

Sygn. akt: KIO 1509/21

WYROK
z dnia 24 czerwca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 22 czerwca 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 maja 2021 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: REVICO S.A. z siedzibą w Słupnie oraz Cab-Instal sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Tauron Wydobycie S.A. z siedzibą w Jaworznie**

przy udziale **wykonawcy Elektrometal S.A. z siedzibą w Cieszynie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. **Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: REVICO S.A. z siedzibą w Słupnie oraz Cab-Instal sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: REVICO S.A. z siedzibą w Słupnie oraz Cab-Instal sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Tauron Wydobycie S.A. z siedzibą w Jaworznie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostawa rozdzielni średniego napięcia wraz z zabudową i uruchomieniem na dole kopalni w TAURON Wydobycie S.A. — Zakład Górniczy Janina”, nr postępowania: 2020/TWD/TWD/02487/L233/P/RF. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23 grudnia 2020 r., za numerem 2020/S 250-626250.

W dniu 20 maja 2021 r. odwołanie wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: REVICO S.A. z siedzibą w Słupnie oraz Cab-Instal sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegających na wykluczeniu Odwołującego z postępowania i w konsekwencji odrzuceniu jego oferty, a także wobec zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Elektrometal S.A. z siedzibą w Cieszynie – dalej Przystępujący.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, który wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu,
2. art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 ustawy pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, który złożył ofertę, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i pzp,
3. art. 91 ust. 1 ustawy pzp oraz art. 7 ust. 3 ustawy pzp, poprzez nie dokonanie wyboru oferty, która może być uznana za ofertę najkorzystniejszą w postępowaniu albowiem najkorzystniejszą może być oferta Odwołującego,
4. art. 7 ust. 1 ustawy pzp, poprzez podejmowanie czynności w przedmiotowym postępowaniu z brakiem należytej staranności oraz w sposób naruszający zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
5. art. 26 ust. 3 ustawy pzp, poprzez nie wezwanie Przystępującego do uzupełnienia dokumentów,

6. art. 87 ust. 1 ustawy pzp, poprzez niezastosowanie określonego tym przepisem trybu postępowania wyjaśniającego wobec Odwołującego,

7. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z postępowania z powodu złożenia przez Odwołującego oferty niespełniającej wymagań SIWZ, podczas gdy oferta spełniała wymagania specyfikacji.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

1) przywrócenia oferty Odwołującego się,

2) odrzucenie oferty Przystępującego,

3) dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu, na podstawie ustalonych w SIWZ kryteriów oceny ofert.

Ponadto Odwołujący wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego oraz przeprowadzenie dowodów wskazanych w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, że Zamawiający pismem z dnia 15 marca 2021 r. wezwał Wykonawcę zgodnie z art. 26 ust. 2f ustawy pzp do złożenia dokumentów lub oświadczeń potwierdzających, że nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu określone w pkt. 3.4., 3.5., 3.6. SIWZ oraz oświadczenia Wykonawcy, że dokumenty i oświadczenia złożone wraz z ofertą są nadal aktualne. Termin złożenia dokumentów wyznaczono na dzień 25 marca 2021 r. godz. 15:00. Wykonawca w ww. terminie złożył poprzez Platformę Zakupową dokumenty, m.in.: wykaz wykonanych dostaw. Następnie Zamawiający pismem z dn. 21 kwietnia 2021 r. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy pzp wezwał, aby Wykonawca w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia uzupełnił m.in.: wykaz dostaw wykonanych oraz załączył dowody określające czy te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie (3.4.3.1. SIWZ), na potwierdzenie warunku określonego w punkcie 3.1.1.3.1. SIWZ. Termin złożenia uzupełnień wyznaczono na dzień 26 kwietnia 2021 r. godz. 15:00. Wykonawca przedłożył wymagane dokumenty w wyznaczonym terminie, jednak w ocenie Zamawiającego dokumenty uzupełnione przez Wykonawcę nie potwierdzają, że wykonane przez niego dostawy dotyczyły rozdzielnic górniczych na napięcie min. 6kV pompowni głównego odwodnienia w podziemnych zakładach górniczych. Zamawiający odrzucił więc ofertę odwołującego się Konsorcjum.

Odwołujący podkreślił, że przedstawione dokumenty potwierdzają, że dostawy dotyczyły rozdzielnic górniczych na napięcie min. 6kV pompowni głównego odwodnienia w podziemnych zakładach górniczych. Ponadto, Zamawiający w żaden sposób nie uzasadnił, dlaczego w jego ocenie przedstawiona dokumentacja nie spełnia przedmiotowych wymogów, ani wbrew ciężącym na nim obowiązkom, nie wezwał wykonawcy do przedstawienia wyjaśnień w tym zakresie.

Odwołujący podniósł również, że Oferent Elektrometal S.A. zaoferował przedmiot zamówienia, który nie został dopuszczony do stosowania w podziemnych zakładach górniczych na wymagane przez Zamawiającego napięcie znamionowe 12kV. Zamawiający zapisem w pkt. 3.7.2 SIWZ wymagał dołączenia do oferty dopuszczenia Prezesa WUG do stosowania w podziemnych zakładach górniczych dla przedmiotu zamówienia jakim jest dostawa rozdzielnic średniego napięcia. W celu potwierdzenia wymogu oferent Elektrometal S.A. załączył decyzję Prezesa Wyższego Urzędu Górniczego nr L.dz.32664/11/2020/RS z dnia 30 listopada 2020 r. Dołączona decyzja dopuszcza stosowanie w podziemnych zakładach górniczych oferowanego wyrobu (rozdzielnic typu PREM-G1dM) na napięcie znamionowe 3kV, 6kV lub 10kV. W załączniku nr 12 do SIWZ Zamawiający określił „Wykaz spełnienia istotnych dla Zamawiającego Wymagań funkcjonalnych i parametrów technicznych”. Uzupelniony dokument o oświadczenie oferenta potwierdzające spełnienie ww. wymagań każdy z Oferentów musiał dołączyć do oferty. W załączniku nr 12 do SIWZ pkt. I ppkt. 1 „Parametry pól rozdzielczych”, tiret 1, został określony wymagany parametr prądu znamionowego 12kV. Z załączonego dopuszczenia WUG wynika, że oferowana rozdzielnica typu PREM-G1dM prod. ZARMEN Zakład Elektrobudowa nie jest dopuszczona do stosowania w podziemnych zakładach górniczych na napięcie znamionowe 12kV — zaoferowany produkt nie spełnia istotnych dla Zamawiającego wymaganych parametrów technicznych. Oferent zaoferował przedmiot zamówienia, który spełnia wymaganą przez Zamawiającego odporność na działanie łuku wewn. 25 kA dla 1 sek. tylko w przypadku wyposażenia przedmiotu zamówienia w opcję dokręcanego do rozdzielnic kanału dekompresji wewnętrznej, którego zastosowanie zostało wykluczone przez Zamawiającego.

Zamawiający w załączniku na 12 do SIWZ w pkt. I ppkt. 1 tiret 4 wymaga, aby oferowany przedmiot zamówienia posiadał parametr techniczny: odporność na działanie łuku wewn. 25 kA dla 1 sek. W tym samym dokumencie określił w pkt. 6 wymaganie co do konstrukcji rozdzielnic jako w pełni przedziałowa, posiadająca kanał dekompresji wewnętrznej stanowiący jednolitą konstrukcję pola (nie dokręcaną na rozdzielnic). Jako dowód spełnienia ww. parametrów technicznych oferent załączył do oferty certyfikat zgodności nr TEST/13/CZ/2018 z dnia 6 lipca 2020 r. oraz Dokumentację Techniczną -

Ruchową nr DTR/P-131 datowaną na sierpień 2020 r. W dołączonym do oferty Certyfikacie Zgodności na stronie 2 akredytowana jednostka potwierdza parametry techniczne rozdzielnic typu PREM-G1dM deklarowane przez producenta: Odporność na działanie łuku elektrycznego Ia/It: - bez kanału dekompresji: 20 kA/0, 36s, 25kA/0, 15s. - z kanałem dekompresyjnym: 25kA/1s. Dołączona do oferty DTR str. 9 opisuje wykonanie rozdzielnic jako: Pola rozdzielcze z przedziałem dekompresji wewnętrznej w standardowym wykonaniu zapewniają odporność łukową 25 kA/0, 15s oraz 20 kA/0,36s. Opcjonalnie wykonanie pól rozdzielczych przewiduje zwiększenie objętości przedziału dekompresji o kanał dekompresyjny (przekrój c), będący integralną częścią pola. Konstrukcja pola w tym wykonaniu zapewnia łukoodporność 25 kA/1s. Modułowy kanał dekompresji można zabudować dodatkowo na rozdzielnicę już pracującej na obiekcie, w celu podwyższenia jej odporności na zwarcia łukowe. Minimalna wysokość kanału wynosi 350 mm. Następnie na stronie 17 DTR pkt 2. PARAMETRY TECHNICZNE producent wskazuje spełnienie parametru odporności na działanie łuku wewnętrznego 25kA/1s przy wykonaniu opcjonalnym z kanałem dekompresji. Rozwiązanie konstrukcyjne w wykonaniu wskazywanej opcji z dodatkowym kanałem dekompresji gazów Producent opisuje na stronie 126 DTR — Montaż kanału dekompresyjnego OPCJA. Z przedstawionego rysunku oraz opisu tiretu pierwszego wynika, że dodatkowy kanał jest montowany na polach (dokręcany na rozdzielnicę) w formie kolejnych modułów łączonych ze sobą. W przypadku niezastosowania przez producenta dodatkowej opcji w postaci montowanego na polach kanału dekompresji gazów wyrób nie spełnia wymaganych przez Zamawiającego parametrów odporności na działanie łuku wewn. 25kA/1s. Oferowany wyrób spełnia wymagany parametr przy zastosowaniu opcjonalnego rozwiązania konstrukcyjnego z montowanym (dokręcany na rozdzielnicę) kanałem dekompresji wewnętrznej — którego stosowanie Zamawiający wykluczył w pkt. 6 załącznika nr 12 do SIWZ. Powołując się na Wymagania Zamawiającego z pkt. 6 załącznika nr 12 do SIWZ, kanał dekompresji powinien stanowić jednolitą konstrukcję pola, a nie tylko integralną jej część.

Odwołujący podniósł, że z uwagi na wskazane powyżej okoliczności faktyczne i prawne, oferta Wykonawcy — Elektrometal S.A., nie może zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą, gdyż powinna ona zostać przez Zamawiającego odrzucona. Niezgodne z przepisami działanie Zamawiającego doprowadziło do wyboru, jako oferty najkorzystniejszej, oferty która nie może być za taką uznana. W przypadku, gdyby Zamawiający dokonał odrzucenia oferty ww. wykonawcy, to oferta Odwołującego byłaby ofertą najkorzystniejszą w znaczeniu, o którym mowa w art. 91 ust. 1 ustawy pzp.

Mając na uwadze opisane wyżej okoliczności faktyczne i prawne uznać należy w ocenie Odwołującego, że arbitralne decyzje Zamawiającego skutkujące brakiem odrzucenia oferty Wykonawcy Elektrometal S.A., mimo iż nie złożył on oferty zgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, były podejmowane w przedmiotowym postępowaniu z brakiem należytej staranności oraz w sposób naruszający zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W zakresie naruszenia art. 26 ust. 3 pzp, poprzez nie wezwanie Wykonawcy Elektrometal S.A. do uzupełnienia dokumentów. Z ostrożności Odwołujący wskazał, że jeżeli Zamawiający nie wezwał Wykonawcy a miał taki obowiązek to przed odrzuceniem oferty powinien wezwać Wykonawcę do uzupełnienia dokumentów.

W zakresie naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy pzp, poprzez niezastosowanie określonego tym przepisem trybu postępowania wyjaśniającego wobec Odwołującego. Zamawiający w żaden sposób nie wyjaśnił czy oferta Odwołującego spełnia przesłanki SIWZ i ustawy oraz nie uzasadnił swojego stanowiska.

W dniu 21 czerwca 2021 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie wniesionego odwołania w całości. W złożonej odpowiedzi oraz na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska. Ponadto, na posiedzeniu w dniu 22 czerwca 2021 r. Zamawiający złożył pismo procesowe – wniosek o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 2 w zw. z art. 510 ustawy pzp, ponieważ w jego ocenie odwołanie wniósł i podpisał podmiot nieuprawniony.

W dniu 21 czerwca 2021 r. Przystępujący złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania. W piśmie oraz na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

W związku z brzmieniem art. 90 ust. 1 Przepisów wprowadzających ustawę - Prawo zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r., poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe. Uwzględniając okoliczność, iż postępowanie wszczęte zostało w dniu 23 grudnia 2020 r., ilekroć w treści uzasadnienia mowa o przepisach materialnych ustawy pzp należy przez to rozumieć ustawę z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.).

Jednocześnie, z uwagi na treść art. 92 ust. 2 Przepisów wprowadzających ustawę - Prawo zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz. U. z 2019 r., poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1 (ustawa z dnia 11 września 2019 r., t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.), Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba postanowiła oddalić wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy pzp.

W zakresie wniosku o odrzucenie odwołania Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Odwołanie zostało podpisane przez Pana J. S. – Wiceprezesa Zarządu.

Zgodnie z KRS Odwołującego ww. Wiceprezes był uprawniony reprezentować spółkę łącznie z innym Wiceprezesem bądź prokurentem.

Pan J. S. działał na podstawie pełnomocnictwa z dnia 12 maja 2021 r. udzielonego przez Prezesa Zarządu reprezentującego spółkę REVICO S.A. Natomiast pełnomocnictwa do reprezentowania Konsorcjum udzieliła spółce REVICO S.A. spółka Cab-Instal sp. z o.o.

Na posiedzeniu w dniu 22 czerwca 2021 r. Odwołujący oświadczył, że Pan J. S. jest pracownikiem spółki REVICO S.A.

Zamawiający we wniosku o odrzucenie odwołania podnosił, że Pan J. S. nie może być pełnomocnikiem przed Krajową Izbą Odwoławczą w rozumieniu art. 510 ustawy pzp. Z pełnomocnictwa załączonego do odwołania nie wynika, aby był radcą prawnym czy adwokatem. Zamawiający podnosił, że zgodnie z KRS nie może również działać jako osoba prawna, gdyż nie jest uprawniony do samodzielnej reprezentacji. W ocenie Zamawiającego osoba podpisująca odwołanie nie mogła być pełnomocnikiem w rozumieniu art. 510 ustawy pzp.

W myśl art. 510 ustawy pzp: „1. Pełnomocnikiem może być adwokat lub radca prawny, a ponadto osoba sprawująca zarząd majątkiem lub interesami strony lub uczestnika postępowania oraz osoba pozostająca ze stroną lub uczestnikiem postępowania w stosunku

zlecenia, jeżeli przedmiot sprawy wchodzi w zakres tego zlecenia. 2. Pełnomocnikiem osoby prawnej, przedsiębiorcy, w tym nieposiadającego osobowości prawnej, lub jednostki nieposiadającej osobowości prawnej może być również pracownik tej jednostki.”

Mając na względzie złożone na posiedzeniu oświadczenie pełnomocnika Odwołującego, Izba stwierdziła że Pan J. S. spełniał przesłanki dotyczące pełnomocnika przed Krajową Izbą Odwoławczą zgodnie z art. 510 ustawy pzp, jako pracownik spółki REVICO S.A. Dlatego też, Izba oddaliła wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zachowując termin ustawy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego zgłosił skuteczne przystąpienie wykonawca Elektrometal S.A. z siedzibą w Cieszynie.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami i pismem z dnia 22 czerwca 2021 r., pismo procesowe Przystępującego wraz z załącznikami oraz dowód złożony przez Przystępującego na posiedzeniu.

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Odwołanie podlegało oddaleniu.

W zakresie zarzutów podniesionych względem oferty Odwołującego Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z pkt 3.1.1.3.1 SIWZ Zamawiający postawił następujący warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej: *„Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia warunek udziału w Postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej, jeżeli Wykonawca wykaże się w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, należyłą realizacją dostaw lub modernizacji rozdzielnic górniczych na napięcie min. 6kV pompowni głównego odwadniania*

w podziemnych zakładach górniczych z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców. Łączna wartość dostaw brutto zrealizowanych przez Wykonawcę w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, musi być nie mniejsza od 2 000 000,00 zł.”

W dniu 15 marca 2021 r. Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 2f ustawy pzp wezwał Odwołującego do złożenia m.in. dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

W odpowiedzi Odwołujący złożył wykaz dostaw wykazujący następujące dostawy:

1. Dostawa rozdzielnicy 10kV dla AR-d-40 ,24 polowa wraz z szafką koncentratora i RPS, wartość brutto: 4 361 171,64 zł, 06.08.2018 -31.03.2019, PeBeKa S.A. ul. Marii Skłodowskiej-Curie 76 59-301 Lubin, - Protokół odbioru z dnia 15.10.2018; - Protokół odbioru z dnia 25.03.2019.

2. Dostawa rozdzielnicy 6 kV dla AR-d-40 ,20 polowa wraz z szafką koncentratora i RPS, wartość brutto: 3 718 698,36 zł, 06.08.2018 -31.03.2019, PeBeKa S.A. ul. Marii Skłodowskiej-Curie 76 59-301 Lubin, - Protokół odbioru z dnia 31.10.2018; - Protokół odbioru z dnia 25.03.2019.

Odwołujący dołączył również protokoły odbioru. Z dokumentów nie wynika aby referencyjne dostawy dotyczyły rozdzielnic pompowni głównego odwadniania w podziemnych zakładach górniczych.

Pismem z dnia 21 kwietnia 2021 r. Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy pzp wezwał Odwołującego do uzupełnienia m.in. dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy spełniają wymagania SIWZ. Zamawiający wskazał, że wykaz dostaw jest niezgodny z warunkami zamówienia w zakresie dostawy rozdzielnic górniczych: „pompowni głównego odwadniania w podziemnych zakładach górniczych” (co zostało wyboldowane i podkreślone).

W odpowiedzi Odwołujący złożył wykaz dostaw z tożsamą referencyjną dostawą jak w poz. 1 pierwotnie złożonego wykazu, dodatkowo wskazał: „Polska Miedź S.A. Zakłady Górnicze „Polkowice-Sieroszowice” Kaźmierzów 100 59-101 Polkowice – Zamawiający” oraz złożył identyczne protokoły odbioru, a także oświadczenie własne o następującej treści: „*Oświadczam, że dołączony wraz z uzupełnieniem Wykonawcy załącznik nr 5 do SiWZ- wykaz dostaw wykonanych w okresie 3 lat przed upływem terminu składania oferty wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów na rzecz których dostawy zostały wykonane wraz z załączeniem dokumentów w postaci protokołów odbioru*

potwierdzających wykonanie dostawy rozdzielnic górniczych na napięcie min. 6kV pompowni głównego odwadniania w podziemnym zakładzie górniczym wykazują spełnienie przez Wykonawcę warunków udziału w Postępowaniu zgodnie z pkt. 3.1.1.3.1 SiWZ. Oświadczam, że dostawy zostały wykonane należycie.”

W dniu 7 maja 2021 r. Zamawiający zawiadomił Wykonawców o wykonawcach wykluczonych w postępowaniu oraz ofertach odrzuconych. Zamawiający na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy pzp wykluczył Odwołującego z postępowania wskazując m.in., że: *„Dokumenty uzupełnione w ww. terminie przez Wykonawcę nie potwierdzają, że wykonane przez Niego dostawy dotyczyły rozdzielnic górniczych na napięcie min 6kV pompowni głównego odwodnienia w podziemnych zakładach górniczych.”* Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, gdyż zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy pzp ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Z dowodu – pisma KGHM Polska Miedź S.A. Zakłady Górnicze z dnia 8 czerwca 2021 r. wynika, że referencyjna rozdzielnica nie zasila pompowni głównego odwadniania. W piśmie wskazano, że projektowane jest połączenie referencyjnej rozdzielni z rozdzielnią, która będzie zasilala pompownię głównego odwadniania.

Z SIWZ PeBeKa wynika, że przedmiotem zamówienia była: *„Zabudowa na podszybiu SW-4 rozdzielnic zasilających 10kV i 6kV wraz z transformatorami sprzęgającymi sieci 10kV i 6kV oraz kablowymi liniami zasilającymi rej. O/ZG „Polkowice-Sieroszyce”.* Pkt 5 Część V załącznika nr 4 do ww. SIWZ stanowią referencyjne rozdzielnice. W opisie brak informacji odnośnie pompowni głównego odwadniania.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 i ust. 4 ustawy pzp: *„1. Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się: 12) wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. (...) 4. Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.”*

W myśl art. 87 ust. 1 ustawy pzp: *„1. W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.”*

Artykuł 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp stanowi, że: *„Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 2) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.”*

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy pzp Odwołujący zakwestionował decyzję o wykluczeniu z postępowania i w konsekwencji odrzuceniu oferty twierdząc, że wykazana dostawa spełniała wymagania postawione w warunku zdolności technicznej i zawodowej. Mając na względzie zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska Stron i Przystępującego argumentacja Odwołującego nie zasługiwała na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że warunek postawiony w postępowaniu był jednoznaczny i w ocenie Izby nie powinien budzić wątpliwości. Zamawiający wymagał aby referencyjna rozdzielnica górnicza była rozdzielnicą pompowni głównego odwadniania w podziemnych zakładach górniczych. Wbrew twierdzeniom Odwołującego z treści warunku nie wynika, że dopuszczalne było wykazanie się rozdzielnicą, która w sposób pośredni zasila pompownię głównego odwadniania. O dopuszczenie takiej dostawy, jako spełniającej warunek Odwołujący mógł wnosić na etapie ogłoszonego postępowania, czego jednak nie uczynił. Na obecnym etapie kwestionowanie warunku w sposób zaprezentowany przez Odwołującego na rozprawie jako nadmierne należy uznać za spóźnione. Ponadto wskazania wymaga, że w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający nie doprecyzowywał postawionego warunku, a jedynie wyjaśniał przyczyny określenia go w sposób wskazany w SIWZ. Przedstawione w postępowaniu odwoławczym dowody wykazały, że referencyjna dostawa nie spełniała postawionego warunku. Jak zostało ustalone Zamawiający zwrócił się o informacje na temat referencyjnej dostawy do KGHM Polska Miedź S.A. Zakłady Górnicze i otrzymał odpowiedź, że rozdzielnica dostarczona przez Odwołującego nie zasila pompowni głównego odwadniania, a połączenie jej z rozdzielnią zasilającą pompownię jest na etapie projektowania. Z treści SIWZ PeKaPe dotyczącego referencyjnej dostawy złożonego jako dowód przez Przystępującego również nie wynika, aby była to rozdzielnica pompowni głównego odwadniania. Okoliczność ta została przyznana przez Odwołującego na rozprawie, niemniej jednak Odwołujący podnosił, że takie rozwiązanie spełniało warunek postawiony w SIWZ, gdyż nie określono w nim, że rozdzielnica ma bezpośrednio zasilać pompownię. W ocenie Izby taka interpretacja warunku jest po pierwsze niewłaściwa – Zamawiający wprost określił, że warunek spełni rozdzielnica pompowni, a więc rozdzielnica bezpośrednio zasilająca pompownię głównego odwadniania, a po drugie – z pisma KGHM wynika, że rozwiązanie dotyczące połączenia referencyjnej rozdzielnicy z rozdzielnicą pompowni głównego odwadniania jest w fazie projektowania, czyli na dzień spełnienia warunku nawet pośrednie rozwiązanie, na które powoływał się Odwołujący nie zostało zrealizowane.

Odnosząc się do twierdzenia Odwołującego, że wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp było nieprecyzyjne, a Odwołujący nie uzyskał z jego treści informacji, dlaczego referencyjne dostawy nie spełniają wymagań postawionego warunku wskazać należy, że Zamawiający zaznaczył w piśmie czego dotyczy wezwanie. W ocenie Izby nie powinno budzić wątpliwości, że wezwanie nie obejmowało tej części warunku, w której mowa o okresie w jakim dostawy zostały wykonane czy wartości zrealizowanych dostaw, a przedmiotu, czyli rozdzielnicy pompowni głównego odwadniania, co zostało wyboldowane i podkreślone. Ponadto, na etapie wezwania Odwołujący nie kwestionował jego treści, a w odpowiedzi utrzymał pierwszą z referencyjnych dostaw składając dodatkowo oświadczenie. Odwołujący miał jednak świadomość, że wykazywana rozdzielnica nie stanowiła rozdzielnicy pompowni głównego odwadniania, bowiem nie wynikało to z treści SIWZ PeKaBe na referencyjną rozdzielnicę ani protokołów odbioru. Ponadto, Odwołujący powinien dochować należytej staranności w przygotowaniu oferty i sprawdzić przekazywane w postępowaniu oświadczenia. Jedyną informacją, której Odwołujący nie otrzymał dotyczyła zweryfikowania przez Zamawiającego oświadczeń złożonych przez Odwołującego w wykazie dostaw, co nie zmienia okoliczności, że referencyjna dostawa nie spełniała wymagań postawionych w warunku.

Przechodząc do zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy pzp to jak słusznie podnosił Przystępujący, procedura objęta dyspozycją tego przepisu dotyczy wyjaśnienia treści oferty, a nie wyjaśnienia czy uzupełnienia dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o czym mowa w art. 26 ust. 3 i 4 ustawy pzp. Zamawiający zastosował procedurę wezwania do uzupełnienia, a złożone w odpowiedzi dokumenty nie potwierdziły spełnienia warunku udziału w postępowaniu, tym samym Zamawiający nie naruszył art. 87 ust. 1 ustawy pzp.

Odwołujący zarzucił również naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, który nie znalazł w niniejszym postępowaniu zastosowania, gdyż dotyczy odrzucenia ofert nieodpowiadających treści SIWZ. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp w konsekwencji wykluczenia Odwołującego z postępowania, tym samym nie można stwierdzić naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp.

Oдноśnie zarzutów względem oferty Przystępującego Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z pkt 2.9. SIWZ Zamawiający wskazał, że nie skorzysta z możliwości przewidzianej w art. 24aa ust. 1 PZP, a więc nie zastosuje procedury odwróconej.

W postępowaniu, zgodnie z informacją z otwarcia ofert z dnia 15 lutego 2021 r., złożone zostały dwie oferty – Odwołującego i Przystępującego.

Jak ustalono w dniu 7 maja 2021 r. Zamawiający zawiadomił Wykonawców o wykonawcach wykluczonych w postępowaniu oraz ofertach odrzuconych. Oferta Przystępującego nie została odrzucona.

W załączniku nr 7 do SIWZ w pkt II. 1 Zamawiający wskazał: II. Zakres rzeczowy przedmiotu zamówienia obejmuje: „1. Dostawę urządzeń i materiałów oraz kompleksowe wykonanie robót (montażu i uruchomienia), które należy wykonać w oparciu projekt techniczny „Budowa rozdzielni 6kV R-80 na poziomie 800m w ZG Janina (...).”

W załączniku nr 12 do SIWZ (Wykaz spełnienia istotnych dla Zamawiającego Wymagań funkcjonalnych i parametrów technicznych) Zamawiający wskazał: Założenia rozdzielni 6 kV – parametry całej stacji: „pkt 2. Parametry pól rozdzielczych: tiret 1, 2 i 4: - napięcie znamionowe 12 kV - napięcie robocze 6 kV - odporność na działanie łuku wew. 25 kA dla 1 sek; pkt 6. Konstrukcja rozdzielnicy w pełni przedziałowa, posiada kanał dekompresji wewnętrznej stanowiący jednolitą konstrukcję pola (nie dokręcaną na rozdzielnicy).”

W projekcie budowlanym załączonym do SIWZ na rysunku: Schemat strukturalny rozdzielni 6kV R-80 wskazano: „Napięcie znamionowe izolacji: 12kV, napięcie robocze: 6 kV.”

Przystępujący wskazał w załączniku nr 12 złożonym wraz z ofertą, że spełnia ww. wymagania, których potwierdzenie znajduje się w: „- Elewacja PREM - DTR PREM str.17.” oraz „- DTR PREM str. 8, 9.”

Zgodnie z DTR złożonym wraz z ofertą przez Przystępującego: Rozdzielnica typu PREM-G1dM na napięcie znamionowe do 10 kV Dokumentacja Techniczno - Ruchowa GE-22/20 Nr DTR/P-131 Sierpień 2020:

str. 8: „Ogólne warunki stosowania. (...) Pola winny być eksploatowane przy nie przekraczaniu następujących parametrów: - napięcie znamionowe sieci do 10 kV włącznie; - napięcie znamionowe izolacji do 12 kV; (...) - odporność na łuk wewnętrzny z utrzymaniem gazów po łukowych wewnątrz obudowy rozdzielnicy: - dla wersji rozdzielnicy z standardowym przedziałem dekompresji wewnętrznej 20 kA/0,36s; 25 kA/0,15s; dla wersji rozdzielnicy z przedziałem dekompresji wew. powiększonym o kanał dekompresyjny 25 kA/1s. (...) Pola rozdzielcze z przedziałem dekompresji wewnętrznej w standardowym wykonaniu zapewniają odporność łukową 25 kA/0,15s oraz 20 kA/0,36s. Opcjonalnie wykonanie pól rozdzielczych przewiduje zwiększenie objętości przedziału dekompresji o kanał dekompresyjny, będący integralną częścią pola. Konstrukcja pola w tym wykonaniu

zapewnia łukoodporność 25 kA/1s. Parametry te potwierdza CERTYFIKAT ZGODNOŚCI Nr TEST/13/CZ/2018 wydanie II wydany przez Jednostkę Certyfikującą Wyroby J.S. Hamilton Poland Sp. z o. o.”

str. 9: „Pola rozdzielcze z przedziałem dekompresji wewnętrznej w standardowym wykonaniu zapewniają odporność łukową 25 kA/0,15s oraz 20 kA/0,36s. Opcjonalnie wykonanie pól rozdzielczych przewiduje zwiększenie objętości przedziału dekompresji o kanał dekompresyjny (przekrój c), będący integralną częścią pola. Konstrukcja pola w tym wykonaniu zapewnia łukoodporność 25 kA/1s. Modułowy kanał dekompresji można zabudować dodatkowo na rozdzielnicy już pracującej na obiekcie, w celu podwyższenia jej odporności na zwarcia łukowe. Minimalna wysokość kanału wynosi 350 mm. W standardowym wykonaniu konstrukcja rozdzielnicy umożliwia wprowadzenie kabli do przedziału przyłączeniowego (konstrukcja rozdz. umożliwia wprowadzenie kabli w każdym polu) poprzez wpust kablony uszczelniająco – mocujący, który zabudowany jest pod kątem w tylnej części osłony przedziału przyłączeniowego (przekrój a, b). Opcjonalne wykonanie konstrukcji rozdzielnicy umożliwia zwiększenie głębokości przedziału przyłączeniowego o przystawkę przyłączową dobudowaną do konstrukcji, będącą integralną częścią pola (przekrój c). Przystawka przyłączowa umożliwia wprowadzenie kabli do przedziału przyłączeniowego pola rozdzielnicy poprzez wpust kablony uszczelniająco – mocujący górny lub wpust kablony uszczelniająco – mocujący dolny. Konstrukcja pola w tym wykonaniu zapewnia łukoodporność 25 kA/1s i posiada te same blokady osłony tylnej przedziału przyłączeniowego co w przypadku pola w wykonaniu standardowym (przekrój a i b).”

Rysunek c) na str. 9 DTR przedstawia przedział dekompresji wewnętrznej jako jednolitą całość.

str. 17: 2. PARAMETRY TECHNICZNE: „napięcie znamionowe izolacji kV do 12; napięcie znamionowe sieci (6) kV do 10 włącznie (3 kV) (6 kV) (10 kV); Odporność na działanie łuku wewnętrznego kA/s 20/0,36; 25/0,15 (opcja - z kanałem dekompresyjnym) kA/s 25/1.”

str. 126: „Montaż kanału dekompresyjnego - prace rozpocząć od montażu kolejnych modułów kanału na sąsiednich polach, a następnie połączyć moduły między sobą, - nanieść odpowiednie ilości masy uszczelniająco - klejącej w miejscach łączenia kanału z osłoną górną, aby zapewnić szczelność konstrukcji IP54, - przegrody pomiędzy modułami kanału uszczelnić masą i skręcić ze sobą, - w dwóch skrajnych modułach po uszczelnieniu na przegrodach międzymodułowych zamontować zaślepki zamykające dwa boki kanału - na koniec nałożyć masę uszczelniająco - klejącą i przykręcić pokrywy górne kanału. Montaż kanału może być przeprowadzany również na obiekcie na polach wcześniej pracujących bez

kanalu dekompresyjnego. W tym wypadku, instalowanie kanału dekompresyjnego należy powierzyć służbom producenta lub specjalnie przeszkolonym pracownikom, odpowiednio nadzorowanym przez służby producenta rozdzielnicy. Modułowy kanał dekompresyjny skonstruowany jest tak, aby jego montaż na obiekcie był szybki i nie sprawił problemów służbom montującym. Moduły kanału dekompresyjnego uziemia się przy pomocy podkładek wrzynających M8 łączących konstrukcję modułu z uziemioną konstrukcją pola.”

Z Certyfikatu dołączonego przez Przystępującego do oferty wynika: „Napięcie znamionowe izolacji Ur 7,2 kV, 12 kV; Napięcie znamionowe sieci Ur 6 kV, 10 kV; Odporność na działanie łuku elektrycznego IA/tA: bez kanału dekompresyjnego: 20 kA/0,36s, 25 kA/0,15s, z kanałem dekompresyjnym: 25 kA/1s.”

W decyzji Prezesa Wyższego Urzędu Górniczego w sprawie dopuszczenia do stosowania w podziemnych zakładach górniczych rozdzielnicy typu PREM-G1dM wskazano na dopuszczenie: „rozdzielnicę typu PREM-G1dM, na napięcie znamionowe 3 kV, 6 kV lub 10 kV, produkcji firmy ZARMEN Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, do stosowania w podziemnych zakładach górniczych.”

Z dowodów przedstawionych przez Przystępującego i Zamawiającego wynika:

- wniosek z dnia 5 listopada 2020 r. do Prezesa Głównego Urzędu Górniczego był składany o dopuszczenie do stosowania w podziemnych zakładach górniczych wyrobu tj. „Rozdzielnica do 10 kV typu PREM-G1dM.”

- pismo z dnia 21 maja 2021 r.: Instytut Techniki Górniczej KOMAG potwierdza parametry techniczne oferowanej przez Przystępującego rozdzielnicy i dodatkowo wskazuje, że: „Użyte powyżej określenia są zgodne z nazewnictwem normowym i oznaczają, że rozdzielnica została zaprojektowana i zbudowana do pracy w sieci o napięciu nominalnym do 10 kV, a może pracować długotrwale przy napięciu występującym w tej sieci do 12 kV (napięcie znamionowe izolacji, uwzględniające dopuszczalną zwyżkę napięcia +20%), a zastosowana izolacja wytrzymałe napięcia podane wyżej. Identyczne zapisy znajdują się również w opracowaniu „Rozdzielnica typu PREM-G1dM na napięcie znamionowe do 10 kV. Dokumentacja Techniczno – Ruchowa nr DTR/P-131” z sierpnia 2020 r., którą zgodnie z decyzją dopuszczeniową Prezesa Wyższego Urzędu Górniczego wraz z kopią decyzji i deklaracją spełnienia przez wyrób wymagań technicznych, producent dostarcza użytkownikowi.”

- oświadczenie producenta ZARMEN z dnia 17 czerwca 2021 r.: „rozdzielnica posiada

odporność na działanie łuku wewnętrznego 25kA/1s co zostanie osiągnięte przez zastosowanie kanału dekompresyjnego o zwiększonej objętości , będącego integralną częścią pola (kanał dekompresji wewnętrznej stanowiący jednolitą konstrukcję pola – nie dokręcany na rozdzielnicy).”

- referencja wystawiona przez Zamawiającego: oferowana przez Przystępującego rozdzielnica była już dostarczana dla Zakładu Górniczego Sobieski.

- norma PN-G-42000 „Górnictwo – Elektroenergetyka kopalniana – Napięcia znamionowe”: *„Według tablicy 1. Dla napięć znamionowych powyżej 1 kV, wartość skuteczna najwyższego napięcia urządzeń i odbiorników powinna być o 20% większa od napięcia znamionowego sieci.”* Napięcie 12 kV nie zostało wymienione w normie.

- opracowanie własne Przystępującego – na podstawie porównania wymagań Zamawiającego i dokumentów złożonych wraz z ofertą – przedstawia spełnienie wymagań w zakresie kwestionowanych parametrów.

W myśl art. 7 ust. 1 i 3 ustawy pzp: *„1. Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. (...) 3. Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.”*

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy pzp: *„Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.”*

Artykuł 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp stanowi, że: *„Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 2) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.”*

Artykuł 91 ust. 1 ustawy pzp stanowi: *„Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na*

podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.”

Na wstępie wskazania wymaga, że wbrew twierdzeniom Przystępującego Odwołujący był uprawniony zakwestionować decyzję Zamawiającego o nieodrzuconiu oferty Przystępującego. Jak wskazano w orzeczeniu TSUE z dnia 11 maja 2017 r., w sprawie C-131/16 Archus et Gama pkt 59: *„Z powyższego wynika, że dyrektywę 92/13 należy interpretować w ten sposób, że w sytuacji takiej jak ta rozpatrywana w postępowaniu głównym, w której w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego złożono dwie oferty, a instytucja zamawiająca wydała jednocześnie dwie decyzje, odpowiednio, o odrzuceniu oferty jednego z oferentów i o udzieleniu zamówienia drugiemu, odrzucony oferent, który zaskarżył obie te decyzje, powinien mieć możliwość żądania wykluczenia oferty wygrywającego oferenta, w związku z czym pojęcie „danego zamówienia” w rozumieniu art. 1 ust. 3 dyrektywy 92/13 może w danym razie dotyczyć ewentualnego wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.”* Ponadto, w orzeczeniu TSUE z dnia 21 grudnia 2016 r. w sprawie C-355/15 Technische Gebäudebetreuung i Caverion Österreich pkt 36 wskazano, że: *„W świetle powyższych uwag na przedłożone pytanie należy odpowiedzieć, że art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665 należy interpretować w ten sposób, że nie sprzeciwia się on temu, aby oferentowi wykluczonemu na mocy ostatecznej decyzji instytucji zamawiającej z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego odmówiono dostępu do umożliwiającego zakwestionowanie zawarcia umowy odwołania od decyzji o udzieleniu odnośnego zamówienia publicznego, jeżeli oferty złożyli tylko ten wykluczony oferent i wybrany oferent, a zdaniem wykluczonego oferenta oferta wybranego oferenta również powinna być zostać odrzucona.”* Odwołujący może zatem legitymować się interesem polegającym na dążeniu do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, ponieważ nie został jeszcze (na moment orzekania) ostatecznie wykluczony z postępowania, a w postępowaniu zostały złożone dwie oferty. Na niniejszy wyrok przysługuje Odwołującemu skarga, a zatem nie jest on prawomocny, dlatego też Izba rozpoznała merytorycznie również zarzuty podniesione względem oferty Przystępującego.

W pierwszej kolejności Odwołujący zakwestionował spełnienie przez Przystępującego parametru określonego w załączniku nr 12 do SIWZ dotyczącego napięcia znamionowego 12 kV. W ocenie Izby, mając na względzie zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nie ulega wątpliwości, że zaoferowana przez Przystępującego rozdzielnia spełnia kwestionowany parametr, a Odwołujący poczynił błędne założenia co do wymagań

Zamawiającego.

Z dokumentacji złożonej przez Przystępującego do oferty wynika, że zaoferowana rozdzielnica posiada napięcie znamionowe izolacji 12 kV i napięcie znamionowe sieci 6kV. Projekt budowlany, a także opis przedmiotu zamówienia wskazują, że Zamawiający wymagał rozdzielni 6 kV. W dokumentacji postępowania nie ma wymagania dotyczącego rozdzielni 12 kV. Co więcej, jak wynika z normy PN-G-42000 „Górnictwo – Elektroenergetyka kopalniana – Napięcia znamionowe”, dla rozdzielni nie ma zastosowania napięcie znamionowe 12 kV, a okoliczności tej Odwołujący nie zakwestionował. Ponadto kwestia, iż Zamawiający wymagał napięcia znamionowego izolacji 12 kV wynika ze schematu strukturalnego rozdzielni dołączonego do SIWZ (projekt budowlany). W świetle powyższego Izba uznała za wiarygodne twierdzenia Przystępującego, że pod pojęciem „napięcia roboczego” w załączniku nr 12 do SIWZ należy rozumieć „napięcie znamionowe sieci”. Odwołujący nie przedstawił dowodów przeciwnych, tym samym należało stwierdzić, że Przystępujący wymagania dotyczące parametru napięcia znamionowego z załącznika nr 12 do SIWZ spełnił.

Drugim kwestionowanym przez Odwołującego parametrem była odporność na działanie łuku wewnętrznego 25kA/1s. Odwołujący argumentował, że zgodnie ze złożonym przez Przystępującego DTR rozdzielnica spełnia powyższe wymaganie wyłącznie w sposób opisany jako opcja, co oznacza, że kanał dekompresyjny jest dokręcany na rozdzielnicy, czyli niezgodnie z wymaganiem pkt 6 załącznika nr 12 do SIWZ. W ocenie Izby twierdzenia te nie zasługują na uwzględnienie. Z dokumentu DTR, którego postanowienia zostały przywołane w ustaleniach faktycznych, nie można jednoznacznie stwierdzić w jaki sposób zostanie skonstruowana rozdzielnica z kanałem dekompresyjnym umożliwiającym odporność na działanie łuku wewnętrznego 25kA/1s. W opisie opcji znajduje się stwierdzenie odnośnie urządzeń znajdujących się w użyciu, których parametry planuje się ulepszyć, a nie rozdzielnic fabrycznie nowych. Brak jest również jasnego stwierdzenia, że montaż będzie polegał na dokręceniu kanału dekompresyjnego do rozdzielnicy. Z rysunku ukazującego to rozwiązanie wynika, że kanał dekompresyjny stanowi integralną część pola. Ponadto, złożony przez Przystępującego dowód w postaci oświadczenia producenta potwierdza, że kanał dekompresji wewnętrznej stanowiący jednolitą konstrukcję pola nie będzie dokręcany na rozdzielnicy. Odwołujący nie przedstawił dowodu przeciwnego, należało więc stwierdzić, że nie wykazał niezgodności z treścią SIWZ oferty Przystępującego podnoszonej w odwołaniu.

Mając na względzie, że złożone przez Przystępującego dokumenty i oświadczenia wykazywały spełnienie wymagań określonych przez Zamawiającego nie można stwierdzić naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp oraz art. 26 ust. 3 ustawy pzp.

W konsekwencji należało uznać, że Zamawiający nie naruszył art. 7 ust. 1 i 3 ustawy pzp oraz art. 91 ust. 1 ustawy pzp, gdyż Zamawiający prawidłowo wykluczył Odwołującego z postępowania i odrzucił jego ofertę, a także właściwie uznał, iż oferta Przystępującego spełnia wymagania postawione w SIWZ i nie podlega odrzuceniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego.

Przewodniczący: