

WYROK

z dnia 12 kwietnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 kwietnia 2017 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 marca 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Energa-Operator Logistyka Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Płocku oraz Tele – Fonika Kable Spółka Akcyjna w Myślenicach** w postępowaniu prowadzonym przez **Energa – Operator Spółka Akcyjna w Gdańsku**

przy udziale wykonawcy **EKSA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Sokołowie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Energa-Operator Logistyka Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Płocku oraz Tele – Fonika Kable Spółka Akcyjna w Myślenicach** i:
 - 2.1. 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: **Energa-Operator Logistyka Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Płocku oraz Tele – Fonika Kable Spółka Akcyjna w Myślenicach** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Energa-Operator Logistyka Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Płocku oraz Tele – Fonika Kable Spółka Akcyjna w Myślenicach** na rzecz **Energa – Operator**

Spółka Akcyjna w Gdańsku kwotę **5 118 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy sto osiemnaście złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Energa–Operator SA w Gdańsku – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę kabli elektroenergetycznych.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 27 marca 2017 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Energa-Operator Logistyka Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Płocku oraz Tele – Fonika Kable Spółka Akcyjna w Myślenicach (dalej: odwołujący) wnieśli odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań zamawiającego:

1. zaniechanie wezwania wykonawcy EKSA Sp. z o.o. z siedzibą w Sokołowie do uzupełniającego złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, tj. wykonania dostawy (1) fabrycznie nowych (2) kabli elektroenergetycznych nn - przynajmniej jednego z typów stanowiących przedmiot zamówienia o dowolnych przekrojach (czyli kabli posiadających powłokę (warstwę) wewnętrzną jako warstwę wytłoczoną) o wartości co najmniej 20mln zł (dz. VI pkt. 1.1. SIWZ w zw. z pkt. 2.1.2. Specyfikacji technicznej [zał. nr 1 do SIWZ]), podczas gdy z dokumentów złożonych przez EKSA przy piśmie z dnia 15.02.2017r. (str. 14-36) nie wynika by EKSA dostarczyła o wymaganej wartości kable fabrycznie nowe oraz by były to kable typu YAKXS bądź YKXS posiadające powłokę (warstwę) wewnętrzną jako warstwę wytłoczoną:

2. dokonanie wyboru oferty wykonawcy Eksa Sp. z o.o. za najkorzystniejszą, podczas gdy wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, tj. wykonanie dostawy fabrycznie nowych kabli elektroenergetycznych nn - przynajmniej jednego z typów stanowiących przedmiot zamówienia o dowolnych przekrojach (czyli kabli posiadających powłokę (warstwę) wewnętrzną jako warstwę wytłoczoną) o wartości co najmniej; 20 mln zł.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 26 ust. 3 w związku z art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p, polegające na zaniechaniu wezwania wykonawcy Eksa Sp. z o.o. do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, w sytuacji gdy z dokumentów złożonych przez EKSA w trybie art. 26 ust. 1

ustawy P.z.p. nie wynika by wykonawca ten dostarczył fabrycznie nowe kable typu YAKXS bądź YKXS posiadających powłokę (warstwę) wewnętrzną lako warstwę wytłoczoną o wartości co najmniej 20 mln zł;

I w konsekwencji odwołujący zarzucił naruszenie

2. art. 91 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 3 oraz art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 1b pkt 3, art. 22d ust. 1 ustawy P.z.p., polegające na dokonaniu wyboru oferty wykonawcy EKSA jako najkorzystniejszej niezgodnie z przepisami ustawy P.z.p., albowiem EKSA nie wykazała, iż spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej, tj. nie wykazała, iż posiada doświadczenie w postaci dostarczenia fabrycznie nowych kabli typu YAKXS bądź YKXS posiadających powłokę (warstwę) wewnętrzną jako warstwę wytłoczoną o wartości co najmniej 20 mln zł.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia dokonania w dniu 13 marca 2017 r. wyboru oferty wykonawcy EKSA Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej;
2. ponownego dokonania czynności badania]' oceny ofert po uprzednim wezwaniu EKSA Sp. z o.o. do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej polegającego na należywym wykonaniu dostawy fabrycznie nowych kabli elektroenergetycznych nn - przynajmniej jednego z typów stanowiących przedmiot zamówienia o dowolnych przekrojach (czyli kabli posiadających powłokę (warstwę) wewnętrzną jako warstwę wytłoczoną) o wartości co najmniej 20 mln zł.

Ponadto wniósł o:

3. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania.

Odwołujący podniósł, że wskutek dopuszczenia się przez zamawiającego w toku postępowania wyżej wskazanych zaniechań i czynności niezgodnych z przywołanymi przepisami ustawy, interes odwołującego doznał uszczerbku, bowiem w razie zgodnego z ustawą działania zamawiającego oferta wykonawcy EKSA Sp. z o.o. nie zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza, zaś wykonawca ten zostałby wezwany do prawidłowego wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, czego nie byłby w stanie uczynić i w konsekwencji wykonawca ten zostałby wykluczony a jego oferta odrzucona i tym samym oferta odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że zamawiający w dziale VI Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) określił warunki udziału w postępowaniu. W dz. VI pkt 1.1 SIWZ jednoznacznie wskazano, iż o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy wykonali należycie w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, co najmniej jedną dostawę fabrycznie nowych kabli elektroenergetycznych nn - przynajmniej jednego z typów stanowiących przedmiot zamówienia o dowolnych przekrojach, o wartości, co najmniej 20 mln zł brutto. Identyczny zapis znalazł się w pkt. II 1.1.3). 1.1. Ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej z dnia 15 listopada 2016 r. .

W dz. IV pkt. 1 i 3 SIWZ zamawiający wskazał, iż przedmiotem zamówienia jest sukcesywna dostawa fabrycznie nowych kabli elektroenergetycznych nn, które to kable muszą spełniać wymagania techniczne szczegółowo określone w Specyfikacji technicznej (załącznik nr 1 do SIWZ/umowy). W przedmiotowej Specyfikacji technicznej (zał. nr 1 do SIWZ) Zamawiający szczegółowo określił, iż wszystkie kable będące przedmiotem zamówienia (zarówno z żyłami aluminiowymi [typ YAKXS] oraz żyłami miedzianymi [typ YKXS]) mają posiadać powłokę (warstwę) wewnętrzną jako warstwę wytłoczoną (pkt 2.1.1. Specyfikacji technicznej - zał. nr 1 do SIWZ).

W ocenie odwołującego, zamawiający wymagał od wykonawców w zakresie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej (art. 22 ust. 1 pkt 2) w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 w zw. z art. 22d ust. 1 ustawy P.z.p. doświadczenia w zakresie dostawy kabli elektroenergetycznych nn o następujących warunkach:

1. co najmniej jedna dostawa;
2. wartość co najmniej 20 mln zł;
3. kable fabrycznie nowe;
4. kable typu YAKXS lub YKXS posiadające powłokę (warstwę) wewnętrzną jako warstwę wytłoczoną.

Zamawiający - w trybie art. 26 ust. 1 ustawy P.z.p. - wezwał wykonawcę EKSA - do uzupełnienia dokumentów potwierdzających m.in. spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w tym m.in. wykaz dostaw (pkt. 1.4 wezwania).

W odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie wykonawca EKSA przedstawił wykaz dostaw (str. 14-28 odpowiedzi) wraz z referencjami (str. 29-37 odpowiedzi). Tym niemniej z żadnego punktu wykazu ani z żadnego dokumentu referencji nie wynika, by dostarczane kable były fabrycznie nowe, a co istotne nie wynika, by dostarczane kable YKXS bądź YAKXS

posiadały powłokę (warstwę) wewnętrzną jako warstwę wytłoczoną, czego jednoznacznie wymagał Zamawiający.

Odwołujący podniósł, że z przedłożonych przez wykonawcę EKSA dokumentów nie wynika, iż spełnia on warunek udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej polegającego na należywym wykonaniu dostawy kabli YAKXS i/lub YKXS posiadających powłokę (warstwę) wewnętrzną jako warstwę wytłoczoną, czego wymagał zamawiający.

W ocenie odwołującego, zamawiający w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. winien był wezwać wykonawcę EKSA do prawidłowego uzupełnienia dokumentów celem potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, polegającego na należywym wykonaniu dostawy kabli YAKXS i/lub YKXS posiadających powłokę (warstwę) wewnętrzną jako warstwę wytłoczoną.

Odwołujący stwierdził, że wybór wykonawcy EKSA dokonany przez zamawiającego pismem z dnia 13 marca 2017 roku jest co najmniej przedwczesny. Z dokumentów zgromadzonych w aktach postępowania nie wynika, iż wykonawca EKSA spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej polegający na należywym wykonaniu dostawy kabli YAKXS i/lub YKXS posiadających powłokę (warstwę) wewnętrzną jako warstwę wytłoczoną. W konsekwencji wybór tegoż wykonawcy winien zostać unieważniony oraz zamawiający winien wezwać tego wykonawcę do uzupełnienia dokumentów (której to czynności zamawiający zaniechał) i dopiero po takim wezwaniu zamawiający winien jeszcze raz ocenić czy wykonawcę EKSA posiada wymagane doświadczenie i czy w ogóle mógł brać udział w postępowaniu, co Odwołujący poddaje w wątpliwość.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 7 kwietnia 2017 roku wniósł o:

1. odrzucenie odwołania, a w przypadku nieodrzczenia oddalenie odwołania,
2. zasądzenie od odwołującego uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez zamawiającego według rachunków i faktur przedstawionych na posiedzeniu lub rozprawie.

W zakresie wniosku o odrzucenie odwołania zamawiający podniósł, że odwołanie zostało podpisane i wniesione przez adwokata M. H., któremu pełnomocnictwo z dnia 21 marca 2017 r. - wg treści dokumentu pełnomocnictwa załączonego do odwołania - udzieliło Konsorcjum: Energa-Operator Logistyka sp. z o.o. i Tele-Fonika SA, aczkolwiek zostało podpisane wyłącznie przez uprawnionych przedstawicieli pierwszego w ww. członków

Konsorcjum, Do odwołania nie zostały dołączone odrębne pełnomocnictwo, ani od Tele-Fonika SA dla adwokata M. H., ani od Tele-Fonika SA dla Energa-Operator Logistyka sp. z o.o, a zatem naruszony został art. 106 Kodeksu Cywilnego (w zw. z art. 14 ust. 1 Ustawy), zgodnie z którym pełnomocnik może ustanowić dla mocodawcy innych pełnomocników tylko wtedy, gdy umocowanie takie wynika z treści pełnomocnictwa, z ustawy lub ze stosunku prawnego będącego podstawą pełnomocnictwa. Skoro takie uprawnienie dla Energa-Operator Logistyka sp. z o.o. nie wynika z żadnego z dokumentów dołączonych do odwołania lub oferty odwołującego, to odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony, a zatem Krajowa Izba Odwoławcza winna je odrzucić na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy.

W zakresie wniosku o oddalenie odwołania zamawiający wskazał, że kształtując warunek podmiotowy (udziału w postępowaniu), wymagał od wykonawców wykazania się stosownym doświadczeniem. Minimalne warunki brzegowe zostały określone w ogłoszeniu i SIWZ - dział VI pkt 1.1 SIWZ. W toku postępowania jako najkorzystniejszą wybrano ofertę przystępującego - EKSA. Zdaniem zamawiającego wybrany wykonawca spełnia wszystkie warunki postawione przez zamawiającego.

Odnosząc się do zarzutów podniesionych w odwołaniu zamawiający wskazał:

1) Na wezwanie zamawiającego EKSA dostarczyła wykaz dostaw, które potwierdzają posiadanie stosownego doświadczenia. Co do treści przedłożony przez wykonawcę dokument wypełnia wszystkie minimalne warunki zamawiającego wskazane we wzorze takiego oświadczenia (załączonego do SIWZ), Dodatkowo EKSA w treści dokumentu zawarła własne oświadczenie jednoznacznie wskazujące, że wszystkie wykazane w dokumencie dostawy potwierdzają spełnianie warunku działu VI pkt 1.1 SIWZ. Tym samym jednoznacznie oświadczyła, że każda wykazana w przez nich dostawa dotyczy towaru (kable) nowych. Oświadczenie zostało złożone przez osobę uprawnioną do reprezentacji przystępującego. W związku z powyższym zamawiający nie miał i nie ma najmniejszych podstaw do negowania prawidłowości złożonego oświadczenia. Zdaniem zamawiającego brak w dokumencie sformułowania „nowe” nie przesądza o braku wymaganego doświadczenia. Dokument ponad wszelką wątpliwość potwierdza wymagane doświadczenie. Zamawiający stoi na stanowisku, że intencje składającego dokument, który zawarł stosowne dodatkowe sformułowanie odnoszące się wprost do wymagań zamawiającego, są oczywiste i tak powinny być interpretowane.

2) Według zamawiającego dokument potwierdzający należyte wykonanie dostaw nie musi wprost określać wszystkich wymagań postawionych przez zamawiającego. Treść tych dokumentów określana jest przez ich wystawcę i nie można wymagać określonej treści dostosowanej do wymogów konkretnego postępowania. Dokumenty te mają bowiem charakter

uniwersalny. Celem dokumentu jest wyłącznie potwierdzenie należytego wykonania dostaw, wykazanych w stosownym dokumencie wykonawcy. Takie stanowisko znajduje utrwalony pogląd w orzecznictwie KIO, m.in. w wyroku KIO/UZP 703/09, KIO/UZP 709/09 Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że „przepisy prawa nie precyzują treści dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie robót. (...) dokumenty mają jedynie potwierdzać należyte wykonanie robót. Celem referencji jest bowiem wyłącznie potwierdzenie należytego wykonania robót, zatem nie ma konieczności wskazywania w jej treści terminów realizacji, zakresu wykonanych robót. Nieuzasadnionym jest zatem żądanie od wykonawcy, aby w dokumentach zawarto np. zakres zrealizowanych robót lub coś więcej niż tylko potwierdzenie należytego wykonania robót. Pozostałe informacje wymagane przez zamawiającego w warunku udziału w postępowaniu (daty realizacji, zakres robót itp.) wynikają co do zasady, z oświadczeń wykonawcy złożonych w ofercie.". Podobne stanowisko Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła w wyrokach KIO/UZP 1190/08, KIO/UZP 51/09, KIO/UZP 569/09 oraz KIO/UZP 1352/08.

3) O dopuszczalności weryfikacji wykazu wykonanych robót budowlanych na podstawie informacji zawartych w załączonych przez przystępującego dokumentach potwierdzających, że roboty te zostały wykonane należyście Krajowa Izba Odwoławcza wypowiedziała się natomiast w wyroku KIO/UZP 722/09 (referencje służą potwierdzeniu, że usługi wskazane w wykazie zostały wykonane należyście, a zatem ich złożenie, co do zasady nie ma na celu potwierdzania zakresu czy charakteru wykonanych prac, pomimo, iż zazwyczaj zawierają one dodatkową treść ponad informacje pozwalające wyłącznie na identyfikację danego zadania, projektu, usługi itp. Jednakże na podstawie dodatkowych informacji zawartych w ww. dokumentach zamawiający ma możliwość, ale zarazem obowiązek, weryfikacji treści innych dokumentów lub oświadczeń złożonych przez wykonawcę.).

4) Zamawiający wymagał wykazania się doświadczeniem w realizacji dostaw jednego z typu kabli będących przedmiotem zamówienia. Dla zamawiającego oczywistym jest, że jako typ kabli należy rozumieć przewód o symbolu YKXS/YAKXS. Na takie rozumienie tego pojęcia wskazują niezależne opinie i certyfikaty poszczególnych jednostek badawczych, które w wystawianych dokumentach (załączonych do oferty) tak klasyfikują przewód przystępującego. Odwołujący również kieruje się tą samą logiką ponieważ w dostarczonych dokumentach potwierdzających jakość oferowanych kabli nn (m.in. w deklaracjach zgodności, certyfikatach zgodności) posługuje się pojęciem typ w zestawieniu z symbolami YKXS/YAKXS, nie precyzując już wszystkich dodatkowych informacji technicznych dotyczących tego produktu. Istotny może być też fakt, iż przedmiotowa norma, zgodnie z którą mają być wykonane kable, nie przewiduje dodatkowego „wyróżnika” dla kabli z powłoką (warstwą) wewnętrzną jako warstwą wytłoczoną. Typ kabli, których dotyczy zamówienie, jest tam także

określany jako YKXS/YAKXS. Zdaniem zamawiającego, zarzut stawiany przez odwołującego jest nadinterpretacją nie znajdującą potwierdzenia w dokumentach postępowania zakupowego.

Na posiedzeniu Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 kwietnia 2017 roku zamawiający cofnął wniosek o odrzucenie odwołania.

Przystępujący w piśmie procesowym z dnia 31 marca 2017 roku podniósł, że w żadnym miejscu SIWZ nie ma stwierdzenia "kable YAKXS lub YKXS posiadające powłokę (warstwę) wewnętrzną jako warstwę wytłoczoną". Jest to zdanie wymyślone na użytek uzasadnienia odwołania. Odwołujący nie byłby w stanie wskazać tego sformułowania w całych aktach postępowania. Nie tylko całe przytoczone z odwołania sformułowanie jest nieprawdziwe, ale dodatkowo należy zwrócić uwagę, że dla kabli typu YKXS zamawiający w ogóle w SIWZ, a w szczególności w specyfikacji technicznej (zał. nr 1 do SIWZ), nie zawarł wymogu posiadania powłoki (warstwy) wewnętrznej jako warstwy wytłoczonej dla kabli typu YAKXS. Brak wymogu przez zamawiającego dla kabli typu YKXS powłoki (warstwy) wytłoczonej jest w pełni zgodny z wymaganą przez zamawiającego normą PN-HD 603 SI: wykonania kabli typu YKXS, ponieważ norma PN-HD 603 SI: dopuszcza alternatywną konstrukcję powłoki (warstwy) wewnętrznej jako wytłoczoną lub obwój.

W ocenie przystępującego, przytoczone powyżej fakty świadczą niezbicie o nieprawdziwych tezach odwołującego oraz braku właściwego zrozumienia przez odwołującego treści SIWZ.

Przystępujący stwierdził, że zamawiający nie mógł i nie miał prawa żądać od wykonawcy EKSA wykazu dostaw i referencji, w których byłaby mowa o "kable YAKXS lub YKXS posiadające powłokę (warstwę) wewnętrzną jako warstwę wytłoczoną". Taką wykładnię jednoznacznie potwierdza wzór wykazu dostaw, jaki zamawiający przesłał EKSA w załączeniu do wezwania do złożeniu dokumentów z dnia 14-02-2017 w związku z ocenieniem najwyższej oferty EKSA.

W żadnym innym miejscu wzoru dostaw nie ma określenia "kable YAKXS lub YKXS posiadające powłokę (warstwę) wewnętrzną jako warstwę wytłoczoną". EKSA wypełniła wykaz dostaw literalnie według otrzymanego od zamawiającego wzoru i konsekwentnie co do treści otrzymanego od zamawiającego wzoru wykazu dostaw zostały przesłane zamawiającemu potwierdzenia należytego wykonania dostaw.

Przystępujący stwierdził, że zamawiający nie mógł mieć wątpliwości co do tego, że w potwierdzeniach należytego wykonania dostaw jest mowa o nowych kablach elektroenergetycznych nn, ponieważ kable elektroenergetyczne nn to nie samochody czy

części zamienne, które mogą być nowe i używane. Żaden producent w Polsce i na świecie nie sprzedaje kabli używanych, nie ma rynku wtórnego kabli elektroenergetycznych nn. EKSA od ponad 10 lat jest drugim lub trzecim co do wielkości sprzedaży w Polsce kabli elektroenergetycznych, także do zamawiającego i powszechnie wiadome jest, że tak jak pozostali producenci kabli elektroenergetycznych, dostarcza tylko nowe kable. Odwołujący nie byłby w stanie wykazać, że kiedykolwiek, gdziekolwiek EKSA dostarczyła inne kable niż fabrycznie nowe.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z rozdz. VI ust. 1 pkt 1.1 s.i.w.z., o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy wykonali należycie w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, co najmniej jedną dostawę fabrycznie nowych kabli elektroenergetycznych nn – przynajmniej jednego z typów stanowiących przedmiot zamówienia o dowolnych przekrojach, o wartości, co najmniej 20.000.000,00 zł brutto.

Zgodnie z rozdz. II specyfikacji technicznej,

2.1. Przedmiotem zamówienia są następujące kable elektroenergetyczne nn:

2.1.1. Kabel elektroenergetyczny czterożyłowy z żyłami roboczymi aluminiowymi, o izolacji z polietylenu sieciowanego (XLPE) i powłoce z polichlorku winylu (PVC), na napięcie znamionowe $U_0/U = 0,6/1$ kV, typu YAKXS o rodzajach i przekrojach żył roboczych określonych w poniższej tabeli:

Lp.	1	2	3	4	5	6
Liczba i przekrój znamionowy żył roboczych (n x mm ²)	4x25 SE*	4x35 SE*	4x50 SE	4x70 SE	4x120 SE	4x240 SM

gdzie: n – liczba żył,

SE – żyła sektorowa jednodrutowa,

SM – żyła sektorowa wielodrutowa,

* - przekrój żyły pozanormatywny.

Parametry techniczne i budowa kabla elektroenergetycznego nn ma być zgodna z dokumentem harmonizacyjnym PN-HD 603 S1:2006P +A3:2009P Kable elektroenergetyczne na napięcie znamionowe 0,6/1 kV Część 5 Sekcja G. Wszystkie kable

elektroenergetyczne, zarówno z żyłami aluminiowymi jak i żyłami miedzianymi, mają posiadać powłokę (warstwę) wewnętrzną jako warstwę wytłoczoną.

Wymagania dotyczące barwy izolacji kabli elektroenergetycznych nn: szara, czarna, brązowa, niebieska.

Kabel należy oznaczać podczas produkcji zgodnie z Załącznikiem krajowym NB Oznaczanie krajowych kabli.

2.1.2. Kabel elektroenergetyczny czterożyłowy z żyłami roboczymi miedzianymi sektorowymi wielodrutowymi, o izolacji z polietylenu sieciowanego (XLPE) i powłoce z polichlorku winylu (PVC), na napięcie znamionowe $U_0/U = 0,6/1$ kV, typu YKXS o przekrojach żył roboczych określonych w poniższej tabeli:

Lp.	2	3
Liczba i przekrój znamionowy żył roboczych (n x mm ²)	4x120 SM	4x240 SM

gdzie: n – liczba żył,

SM – żyła sektorowa wielodrutowa.

Parametry techniczne i budowa kabla elektroenergetycznego nn ma być zgodna z dokumentem harmonizacyjnym PN-HD 603 S1:2006P +A3:2009P Kable elektroenergetyczne na napięcie znamionowe 0,6/1 kV Część 5 Sekcja G.

Wymagania dotyczące barwy izolacji kabli elektroenergetycznych nn: szara, czarna, brązowa, niebieska.

Kabel należy oznaczać podczas produkcji zgodnie z Załącznikiem krajowym NB Oznaczanie krajowych kabli.

Na wezwanie zamawiającego EKSA dostarczyła wykaz dostaw potwierdzających dostawę kabli typu YAKXS i YKXS wraz z referencjami potwierdzającymi należyte wykonanie dostaw.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

W myśl art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p., o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania. Zgodnie z ust. 1a, zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Po myśli ust. 1b pkt 3, warunki mogą dotyczyć zdolności technicznej lub zawodowej. Ze wskazanymi przepisami koreluje przepis § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. poz. 1126), zgodnie z którym, w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może żądać wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Przepisy ustawy P.z.p. nie definiują pojęcia „warunki udziału w postępowaniu”. W następstwie zastosowania wykładni językowej należy stwierdzić, iż pod tym pojęciem należy rozumieć wszelkie okoliczności faktyczne lub prawne, od istnienia albo nieistnienia których uzależniona jest możliwość uczestniczenia wykonawcy w postępowaniu o udzielenie

zamówienia publicznego, a tym samym ubiegania się o przedmiotowe zamówienie. Warunek posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenie należy do tzw. „warunków pozytywnych” rozumianych jako kwalifikacja podmiotowa wykonawcy dająca gwarancję należytego wykonania zamówienia publicznego.

Rolę i znaczenie warunków udziału w postępowaniu potwierdza w swoim orzecznictwie wielokrotnie Krajowa Izba Odwoławcza. W uzasadnieniu do wyroku z dnia 19 maja 2011r. (sygn. akt KIO 978/11) Izba wskazała, że „(...) ustalenie warunków udziału w postępowaniu, w tym opisu oceny sposobu spełniania tych warunków jest jedną z najważniejszych czynności zamawiających, którzy zobowiązani są do określenia tych warunków w sposób dostatecznie jasny i precyzyjny, by zarówno wykonawcy zainteresowani udziałem w postępowaniu jak i sami zamawiający dokonując oceny spełniania tych warunków mogli ją przeprowadzić na zasadzie zerojedynkowej (inaczej określanej jako zasada „spełnia – nie spełnia”). W oczywisty sposób warunki udziału w postępowaniu ustalone przez zamawiających i wymagane przez nich dokumenty, wpływają na krąg wykonawców, który może się ubiegać o zamówienie – zawężając go w mniejszym lub większym stopniu, co jest dopuszczalne w granicach wyznaczonych wymaganie przepisu art. 22 ust. 4 wskazującego na konieczność powiązania i proporcjonalności opisu sposobu dokonania oceny spełniania tych warunków z przedmiotem zamówienia. Na zamawiających ciąży przy tym obowiązek zapewnienia by te warunki podmiotowe pozwalały na wyłonienie wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia, nie naruszając przy tym zasady równego traktowania wykonawców czy zasady uczciwej konkurencji. Jednocześnie z uwagi na obowiązującą zasadę pisemności, opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, oraz dokumenty żądane w tym celu muszą zostać w sposób wyczerpujący, jasny i precyzyjny opisany przez zamawiających w dokumentach postępowania udostępnionych potencjalnym wykonawcom, gdyż z uwagi na zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, przy ich interpretowaniu należy stosować literalną wykładnię odpowiednich postanowień SIWZ lub ogłoszenia o zamówieniu, co zapobiega jakiegokolwiek uznaniowości zamawiających na etapie oceny ich spełniania przez wykonawców, którzy przystąpili już do udziału we wszczętym postępowaniu (...).”

W rozpoznawanej sprawie zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu jako wykonanie należycie w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, co najmniej jednej dostawy fabrycznie nowych kabli elektroenergetycznych nn – przynajmniej jednego z typów stanowiących przedmiot zamówienia o dowolnych przekrojach, o wartości, co najmniej 20.000.000,00 zł brutto.

Istotą przedmiotowego sporu jest istniejąca pomiędzy stronami rozbieżność w zakresie interpretacji wskazanego warunku. Odwołujący twierdził, iż o spełnieniu warunku będzie można mówić jedynie wówczas, gdy wykonawca wykaże się wykonaniem dostawy fabrycznie nowych kabli elektroenergetycznych typu YAKXS bądź YKXS posiadających powłokę (warstwę) wewnętrzną jako warstwę wytłoczoną o wartości co najmniej 20 mln zł; z kolei zamawiający i przystępujący podnosili, iż warunek dotyczył jedynie wykonania dostawy nowych kabli elektroenergetycznych typu YAKXS bądź YKXS. Treść warunku nie wskazywała na budowę dostarczonych kabli, w szczególności nie przewidywała konieczności posiadania powłoki (warstwy) wewnętrznej jako warstwy wytłoczonej.

Interpretacja wskazanych wyżej postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz specyfikacji technicznej nakazuje przyznać słusność stanowisku zamawiającego i przystępującego. Bez wątplenia zamawiający postawił warunek jedynie w zakresie dostawy kabli określonego typu, tj. YAKXS lub YKXS. Wskazane w specyfikacji technicznej wymogi w zakresie konieczności posiadania powłoki (warstwy) wewnętrznej jako warstwy wytłoczonej dotyczą jedynie kabli zamawianych w tym postępowaniu. Zamawiający uznał natomiast, iż wymaganą zdolność techniczną lub zawodową ma ten wykonawca, który dostarczył kable danego typu, o jakiegokolwiek, dopuszczonej przez normę techniczną, budowie.

Odwołujący, interpretując warunek udziału w postępowaniu, odniósł go do opisu przedmiotu zamówienia. Ze stanowiskiem odwołującego nie sposób się zgodzić. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 27 maja 2013 roku sygn. akt KIO 1068/13, opis warunku udziału w postępowaniu dokonywany w oparciu o art. 22 ust. 4 ustawy P.z.p. jest odrębną instytucją od opisu przedmiotu zamówienia dokonywanego w oparciu o art. 29 ustawy P.z.p. Opis warunku powinien być związany z przedmiotem zamówienia, jednak nie musi, a nawet nie powinien z nim być tożsamy.

Odnosząc się do zarzutu, iż przystępujący nie udowodnił, iż dostarczone przez niego kable były fabrycznie nowe, Izba podkreśla, że przystępujący sporządził wykaz dostaw według wzoru ustanowionego przez zamawiającego. Wzór ten nie zawierał informacji, iż dostarczone kable były nowe. Trudno jest czynić przystępującemu zarzut, iż dostosował się do wymagań ustanowionych w postępowaniu. Tego rodzaju informacja nie musi wynikać również ze złożonych przez przystępującego referencji. Referencja jest dokumentem potwierdzającym należyte wykonanie zamówienia. Nie musi zawierać szczegółów dotyczących przedmiotu zamówienia. Te powinny wynikać z innych dokumentów, w tym oświadczeń wykonawcy.

Przystępujący wraz z ofertą złożył oświadczenie, że wszystkie wykazane w dokumencie dostawy potwierdzają spełnianie warunku działu VI pkt 1.1 SIWZ. Tym samym potwierdził m.in., iż spełnił warunek w zakresie dostarczenia kabli fabrycznie nowych.

W tej sytuacji Izba uznała, że przystępujący spełnił postawione w postępowaniu warunki udziału w postępowaniu, wobec czego zarzuty odwołania należało uznać za nieuzasadnione.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy P.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....