznego oferowanego przedmiotu zamówienia, ze szczególnym uwzględnieniem wymaganych przez Zamawiającego parametrów technicznych w zakresie zabezpieczeń w polach rozdzielnic głównej 6 kV oraz rozdzielnic generatorowej RGEN, opisanych w załączniku 8 do załącznika nr 1 do s.i.w.z. zawierającego opis przedmiotu zamówienia.

W załączniku 8 do szczegółowego zakresu zamówienia (załącznika nr 1 do s.i.w.z.) *Wymagania techniczne i konstrukcyjne dla zabezpieczeń w polach rozdzielnic głównej 6 kV RG sekcja I, II, III oraz rozdzielnic generatorowej RGEN do uwzględnienia przy projektowaniu*, Zamawiający wskazał, w pierwszej kolejności, iż zabezpieczenia zabudowywane w nowych rozdzielnicach powinny spełniać następujące wymagania:

- *każde pole musi mieć indywidualne zabezpieczenie zabudowane w danym polu,*
- *wykonanie w technice cyfrowej, terminale zabezpieczeniowe z funkcją sterownika pola;*
- *zestaw zabezpieczeń z możliwością dowolnej konfiguracji wyjść przekaźnikowych, oraz funkcje zabezpieczeń niezbędnych do pewnej i selektywnej identyfikacji zakłócenia;*
- *zapewnione funkcje współpracy z polem (sterownik polowy) zwiększające bezpieczeństwo obsługi lokalnej i zdalnej (przez telemechanikę i z systemu nadrzędnego);*
- *kontrola położenia i sygnalizacja niezgodności styków wyłącznika, odłącznika i uziemnika,*
- *kontrola zazbrojenia wyłącznika;*
- *kontrola ciągłości obwodów sterowania wyłącznikiem;*
- *blokada załączenia wyłącznika przy braku zazbrojenia, ciągłym impulsie wyłączającym;*
- *blokada załączenia wyłącznika w warunkach niezgodności styków wyłącznika, odłącznika i uziemnika oraz przy załączonym uziemniku;*
- *sterowanie miejscowe na otwarcie i zamknięcie wyłącznika;*
- *układ programowalnych wejść i wyjść z możliwością bezpośredniego sterowania łącznikami;*
- *pomiary bieżących wartości napięć, prądów, mocy czynnej i biernej, energii czynnej, współczynnika mocy oraz w polu pomiaru napięcia – częstotliwości;*
- *rejestrator zdarzeń oznaczonych cechą czasu z możliwością synchronizacji z systemu nadrzędnego;*
- *rejestrator zakłóceń oznaczonych cechą czasu z możliwością synchronizacji z systemu*

*nadrzędnego;*

- *sygnalizacja wewnętrzna na elewacji;*
- *program obsługi w języku polskim;*
- *komunikacja autonomiczna;*
- *komunikacja z komputerem PC;*
- *dla potrzeb zabezpieczeń ziemnozwarciowych układ Ferrantiego.*
- *kontrola ciągłości obwodów cewek wyłączających i nadzór pracy wyłącznika;*
- *system rejestracji zdarzeń w czasie rzeczywistym (z rejestracją wartości wielkości mierzonych w poszczególnych fazach podczas zadziałania zabezpieczenia)*
- *zapewnianie wyświetlania wartości mierzonych wielkości prądów napięć mocy i energii;*
- *zapewnianie sygnalizacji działania poszczególnych członów zabezpieczenia; identyfikację uszkodzonej fazy;*
- *zapewnianie współdziałania zabezpieczenia z wyłącznikami pozwalającymi na określenie rzeczywistego zużycia wyłączników przez zliczanie całki rzeczywistych prądów wyzwalających wyłączniki;*
- *posiadanie funkcji zabezpieczenia autonomicznego tzn. pracującego bez zasilania (po zaniku napięcia pomocniczego).*

Ponadto Zamawiający określił następujące dane techniczne zespołu zabezpieczeń:

– prąd pomiarowy znamionowy $I_n$	5A
– napięcie pomiarowe znamionowe $U_n$	100V
– obciążalność trwała	10A
– wytrzymałość cieplna (1s)	400A
– znamionowy prąd udarowy	1000A
– obciążalność prądowa trwała przełączników wykonawczych	5A
– czas własny zadziałania zabezpieczeń	maks. 40ms

W postanowieniach rozdziału XVIII s.i.w.z. Zamawiający wskazał: *W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym w załączniku nr 1, Zamawiający wymaga również dołączenia do oferty:*

1. *Opisu technicznego oferowanych rozdzielnic i wyłączników, ze szczególnym uwzględnieniem wymaganych przez Zamawiającego parametrów technicznych.*
2. *Aktualnego certyfikatu poświadczającego specyfikacje techniczne oraz zgodność normami oferowanych rozdzielnic, wydanego przez jednostkę certyfikującą posiadającą akredytację Polskiego Centrum Akredytacji.*
3. *Harmonogram rzeczowo-finansowy robót, wg wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do Formularza ofertowego (załącznik nr 2 do SIWZ).*

Również w zakresie tego zarzutu niesporne było między Stronami ustalenie faktyczne zawarte w odwołaniu, co do tego, iż oferta „ELROW” nie opisuje rodzaju zabezpieczeń

cyfrowych jakie zamierza zastosować w rozdzielniach. Natomiast Przystępujący w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego zajął stanowisko zbieżne z Zamawiającym, iż z postanowień rozdziału XVIII pkt. 1 s.i.w.z. nie wynikał obowiązek zamieszczenia w ofercie opisu zastosowanych zabezpieczeń, by później zmodyfikować swoje stanowisko, wskazując, iż na stronach 57-59 (dla rozdzielnic głównej) i 75 (dla rozdzielnic generatorowej) oferty pod widokiem elewacji rozdzielnic i schematem ideowym zamieszczono tabelę z wyposażeniem rozdzielnic, w której znajduje się wiersz zatytułowany *Zabezpieczenie*, a w dalszych polach odnoszących się do poszczególnych pól rozdzielnic znajduje się znak „+”, oznaczający, że dane pole jest wyposażone w zabezpieczenie cyfrowe zgodne z wymaganiami Zamawiającego opisanymi w załączniku nr 1 do s.i.w.z.

Skład orzekający Izby nie podziela stanowiska Zamawiającego i Przystępującego, iż opis techniczny dołączony do oferty miał dotyczyć, spośród całego zakresu rzeczowego przedmiotu zamówienia, jedynie oferowanych rozdzielnic i wyłączników. Nie sposób również zgodzić się z twierdzeniem Zamawiającego, iż postanowienie pkt. 1 rozdziału XVIII nie narzucając formy tego opisu technicznego, wskazuje jedynie, iż ma on w szczególności uwzględniać wymagane parametry techniczne oferowanych rozdzielnic i wyłączników, to jest wyłącznie odnosić się do wymagań określonych w załącznikach 5 i 6 do szczegółowego zakresu zamówienia, a w szczególności parametrów wskazanych w pkt. 1 i 3 tych załączników, gdzie określono ich parametry techniczne (w odróżnieniu od parametrów konstrukcyjnych).

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby zważył, iż ocena wypełnienia przez Przystępującego wymagania postanowienia pkt. 1 rozdziału XVIII s.i.w.z. ma kluczowe znaczenie dla definitywnej oceny zgodności treści złożonej przez niego oferty z treścią s.i.w.z. Skład orzekający Izby w niniejszej sprawie w pełni bowiem podziela stanowisko składu orzekającego Izby, który orzekał w poprzednio zawisłej sprawie w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia – iż dokonanie przez wykonawców wymaganego opisu technicznego stanowi element konkretyzacji ich oświadczenia woli w zakresie oferowanego świadczenia, a nie jest dokumentem składanym na potwierdzenie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego, o których mowa w przepisie art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp. Zatem wszelkie braki w zakresie dokonanego opisu nie będą podlegały uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 pzp, dotyczącego trybu uzupełniania dokumentów na potwierdzenie warunków podmiotowych i przedmiotowych, gdyż z przepisu art. 87 ust. 1 pzp wynika zarówno niedopuszczalność prowadzenia w toku badania i oceny ofert negocjacji między zamawiającym a wykonawcą dotyczących treści oferty, jak również zakaz dokonywania jakichkolwiek zmian w jej treści.

W uzasadnieniu wyroku z 27 października 2010 r. w sprawie sygn. akt KIO 2245/10, zapadłego między tymi samymi Stronami jak niniejsza sprawa, wskazano bowiem w tym

*zakresie: W ocenie Izby Zamawiający nie był uprawniony do wzywania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wskazanie przez samego Odwołującego parametrów technicznych urządzeń to w istocie opis tego, jakie urządzenia oferuje Odwołujący, a więc opis przedmiotu zamówienia. Wskazuje na to jednoznaczne stwierdzenia Odwołującego: „Oferta nasza dotyczy dostawy ...” Opis ten nie może być zakwalifikowany jako dokument potwierdzający spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Nie powinien być także zakwalifikowany jako dokument potwierdzający spełnienie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego. Dokumentami w takim rozumieniu mogą być np. wyniki badań laboratoryjnych, certyfikaty, z ich treści można bowiem pozyskać informację, porównać, czy parametry oferowanych urządzeń są tożsame z wymaganymi przez Zamawiającego. W ofercie Odwołującego mamy do czynienia z sytuacją, w której Odwołujący sam przedstawia parametry, jakie spełniają urządzenia przez niego oferowane. Jest to zatem opis oferowanej dostawy. Zatem wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w niniejszym postępowaniu w trybie art. 26 ust. 3 było nieuprawnione.*

Po drugie, skład orzekający Izby stwierdza, iż stanowisko Zamawiającego ograniczające wymóg zakresu konkretyzacji oferty w zakresie oferowanych parametrów rozdzielnic wyłącznie do ich parametrów wskazanych w załącznikach 5 i 6, to jest z uwzględnieniem parametrów wyłączników na wyposażeniu pól tych rozdzielnic, lecz bez uwzględnienia parametrów zabezpieczeń – nie znajduje uzasadnienia w treści postanowień s.i.w.z. i ich systematyce, ani we wskazaniach wiedzy technicznej i zasadach logicznego rozumowania. Określenie wymagań dla zabezpieczeń rozdzielnic w załączniku 8 rozpoczyna się bowiem od stwierdzenia wskazującego jednoznacznie, iż również one stanowią integralną część zamawianych rozdzielnic, skoro są w nich zabudowywane. Nadto, również w tym załączniku, obok wymagań tzw. konstrukcyjnych, wskazano także konkretnymi wielkościami mianowanymi parametry techniczne istotne dla Zamawiającego. Zatem niezależnie od tego, gdzie opisano wymagania techniczne tych zabezpieczeń, nie mają one racji bytu poza rozdzielnicami, których są integralną częścią. Niezrozumiałe jest wobec tego wywodzenie przez Zamawiającego zakresu żądanej technicznej treści oferty ze sformułowania pkt. 1 rozdziału XVIII (gdzie mowa jest o „opisie technicznym oferowanych rozdzielnic i wyłączników”), które, pomijając, iż wcale językowo nie wskazuje wprost (nie wymieniając ich numeru w swojej treści), ani nie stanowi odesłania wyłącznie do załącznika 5 i 6 (których nazwa daleko odbiega od określenia zamieszczonego w pkt. 1), z pominięciem załącznika 8 – w zupełnym natomiast oderwaniu od nagłówka tego rozdziału, który wprost odsyła, co do zasady, do wymagań określonych w załączniku nr 1, a więc do szczegółowego zakresu zamówienia, którego równorzędną częścią w zakresie opisu parametrów rozdzielnic są zarówno załączniki 5 i 6 (rozdzielnice i ich zintegrowane włączniki), jak i załącznik 8

(zintegrowane zabezpieczenia rozdzielnic). Zatem, o ile można się zgodzić z twierdzeniem Zamawiającego, iż w s.i.w.z. nie wymagał odzwierciedlenia w części technicznej oferty całego zakresu rzeczowego zamówienia, to wymagany zakres z pewnością obejmował rozdzielnice, które wskazano jako odrębny i niepodzielny element przedmiotu zamówienia w załączniku nr 1 do s.i.w.z., zarówno w pkt. I, pkt 2, gdzie odrębnie jest mowa o dostawie i montażu rozdzielni (ppkt 4-7), w odróżnieniu od przebudowy lub dostawy wraz z montażem mostów szynowych (ppkt 3, 10-12), czy dostawy, montażu lub wymiany dławików zwarciovych (ppkt. 8 i 9), wreszcie, wykonania systemu sterowania i nadzoru (ppkt. 14) – jak i w pkt. II, pkt. 2, gdzie ponownie wyodrębniono dostawę i montaż rozdzielnic (lit. a-d), od pozostałych elementów zakresu rzeczowego: mostów szynowych (lit. e-f), dławików zwarciovych (lit. g), systemu sterowania i nadzoru rozdzielnic (lit. h) oraz kabli przewodów, muf itp. (lit. i). Natomiast parametry techniczne (wymagania techniczne i konstrukcyjne) dla tych elementów zakresu rzeczowego wskazano odpowiednio w pozostałych załącznikach do szczegółowego zakresu zamówienia, oznaczonych nr: 7 (dla systemu sterowania i nadzoru rozdzielnic), 9 i 10 (dla mostów szynowych) oraz 11 (dla dławików).

Wobec wynikającego z treści postanowienia rozdziału XVIII s.i.w.z. wymagania samodzielnego skonkretyzowania przez wykonawców treści oferty w aspekcie technicznym oferowanych rozwiązań rozdzielnic, nie mogą tego zastąpić, ani zapełnić braku treści w tym zakresie, ogólne oświadczenia formularza oferty odnoszące się do akceptacji postanowień s.i.w.z., w tym wzoru umowy, oraz objęcia ceną ofertową całego zakresu przedmiotu zamówienia. Nie stanowią natomiast takiej konkretyzacji oferowanych zabezpieczeń cyfrowych, podnoszone przez Przystępującego zamieszczenia znaku „+” w tabelach pod rysunkami technicznymi rozdzielnic znajdującymi się w jego ofercie, bez jakiegokolwiek zresztą objaśnienia. Nie sposób przyjąć, że w ten sposób zostały zindywidualizowane jakieś konkretne parametry oferowanych zabezpieczeń rozdzielnic, gdyż w najlepszym razie potwierdzają one możliwość ich istnienia. Nie ma wobec tego znaczenia, czy Przystępujący może wykonać za zaoferowaną cenę zabezpieczenia cyfrowe odpowiadające wymaganym, gdyż jego obowiązkiem było dokonać w ofercie ich konkretyzacji, umożliwiając Zamawiającemu weryfikację złożonej oferty w pełnym zakresie dotyczącym parametrów technicznych rozdzielnic.

Wreszcie wyjaśnienia złożone przez Przystępującego pismem z 6 lipca 2010 r. dotyczyły ostatniego z wymagań technicznych wyłączników z pkt. 3 załączników 5 i 6, a ich treść, pomimo błędnie wskazanej przez Zamawiającego podstawy prawnej wezwania jako przepis art. 26 ust. 4 pzp, zamiast art. 87 ust. 1 pzp, i tak nie może być brana pod uwagę w zakresie wykraczającym poza treść wynikającą ze złożonej oferty. Natomiast brak konkretyzacji danych dotyczących zabezpieczeń cyfrowych, których jak to zgodnie przyznawały Strony na rozprawie, bardzo wiele istnieje na rynku, uniemożliwia uzupełnienia



treści oferty w drodze poprawienia tzw. innej omyłki z przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, gdyż Zamawiający nie może samodzielnie w tym zakresie wytworzyć treści oferty zamiast Przystępującego.

Zamawiający wskazywał w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie na staranność prowadzenia postępowania przejawiającej się w powołaniu biegłego na potrzeby powtórnego badania i oceny ofert, który poprał ustalenia komisji przetargowej co do zgodności treści oferty Przystępującego z treścią s.i.w.z. Po zapoznaniu się z treścią tej opinii, skład orzekający Izby ustalił, że analiza tej zgodności *de facto* ograniczała się do parametrów technicznych (wymagań technicznych i konstrukcyjnych) opisanych w załączniku 5 i 6 do szczegółowego zakresu zamówienia. Oznacza to, iż zakres tego opracowania w ogóle nie obejmuje badania zgodności oferowanych rozwiązań w zakresie parametrów technicznych zabezpieczeń rozdzielnic wskazanych w załączniku 8 do załącznika nr 1 do s.i.w.z., a zatem opinia ta jest niepełna.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, iż naruszenie przez Zamawiającego przepisów: art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 7 ust. 1 i 3 i art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, miało wpływ na wynik postępowania, i działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z przepisem § 5 ust. 2 pkt 1 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238), obciążając Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego oraz jego uzasadnione koszty, w ramach których uwzględniono wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 3600,00 zł, na podstawie przedłożonego do akt sprawy rachunku (faktury VAT) – zgodnie z przepisem § 3 pkt 2 lit. b przywołanego rozporządzenia.

**Przewodniczący:**

.....