

Sygn. akt: KIO/UZP 645/09

WYROK
z dnia 27 maja 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

**Członkowie: Dagmara Gałczewska-Romek
Magdalena Grabarczyk**

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 maja 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: KOPEX-FAMAGO Sp. z o.o., KOPEX S.A., 59-900 Zgorzelec, ul. Fabryczna 10** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Kopalnia Węgla Brunatnego "Konin" w Kleczewie S.A., 62-540 Kleczew, Ul. 600-lecia 9** protestu z dnia 30 kwietnia 2009r.

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum: FUGO S.A., SKW Biuro Projektowo - Techniczne Sapkowski, Kanczewski, Wocka Sp.J., 62/510 Konin, ul. Przemysłowa 85** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum: KOPEX-FAMAGO Sp. z o.o., KOPEX S.A., 59-900 Zgorzelec, ul. Fabryczna 10**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: KOPEX-FAMAGO Sp. z o.o., KOPEX S.A., 59-900 Zgorzelec, ul. Fabryczna 10,**
- 2) dokonać zwrotu kwoty 10 426 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: KOPEX-FAMAGO Sp. z o.o., KOPEX S.A., 59-900 Zgorzelec, ul. Fabryczna 10.**

U z a s a d n i e n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na zakup i dostawę nowej koparki kompaktowej dla O/Tomistawice wraz z przenośnikiem samojezdnym (sprawa ZP-DE-EPI 12-2008), zostało wszczęte przez Kopalnię Węgla Brunatnego „Konin” w Kleczewie S. A., ul. 600-lecia 9, 62-540 Kleczew zwaną dalej: „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2008/S 14-020126 w dniu 22.01.2009 r.

W toku postępowania wpłynęły dwie oferty: Konsorcjum spółek: KOPEX-FAMAGO Sp. z o. o. (lider), ul. Fabryczna 10, 59-900 Zgorzelec oraz KOPEX S. A. (członek), ul. Grabowa 1, 40-172 Katowice zwanej dalej: „Konsorcjum KOPEX-FAMAGO” albo „Protestującym” albo „Odwołującym” oraz Konsorcjum spółek: FUGO S.A. (Lider Konsorcjum), ul. Przemysłowi 85,62-510 Konin oraz SKW Biuro Projektowo - Techniczne Sapkowski, Kanczewski, Wocka Sp. J., ul. Armii Krajowej 51 A, 59-900 Zgorzelec zwanej dalej: „Konsorcjum FUGO” albo „Przystępującym”. W dniu 05.03.2009 r. dokonano ich otwarcia. W trakcie badania ofert Zamawiający pismem z dnia 18.03.2009 r. w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, zażądał od obu wykonawców szeregu szczegółowych wyjaśnień oraz dokumentacji technicznej i projektowej.

Zamawiający pismem z dnia 20.04.2009 r., (faxem) poinformował Protestującego, że dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego. Jednocześnie Zamawiający

poinformował Protestującego, że odrzucił jego ofertę z uwagi na niezgodność jej treści ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia zwaną dalej: „SIWZ” (art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.), która polegać miała na:

- a) zaproponowaniu sterowników innych niż Premium,
- b) zaproponowaniu innej sieci komunikacyjnej niż Fipwy,
- c) zaproponowaniu innych terminali niż Magelis XBTGT,
- d) zaproponowaniu innych czujników niż SEIKA +/- 10%,
- e) zaproponowaniu transformatorów suchych a nie żywiczych o przekładni 6,0/0,5 kV zamiast wymaganej 6,3/0,525 kV,
- f) braku wskazania sposobu współpracy pomiędzy koparką i przenośnikiem samojezdnym z wózkiem załadowniczym,
- g) niezależnym od koparki sposobie zasilania przenośnika samojezdnego.

W dniu 30.04.2009 r. (wpływ bezpośredni) na podstawie przepisu art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej: „Pzp” Konsorcjum KOPEX-FAMAGO złożyło protest na czynności Zamawiającego polegające na:

- 1) odrzuceniu oferty wykonawcy - Konsorcjum KOPEX-FAMAGO,
- 2) dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum FUGO.

Zarzucając:

- 1) naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z przepisami art. 29 ust. 2 i ust. 3, poprzez brak zapewnienia uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawcy, który w swej ofercie zaproponował rozwiązania równoważne, spełniające wszystkie wymogi funkcjonalne i kryteria techniczne określone przez Zamawiającego w SIWZ,
 - 2) naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez błędne przyjęcie, iż winien on mieć zastosowanie w stosunku do oferty Protestującego,
- a nadto, z ostrożności procesowej:

3) podnosząc zarzut nieważności postępowania, jako obarczonego wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp), na skutek rażącego naruszenia w jego toku art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 - 3 oraz art. 87 ust. 1 Pzp.

Wnosił o:

- 1) uwzględnienie protestu,
- 2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Protestującego,
- 3) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 4) ponowne dokonanie oceny ofert,
- 5) dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Protestującego,

bądź też, ewentualnie o:

- 1) uwzględnienie protestu,
- 2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Protestującego
- 3) unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia, z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego.

Interes prawny Protestującego wynika z faktu złożenia w wyznaczonym terminie oferty w pełni zgodnej ze SIWZ ważnej w rozumieniu prawa, a po uwzględnieniu zarzutów stanie się ofertą najkorzystniejszą i Protestujący będzie miał realne szansę uzyskania zamówienia.

Protestujący podniósł następujące zarzuty:

Zamawiający bezzasadnie przyjął, iż treść oferty Protestującego nie odpowiada wymogom SIWZ, podczas gdy oferta zawiera rozwiązania techniczne - bądź wprost zgodne z założeniami określonymi przez Zamawiającego w SIWZ, bądź też równoważne, spełniające wszystkie parametry, wymogi i kryteria techniczne oraz funkcjonalne.

Odnosząc się merytorycznie do zarzutów Zamawiającego wskazał co następuje:

a) sterowniki: Protestujący zaproponował typ S7-300 prod. Siemens, podczas gdy Zamawiający wskazał typ Premium prod. Schneider. Rozwiązanie zaproponowane w ofercie, jak stwierdził, jest pod każdym względem równoważne technologicznie i funkcjonalnie - z punktu widzenia roli jaką sterownik odgrywa na koparce. Kryterium oceny technicznej jest w tym wypadku możliwość przetwarzania i przekazywania określonej ilości danych. Należy stwierdzić, iż w podstawowych parametrach produkt zaproponowany przez Protestującego posiada obiektywnie takie same możliwości techniczne jak wskazany przez Zamawiającego. Przesądza o tym porównanie posiadanych ilości wejść i wyjść cyfrowych oraz analogowych, możliwość rozszerzenia pamięci za pomocą karty, czas wykonywania operacji, oraz zgodność obsługiwanego interfejsu magistrali (Profibus). Nie istnieje żadna funkcja techniczna ani technologiczna, która różniłaby te dwa produkty. Na dowód swych twierdzeń Protestujący załączył dokumentację techniczno-ruchową obu sterowników.

b) sieć komunikacyjna: Protestujący zaproponował sieć typu Profibus DP, podczas gdy zamawiający wskazał typ Fipwy. Rozwiązanie założone przez Protestującego w ofercie, jak stwierdził, jest pod względem parametrów technicznych i funkcjonalnych w pełni równoważne z technologią określoną w specyfikacji. Podstawowym parametrem technicznym jest w tym wypadku odległość, na jaką można przesyłać dane, która jest dla obu rozwiązań taka sama (2.000 m dla światłowodu oraz 500 m ekranowaną skrętka). Oba rozwiązania w taki sam sposób realizują założoną funkcję technologiczną, jaką jest przesyłanie i przetwarzanie danych. Na dowód swych twierdzeń Protestujący załączył dokumentację techniczno-ruchową obu typów sieci.

c) terminale: Protestujący zaproponował model MP377 prod. Siemens, podczas gdy zamawiający wskazał model Magelis XBTGT prod. Schneider. Funkcją terminali (paneli

dotykowych) jest wizualizacja procesów sterowania i pracy koparki. Podstawowe parametry tych urządzeń to wielkość i rodzaj matrycy, rozdzielczość, ilość kolorów, typy przyłączy. Wszystkie te parametry są takie same dla obu tych produktów. Nie można wskazać ani jednej funkcji, bądź parametru, który różniłby technicznie te dwa modele.

d) czujnik: Protestujący zaproponował pochyłomierz model PE-WD/xy/E11/F, pracujący w zakresie odchylenia +/- 5 stopni, podczas gdy Zamawiający wymagał czujnika marki SEIKA +/-10 stopni. Propozycji Protestującego nie można zarzucić niezgodności ze SIWZ, gdyż wskazane przez niego rozwiązanie spełnia taką samą rolę - zabezpieczenia koparki przed zbyt dużym odchyłem od pionu, w taki sam sposób techniczny - za pomocą wyjściowych sygnałów analogowych. Wykonawca zaproponował dwustopniową realizację tej funkcji, przy czym przekroczenie pierwszego stopnia będzie sygnalizowane na wizualizacji oraz sygnałem akustycznym, zaś przekroczenie drugiego zablokuje napędy maszyny. Zakres pracy jest w tym wypadku bezpieczniejszy, oznacza bowiem tolerancję na dwukrotnie mniejszy odchył (5 stopni wobec 10).

f) transformator: zarzut niezgodności ze SIWZ jest w tym wypadku całkowicie chybiony, gdyż transformatory zasadniczo dzielą się na olejowe i suche-żywiczne. Z punktu widzenia technologii wykonania każdy transformator suchy jest jednocześnie transformatorem żywicznym i taki właśnie został zaproponowany. Jeśli chodzi o dobór wymaganej przekładni, to w wykonaniu standardowym, modele z zaproponowanej serii posiadają możliwość regulacji w stanie beznapięciowym w zakresie +/- 5% zarówno na stronie wysokiego, jak i niskiego napięcia.

g) współpraca pomiędzy koparką i przenośnikiem samojezdnym z wózkiem załadowniczym: O możliwości współpracy koparki kompaktowej i przenośnika samojezdnego z wózkiem załadowniczym decydują parametry wysokości zwodzenia wysięgników, długości wysięgników, możliwość regulacji strugi urobku. Z przedstawionych w ofercie Protestującego parametrów technicznych maszyn wynika, że proponowane urządzenia bez problemu współpracują zarówno z wózkiem załadowniczym, stołem/załadowniczym czy samym przenośnikiem. Jest to możliwe również na różnych poziomach pracy/urządzeń. Możliwość sypania bezpośrednio na przenośnik jest dodatkową zaletą oferowanych maszyn.

Przy ocenie spełnienia wymagań SIWZ dotyczących technologii pracy urządzeń powinny decydować, zdaniem Protestującego, parametry techniczne wynikające z załączonej do oferty dokumentacji i opisu technicznego.

Rysunki załączone do oferty, pokazujące parametry niezbędne do oceny możliwości współpracy maszyn z przenośnikiem B1600 (B1800):

- rys. nr 0001 - Koparka kompaktowa KWK 350C
- rys. nr 0002 - Technologia pracy koparki
- rys. nr 0003 - Przenośnik samojezdny PGOT 1450

- rys. nr F9 052 003 Przenośnik załadowniczy (KWK350C)

- rys. nr F9 052 002 - Przenośnik zrzutowy (PGOT 1450)

Oświadczył, że uważa, iż proponowane urządzenia w pełni spełniają wymóg SIWZ w zakresie współpracy maszyn z zabudowanym na przenośniku B1600 wózkiem załadowniczym.

h) sposób zasilania przenośnika samojezdnego: zaproponowany przez Protestującego jest zgodny ze specyfikacją. Protestujący wskazał, iż do maszyny doprowadzone zostanie napięcie zasilające 6kV. Przewód zasilający zakończony zostanie głowicą, z której poprowadzone dwa zostaną przewody: do koparki i do przenośnika samojezdnego. Tym samym źródło zasilania dla koparki i dla przenośnika będzie tożsame, zaś możliwość jego wypięcia na stałe - będzie technicznie zachowana na głowicy. Jest to zatem rozwiązanie zgodne z wymogiem SIWZ.

Wskazał, że Zamawiający ma obowiązek opisać przedmiot zamówienia: „w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty” (art. 29 ust. 1 Pzp). Nie może tego czynić w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2 Pzp), ani przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia nie jest w stanie uczynić tego inaczej i dopuszcza produkty, technologie i rozwiązania równoważne (art. 29 ust. 3 Pzp). Protestujący na poparcie swojej argumentacji przywołał orzeczenia KIO (wyroku KIO z 01.02.2008 r., KIO/UZP 79/07; wyrok KIO z 07.04.2008 r., KIO/UZP 254/08; wyrok KIO z 11.01.2008 r., KIO/UZP 33/07; wyrok KIO z 09.04.2008 r., KIO/UZP 270/08).

Wobec powyższego, w ocenie Protestującego, Zamawiający nie może odrzucić oferty z powołaniem się na przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z tego powodu, iż np. w specyfikacji technicznej koparki określił sterownik Premium marki Schneider, a w ofercie zaproponowano model S7-300, produkcji Siemens. Mógłby to uczynić jedynie wówczas, gdyby potrafił wykazać brak równoważności tego konkretnego produktu (rozwiązania) pod względem technicznym i funkcjonalnym, w oparciu o zobiektywizowane, weryfikowalne kryteria. Brak identyczności treści oferty ze wskazanym przedmiotem zamówienia nie może stanowić podstawy zastosowania art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp.

Protestujący podniósł także zarzut nieważności postępowania, z ostrożności procesowej - z uwagi na ograniczenie zawarte w przepisie art. 191 ust. 3 Pzp. Wskazał, że unieważnienie postępowania jest czynnością, której Zamawiający dokonuje w sytuacji wystąpienia, co najmniej jednej przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 1-7 Pzp, przy czym - o ile sytuacja taka zaistnieje - jest to obowiązek a nie uprawnienie Zamawiającego. Na tą okoliczność przywołał stanowisko SN w uchwale z dnia 27.01.2005, III CZP 78/04.

Wada postępowania, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp musi mieć charakter nieusuwalny i jednocześnie powodujący, iż umowa zawarta w wyniku takiego postępowania będzie wskutek wystąpienia wady nieważna. Taką wadą może być jego zdaniem:

- rażące naruszenie ustawy przy wyborze najkorzystniejszej oferty, czyli każde poważne uchybienie w trakcie wyboru i oceny ofert,
- każde naruszenie ustawy, niezależnie od etapu postępowania, jeśli wywarło wpływ na wynik postępowania, tzn. spowodowało, iż zamówienie zostało udzielone innemu wykonawcy niż miałyby to miejsce w sytuacji, gdyby naruszenie nie zostało popełnione (W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz. LEX 2007).

Protestujący podnosił, iż w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu doszło do nieusuwalnych naruszeń ustawy, uniemożliwiających zawarcie ważnej umowy, a mianowicie:

- 1) naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1-3, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, utrudniający uczciwą konkurencję, z użyciem wskazania nazw znaków towarowych i pochodzenia konkretnych produktów, bez wskazania że zamawiający dopuszcza produkty i rozwiązania równoważne oraz bez określenia obiektywnych kryteriów weryfikacji tej równoważności,
- 2) naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp, to jest dokonanie w toku postępowania niedopuszczalnych zmian w treści ofert, poprzez ich uzupełnienie.

Ad 1)

Zamawiający wskazując na konkretny produkt i jednocześnie pomijając minimalne wymagania dotyczące oczekiwań w zakresie rozwiązania równoważnego, narusza przepisy art. 29 ust. 1 - 3 Pzp, zasadę uczciwej konkurencji i zasadę równego dostępu do zamówienia publicznego określone w art. 7 ustawy (wyrok KIO z 11.04.2008 r., KIO/UZP 272/08). Takie postępowanie uważane jest za bezpośrednią dyskryminację wykonawców, a do stwierdzenia naruszenia ustawy wystarczająca jest dyskryminacja pośrednia, to jest uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia i jedynie iluzoryczne dopuszczenie rozwiązań równoważnych. Nie jest przy tym konieczne realne uniemożliwienie takiej konkurencji (wyrok KIO z 01.10.2008 r., KIO/UZP 984/08 oraz wyrok KIO z dnia 09.04.2008 r., KIO/UZP 270/08). Wybór metody opisu przedmiotu zamówienia należy do Zamawiającego. Dopuszczenie przez ustawodawcę stosowania przez Zamawiającego nazw własnych przy opisie przedmiotu zamówienia ma charakter wyjątku od zasady, który należy interpretować ściśle. Jest to dopuszczalne jedynie z uwagi na specyfikę przedmiotu zamówienia i wiąże się z jednoczesnym obowiązkiem dopuszczenia ofert równoważnych i sprecyzowania kryteriów tej równoważności. Jest to istotne, bowiem jedynie w oparciu o te kryteria, określone w specyfikacji zamawiający będzie mógł ocenić, czy złożone oferty są

zgodne z treścią SIWZ. Bez określenia takich wymagań jest to niemożliwe, co zawsze skutkuje nieważnością postępowania (wyrok KIO z 09.04.2008 r., KIO/UZP 268/08).

Jeżeli więc zamawiający opisał przedmiot zamówienia nie w sposób jednoznaczny i wyczerpujący (...), ale poprzez wskazanie znaku towarowego, mimo, iż nie było to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia ani tym, że nie mógł on opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń - dokonał wyboru oferty z rażącem naruszeniem przepisów prawa zamówień publicznych (Urząd Zamówień Publicznych w opinii prawnej na www.uzp.gov.pl).

Takiej wady postępowania nie można usunąć na etapie oceny ofert, co przesądza o braku możliwości zawarcia ważnej umowy i konieczności unieważnienia postępowania.

Ad. 2)

Przed dokonaniem oceny ofert, lecz już po ich otwarciu, Zamawiający pismem z dnia 18.03.2009 r., powołując się na przepis art. 87 ust. 1 Pzp, zażądał od obu wykonawców wyjaśnień treści ofert. W odpowiedzi wykonawcy przesłali dokumenty, których zawartość może zostać zinterpretowana jako uzupełnienie oferty, co stanowi naruszenie przepisów postępowania, rzutujące na czynność oceny ofert, a tym samym na ważność umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Podkreślił, iż przepis na który powołał się Zamawiający w przedmiotowym piśmie mówi, iż procedura wyjaśniania treści oferty nie może skutkować wprowadzeniem jakichkolwiek zmian w treści oferty (z wyjątkiem poprawiania omyłek pisarskich i rachunkowych). Wyjaśnienia muszą więc ograniczać się do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w ofercie nie mogą natomiast jej rozszerzać ani ograniczać.

Tymczasem Zamawiający, w ocenie Protestującego, zażądał i otrzymał od wykonawców bardzo wiele precyzyjnych informacji na temat konkretnych rozwiązań technicznych, wraz ze schematami i rysunkami - choć wymogu takiego nie przewidywała specyfikacja - a następnie tak uzupełnione oferty poddał ocenie pod kątem zgodności z SIWZ. Jest oczywiste, że postępując w ten sposób Zamawiający nie pytał o sposób rozumienia zawartości oferty, lecz zwrócił się o rozszerzenie jej treści, poprzez uzupełnienie o nowe dokumenty, przez co rażąco naruszył przepis art. 87 ust. 1 Pzp.

Naruszenie to koresponduje z powyższym zarzutem - gdyż w istocie jest konsekwencją niedostatecznie precyzyjnego, niedokładnego i niejednoznacznego sformułowania specyfikacji. Protestujący podnosi, iż nie można na niekorzyść wykonawców interpretować postanowień specyfikacji, a wątpliwości powstałe na tym tle powinny być, z zachowaniem przepisów prawa, rozstrzygane na korzyść wykonawcy (wyrok KIO z 29.08.2008 r., KIO/UZP 844/08). Powyższe naruszenie bezspornie miało wpływ na wynik postępowania - gdyż jego skutkiem jest odrzucenie oferty protestującego i wybranie drugiej spośród ofert, jako najkorzystniejszej. Kwestia jego nieusuwalnego charakteru jest

bezzprzedmiotowa w świetle wyszczególnionych powyżej w pkt. 1) naruszeń przepisów art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1-3 Pzp.

Uprowadzając ewentualne zarzuty Protestujący wskazuje, iż interes prawny w żądaniu unieważnienia postępowania występuje w wypadku dążenia do zapobieżenia sytuacji zawarcia nieważnej umowy i jest wówczas traktowany jako prawo wykonawcy do kontroli prawidłowości postępowania (wyrok KIO z 10.07.2008 r., KIO/UZP 646/08).

W załączeniu na nośniku elektronicznym:

- DTR sterownika S7-300,
- DTR sterownika Premium,
- DTR sieci Profibus DP,
- DTR sieci Fipwy.

W dniu 30.04.2009 r. Zamawiający faxem wysłał uczestnikom postępowania przetargowego kopię protestu i wezwał ich do udziału w postępowaniu protestacyjnym.

W dniu 04.05.2009 r. faxem do postępowania protestacyjnego przyłączyło się Konsorcjum FUGO wnosząc o jego oddalenie w całości.

Po pierwsze, sterowniki, terminale, czujniki, sieci komunikacyjne, transformatory, co do opisu których Protestujący postawił zarzuty naruszenia art. 7 w zw. z art. 29 ust 2 i 3 Pzp nie stanowią „przedmiotu zamówienia”, lecz są katalogowymi częściami zakupowymi swobodnie dostępnymi na rynku dla wszystkich wykonawców. Przedmiotem zamówienia w rzeczonym postępowaniu jest dostawa skomplikowanych maszyn, nietypowych, o indywidualnych rozwiązaniach projektowych, spełniających wymagania Zamawiającego sprecyzowane w SIWZ, a te zostały opisane przez Zamawiającego w sposób jednoznaczny i precyzyjny odwołujący się do obiektywnych cech jakościowych i technicznych. Fakt ten nie powinien budzić wątpliwości Protestującego tym bardziej, że na żadnym etapie postępowania poprzedzającego wybór najkorzystniejszej oferty nie kwestionował on lub nawet nie stawił pod wątpliwość w drodze zapytań kierowanych do Zamawiającego w trybie art. 38 Pzp w przedmiocie braku doprecyzowania lub sformułowania opisu przedmiotu w sposób skutkujący możliwością utrudnienia uczciwej konkurencji lub protestów dotyczących postanowień SIWZ w trybie art. 180 ust 3 Pzp. Nie bez znaczenia pozostaje fakt, iż Protestujemy zgodnie z art. 180 ust 3 pkt. 2 Pzp zobowiązany był do złożenia protestu w zakresie treści ogłoszenia, a w przypadku przetargu nieograniczonego w zakresie postanowień SIWZ: „w terminie 14 dni (...)”, czego nic uczynił. Termin do wniesienia protestu jest terminem zawitym, co oznacza, że nie może zostać przywrócony. Niedochowanie tego terminu przez Protestującego pozbawia go możliwości skutecznego podniesienia zarzutów na czynności Zamawiającego.

Po drugie, proponowane rozwiązania w zakresie terminali, czajników, a w szczególności współpracy wbrew twierdzeniom Protestującego nie stanowią rozwiązań „równoważnych”, gdyż nie spełniają zastrzeżonych przez Zamawiającego w SIWZ w sposób jednoznaczny parametrów, co w konsekwencji stanowi uzasadnioną podstawę uznania treści oferty Protestującego za niezgodną z treścią SIWZ, a co za tym idzie odrzucenia oferty w trybie art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp.

Ustosunkowując się merytorycznie do zarzutów zakresie zgodności oferty Protestującego z SIWZ poinformował co następuje:

1) TERMINALE;

Jak wskazuje Protestujący podstawowe parametry terminali to wielkość i rodzaj matrycy, rozdzielczość, ilość kolorów oraz typy przyłączy. Zaproponowany przez Protestującego terminal produkcji Siemens nie posiada jednak przyłącza VGA umożliwiającego przedstawienie na nim obrazów z telewizji przemysłowej w odróżnieniu od terminalu produkcji Schneider.

2) CZUJNIK;

Czujnik PE-WD/xy nie spełni swojej roli, tj. zabezpieczenia koparki przed zbyt dużym odchyleniem od pionu ze względu na fakt, iż dopuszczalny kąt odchylenia koparki przy transporcie wynosi 1:10 co stanowi 5,71 stopnia, a więc leży poza zakresem czujnika PE-WD/xy zaproponowanego przez Protestującego. Ponadto rozdzielczość czujnika pochylenia SEIKA SB2I, a więc zaproponowanego przez Wykonawcę wynosi < 0.001 stopnia, a dla czujnika PE-WD/xy parametr ten nie jest określony, stąd nie można porównywać dokładności pomiaru aparatów w tym zakresie.

3) WSPÓŁPRACA POMIĘDZY KOPARKĄ I PRZENOŚNIKIEM SAMOJEZDNYM Z WÓZKIEM ZAŁADOWCZYM;

Stwierdził, że nie można się ugodzić z twierdzeniem Protestującego, iż: „o możliwości współpracy koparki kompaktowej i przenośnika samojezdnego z wózkiem załadowniczym decydują parametry wysokości zwodzenia wysięgników, długości wysięgników, możliwość regulacji strugi urobku”. Wymienione cechy decydują bowiem tylko o parametrach tej współpracy. Warunkiem koniecznym, a więc decydującym o możliwości współpracy tych maszyn jest możliwość zasilania mechanizmów i urządzeń wózka załadowniczego z koparki i/lub z przenośnika samojezdnego oraz możliwość sterowania tymi mechanizmami i urządzeniami wózka załadowniczego z kabiny operatora koparki jak i/lub z kabiny operatora przenośnika samojezdnego (w zależności od trybu pracy).

Kopia przystąpienia została stosownie przekazana faxem w tym samym dniu Protestującemu.

W dniu 07.05.2009 r. Protestujący przesłał faxem Zamawiającemu odpowiedź na przystąpienie wykonawcy do protestu. Poprał w całości twierdzenia i zarzuty zawarte w proteście. Przytoczył argumentację następnie wykorzystaną w złożonym odwołaniu. Dodatkowo wskazał, że brak wskazania kryteriów równoważności wskazanych z nazwy urządzeń i części uniemożliwia Zamawiającemu odrzucenie oferty Protestującego, np. z powodu faktu, iż terminal zaproponowany przez niego w ofercie nie posiada złącza VGA, gdyż Zamawiający takiego przyłącza nie wymagał, a tylko i wyłącznie zapewnienia funkcji wizualizacji stanów roboczych, awaryjnych i archiwum zdarzeń oraz zastosowania kamer obserwacyjnych z funkcją wizualizacji, dla miejsc niewidocznych dla operatora, a potrzebnych dla bezpieczeństwa ruchu maszyn (pkt 2.7 a oraz 2.7 m SIWZ). Obie funkcję można zrealizować na panelach innych niż prod. Schneider oraz złączach innych niż VGA. Podobnie z treści SIWZ nie wynika jakimi kryteriami należy się kierować co do oceny równoważności czujnika pochyłu oraz jakie są zasady wymaganej współpracy pomiędzy koparką a przenośnikiem samojezdnym, w szczególności nie ma nic nt. powiązań sterowania. Ponadto przytacza orzecznictwo KIO w kwestii nieważności postępowania (wyrok KIO z dnia 05.09.2008 r., KIO/UZP 867/09, wyrok z dnia 16.07.2008 r., KIO/UZP 676/08, wyrok KIO z dnia 07.07.2008 r., KIO/UZP 624/08, wyrok KIO z dnia 28.05.2008 r., KIO/UZP 461/08, wyrok z dnia 03.08.2008 r., KIO/UZP 134/08, wyrok z dnia 13.02.2008 r., KIO/UZP 72/08, wyrok z dnia 11.02.2008 r., KIO/UZP 54/07).

Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło w dniu 08.05.2009 r. faxem, poprzez jego oddalenie w całości. Odnosząc się do zarzutu naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawcy, związanego w ocenie Protestującego z zaproponowaniem przez niego rozwiązań równoważnych spełniających wymogi przedmiotu zamówienia, określone w SIWZ i mimo tego odrzucenie oferty Protestującego, Zamawiający uznaje zarzut za całkowicie niezasadny.

Minimalne parametry techniczne, konstrukcyjne i eksploatacyjne przedmiotu zamówienia określone zostały zgodnie z Rozdziałem III SIWZ w „Wytycznych dostawy nowej koparki typu „Compact” stanowiących załącznik nr 1 do SIWZ.

W ocenie Zamawiającego określony w SIWZ przedmiot zamówienia opisany został w sposób jednoznaczny i precyzyjny odwołując się do cech jakościowych i technicznych. Podkreślić należy również, że przedmiot zamówienia dotyczy skomplikowanej maszyny, która winna być zrealizowana na podstawie indywidualnych rozwiązań projektowych i technicznych, spełniających wysokie oczekiwania Zamawiającego, wg zasad określonych przez niego w SIWZ. Przywołał orzeczenia KIO: *„Określenie przedmiotu zamówienia jest suwerenną decyzją Zamawiającego i to w gestii Zamawiającego jest ustalenie niezbędnych cech i funkcjonalności, które to przedmiot zamówienia ma spełniać. Swoboda*

Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia nie może jednak prowadzić do nieuzasadnionego ograniczenia kręgu potencjalnych wykonawców. W sytuacji określenia wymagań odnoszących się do potrzeb Zamawiającego, mogących ograniczać krąg potencjalnych wykonawców, Zamawiający winien wykazać, że wyłącznie produkt o parametrach przez niego określonych umożliwia mu realizację celu założonego w postępowaniu o zamówienie publiczne" (wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 02/09). „Zamawiający ma prawo opisać swoje potrzeby w taki sposób, aby przedmiot zamówienia spełniał jego wymagania i zaspakajał potrzeby pod warunkiem, że dokonany opis nie narusza konkurencji ani równego traktowania wykonawców. Sama okoliczność, że opis przedmiotu zamówienia uniemożliwia złożenie oferty przez Odwołującego nie wskazuje na naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, skoro na rynku działają podmioty mogące brać udział w postępowaniu samodzielnie lub w ramach konsorcjum, czemu Odwołujący nie zaprzeczy" (wyrok KIO z 17 stycznia 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 80/07)

Zamawiający oddalając protest podkreślił, że Protestujący w trybie art. 180 ust 3 pkt 2 Pzp, zobowiązany był do złożenia protestu w zakresie postanowień SIWZ w terminie 14 dni licząc od daty publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej, czego nie dokonał. Zamawiający zwraca uwagę, że termin do wniesienia protestu jest terminem zawitym i nie może zostać przywrócony. Nie zachowanie terminu określonego w ustawie do wniesienia protestu na określoną czynność Zamawiającego pozbawia Protestującego możliwości skutecznego podniesienia zarzutów na czynności, które winny być oprotestowane w przewidzianym terminie. Ponadto, Protestujący na żadnym etapie postępowania, poprzedzającym wybór oferty najkorzystniejszej nie dążył do wyjaśnienia treści SIWZ, ponieważ nie składał do Zamawiającego żadnych zapytań związanych z treścią SIWZ.

Odnosząc się bezpośrednio do kwestii niezgodności oferty Protestującego z treścią SIWZ -Zamawiający wyjaśnił:

- 1) sterowniki: wskazanie typu sterownika podyktowane było unifikacją sprzętu i przygotowaniem serwisu do jego obsługi - wszystkie modernizowane maszyny Zamawiającego wyposażone są w sterowniki Premium produkcji Schneider. Ze względu na posiadanie przeszkolonego serwisu do obsługi sterowników Schneider, Zamawiający nie musi ponosić dodatkowych kosztów szkoleń związanych z zakupem nowej maszyny.
- 2) sieć komunikacyjna: twierdzenie, że sieci komunikacyjne Fipway i Profibus są równoważne jest nieuzasadnione. W sieci Fipway nie deklarujemy sterownika Master podczas gdy w Profibus jest to konieczne. Doświadczenia na koparkach wskazują że pomimo podobnych parametrów elektrycznych sieć Fipway przy prędkości transmisji 1Mb, pracuje pewniej na i przy wykorzystaniu przewodów komunikacyjnych o niższej jakości.

Dlatego też uzasadnione jest żądanie Zamawiającego zastosowanie sieci komunikacyjnej typu Fipway.

3) terminale: wskazanie typu terminali podyktowane było unifikacją sprzętu i przygotowaniem serwisu do jego obsługi - wszystkie modernizowane maszyny Zamawiającego posiadają terminale XBTGT. Terminal XBTGT nie wymaga instalowania systemu operacyjnego i innych dodatkowych programów do eksploatacji co jest konieczne w przypadku terminali MP377 zaproponowanych przez Protestującego. System operacyjny terminali XBTGT nie jest dostępny dla użytkownika, co jak wynika z dotychczasowej eksploatacji pozwala na bezawaryjną pracę. Terminal XBTGT 7340 posiada wejście video (np. do bezpośrednie podłączenie sygnału m.cz. z kamery), którego nie ma terminal MP377, a tym samym nie można uznać, że jest równoważny do terminali typu XBTGT 7340, którego wymagał w SIWZ Zamawiający.

4) czujniki: wskazanie typu czujnika pochylenia podyktowane było unifikacją sprzętu oraz bezawaryjną pracą w dotychczasowych zastosowaniach - wszystkie modernizowane maszyny Zamawiającego posiadają czujniki wskazanego w SIWZ typu. Protestujący proponuje zastosowanie czujnika, który nie pokrywa dopuszczalnego zakresu pochyłeń maszyny. Zakres +/- 10° jest nie tylko wskazany, ale konieczny. W proteście opis proponowanego czujnika jest wzajemnie wykluczający się - czujnik nie wyznacza dopuszczalnego pochylenia tylko je wskazuje.

5) transformator: Budowa - żywiczny o klasie temperaturowej F - Transformatory żywiczne rzeczywiście stanowią odmianę transformatorów suchych, w których proces impregnacji uzwojeń lakierami został zastąpiony procesami zalewania pod próżnią kompozycją epoksydową lub w wykonywanymi w technologii RESIBLOC. Umożliwia to uzyskanie monolitycznej konstrukcji uzwojenia odznaczającej się szczególnie dla maszyn górniczych takimi zaletami jak:

- duża wytrzymałość dielektryczna i klasa temperaturowa F,
- duża wytrzymałość mechaniczna (zwarcia),
- pełne bezpieczeństwo pożarowe i nieszkodliwość dla otoczenia,
- duża odporność na przeciążenia i udary prądowe.

Ww. zalety eliminują najistotniejsze wady transformatorów suchych typu T3Gb:

- niska wytrzymałość na przepięcia,
- klasa temperaturowa B.

Transformatory typu T3Gb to produkty początku lat siedemdziesiątych, obecnie w KWB „KONIN” S.A. wycofywane stopniowo z eksploatacji ze względu na ww. wady. W SIWZ celowo zastosowano zapis „transformatory żywiczne (...) o klasie temperaturowej F”, aby możliwe było wyeliminowanie z dostawy starych konstrukcji transformatorów suchych np. transformatora T3Gb.

Protestujący w odpowiedzi na zapytanie Zamawiającego o zastosowane w projekcie transformatory przedstawił TZMF 250/6 (spełnia SIWZ w zakresie budowy, ale nie napięcia) i T3Gb 100/6 (spełnia wymagania SIWZ w zakresie napięcia, ale nie budowy).

Przekładnia 6,3/0,525kV (podstawowa), a nie 6/0,5kV - taka niestandardowa przekładnia stosowana jest w transformatorach zabudowanych na maszynach podstawowych i stacjach napędowych KWB „KONIN” S.A. i wynika z dużych wahań napięcia zasilającego przy rozruchach długich i obciążonych ciągów wydobywczych lub przy ich gwałtownym (awaryjnym) zatrzymaniu. Regulacja napięcia na poziomie $\pm 2 \times 2,5\%$ odbywa się tylko po stronie 6kV w stanie beznapięciowym.

6) współpraca pomiędzy koparką, a przenośnikiem samojezdnym z wózkiem załadowniczym:

Zamawiająca nie zgadza się z twierdzeniem Protestującego, że: *„O możliwości współpracy koparki kompaktowej i przenośnika samojezdnego z wózkiem załadowniczym decydują parametry wysokości zwodzenia wysięgników, długości wysięgników, możliwości regulacji strugi urobku...”*. W ocenie Zamawiającego o możliwości współpracy koparki i przenośnika samojezdnego z wózkiem załadowniczym nie decydują wprost parametry techniczne wskazywane przez Protestującego, ale przede wszystkim możliwość zasilania i sterowania mechanizmami wózka załadowniczego z poziomu poszczególnych maszyn - koparki i przenośnika samojezdnego. W opisie technicznym będącym załącznikiem do oferty, ani w wyjaśnieniach treści oferty Protestujący nie przedstawił rozwiązań technicznych niezbędnych do zapewnienia takiej współpracy. Dodatkowo w wyjaśnieniach napisał wprost że *„... przenośnik załadowniczy sypie urobek bezpośrednio na przenośnik B 160 (B160)”*, co jednoznacznie pozwala stwierdzić, że w swojej ofercie nie uwzględnił możliwości takiej współpracy - co jest niezgodne z SIWZ.

Ponadto brak jest spójności między dokumentami otrzymanymi od Protestującego. W ofercie technicznej rozłącznik główny 6kV oraz rozdzielnie 500 i 400V rozmieszcza się na przemian raz na koparce raz na przenośniku samojezdnym. W odpowiedzi na żądanie przez Zamawiającego wyjaśnień co do treści złożonej oferty, Protestujący z kolei nie przewiduje połączeń instalacji koparki i przenośnika samojezdnego (z wyjątkiem blokady pracy technologicznej). Połączenie między koparką, przenośnikiem samojezdnym i stołem załadowniczym winno być realizowane nie tylko przez obwód blokady, ale również obwody sterownicze i zasilające w przypadku połączenia koparki lub przenośnika samojezdnego ze stołem załadowniczym.

7) sposób zasilania przenośnika samojezdnego: w proteście Protestujący wykazuje zasilanie 6kV przenośnika samojezdnego z koparki. Takie rozwiązane zasilania przenośnika samojezdnego nie gwarantuje realizacji szybkiego rozłączania dwóch maszyn. Praca elektromonterów na poziomie 6kV ze względów bezpieczeństwa wymaga procedury *„Polecenia pisemnego na wykonanie pracy”*, co angażuje do wykonania tych robót osobę

dozoru ruchu elektrycznego oraz minimum trzech elektromonterów. Czas wykonania tej operacji to ok. 1 godzina.

W dniu 15.05.2009 r. (data nadania u operatora pocztowego) Odwołujący na oddalenie protestu w całości wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Podtrzymał zarzuty z protestu. Wnosił o:

1) uwzględnienie odwołania,
2) nakazanie unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego,

3) nakazanie unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, bądź też o:

1) uwzględnienie odwołania,
2) nakazanie unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
3) nakazanie unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
4) nakazanie powtórzenia oceny ofert,

a niezależnie od powyższego:

1) o dopuszczenie dowodów wskazanych w uzasadnieniu odwołania,
2) o obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Zamawiającego, na rzecz odwołującego się, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa.

Zarzut niezgodności z SIWZ oferty Odwołującego jest o tyle nietrafny, że zamawiający wskazując w SIWZ założenia techniczne maszyny, sformułował je błędnie, mianowicie zrobił to:

1) zbyt ogólnie i nieprecyzyjnie, w niewyczerpujący sposób, czym naruszył art. 29 ust. 1 Pzp i co było skutkiem późniejszego naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp,
2) w sposób utrudniający uczciwą konkurencję - wskazując konkretne urządzenia i części wskazanych z nazwy producentów i nie dopuszczając żadnych innych urządzeń i rozwiązań technicznych, czym naruszył art. 29 ust. 2 pzp,
3) wskazując nazwy towarowe oraz pochodzenie urządzeń i części, nie wskazując jednocześnie żadnych kryteriów równoważności tych urządzeń i rozwiązań technicznych dla oceny oferty, czym naruszył art. 29 ust. 3 Pzp.

Odwołujący raz jeszcze podniósł, iż zgodnie z utrwalonym poglądem judykatury wszelkie niejasności treści specyfikacji nie mogą być interpretowane na niekorzyść wykonawcy. O ile Zamawiający nie sformułował właściwie wymogów technicznych i funkcjonalnych, to nie ma prawa zarzucać braku ich zgodności z oczekiwaniami Zamawiającego.

Zamawiający w oddaleniu protestu wskazał cały szereg merytorycznych niezgodności oferty z SIWZ. Są to zarzuty chybione, gdyż Zamawiający nie wskazał ich w SIWZ (Załącznik nr 1, pkt 2.1, 2.1.j, 2.7.a, 2.7.b), w szczególności:

- 1) wymogu skonkretyzowanych parametrów sterowników, które nie pozwalałyby ze względu na oczekiwany przez Zamawiającego efekt techniczny i funkcjonalny dopuszczenia sterowników innych niż Premium produkcji Schneider,
- 2) wymogu obiektywnych parametrów sieci komunikacyjnej (minimalna prędkość transmisji, minimalna jakość przewodów), które nie pozwalałyby ze względu na oczekiwany przez Zamawiającego efekt techniczny i funkcjonalny dopuszczenia sieci innej niż Fipway,
- 3) minimalnych wymogów wizualizacji zarówno sterowania maszyny, jak i sieci kamer - które technicznie można zrealizować na różnych panelach (terminalach), za pomocą różnych złączy i technik przesyłu sygnału, z tożsamym efektem funkcjonalnym, lecz innym niż rozwiązania firmy Scheider,
- 4) obiektywnych wymogów dla transformatorów - poza wskazaniem wartości przekładni na stronie pierwotnej i wtórnej - które miałyby spełniać te urządzenia,
- 5) wymogów sterowania mechanizmami wózka załadunkowego z poziomu poszczególnych maszyn: koparki i przenośnika samojezdnego.

Odwołujący podnosił, iż:

- 1) „konieczność unifikacji sprzętu” oraz „bezawaryjna praca w dotychczasowych zastosowaniach” nie jest dopuszczalną przesłanką wskazania konkretnego z nazwy i typu urządzenia („wszystkie maszyny zamawiającego wyposażone są w sterowniki Premium prod. Schneider”, „wszystkie maszyny posiadają czujnik tego typu”),
- 2) określenia typu „pracuje pewniej”, „dalsze odległości”, „przewody o niższej jakości” nie stanowią żadnych technicznych i funkcjonalnych, obiektywnie weryfikowalnych kryteriów równoważności, które pozwalałyby na zgodną ustawą ocenę ofert,

Odwołujący zarzucił, iż konkretne wymogi co do części i urządzeń maszyny, winny być formułowane przez Zamawiającego na etapie tworzenia SIWZ, nie zaś po dokonaniu otwarcia ofert. Odrzucając ofertę Odwołującego Zamawiający wprost pisze, iż uczynił to ze względu na fakt, iż zawierała one urządzenia i części zamienne innych producentów, niż wskazanych z nazwy w SIWZ. Takie wymogi, sformułowane przez Zamawiającego w SIWZ, stanowiły w jego ocenie niezbędny element oferty. Jednocześnie zamawiający nie dostrzega w swym postępowaniu żadnego naruszenia przepisów ustawy.

W ocenie Odwołującego, jest to błędne rozumowanie. Rozwiązania zaproponowane były wielokrotnie realizowane w wielu innych tego typu zamówieniach, funkcjonują z dobrym efektem na wielu maszynach podstawowych w różnych kopalniach odkrywkowych w wielu różnych krajach i spełniają wszystkie wymogi, które ze względu na wiadomy Zamawiającemu i Odwołującemu cel, winny spełniać takie urządzenia w pracy takiej maszyny.

Odwołujący wskazuje, iż art. 29 ust. 3 Pzp ma wyjątkowy charakter i winien w związku z tym być interpretowany ściśle. Skoro Zamawiający zdecydował się na wskazanie konkretnych rozwiązań technicznych określonych z nazwy i pochodzenia

produktów, to winien wskazać minimalne kryteria równoważności, które pozwoliłyby mu na ocenę zgodności treści przedstawionych ofert ze SIWZ. W innym wypadku nie jest w stanie rozstrzygnąć postępowania, a tym samym zawrzeć prawnie ważnej umowy o udzielenie zamówienia.

Potwierdzeniem tej tezy jest postępowanie Zamawiającego, który po dokonaniu otwarcia ofert zwrócił się do uczestników postępowania o przedstawienie precyzyjnych informacji na temat konkretnych rozwiązań technicznych, wraz ze schematami i rysunkami - choć wymogu takiego nie przewidywała SIWZ - a następnie tak uzupełnione oferty poddał ocenie pod kątem zgodności z SIWZ. Jest oczywiste, że postępując w ten sposób nie pytał o sposób rozumienia zawartości oferty, lecz zwrócił się o rozszerzenie jej treści, poprzez uzupełnienie o nowe dokumenty, przez co rażąco naruszył art. 87 ust. 1 Pzp, gdyż dokonał oceny ofert z uwzględnieniem ich uzupełnionych elementów.

Odwołujący wskazuje, iż jego oferta jest zgodna ze SIWZ, gdyż przedstawia przedmiot zamówienia o właściwościach takich samych, lub zbliżonych do tych, które zostały określone w SIWZ, lecz oznaczonych innym znakiem towarowym, patentem lub pochodzeniem. Nie jest to oferta identyczna ze wskazanym przedmiotem zamówienia, lecz oferta równoważna (wyroku KIO z 07.04.2008 r., KIO/UZP 254/08).

Swoje stanowisko popiera opinią dr inż. Mariusza Jabłońskiego, specjalisty z zakresu automatyki i sterowania, pracownika naukowego Politechniki Łódzkiej, Katedra Informatyki Stosowanej. Dowody:

1. opinia prywatna dr inż. Mariusza J.,
2. przesłuchanie świadka: Mariusza J.

Ponadto Odwołujący wnosi o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego specjalisty z zakresu automatyki i sterowania, na okoliczność technicznej i funkcjonalnej równoważności zaproponowanych w ofercie Odwołującego części i urządzeń. Poza tym, przytacza argumenty z odpowiedzi na przystąpienie wykonawcy do protestu, przedstawione poniżej.

Błędne jest także twierdzenie Przystępującego, w ocenie Odwołującego, jakoby podstawowe zasady postępowania obowiązujące, co do sposobu opisu przedmiotu zamówienia wskazane w przepisach art. 29 w zw. z art. 7 Pzp odnosiły się jedynie do przedmiotu zamówienia rozumianego jako całościowe zadanie - przedmiot umowy (przedmiot dostawy, usługi, czy robót budowlanych). W takim rozumieniu przedmiotu zamówienia byłoby prawnie obojętne, jakich pojęć znaczeniowych użyje Zamawiający dokonując opisu jego składowych elementów, co stoi w całkowitej sprzeczności ze stanowiskiem orzecznictwa, w myśl którego zakaz dyskryminacji wykonawców i powiązane z nim wytyczne co do sposobu określenia przedmiotu zamówienia, należy interpretować w powiązaniu ze wszystkimi elementami przedmiotowymi, składającymi się na całość przedmiotu zamówienia. Odwołujący przykładowo wskazuje:

- 1) wyrok KIO z 11.04.2008 r. KIO/UZP 272/08 - przedmiot zamówienia: „*remont i przebudowa oświetlenia ulicznego miasta i Gminy*”; niedopuszczalność wskazania oprav oświetleniowych marki S.,
- 2) wyrok KIO z 09.04.2008 r. KIO/UZP 268/08 - przedmiot zamówienia „*przebudowa urządzeń srk z centralizacją rozjazdów i likwidacją nastawni wykonawczej*”; dopuszczalność użycia w dokumentacji projektowej, w projekcie wykonawczym, nazw konkretnych producentów, jedynie pod warunkiem dopuszczenia rozwiązań i urządzeń równoważnych i jednoczesnym wskazaniu kryteriów równoważności,
- 3) wyrok KIO z 09.04.2008 r. KIO/UZP 270/08 - przedmiot zamówienia „*modernizacja stadionu lekkoatletycznego*”; niedopuszczalność wskazania nawierzchni marki C,
- 4) wyrok KIO z 07.04.2008 r. KIO/UZP 254/08 - przedmiot zamówienia „*budowa krytej pływalni wraz z infrastrukturą towarzyszącą*”; niedopuszczalność wskazania konkretnych z nazwy materiałów budowlanych, bez określenia kryteriów równoważności.

Przystępujący jest w błędzie twierdząc, iż sterowniki, czy terminale nie stanowią opisu przedmiotu zamówienia, Pzp nie zna pojęcia: „*katalogowych części zakupowych swobodnie dostępnych na rynku dla wszystkich wykonawców*”. Do dokonywania na podstawie jej przepisów dostaw wskazanych z nazwy części i urządzeń skonkretyzowanych producentów służy jej tryb niekonkurencyjny - zamówienie z wolnej ręki. Wymaga on obiektywnego spełnienia wskazanych enumeratywnie w przepisie art. 67 ust. 1 Pzp przesłanek, wśród których jednak nie ma takich jak: „*konieczność unifikacji sprzętu*”, czy: „*niezawodności działania*”, które przywołał w SIWZ oraz uzasadnieniu oddalenia protestu.

Odwołujący mając na uwadze obowiązującą treść ustawy wskazał co następuje:

Nieważność postępowania występuje obiektywnie, niezależnie od twierdzeń podmiotów biorących w nim udział i zarzut ten musi być brany pod rozwagę przez Zamawiającego, niezależnie od etapu postępowania. Gdy tylko przesłanki warunkujące nieważność zostaną spełnione, Zamawiający ma obowiązek (nie prawo) unieważnić postępowanie, z tego oczywistego względu, iż odpada wówczas jego cel, jakim jest zawarcie i realizacja ważnej w świetle prawa umowy o udzielenie zamówienia publicznego, co wynika wprost z dyspozycji przepisu art. 93 ust. 1 Pzp (*zamawiający unieważnia...* por. także W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz do art. 93 ustawy w LEX 2007*). Powyższy argument za odpowiedzią na przystąpienie wykonawcy do protestu.

W związku z powyższym czynność unieważnienia postępowania przez Zamawiającego nie wymaga żadnego wniosku któregośkolwiek z wykonawców, gdyż jej dokonanie nie jest w świetle ustawy uzależnione od ich jakiegokolwiek inicjatywy. Podlega ona kontroli w trybie przewidzianym w Dziale VI Pzp (środki ochrony prawnej), tym niemniej

nawet brak podniesienia zarzutu nieważności w proteście nie stoi na przeszkodzie unieważnieniu postępowania z urzędu przez KIO lub sąd powszechny w wypadku gdy organ ten stwierdzi, iż zachodzą okoliczności wskazane przez ustawodawcę w przepisie art. 93 ust. 1 Pzp, a Zamawiający je zignorował, gdyż uprawnienie takie mieści się w hipotezie art. 191 ust. 2 Pzp, określającego sposób rozstrzygnięcia odwołania zasługującego na uwzględnienie, a także jest zgodne z brzmieniem przepisu art. 191 ust. 1 Pzp (Sąd Najwyższy uchwała z dnia 27.01.2005, III CZP 78/04, oraz M. Stręciwilk, *Unieważnienie postępowania o zamówienie publiczne* w *Finanse Komunalne* nr 1/2006 s. 96).

Odwołujący wskazał także, iż unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia przez Izbę jest możliwe również w sposób pośredni, poprzez unieważnienie wszystkich czynności podjętych przez Zamawiającego w toku badanego postępowania (wyrok ZA z dnia 22.07.2005 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-1810/05).

Mając powyższe na względzie, Odwołujący stwierdził, że stoi na stanowisku, iż pomimo że ustawodawca wykreślając zdanie drugie w ust. 3 przepisu art. 191 Pzp, pozbawił Izbę możliwości unieważnienia postępowania z urzędu, niezależnie od zakresu zarzutów podnoszonych przez Odwołującego, to jednak Izba dysponuje nadal możliwością stwierdzenia nieważności postępowania na wniosek Odwołującego - na zasadzie dyspozycji przepisów art. 191 ust. 2 Pzp oraz art. 191 ust. 1 Pzp, a zarzut taki Odwołujący sformułował wprost w proteście.

Odwołujący wskazuje, iż wada którą dotknięte jest przedmiotowe postępowanie jest nieusuwalna, gdyż zmiana przez Zamawiającego treści SIWZ w trybie art. 38 ust. 4 Pzp, jest możliwa jedynie przed wyznaczonym terminem otwarcia ofert. Po tym terminie nie istnieje już żadna prawna możliwość usunięcia wadliwości opisu przedmiotu zamówienia, które rzutuje na konkurencyjność przetargowego trybu postępowania, co w istocie stanowi jego *ratio legis* (W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz do art. 29 ustawy w LEX 2007*).

Odwołujący podniósł także, iż Zamawiający dokonał otwarcia ofert, w związku z czym, w przedmiotowym postępowaniu ziszcza się przesłanka unieważnienia postępowania określona w przepisie art. 93. ust. 1 pkt. 7 Pzp, w zw. z przepisem art. 7 ust. 1 Pzp, co stanowi ustawowy obowiązek Zamawiającego, którego on nie dokonał.

Stąd też nie podzielił stanowiska Zamawiającego i Przystępującego co do przeszkody o charakterze proceduralnym, jaką stanowić miałyby termin zawity do wniesienia protestu. W myśl rozumowania Przystępującego po dniu siódmym lub dziesiątym od dnia publikacji SIWZ, brak aktywności wykonawcy sanuje wszelkie naruszenia ustawy których dopuścił się zamawiający opisując przedmiot zamówienia. Powyższy argument za odpowiedzią na przystąpienie wykonawcy do protestu.

Reasumując, Odwołując podniósł, iż w rozpatrywanej sprawie spełniona jest dyspozycja przepisu art. 191 ust. 1a Pzp, gdyż Zamawiający dopuścił się: „*naruszenia przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania*”, co tym samym sprawia, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Kopie odwołania otrzymał tego samego dnia Zamawiający (wpływ bezpośredni).

W dniu 18.05.2009 r. Zamawiający przekazał Konsorcjum FUGO (faxem) kopię odwołania i wezwał go do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego toczącego się na skutek wniesienia odwołania przystąpił dnia 25.05.2009 r. (wpływ bezpośredni) Konsorcjum FUGO po stronie Zamawiającego. Wnosząc o oddalenie odwołania w całości i wykazując posiadany interes prawny w przystąpieniu. Kopia przystąpienia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowieniami SIWZ, prośbą Zamawiającego o wyjaśnienie treści oferty Odwołującego z dnia 18.03.2009 r., wyjaśnieniami Odwołującego z dnia 23.03.2009 r., jak również dokumentem załączonym przez Odwołującego do odwołania, tj. opinią prywatną dr inż. Mariusza Jabłońskiego, treścią spornej oferty, złożonym przez Przystępującego na rozprawie dowodem, tj. opinią prywatną o systemach sterowania dla maszyn podstawowych (koparki i zwałowarki) opartych na sterownikach firm Siemens i Schneider dla potrzeb oferowania nowej koparki kompaktowej z dnia 26.05.2009r. sporządzoną przez dr inż. Jerzego Szymańskiego, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego, zaprezentowanych na rozprawie w i w pisemnych stanowiskach ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 Pzp.

Izba wskazuje, że Zamawiający na posiedzeniu nie podtrzymał wniosku o odrzucenie odwołania zawartego w odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie od rozstrzygnięcia protestu (pismo z dnia 22.05.2009 r.), mimo wyraźnego pytania przewodniczącego w tej materii. Jednocześnie Izba wskazuje, tak jak na wstępie, iż z urzędu stwierdziła na posiedzeniu brak podstaw do odrzucenia odwołania. Przedmiotem odwołania jest zasadniczo czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty Odwołującego,

a terminowy charakter niniejszego odwołania nie był przez strony kwestionowany na posiedzeniu.

Ustalono również, że wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia protestu i odwołania.

Zdaniem Izby, Odwołujący, którego oferta została odrzucona i nie podlegała klasyfikacji w ramach kryterium oceny ofert, tj. ceny (100%), podczas gdy cenowo była najkorzystniejsza, miał interes prawny w złożeniu tak protestu, jak i odwołania. W przypadku uwzględnienia odwołania i unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych w odwołaniu zarzutów, Odwołujący ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Powyższe odnosi się także do żądania unieważnienia przedmiotowego postępowania, gdyż w ocenie Izby, interes prawny posiada także Wykonawca, którego interes prawny doznał uszczerbku lub może go doznać w wyniku samego domniemania naruszenia określonych przepisów Pzp przez Zamawiającego w postępowaniu. Warunkiem jest, aby Wykonawca wykazał, iż na skutek nieprawidłowości w działaniu Zamawiającego, nie może uzyskać zamówienia.

Odnosząc się do podniesionych w proteście, jak i w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Oдноśnie zarzutów naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z przepisami art. 29 ust. 2 i ust. 3, poprzez brak zapewnienia uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawcy, który w swej ofercie zaproponował rozwiązania równoważne, spełniające wszystkie wymogi funkcjonalne i kryteria techniczne określone przez Zamawiającego w SIWZ oraz naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez błędne przyjęcie, iż winien on mieć zastosowanie w stosunku do oferty Odwołującego, Izba z uwagi na ich charakter rozpatrzyła łącznie, uznając je za niezasadne.

Oдноśnie istotnych dla rozstrzygnięcia przedmiotowego zarzutu postanowień SIWZ, skład orzekający Izby ustalił:

Zamawiający w załączniku nr 1 do SIWZ: „*Wytyczne dostawy nowej koparki typu „Compact”*” zawarł minimalne parametry techniczne, konstrukcyjne i eksploatacyjne przedmiotu zamówienia (Rozdz. III pkt 2 SIWZ).

W części: „*Wytyczne w części mechaniczno-górnicy na dostawy nowej koparki typu „Compact” dla O/Tomislawice wraz z przenośnikiem samojezdnym*” w ramach wytycznych dla koparki określił w pkt 1.8, oдноśnie współpracy pomiędzy koparką i przenośnikiem samojezdnym: „*Współpracująca z przenośnikiem B-1600 lub B-1800 z zabudowanym*

wózkiem załadowniczym (wykona KWB „Konin”) lub przenośnikiem samojezdnym na podwoziu gaśnicowym”.

W tej samej części w pkt. 1.25 Zamawiający wskazał, odnośnie sposobu zasilania przenośnika samojezdnego, że przenośnik samojezdny ma być zasilany z koparki z możliwością jego wypięcia na stałe. W pkt 1.19 określił także, że zastawy sterujące z napędem mechaniczno-elektrycznym sterowane z kabiny operatora. Natomiast w pkt 2.11 w tej samej części, ale w ramach wytycznych szczegółowych dla dostawy przenośnika samojezdnego, ze skrobaki i zestawy sterujące jak na koparce.

W części: „Wytyczne w części elektrycznej dla dostawy, budowy i uruchomienia nowej koparki typu Compact dla O/Tomiszawice wraz z przenośnikiem samojezdnym”, w ramach szczegółowych wymagań technicznych dla koparki typu „Compact” oraz przenośnika samojezdnego w pkt 2.1 j, odnośnie transformatorów, Zamawiający zawarł wymóg zastosowania transformatorów żywiczych o przekładni 6,3/0, 525 kV o obniżonym poziomie strat i hałasu, z uzwojeniem miedzianym przystosowany(e) do współpracy z przetwornicami częstotliwości, o klasie temperaturowej F z kontrolą temperatury uzwojeń.

W tej samej części w pkt 2.6 f wskazał odnośnie współpracy pomiędzy koparką i przenośnikiem samojezdnym, aby umożliwić wykonanie szybkiego połączenia wózka załadowniczego zabudowanego na przenośniku współpracującym z koparką lub przenośnikiem samojezdnym w zależności od sposobu pracy obu maszyn.

Także w tej części w pkt 2.7 a odnośnie sterowników i terminalu określił, że: „ze względu na unifikację sprzętu automatyki w KWB KONIN S.A. układ sterowania wykonać w oparciu o sterowniki PLC typu Premium a wizualizację stanów roboczych, awaryjnych i archiwum zdarzeń w oparciu o terminale graficzne typu XBTGT. Pomiar położenia elementów głównych koparki wykonać w oparciu o enkodery bezwzględne Kuebler”. W pkt 2.7 b ww części, określił sieć komunikacyjną, stwierdził, że: „komunikację między sterownikami wykonać w oparciu o magistralę FIPWAY”. W pkt 2.7 d ww części wskazał, odnośnie terminali, że dla ułatwienia prac serwisowych oprogramowanie terminali operatorskich powinno być jednakowe.

Z kolei w pkt 2.7 g, względem czujników ustalił, aby zastosować układ kontroli pochylenia koparki z sygnalizacją i wyłączeniem oraz blokadą przez operatora w oparciu o czujniki SEIKA+/-10°.

Odwołujący zaoferował w ramach złożonej oferty:

1) Odnośnie sterowników, sieci komunikacyjnej i terminali

(zgodnie z wyjaśnieniami z dnia 23.03.2009 r., pkt 2.7 a, b, c, d):

„Sterowanie koparki oraz przenośnika samojezdnego zostanie wykonane w oparciu o sterowniki PLC SIEMENS rodziny S7-300 wraz z rozszerzeniem typu ET200M rozmieszczonym jako wysyp w większych skupiskach sygnałów. Do wizualizacji pracy

maszyny zostaną wykorzystane panele operatorskie SIEMENS rodziny MP370, których aplikacje będą możliwie ujednoczone dla ułatwienia pracy operatorom. Komunikacja pomiędzy sterownikiem, wyspami rozszerzeń i panelami operatorskimi odbywać się będzie z wykorzystaniem sieci Profibus-DP. Również taka sieć połączy sterowniki z napędami falownikowymi i hydraulicznymi oraz z endokerami absolutnymi (ROQ425 z wbudowanym gateway'em Profibus), które mierzyć będą położenia wzajemne mechanizmów maszyny. Ponadto wykorzystane zostaną czujniki indukcyjne, ultradźwiękowe oraz elektromechaniczne wyłączniki krańcowe, których sygnały zostaną wprowadzone na wejścia cyfrowe sterownika”.

2) Odnośnie czujnika

(zgodnie z wyjaśnieniami z dnia 23.03.2009 r., pkt. 2.7 g):

„Do kontroli pochylenia koparki zastosowane zostaną pochyłomierze PE-WD/xy/E11/F o dwóch wyjściowych sygnałach analogowych 4...12...20mA, odpowiadających pochyleniom -5...0...+5 stopni. Przekroczenie pierwszego stopnia będzie sygnalizowane na wizualizacji oraz sygnałem akustycznym. Przekroczenie drugiego stopnia pochylenia w trybie „praca” zatrzyma i zablokuje możliwość uruchomienia koła czerpakowego, natomiast w trybie „transport” zablokuje napęd jazdy - uruchomienie napędu będzie możliwe po podaniu kodu deblokady w systemie wizualizacji”.

3) Transformatorów

(zgodnie z wyjaśnieniami z dnia 23.03.2009 r., pkt. 2.1 j):

„Przewiduje się zastosowanie transformatorów o nw. parametrach:

A. transformator TZMF 250/6 -moc-250kVA

- napięcie górne - 6000 V
- napięcie dolne - 500 V
- regulacja napięcia - +/- 2 x 2,5%
- napięcie zwarcia - 4,0 %
- prąd uzwojenia górnego - 24 A
- prąd uzwojenia dolnego - 290 A
- grupa połączeń - Dyn5

B. transformator T3Gb 100/6

- moc - 100 kVA
- napięcie górne - 6300 V
- napięcie dolne - 400 V
- regulacja napięcia +/- 2x2,5%
- napięcie zwarcia - 4,4%
- prąd uzwojenia górnego - 9 A
- prąd uzwojenia dolnego - 144 A
- grupa połączeń - Yzn5”.

4) Współpracy pomiędzy koparką, a przenośnikiem samojezdnym z wózkiem załadowniczym (zgodnie z wyjaśnieniami z dnia 23.03.2009 r., pkt. 1.8):

„Dobre długości wysięgników oferowanej koparki umożliwiają urabianie jednego bloku bez konieczności przesuwania przenośnika B1600(B1800) i udziału przenośnika samojezdnego. Wówczas koparka poprzez przenośnik załadowniczy sypie urobek bezpośrednio na przenośnik B1600(B1800).

Konstrukcja leje zasypowego będzie umożliwiała regulację kierunku strugi urobku poprzez zabudowanie uchylnej odbojnicy.

Załączony opis techniczny do złożonej przez Kopex-Famago oferty zawierał rys. nr 0002 – Technologia pracy koparki na którym pokazano bezpośrednią współpracę koparki z przenośnikiem B1600(B1800)”.

5) Sposobu zasilania przenośnika samojezdnego

(zgodnie z wyjaśnieniami z dnia 23.03.2009 r., pkt. 1.19 oraz 2.11):

„Taśmy przenośnikowe koparki a także koło czerpakowe koparki będą sterowane w jednym z dwóch trybów: zdalnie lub lokalnie. Podstawowym trybem pracy jest tryb sterowania zdalnego. W tym trybie do uruchomienia napędu, oprócz gotowości (braku awarii) konieczny jest sygnał odblokowania od taśmy odbierającej. Po pełnym rozruchu zespołu wystawiany jest sygnał odblokowania dla napędu nadającego. Załączenie maszyny w trybie zdalnym następuje przyciskiem w kabinie operatora - jeśli aktywny jest sygnał odblokowania od przenośnika odbierającego, to automatycznie uruchamiane są kolejne taśmy (i koło w przypadku koparki). Sterowanie lokalne ze skrzynki umieszczonej w pobliżu napędu możliwe jest po przełączeniu odpowiedniego łącznika. W trybie tym nie jest uwzględniane odblokowanie od taśmy odbierającej i nie jest wystawiane odblokowanie dla napędu nadającego”. *„Taśmy przenośnika samojezdnego będą sterowane w jednym z dwóch trybów: zdalnie lub lokalnie. Podstawowym trybem pracy jest tryb sterowania zdalnego. W tym trybie do uruchomienia napędu, oprócz gotowości (braku awarii) konieczny jest sygnał odblokowania od taśmy odbierającej. Po pełnym rozruchu zespołu wystawiany jest sygnał odblokowania dla napędu nadającego. Załączenie maszyny w trybie zdalnym następuje przyciskiem w kabinie operatora - jeśli aktywny jest sygnał odblokowania od przenośnika odbierającego, to automatycznie uruchamiane są kolejne taśmy (i koło w przypadku koparki). Sterowanie lokalne ze skrzynki umieszczonej w pobliżu napędu możliwe jest po przełączeniu odpowiedniego łącznika. W trybie tym nie jest uwzględniane odblokowanie od taśmy odbierającej i nie jest wystawiane odblokowanie dla napędu nadającego”.*

Poza tym, Zamawiający na posiedzeniu przedłożył odpowiedź Zamawiającego na odwołanie od rozstrzygnięcia protestu (pismo z dnia 22.05.2009 r.) w którym ponowił argumentację zawartą w rozstrzygnięciu protestu. Ponadto, wskazał, że odwołujący w wyjaśnieniach wyraźnie stwierdził, że „nie przewiduje się połączeń instalacji koparki

i przenośnika samojezdnego (z wyjątkiem blokady technologicznej) i maszyny te będą niezależne". Ponadto, wskazał, że w ramach wyjaśnień do oferty Odwołujący (w ramach pkt. 1.8 oraz 2.11) udzielił odpowiedzi co do opisu technologii pracy koparki i przenośnika samojezdnego z przenośnikiem, a nic nie mówi o współpracy z wózkiem załadowniczym. Wskazał także, że wskazane parametry techniczne koparki i przenośnika samojezdnego będą takie same w przypadku zastosowania sypania urobku bezpośrednio na przenośnik, jak i poprzez stół załadowniczy i nie świadczą o możliwości współpracy koparki i przenośnika samojezdnego z wózkiem załadowniczym. Ponadto przytoczył orzeczenie KIO z dnia 25.09.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 967/08 uznające, że art. 191 Pzp wyraźnie określa uprawnienia KIO przy uwzględnieniu odwołania i nie przewiduje możliwości unieważnienia postępowania. Podważa także wiarygodność opinii prywatnej przedłożonej przez Odwołującego wraz z odwołaniem.

Odnosząc zapisy SIWZ do powyższego stanu faktycznego, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, Izba ustaliła w sposób nie budzący żadnych wątpliwości, że Zamawiający w odniesieniu do sterowników PLC typu Premium, terminalu graficznego typu XBTGT, enkoderów bezwzględne Kuebler, komunikacji między sterownikami wykonać w oparciu o magistralę FIPWAY, komunikacji między inteligentnymi napędami wykonać w oparciu o magistralę Profibus, w odniesienia do czujnika SEIKA+/-10⁰, nie dopuścił składania w ramach oferty rozwiązań równoważnych. Powyższe wynika tak z jednoznacznego oświadczenia złożonego na rozprawia przez Zamawiającego, jak też zapisów SIWZ. Izba wskazuje w tej materii, że w ramach załącznika nr 1 do SIWZ, będącego podstawą opisu przedmiotu zamówienia, Zamawiający w jednym wypadku w pkt 2.1 i (w ramach wytycznych w części elektrycznej dla dostawy, budowy i uruchomienia nowej koparki typu Compact dla O/Tomisławice wraz z przenośnikiem samojezdnym, odnośnie szczegółowych wymagań technicznych dla koparki typu „Compact” oraz przenośnika samojezdnego) dopuścił „*lub ich równoważne odpowiedniki*”. Powyższe niezbicie wskazuje, że w innych wypadkach brak takiego zapisu przy wskazaniu danego typu był celowy, a nie przypadkowy.

Po drugie, Izba uznała, że mimo sporządzenia opisu przedmiotu SIWZ nie we wszystkich elementach zgodnego z dyspozycjami wynikającymi z art. 29 ust. 2 i ust. 3, powyższe było uzasadnione istniejącymi realnymi potrzebami Zamawiającego, co nie zwalnia jednakże Zamawiającego z przestrzegania powyższego przepisu. Izba nie uwzględniła zarzutu Odwołującego w tej materii z uwagi na następujące okoliczności.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że stanowisko Odwołującego, dlaczego w toku przygotowania złożonej oferty nie zadawał on pytań w tym zakresie, czy też protestów, budzi uzasadnione wątpliwości. W toku przygotowania oferty Odwołujący zadawał pytania

dotyczące przedmiotu zamówienia, skoro jak wskazał uznał, że brak sformułowania dopuszczającego składanie równoważników jest „niedoróbką”, działaniem zgodnym z jego interesem było jej usunięcie, w przeciwnym razie mogła ona, co miało miejsce w tym stanie faktycznym działać na jego szkodę. Jeżeli w jednym wypadku uznał zasadność zadania pytania, zaś w innym stwierdził, że nie jest to konieczne to konsekwencje swoich działań ponosi adekwatnie do skutków z nich wynikających.

Izba nie neguje, że opis przedmiotu zamówienia nie we wszystkich jego elementach jest zgodny z dyspozycjami wynikającymi z art. 29 ust. 2 i ust. 3, jednakże wskazuje, że negatywną konsekwencją działań Odwołującego, czyli braku pytań, tudzież protestów jest upływ 14 dniowego terminu na oprotestowanie SIWZ. Niedopuszczalne jest kwestionowanie w sposób pośredni na tym etapie postępowania, po wyborze oferty najkorzystniejszej, zasadności, celów oraz potrzeb Zamawiającego przy konstruowaniu takich a nie innych elementów SIWZ w zakresie przedmiotu zamówienia. Ustawodawca po to określił wskazany termin, aby dać możliwość ewentualnej zmiany SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu. Powyższe miało na celu zagwarantowanie interesu wszystkich zainteresowanych udziałem w przedmiotowym postępowaniu. Izba wskazuje, że przychylenie się do stanowiska Odwołującego będzie skutkowało naruszeniem art. 7 Pzp wobec innych uczestników postępowania, którzy ściśle przestrzegali zapisów SIWZ i na jej podstawie złożyli ofertę. Należy założyć, że takie samo podejście z ich strony, jakie prezentuje Odwołujący mogłoby sprawić, że ich oferty opiewałyby na inną cenę. Poza tym, doprowadziłoby do całkowitego dowolnego charakteru SIWZ. Izba podkreśla, tak jak na wstępie, że neguje istniejących zapisów SIWZ, ale Odwołujący dysponował określonymi instytucjami wynikającymi z Pzp, aby je zmienić, czego nie uczynił.

Po trzecie, Izba wskazuje, że z uwagi na powyższe nie odniesie się szczegółowe, do kwestii, czy oferta Odwołującego w kwestionowanych elementach jest, czy też nie jest równoważna. Z tych względów Izba nie rozpatrywała niniejszych kwestii, w tym argumentacji obu stron oraz Przystępującego, jak również nie brała pod uwagę opinii prywatnej złożonej tak przez Odwołującego, jak i Przystępującego. Nie rozstrzygała także, co do wiarygodności obu opinii.

Po czwarte, Izba nie odnosząc się do kwestii równoważności wskazuje, że bezsprzecznie Odwołujący zaoferował czujnik, który nie mieści się w parametrach wskazanych przez Zamawiającego, Odwołujący w tej materii nie przedstawił kontrargumentacji.

Po piąte, Izba wskazuje, że Zamawiający wskazywał w SIWZ unifikację sprzętu, co dodatkowo potwierdza cel jaki przyświecał Zamawiającemu i powinien uzmysłwić Odwołującemu charakter takich a nie innych zapisów SIWZ.

Z tych względów Izba uznała, że zasadnie Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała ww. zarzuty rozpatrzone łącznie za niezasadne.

Odnosnie alternatywnego zarzutu nieważności postępowania, jako obarczonego wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp), na skutek rażącego naruszenia w jego toku art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 - 3 oraz art. 87 ust. 1 Pzp, Izba uznaje niniejszy zarzut za niezasadny.

Izba w tej materii podtrzymuje stanowisko wyrażone przy rozpatrywaniu poprzedniego zarzutu. Działanie Odwołującego, który dopiero po etapie składania ofert podważa zasadność określonych zapisów SIWZ i żąda unieważnienia postępowania z uwagi na nieusuwalność zaistniałej wady nie jest działaniem zgodnym z art. 7 Pzp w odniesieniu do innych uczestników postępowania. Powyższe *de facto* prowadzi do obejścia przepisów o zawitym terminie na składanie protestów na zapisy SIWZ.

Odnosnie kwestii wyjaśnień, to Izba wskazuje, że prawem, a nie obowiązkiem Zamawiającego jest żądanie wyjaśnień odnośnie złożonej oferty. Zamawiający mógł nie żądać jakichkolwiek wyjaśnień i odrzucić ofertę Odwołującego bez stosowania niniejszego trybu. Jednakże, Izba wskazuje, że określone stany faktyczne powinny, w jej ocenie w sposób naturalny implikować wzywanie do wyjaśnień. W powyższym stanie faktycznym oferta Odwołującego, w swej treści nie jest jednoznaczna. Takie same zarzuty, jak stawiane względem Zamawiającego można postawić wobec Odwołującego, przy czym z analizy parametrów technicznych złożonej oferty wynika, że nie był to tylko i wyłącznie wynik postanowień SIWZ.

W ocenie Izby Zamawiający wziął po uwagę wyjaśnienia, aby unaocznic istniejące w jego ocenie różnice między tym co wymagał, a tym co zostało zaoferowane przez Odwołującego. Nie naruszył on w żadnym wypadku art. 87 ust.1 Pzp, zaś odrzucenie oferty Odwołującego było konsekwencją złożenia takiej a nie innej oferty w swej treści.

Ponadto, odnosząc się do wskazań Odwołującego względem dopuszczalności unieważnienia postępowania przez Izbę po przywoływanej przez niego zmianie Pzp, stwierdza co następuje. Skład orzekający w swym składzie, stanął na stanowisku, że biorąc pod uwagę aktualny stan prawny, działanie takie byłoby *de facto* działaniem mającym na celu obejście istniejących przepisów. Wskazywane przez Odwołującego orzecznictwo odnosiło się do poprzedniego stanu prawnego i nie może mieć zastosowania do okolicznościach niniejszej sprawy.

Z tych względów Izba uznała, że brak było podstaw do unieważnienia postępowania przez Izbę.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała ww. zarzut za nie zasadny.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Koninie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....