

Sygn. akt: KIO 2477/13

**WYROK**  
z dnia 6 listopada 2013 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Robert Skrzyszewski**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 listopada 2013r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 października 2013 r. przez wykonawcę **EKSA sp. z o.o., 05 – 806 Sokołów, ul. Sąsiedzka 1g** w postępowaniu prowadzonym przez **Energa Operator S.A., 80 – 557 Gdańsk, ul. Marynarki Polskiej 130**

przy udziale wykonawcy **TELE-FONIKA Kable Sp. z o.o. S.K.A., 30 – 663 Kraków, ul. Wielicka 114** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **EKSA sp. z o.o., 05 – 806 Sokołów, ul. Sąsiedzka 1g**, i
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **EKSA sp. z o.o., 05 – 806 Sokołów, ul. Sąsiedzka 1g** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2 zasądza od wykonawcy **EKSA sp. z o.o., 05 – 806 Sokołów, ul. Sąsiedzka 1g** na rzecz zamawiającego **Energa Operator S.A., 80 – 557 Gdańsk, ul. Marynarki Polskiej 130** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907), na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

**Przewodniczący:.....**

## **Uzasadnienie**

Zamawiający: Energa - Operator S.A., ul. Marynarki Polskiej 130, 80-557 Gdańsk wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Sprzedaż i dostawę kabli elektroenergetycznych Nr P//AZL/00051/13”.

Przedmiotowe postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego zostało ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 7 sierpnia 2013 r. pod numerem 2013/S 152 - 265602.

W dniu 11 października 2013 r. Odwołujący: EKSA sp. z o.o., ul. Sąsiedzka 1g, 05-806 Sokółów został poinformowany drogą elektroniczną, o wynikach oceny i badania ofert oraz o wyborze oferty najkorzystniejszej wykonawcy: TELE FONIKA Kable sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą w Krakowie.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem przetargu Odwołujący w dniu 21 października 2013r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od czynności Zamawiającego związanych z badaniem i oceną ofert oraz wyborem oferty najkorzystniejszej, dla zadania / części nr 1 oraz nr 2.

W swoim odwołaniu zaskarżył czynności Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie części nr 1 i nr 2 polegające na wyborze oferty Wykonawcy - TELE FONIKA Kable sp. z o.o. S.K.A. w Krakowie, jako najkorzystniejszej.

Zaskarżonym czynnościom zarzucił:

1) w części nr 1 postępowania naruszenie art. 24 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz.907), zwanej dalej ustawą Pzp, w związku z art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie uznania za odrzuconą oferty Wykonawcy podlegającego wykluczeniu z postępowania, z powodu nie wykazania przez tego Wykonawcę - TELE FONIKA Kable sp. z o.o. S.K.A. posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia;

2) w części nr 2 postępowania naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy - TELE FONIKA Kable sp. z o.o. S.K.A., której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Jednocześnie wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia powyższych czynności wyboru najkorzystniejszej oferty dla części nr 1 i nr 2;
- 2) dokonanie ponownej oceny ofert;
- 3) wykluczenie Wykonawcy - TELE FONIKA Kable sp. z o.o. S.K.A. z postępowania dla części nr 1;
- 4) odrzucenie oferty Wykonawcy - TELE FONIKA Kable sp. z o.o. S.K.A. dla części nr 1 i nr 2;
- 5) ponownego dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 6) zasądzenia na rzecz odwołującego zwrotu kosztów i innych opłat niniejszego postępowania odwoławczego, w tym wpisu oraz kosztów zastępstwa prawnego w sprawie.

Podniósł, że posiada interes prawny w złożeniu odwołania, ponieważ w przypadku odrzucenia oferty Wykonawcy - TELE FONIKA Kable sp. z o.o. S.K.A., oferta Odwołującego się zostałaby uznana za najkorzystniejszą w części nr 1 i nr 2, co wynika wprost z protokołu Zamawiającego - informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty (druk ZP-2).

W swoim odwołaniu wskazał, że decyzja Zamawiającego, o wyborze w części nr 1 oferty spółki TELE FONIKA Kable sp. z o.o. S.K.A. jest wadliwa z uwagi na okoliczność naruszenia art. 24 ust. 4 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie uznania za odrzuconą oferty Wykonawcy podlegającego wykluczeniu z postępowania, z powodu nie potwierdzenia przez tego Wykonawcę - TELE FONIKA Kable sp. z o.o. S.K.A., faktu posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia.

Zauważył przy tym, że Zamawiający w SIWZ stwierdził dla części nr 1, że wykazanie spełniania warunku z art. 22 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp, winno nastąpić poprzez wykazanie przez Wykonawców należytego wykonania przynajmniej jednej dostawy w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, fabrycznie nowych kabli elektroenergetycznych SN, przynajmniej jednego z typów stanowiących przedmiot zamówienia w tej części, o dowolnych przekrojach, o łącznej wartości, co najmniej 29.000.000 zł, Zamawiający wskazał w SIWZ w punkcie X., że wymagany wykaz wykonanych dostaw musi być przygotowany zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 5 do SIWZ (druk ZP-3). Wzór wykazu dostaw określał konieczność podania dla przedmiotu dostawy typu i przekroju kabla.

W celu dokładnego rozeznania wymogu Zamawiającego podania typu i przekroju kabla zwrócił uwagę, że Zamawiający wskazał w specyfikacji technicznej, stanowiącej zał. nr 1 do SIWZ (druk ZP4) jako podstawę do oznaczania kabli Polską Normę nr PN-E-

90411:1994 (druk ZP5) oraz zawarł wymaganie aby wszystkie dostarczone kable spełniały wymagania Polskiej Normy nr PN-HD 620S2: 2010 (stosowny fragment tej normy - druk ZP6).

Wyjaśnił, że obydwie przywołane normy określają zasady oznaczania kabli i wynika z nich jednoznacznie, że do oznaczenia kabla wymagane jest podanie następujących elementów :

1. symbol kabla np. XRUHAKXS,
2. wartość napięcia znamionowego (w kV) np. 12/20 kV,
3. oznaczenie kształtu i typu żyły roboczej np. RMC,
4. liczba żył oraz przekrój znamionowy żyły w mm<sup>2</sup> i przekrój znamionowy ekranu w mm<sup>2</sup> np. 1x70/25.

Powołał się na treść specyfikacji technicznej stanowiącej zał. nr 1 do SIWZ (druk ZP4), w której Zamawiający każdorazowo, kiedy jest mowa o symbolu kabla (wg nomenklatury przywołanych w specyfikacji technicznej Polskich Norm) używa sformułowania „kabel typu XRUHAKXS” lub „kabel typu XnRUHAKXS” lub „kabel typu XnRUHKXS”, z czego wynika, że Zamawiający rozumie, jako „typ” normatywne pojęcie „symbol”.

Z powyższego Odwołujący wnioskował, że stanowiące przedmiot zamówienia kable mają symbole: XRUHAKXS i XnRUHAKXS i XnRUHKXS.

Ponadto sądził, że zgodnie ze wzorem dostaw podanym przez Zamawiającego w zał. nr 5 do SIWZ (druk ZP3) Zamawiający wybrał do podania w wykazie dostaw tylko dwa z czterech powyżej przywołanych elementów oznaczenia kabla to jest: symbol i przekrój kabla.

Wobec powyższego – według Odwołującego - wykonawca powinien wpisać do wykazu dostaw dla części 1 jako typ dowolny z symboli: XRUHAKXS lub XnRUHAKXS lub XnRUHKXS oraz przekrój rozumiany, zgodnie z Polskimi Normami, jako: liczba żył oraz przekrój znamionowy żyły w mm<sup>2</sup> i przekrój znamionowy ekranu w mm<sup>2</sup>.

Przykładowo wyjaśnił, że dla pierwszej pozycji w specyfikacji technicznej dla części nr 1 poprawne oznaczenie symbolu i przekroju to XRUHAKXS 1x70/25.

Zdaniem Odwołującego ze złożonej przez Wykonawcę TELE FONIKA Kable sp. z o.o. S.K.A. oferty wynika, że wykaz wykonanych dostaw oraz listy referencyjne są niezgodne z wymaganiami SIWZ, ponieważ nie podano w tych dokumentach przekrojów kabli.

Nadto wątpliwości Odwołującego spotęgował fakt nie podania przekrojów kabla w załączonych do oferty wykonawcy TELE FONIKA Kable sp. z o.o. S.K.A referencjach.

Dodatkowo zauważył, że wykonawca TELE FONIKA Kable sp. z o.o. S.K.A dobrze wiedział jak należy wypełnić wykaz wykonanych dostaw, ponieważ dla części 2 tego samego postępowania odpowiedni wykaz został wypełniony z podaniem przekrojów kabli, a także referencje zawierają przekroje kabli. ( strony 20-23 oferty wykonawcy TELE FONIKA Kable sp. z o.o. S.K.A druk ZP7).

Powołując powyższe argumenty wyjaśnił, że do przesyłu mocy elektrycznej na średnim napięciu wykorzystuje się dwa różne typy kabli:

- kable jednożyłowe układane po trzy kable równolegle, tworzące łącznie układ trójfazowy,
- kable wielożyłowe z trzema żyłami w ramach jednego kabla, który tworzy sam w sobie układ trójfazowy.

Zaznaczył przy tym, że z punktu widzenia technicznego są to dwa zupełnie różne rozwiązania inżynierskie, dlatego też Zamawiający w specyfikacji technicznej każdorazowo (specyfikacja techniczna zał. nr 1 do SIWZ-druk ZP4) opisując przedmiot zamówienia pisał wyraźnie o kablach jednożyłowych, ponieważ symbol kabla będącego przedmiotem zamówienia XRUHAKXS lub XnRUHAKXS lub XnRUHKXS bez podania przekroju może oznaczać zarówno kabel jedno lub trzyżyłowy.

W ocenie Odwołującego potwierdza to ta sama norma PN-HD 620S2: 2010, wspólna dla kabli jednożyłowych i trzyżyłowych (wstęp do normy - druk ZP8), z którą wg SIWZ mają być zgodne wszystkie dostarczone kable, a także cennik Wykonawcy TELE FONIKA Kable sp. z o.o. S.K.A. publikowany na stronie internetowej <http://www.tfkable.com/pl/pliki-i-dokumenty/cenniki.html> (przykładowy fragment cennika - druk ZP9).

Zauważył, że na przykład w cenniku tego Wykonawcy jest:

- kabel jednożyłowy, oznaczony 12/20 kVXnHAKXS 1x70/25, oraz
- kabel trzyżyłowy oznaczony 12/20 kV XnHAKXS 3x70/25.

Argumentował, że taka sama systematyka oznaczeń kabli jednożyłowych i trzyżyłowych jest dla dowolnych symboli, a więc także dla symboli XRUHAKXS lub XnRUHAKXS lub XnRUHKXS, będących przedmiotem zamówienia.

Poza tym wyjaśnił, że mogą być dwa różne kable o tym samym symbolu:

- kabel jednożyłowy, będący przedmiotem zamówienia oznaczony 12/20 kVXRUHAKXS 1x70/25,
- kabel trzyżyłowy, nie mający nic wspólnego, poza symbolem, z przedmiotem zamówienia oznaczony 12/20 kVXRUHAKXS 3x70/25.

Wskazał okoliczność, że Odwołujący od maja 2012 r. realizuje umowę G00110/12 w ramach zamówienia publicznego zawartą z Zamawiającym na dostawy identycznych kabli, co przedmiot zamówienia w postępowaniu, którego odwołanie dotyczy.

Wyjaśnił także, że w związku z tą umową wpływają zamówienia, w których każdorazowo Zamawiający określa przekroje kabli i rozróżnia kable o tych samych symbolach, ale różnych przekrojach poprzez rozbięcie w zamówieniu na różne pozycje zamówienia. Według Odwołującego fakt ten potwierdza jak ważna jest informacja o przekroju, (przykładowe zamówienie Zamawiającego-druk ZP10).

Powyżej przytoczone fakty doprowadziły Odwołującego do wniosku, że Zamawiający nie mógł uznać posiadania wiedzy i doświadczenia przez Wykonawcę TELE FONIKA Kable sp. z o.o. S.K.A, ponieważ do oceny tego warunku w szczególności (jak ujmuje to SIWZ w punkcie IX. 1.1- druk ZP11) Zamawiający brał pod uwagę należyte wykonanie dostaw, a te nie zostały prawidłowo wykazane i potwierdzone przez TELE FONIKA Kable sp. z o.o. S.K.A.

Z uwagi na niespełnienie jednego z warunków udziału w postępowaniu wykonawca TELEFONIKA Kable sp. z o.o. S.K.A. – w ocenie Odwołującego - nie może brać w nim udziału i powinien zostać przez Zamawiającego wykluczony z postępowania, co skutkuje odrzuceniem oferty Wykonawcy TELE FONIKA Kable sp. z o.o. S.K.A. i jednocześnie niedopuszczalne jest obecnie wzywanie tego Wykonawcy tj. TELE FONIKA Kable sp. z o.o. S.K.A. do uzupełnienia dokumentów.

W odniesieniu do decyzji Zamawiającego o wyborze w części nr 2 oferty spółki TELE FONIKA Kable sp. z o.o. S.K.A. Odwołujący stwierdził, że jest ona wadliwa z uwagi na okoliczność naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Argumentując ten zarzut zauważył, że w specyfikacji technicznej stanowiącej zał. nr 1 do SIWZ (druk ZP4) Zamawiający podał dla części 2 dotyczącej kabli elektroenergetycznych nn (niskich napięć) precyzyjne wymagania odnośnie kształtu i typu żyły jakie powinny mieć oferowane kable.

Zauważył, że dla każdego symbolu, liczby i przekroju znamionowego żyły roboczej kabla zostały określone i opisowo wyjaśnione parametry żyły to:

- kształt (pierwsza po oznaczeniu przekroju litera S oznacza kształt sektora lub R oznacza kształt okrągły),
- konstrukcja (druga po oznaczeniu przekroju litera E oznacza konstrukcję jednodrutową lub M oznacza konstrukcję wielodrutową), np. dla pierwszej pozycji przedmiotu zamówienia w części 2 jest kabel: YAKXS 4x25 SE, czyli żyła sektorowa (kształt) jednodrutowa (konstrukcja).

Wywodził, że o tym jak istotny jest to parametr świadczy dwukrotna zmiana tego parametru w treści specyfikacji technicznej zał. nr 1 do SIWZ dokonana już po ogłoszeniu o postępowaniu.

Zwrócił uwagę, że zmiany te nastąpiły w dniach 2013-09-12 godz. 14:38 oraz 2013-08-13 godz. 12:30 (zestawienie dat publikacji na stronie internetowej <https://zakupy.energa-operator.pl/servlet/HomeServlet?MP module=main&MP action=siwz tab&noticelidentiv=1662&iContractorDepartment=-1> druk ZP 12).

Zdaniem Odwołującego, jeżeli Zamawiający starannie pilnował, aby parametr kształtu i konstrukcji żyły był właściwy to musiał ten parametr zweryfikować w ofertach wykonawców.

Zarzucił, że w ofercie wykonawcy TELE FONIKA Kable sp. z o.o. S.K.A. nie podano w żadnym dokumencie, jakie są kształty i konstrukcje żył oferowanych kabli o symbolu YKXS.

Z ostrożności zaznaczył, że gdyby przyjąć, że pomimo nie podawania explicite w ofercie kształtu i konstrukcji żył to wystarczy odwołanie do normy, która te parametry reguluje.

W aspekcie powyższego podniósł, iż w ofercie wykonawcy TELE FONIKA Kable sp. z o.o. S.K.A. jest zamieszczona karta katalogowa, która wprawdzie przywołuje normę PN-HD 603 S1:2006+A3:2009P, która standaryzuje parametry kształtu i konstrukcji żyły, to równorzędnie jest przywołana norma IEC 60502-1, która pozostawia dowolność co do wyboru kształtu i konstrukcji żyły (fragment normy odnośnie żył kabli - druk ZP14).

W związku z tym, na podstawie takiej karty katalogowej z przywołaniem dwóch nie identycznych norm, nie można stwierdzić – według Odwołującego, jaka część karty

katalogowej jest zgodna, z jaką normą, czyli jakie kształty i konstrukcje żył oferuje Wykonawca TELE FONIKA Kable sp. z o.o. S.K.A.

Zarzucił nie podanie konstrukcji żył w wykazie dostaw oraz referencjach ani w żadnym innym miejscu oferty Wykonawcy TELE FONIKA Kable sp. z o.o. S.K.A.

Fragmenty oferty Wykonawcy TELE FONIKA Kable sp. z o.o. S.K.A., gdzie te informacje mogły, a nie zostały podane wynikają – zdaniem Odwołującego z karty katalogowej - druk ZP13 oraz z wykazu dostaw i referencji - druk ZP7.

Powyższe – według zapatrywania Odwołującego - nie dawało podstaw Zamawiającemu do stwierdzenia, że oferowane kable o symbolu YKXS spełniają wymagania SIWZ.

Ostatecznie stwierdził, że w części nr 2 postępowania z uwagi na brak możliwości oceny zgodności z wymaganiami określonymi w SIWZ każdego z osobna typu kabli oferowanego przez wykonawcę TELE FONIKA Kable sp. z o.o. S.K.A., Zamawiający w sposób oczywisty nie mógł uznać zgodności całej oferty w części 2 postępowania z wymaganiami SIWZ i powinien taką ofertę odrzucić.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść dokumentacji postępowania przetargowego, w tym ogłoszenia i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), oferty Przystępującego, informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 9 października 2013r., zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, odpowiedzi na odwołanie z dnia 31 października 2013r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony i uczestnika wyjaśnień i pism Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.24 ust.4 w związku z art.24 ust.2 pkt. 4, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Jednym z istotnych zagadnień wymagających rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Przystępujący spełniał podmiotowe warunki udziału w

przedmiotowym przetargu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz czy treść złożonej przez niego oferty odpowiadała treści SIWZ, a także czy wybór najkorzystniejszej oferty był uzasadniony pod względem prawnym.

W zakresie pierwszego zarzutu odnoszącego się do części nr 1 oferty Izba doszła do przekonania, że argumentacja Odwołującego nie znajduje uzasadnienia prawnego.

Izba ustaliła, że stosownie do rozdziału X ust.1 pkt.1 ppkt 1 SIWZ o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają wiedzę i doświadczenie niezbędne do realizacji zamówienia, a w szczególności w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonali dla części 1: jedną lub więcej dostawę, fabrycznie nowych kabli elektroenergetycznych SN, przynajmniej jednego z typów stanowiących przedmiot zamówienia w tej części, o dowolnych przekrojach, o łącznej wartości, co najmniej 29.000.000 zł.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że opracowany przez Zamawiającego załącznik nr 5 do SIWZ stanowił wzór wykazu wykonanych dostaw, gdzie wykonawca miał wpisać przedmiot dostawy(typ i przekrój) wykonanych dostaw.

W aspekcie powyższych wymagań SIWZ należy uznać, że Przystępujący w sposób właściwy wykazał się spełnianiem spornego warunku udziału w postępowaniu.

Izba stwierdziła przy tym, że na stronie 16 oferty Przystępującego pod poz.1 – 3 znajdują się wskazania przedmiotu wykonanych dostaw, którymi są kable elektroenergetyczne średniego napięcia aluminiowe lub miedziane wraz z określeniem typu XRUHAKXS, XnRUHAKXS XnRUHKXS 12/20 kV.

Powyższe realizacje przedmiotowych zamówień zostały potwierdzone przez Przystępującego referencjami wystawionymi przez trzech odbiorców, które znajdują się na stronach 17 – 19 oferty Przystępującego.

Z uwagi na brzmienie rozdziału X ust.1 pkt.1 ppkt 1 SIWZ, które to postanowienie wyraźnie abstrahowało od wielkości przekroju, nie sposób zarzucić Przystępującemu braku spełnienia obowiązku wskazania w wykazie dostaw przekroju, który nie został na wykonawców nałożony.

Sama wzmianka „przekrój” we wzorze wykazu nie przesądza – zdaniem Izby – o

istnieniu wymagania w tym zakresie, jeżeli postanowienia SIWZ uznawały za wystarczające wykazanie się dostawami o „dowolnych przekrojach”.

Poza tym Izba uznała w kontekście postanowień rozdziału X ust.1 pkt.1 ppkt 1 SIWZ, że opracowane przez Zamawiającego w formularzu SIWZ sformułowanie określające przedmiot dostawy z umieszczeniem w nawiasie typu i przekroju miało znaczenie jedynie pomocnicze i służyło jedynie identyfikacji wymaganego przedmiotu zamówienia, lecz nie stanowiło ono samoistnego warunku udziału w postępowaniu, którego niespełnienie byłoby podstawą do wykluczenia wykonawcy w przedmiotowego przetargu na zasadzie art.24 ust.2 pkt.4 ustawy Pzp, ze skutkiem odrzucenia jego oferty.

W zakresie drugiego zarzutu Odwołujący – zdaniem Izby – nie udowodnił sprzeczności treści oferty Przystępującego z treścią SIWZ.

Izba ustaliła, że Zamawiający w spornym zakresie w załączniku nr 1 do SIWZ – Specyfikacja techniczna(pkt.3.1.2) określił żądanie dotyczące liczby i przekroju żył roboczych( $n \times \text{mm}^2$ ) – 4x10 RE lub SE, 4x120 SM, 4x240 SM.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że w załączniku nr 3.2 w formularzu cenowym do SIWZ w części dotyczącej przedmiotu zamówienia(nazwa pozycji materiałowej) Zamawiający określił jedynie kabel elektroenergetyczny, jego typ i przekrój nie podając żadnej z sygnatur RE, SE, SM.

Wobec powyższego Izba uznała, że złożone na stronach 11 - 12 oświadczenie Przystępującego wraz z informacją z karty katalogowej kabli z żyłami YKXS(strona 100 ofert) zawierają wszystkie essentialia negocjacji umożliwiające zaciągnięcie zobowiązania.

Według Izby znajdujący się w tej karcie katalogowej opis konstrukcyjny żyły wskazujący, że są one miedziane jednodrutowe klasa 1 okrągłe(RE) lub sektorowe wielodrutowe(SE) lub wielodrutowe klasa 2 okrągłe(RM) lub okrągłe zagęszczane(RMC) lub sektorowe(SM) wg EN 60228 zawiera w sobie kategorię zaoferowanych żył.

Jednocześnie ze specyfikacji tej karty katalogowej w zakresie liczby i przekroju znamionowego żył wynika, że w asortymencie Przystępującego znajdują się żyły o parametrach 4x10, 4x120, 4x240, czyli tych odpowiadających SIWZ.

Ponadto Izba doszła do przekonania, że zaoferowane kable modelu YKXS są zgodne z normą PN-HD 603 S1:2006+A3:2009P, co potwierdza certyfikat zgodności nr Z/12/050/13.

Jeżeli zaś zachodzi powyższa zgodność z przedmiotową normą, to w zakresie żyły o parametrze 4x10 nie mogła wchodzić w rachubę żyła sektorowa jednodrutowa – SE, lecz jedynie żyła okrągła jednodrutowa - RE.

Natomiast wątpliwości interpretacyjne Odwołującego pomiędzy treścią normy a treścią karty katalogowej nie mogą być traktowane, jako uznanie występującej sprzeczności pomiędzy treścią oferty z treścią SIWZ.

Istniejące zaś wątpliwości w powyższym zakresie Odwołujący powinien zgłosić Zamawiającemu na etapie przygotowania SIWZ.

O tym, jakie informacje powinny zawierać załączniki do SIWZ(formularze cenowe) sporządzane przez Zamawiającego w tym postępowaniu Odwołujący, jako podmiot występujący w obrocie zamówień publicznych wiedział, skoro obecnie powołuje się na konieczność ich zamieszczenia w SIWZ zaznaczając w kolorze żółtym elementy nieopisane przez Zamawiającego, lecz przewidziane przez innego Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego UZZ/119/PN/2012 na dostawę kabli i przewodów Tauron Dystrybucja S.A.

W aspekcie tak zgłoszonego zarzutu Izba uznała, że na etapie wyboru najkorzystniejszej oferty niedopuszczalne jest takie interpretowanie SIWZ, które wykorzystuje nieopisanie pewnego fragmentu SIWZ i zmierza jedynie do eliminacji konkurencji.

Ostatecznie Izba przyjęła, że argumentacja Odwołującego i załączone przez niego kopie dokumentów nie posiadają waloru dowodowego świadczącego o okoliczności zaferowania świadczenia nieodpowiadającego treści SIWZ.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

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 2010r. 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).

**Przewodniczący:.....**