

**Sygn. akt: KIO 3576/21**

**WYROK**  
**z dnia 23 grudnia 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

Przewodniczący:     Bartosz Stankiewicz

Protokolant:         Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 grudnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 grudnia 2021 r. przez wykonawcę Centrum Hydrauliki DOH Sp. z o.o. z siedzibą w Bytomiu przy ul. Konstytucji 148 (41-906 Bytom) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Polską Grupę Górnictw S.A. z siedzibą w Katowicach przy ul. Powstańców 30 (40-039 Katowice)

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PETEK i Wspólnicy Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Zabrze przy ul. gen. Jarosława Dąbrowskiego 2 (41-800 Zabrze) oraz MAS Sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie przy ul. Rybnickiej 42 (43-190 Mikołów), zgłaszających przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1.     Oddala odwołanie.
2.     Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Centrum Hydrauliki DOH Sp. z o.o. z siedzibą w Bytomiu i zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:     .....

## Uzasadnienie

Polska Grupa Górnicza S.A. z siedzibą w Katowicach, zwana dalej: „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129), zwanej dalej: „Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego pn.: *Dostawa części zamiennych do obudów ścianowych – KW/ZRP dla Polskiej Grupy Górniczej S.A. Oddział Zakład Remontowo-Produkcyjny – nr grupy 295-27-17*, nr postępowania: 512100661, zwane dalej: „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 1 października 2021 r., pod numerem 2021/S 191-497984.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są dostawy, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 10 grudnia 2021 r. wykonawca Centrum Hydrauliki DOH Sp. z o.o. z siedzibą w Bytomiu (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie wobec czynności zaproszenia do aukcji elektronicznej z dnia 1 grudnia 2021 r. obejmującej dopuszczenie do udziału w aukcji oraz zaniechanie odrzucenia przez zamawiającego oferty wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia PETEK i wspólnicy Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Zabrze oraz MAS Sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie (dalej łącznie zwanych jako: Konsorcjum PETEK).

Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom odwołujący zarzucił naruszenie art. 232 ust. 1 Pzp oraz 226 ust. 1 pkt 5 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców Konsorcjum PETEK oraz dopuszczenie go do aukcji elektronicznej pomimo tego, że wykonawca ten przedłożył ofertę niezgodną z warunkami zamówienia w zakresie: braku wymaganej przez SWZ blokady w układzie hydraulicznym sekcji liniowej i skrajnej, zastosowania w blokach rozdzielaczy rozstawu przekraczającego zakres dopuszczony w treści załącznika nr 1h do SWZ, błędnego zastosowania rozdzielaczy w treści oferty oraz przywołania w dokumentacji normy innej niż w treści SWZ.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienie czynności zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej z dnia 1 grudnia 2021 r.;
- dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert;
- odrzucenia oferty Konsorcjum PETEK jako oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji warunków zamówienia;

- unieważnienie czynności aukcji elektronicznej oraz wyboru najkorzystniejszej oferty, jeżeli nastąpią one po wniesieniu odwołania.

Odwołujący wyjaśnił, że posiada interes we wniesieniu odwołania, gdyż złożył ofertę w postępowaniu i na podstawie informacji z dnia 1 grudnia 2021 r. został dopuszczony do udziału w aukcji, tym samym zamawiający uznał, że złożona przez niego oferta nie podlega odrzuceniu. Dalej odwołujący wyjaśnił, że udział w aukcji podmiotów, które nie powinny brać w niej udziału wydatnie zmniejsza szanse jego na pozyskanie zamówienia, a nawet w wypadku jego pozyskania – na uzyskanie satysfakcjonującej ceny. Tym samym oczywistym było dla odwołującego, że miał on interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, jednocześnie zaś w wyniku opisanej czynności i zaniechania zamawiającego naruszających przepisy ustawy mógł ponieść szkodę polegającą na utracie zysku wynikającego z pozyskania i realizacji przedmiotowego zamówienia. Zdaniem odwołującego nie mogło przy tym ulegać żadnej wątpliwości, że pomiędzy działaniem i zaniechaniem zamawiającego a potencjalną szkodą odwołującego występował oczywisty adekwatny związek przyczynowy.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania odwołujący na wstępie w odniesieniu do uchybień dotyczących przedmiotowych środków dowodowych wskazał, że wprowadzie na podstawie rozdziału XVII.3 SWZ: *Zamawiający przewiduje uzupełnienie przedmiotowych środków dowodowych. Jeżeli wykonawca nie złożył tych środków wraz z ofertą lub są one niekompletne lub zawierają błędy Zamawiający wezwie do ich uzupełnienia. Złożone na wezwanie Zamawiającego przedmiotowe środki dowodowe muszą być aktualne na dzień ich złożenia*, to uprawnienia zamawiającego zgodnie z treścią art. 107 ust. 2 Pzp nie sięgają tak daleko i dopuszczają uzupełnienie tychże dokumentów tylko w wypadku ich braku lub niekompletności.

W dalszej kolejności odwołujący zwrócił uwagę, że oferta Konsorcjum PETEK zawierała następujące niezgodności z warunkami zamówienia:

1. W dokumentacji Techniczno-ruchowej ST428-20/24-DTR na str. 15 w pkt 5 w opisie produktu Konsorcjum PETEK powołuje się na normę PN-EN 1804-3:2008, podczas gdy zamawiający, zgodnie z postanowieniami pkt B.1.2.a) załącznika nr 1 do SWZ, wymagał potwierdzenia zgodności z normą PN-EN1804-3+A1:2012. W związku z powyższym oferowane układy hydrauliczne nie spełniają wymagań SWZ. Pomimo dokonanych uzupełnień i poprawek błędne oznaczenie normy pozostało w treści oferty Konsorcjum PETEK i stanowiło o wadliwości oferty od strony formalnej.
2. Zgodnie z załączoną do oferty Dokumentacją Techniczno-ruchową ST428-20/24-DTR Konsorcjum PETEK nie zastosowało blokady dla funkcji przesuwnika sekcji, wymaganej na podstawie załącznika 1j do SWZ. W związku z powyższym oferowane układy hydrauliczne (dal sekcji liniowej i skrajnej) nie spełniają wymagań SWZ. Wskutek skierowania do

Konsorcjum PETEK wezwania w powyższym zakresie Konsorcjum PETEK przedstawiło zmienione schematy układów w zakresie sekcji linowych i skrajnych. W zmienionych schematach pojawiła się wzmianka o zastosowaniu blokady, analiza schematu prowadzi również do wniosku, że Konsorcjum PETEK dokonało ingerencji także w samych schematach, w których pojawiły się dodatkowe i zmienione elementy, jak dźwignie oraz sprężyny. Co zaskakujące, opisane ingerencje w schematy układów nie spowodowały jakichkolwiek zmian w zakresie numerów części w wykazach ujętych w dokumentacji techniczno-ruchowej. Próbę dokonania zmian w treści oferty należy uznać za niezgodną z treścią art. 223 ust. 1 zdanie drugie Pzp i z tej przyczyny przyjąć za nieskuteczną, co oznacza, że oferta Konsorcjum PETEK – w swym skutecznie złożonym i podlegającym ocenie kształcie – pozostaje w niezgodności z SWZ. Alternatywnie, gdyby schematy uznać za przedmiotowe środki dowodowe – z przyczyn opisanych powyżej ich poprawienie również potraktować należy jako niedopuszczalne i nieskuteczne. Jeżeli zaś przyjąć, że wprowadzone modyfikacje schematów nie stanowiły niedopuszczalnej zmiany oferty lub niedozwolonego poprawienia przedmiotowych środków dowodowych, brak wprowadzenia konsekwencji modyfikacji w wykazie numerów części w dokumentacji techniczno-ruchowej (str. 19 i 21), co konstytuuje wewnętrzną sprzeczność w ofercie, co również winno prowadzić do uznania, że oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia.

3. W dokumentacji techniczno-ruchowej ST.428-20/24-DTR na str. 22 pkt 6.1.1 oraz str. 23 pkt. 6.1.2 Konsorcjum PETEK przedstawiło blok rozdzielaczy RB5 o rozstawie śrub montażowych 109 mm, podczas gdy zamawiający w SWZ, zgodnie z załącznikiem 1h do SWZ, wymagał dostarczenia bloków RB o rozstawie śrub montażowych 105 +0,5mm. W związku z powyższym oferowane układy hydrauliczne nie spełniają wymagań SWZ. Parametry te nie uległy jakiegokolwiek wyjaśnieniu czy też jakiegokolwiek próbie zmiany. W treści oferty występowała i występuje zatem ewidentna sprzeczność z jednoznacznym w swym brzmieniu postanowieniem SWZ – załącznika nr 1h do SWZ stanowiącego integralną część specyfikacji zamówienia.

Niezależnie od powyższego przedmiotowe schematy dotknięte były zdaniem odwołującego jeszcze jedną wadliwością – na rysunku zamieszczonym na str. 23 pkt. 6.1.2 wskazano na rozdzielacz RH18, który to podzespół nie istnieje w ofercie Konsorcjum PETEK oraz producenta podzespółów, które Konsorcjum PETEK oferuje, w odróżnieniu od rozdzielacza RH8 oraz RH10. Prawdopodobnie numer części znalazł się w schemacie wskutek pomyłki – jednakże jej rodzaj sprawia, że nie da się nadać jej charakteru omyłki oczywistej – z równym stopniem prawdopodobieństwem może to być w rzeczywistości bowiem rozdzielacz RH8 (omyłkowo dodana cyfra „1”), jak i RH10 (omyłkowo zamienione cyfry „8” oraz „0”).

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: PETEK i Wspólnicy Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Zabrze oraz MAS Sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie.

Zamawiający w dniu 20 grudnia 2021 r. złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

***Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:***

Izba uznała, że odwołujący, którego oferta mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania wykazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę w zakresie wszystkich podniesionych zarzutów.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 ust. 1-3 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PETEK i Wspólnicy Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Zabrze oraz MAS Sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie (zwanego dalej: „przystępującym”), do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawcy stali się uczestnikami postępowania odwoławczego.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na płycie DVD, złożoną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 16 grudnia 2021 r. oraz uzupełnioną na posiedzeniu niejawnym, w tym w szczególności:

- specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej nadal: „SWZ”) wraz z załącznikami;
- ofertę złożoną przez przystępującego, w tym przede wszystkim Dokumentację Techniczno-Ruchową, Instrukcja użytkownika, ST428-20/24-DTR (zwaną dalej jako: „DTR”);
- pismo z dnia 9 listopada 2021 r. dotyczące wezwania przystępującego na podstawie art. 107 ust. 2 Pzp do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych;
- dokumentu Dokumentacja Techniczno-Ruchowa, Instrukcja użytkownika, ST428-20/24-DTR (zwanego dalej jako: „DTR po uzupełnieniach”), złożonego w odpowiedzi na powyższe wezwanie;

- pismo z dnia 1 grudnia 2021 r. stanowiące zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu;

2) złożonych przez odwołującego na posiedzeniu niejawnym:

- wyciągu ze szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia z postępowania, który dodatkowo w zakresie załącznika nr 1h do SWZ zawierał tabelkę prezentującą odchyłki graniczne wymiarów liniowych, z wyjątkiem wymiarów krawędzi załamanych, wg. normy ISO 2768-1;

- wyciągu z dokumentu DTR złożonego przez przystępującego;

- wyciągu z dokumentu DTR po uzupełnieniach;

- wyciągu z dokumentacji instruktażowej firmy Solid Works.

Izba ustaliła co następuje

W treści pkt B.1.2.a) załącznika nr 1 do SWZ zamawiający wskazał jako jeden z wymogów: *Wymagania prawne – przedmiot zamówienia winien spełniać wymagania (...) 2) Norm: a) PN-EN 1804-3+A1:2012 — Maszyny dla górnictwa podziemnego. Wymagania bezpieczeństwa dla obudowy zmechanizowanej. Część 3: Hydrauliczne układy sterowania.* Ponadto w pkt D.2 załącznika nr 1 do SWZ, odnoszącym się do dokumentów i informacji wymaganych przez zawarciem umowy, zamawiający zamieścił m. in. certyfikat zgodności oferowanych układów hydraulicznych z normą: PN-EN 1804-3+A1:2012.

Przystępujący w złożonym wraz z ofertą, wypełnionym załączniku nr 3 do SWZ, w części B pkt 5 lit c) wskazał – *Oświadczam, że przed zawarciem umowy złożę Zamawiającemu certyfikat potwierdzający spełnienie przez Wykonawcę wymagań norm: PN-EN 1804-3+A1:2012 (...) wydany (odpowiednio do przedmiotu certyfikacji) przez akredytowane jednostki certyfikujące.*

Ponadto w dokumencie DTR złożonym wraz z ofertą przystępujący w pkt 2.1 dotyczącym ogólnych zasad bezpieczeństwa wskazał, że w projektowaniu i wykonaniu układów sterowania oraz elementów hydrauliki podpornościowej uwzględniono stosowane normy, w szczególności m. in. *PN-EN 1804-3+A1:2012 – Maszyny dla górnictwa podziemnego. Wymagania bezpieczeństwa dla obudowy zmechanizowanej. Część 3: Hydrauliczne układy sterowania.* Dodatkowo na str. 16 w pkt 5 akapicie pierwszym przystępujący wskazał, że *Bloki rozdzielaczy stosowane są w układach hydraulicznych zmechanizowanych obudów górniczych do bezpośredniego sterowania sterownikami w jakie wyposażona jest sekcja obudowy. Zgodnie z normą PN-EN 1804-3: 2008 są zaworami typu C, w swoim neutralnym położeniu całkowicie odcinające obwody sterowania. Po uruchomieniu kierują przepływy płynu hydraulicznego do siłowników sterowania innymi zaworami.*

W DTR po wyjaśnieniach ww. fragmenty posiadały tożsamą treść.

W części XVII pkt 3 SWZ zamawiający wskazał:

*Zamawiający przewiduje uzupełnienie przedmiotowych środków dowodowych. Jeżeli wykonawca nie złożył tych środków wraz z ofertą lub są one niekompletne lub zawierają błędy Zamawiający wezwie do ich uzupełnienia. Złożone na wezwanie Zamawiającego przedmiotowe środki dowodowe muszą być aktualne na dzień ich złożenia.*

Pismem z dnia 9 listopada 2021 r. zamawiający wezwał przystępującego na podstawie art. 107 ust. 2 Pzp do uzupełnienia *nw. przedmiotowych środków dowodowych:*

*Zgodnie z załącznikiem 1j do SWZ Schemat hydrauliczny sekcji liniowej Zamawiający wymagał zastosowania w rozdzielaczu blokowym funkcji z blokadą jednostronną dla przesuwnika sekcji.*

*Wykonawca w dołączonej do oferty DTR, na schematach hydraulicznych w rozdzielaczach blokowych nie przedstawił możliwości zastosowania blokady jednostronnej dla funkcji przesuwnika sekcji.*

*Wzywamy do uzupełnienia oferty o schemat na którym widoczna jest możliwość zastosowania w rozdzielaczu blokowym funkcji z blokadą jednostronną dla przesuwnika sekcji.*

W załączniku nr 1h do SWZ zamawiający wskazał jako dopuszczalny rozstaw śrub montażowych bloków RB wartość 105 (+,5 -0) mm. Przystępujący w DTR na str. 22 w pkt 6.1.1 oraz na str. 23 w pkt 6.2.1 przedstawił blok rozdzielaczy RB5 o rozstawie śrub montażowych 109 mm. Tożsamy rozstaw wynikał z DTR po uzupełnieniach.

Pismem z dnia 1 grudnia 2021 r. zamawiający zaprosił wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty (w tym przystępującego) do udziału w aukcji elektronicznej.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 232 ust. 1 Pzp – *Zamawiający zaprasza do udziału w aukcji elektronicznej jednocześnie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, przy użyciu połączeń elektronicznych wskazanych w zaproszeniu.;*
- art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.*

Izba zważyła co następuje

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie. Ponadto skład orzekający rozpoznając przedmiotowe odwołanie w znacznym zakresie przyjął za własną argumentację zamawiającego, uznając ją za adekwatną i słuszną.

Jak wynikało z powyżej opisanych ustaleń, zamawiający zgodnie z załącznikiem nr 1 do SWZ pkt. B.1.2.a) wymagał zaoferowania układów hydraulicznych spełniających wymagania m. in. normy PN-EN 1804-3+A1:2012. Przystępujący zgodnie z dołączonym do oferty, wypełnionym załącznikiem nr 3 do SWZ obejmującym wykaz parametrów techniczno-użytkowych oświadczył, że przed zawarciem umowy (zgodnie z załącznikiem nr 1 do SWZ pkt D.2.a) złoży zamawiającemu certyfikat potwierdzający spełnienie wymagań dotyczących m. in. normy PN-EN 1804-3+A1:2012; wydany (odpowiednio do przedmiotu certyfikacji) przez akredytowane jednostki certyfikujące. Zaznaczyć należy, że zamawiający na potwierdzenie spełnienia wymagań powyżej wskazanej normy nie wymagał przedstawienia innych dokumentów niż certyfikat.

Ponadto w dokumencie DTR złożonym wraz z ofertą przystępujący w pkt 2.1 (str. 6) dotyczącym ogólnych zasad bezpieczeństwa wskazał wyraźnie, że w projektowaniu i wykonaniu układów sterowania oraz elementów hydrauliki podpornościowej uwzględniono stosowane normy, w szczególności m. in. normę *PN-EN 1804-3+A1:2012 – Maszyny dla górnictwa podziemnego. Wymagania bezpieczeństwa dla obudowy zmechanizowanej. Część 3: Hydrauliczne układy sterowania.*

Mając powyższe na uwadze Izba stwierdziła, że na moment zaproszenia do aukcji elektronicznej przystępujący, jak i żaden inny wykonawca, nie był zobowiązany do składania certyfikatu dotyczącego kwestionowanej przez odwołującego normy, ponieważ ma on zostać złożony dopiero przed zawarciem umowy w związku z tym kluczowe znaczenia dla rozpoznania przedmiotowego zarzutu miały inne dokumenty złożone wraz z ofertą przez przystępującego tj. wypełniony załącznik nr 3 do SWZ oraz DTR. Z treści załącznika nr 3 do SWZ wynikało jednoznaczne oświadczenie przystępującego o złożeniu stosownego certyfikatu przed zawarciem umowy, a w DTR zostało wyraźnie wskazane stwierdzenie o uwzględnieniu ww. normy w projektowaniu i wykonaniu układów sterowania oraz elementów hydrauliki podpornościowej. Dodatkowo w ocenie składu orzekającego przywołany przez odwołującego fragment ze strony 16 DTR przystępującego, w którym podana została inna norma, dotyczył elementu układu sterowania jakim są bloki rozdzielaczy, a nie całego układu. Do całego układu sterowania należało odnieść informację zawartą na str. 6 DTR z której wynikało uwzględnienie normy PN-EN 1804-3+A1:2012.

Tym samym Izba uznała, że zarzut dotyczący ww. normy należało oddalić.

Jeśli chodzi o drugi zarzut Izba na wstępie przyjęła, że art. 107 ust. 2 Pzp umożliwia zamawiającemu wezwanie wykonawcy do złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie przedmiotowych środków dowodowych jeśli wykonawca ich nie złożył lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, o ile zamawiający przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. Jak ustaliła Izba, zamawiający w



części XVII pkt 3 SWZ przewidział taką sytuację, tym samym wezwanie do wyjaśnień na podstawie ww. przepisu było dla zamawiającego wiążące. Przy czym należało wyjaśnić, że zamawiający w części XVII pkt 3 SWZ rozszerzył dyspozycję art. 107 ust. 2 Pzp o sytuację, której przedmiotowe środki dowodowe zawierały błędy. Izba nie rozstrzygała czy treść części XVII pkt 3 SWZ naruszała dyspozycję art. 107 ust. 2 Pzp, ponieważ taki zarzut nie został podniesiony w odwołaniu, a ponadto przedmiotowe rozważania mogły mieć miejsce ewentualnie na etapie przed upływem terminu składania ofert, w sytuacji gdyby potencjalny wykonawca wniósł odwołanie odnośnie ww. fragmentu SWZ. Nie oznaczało to przy tym, że skład orzekający odstąpił od rozpoznania czynności zamawiającego, gdyż na potrzeby rozstrzygnięcia przedmiotowego zarzutu Izba wzięła pod uwagę poniżej przedstawione okoliczności.

W toku badania oferty zamawiający stwierdził rozbieżność treści przedstawionej DTR przystępującego w zakresie części opisowej oferowanego układu hydraulicznego z częścią przedstawiającą schemat hydrauliczny sekcji linowej i skrajnej układu. Z treści części opisowej DTR (str. 17) wynikało, że blokada funkcji przesuwnika sekcji występowała w oferowanym układzie hydraulicznym, co było zgodne z załącznikiem nr 1 SWZ (ponadto zamawiający na rozprawie odniósł się do treści podanej na str. 19 DTR w wykazie elementów układu hydraulicznego podanych w pkt 1 i 2, w których przewidziane zostały bloki rozdzielczy zawierające taką blokadę, czemu odwołujący nie zaprzeczył), natomiast blokada funkcji przesuwnika sekcji nie została przedstawiona na schematach hydraulicznych układów sekcji linowej i skrajnej (strona 18 i 20 DTR).

W związku z powyższym zamawiający pismem z dnia 9 listopada 2021 r. wezwał przystępującego o uzupełnienie treści oferty w tym zakresie. W odpowiedzi na powyższe przystępujący w dniu 16 listopada 2021 r. wyjaśnił wątpliwości zamawiającego i dokonał ujednoczenia części opisowej z częścią schematyczną wskazując przedmiotową blokadę funkcji przesuwnika sekcji w schemacie sekcji liniowej i skrajnej. Wobec powyższego oferta ww. wykonawcy spełniała wymagania SWZ.

Izba uznała, że w wyniku wezwania z dnia 9 listopada 2021 r. przystępujący nie zmienił treści oferty, ale ją uzupełnił o niekompletny przedmiotowy środek dowodowy, co jednocześnie skutkowało oddaleniem przedmiotowego zarzutu.

W odniesieniu do ostatniego zarzutu skład orzekający ustalił, że w załączniku nr 1h do SWZ zamawiający wskazał jako dopuszczalny rozstaw śrub montażowych bloków RB wartość 105 (+,5 -0) mm. Odwołujący zinterpretował zapis +,5 jako maksymalne dopuszczenie odchyłki o wartości 0,5 mm, natomiast zamawiający wyjaśnił, że w treści SWZ w tym zakresie pojawił się błąd w postaci przecinka przy wskazaniu maksymalnej długości odchyłki, przez co odchyłka ta powinna wynosić 5 mm. Jak wynikało z dokonanych ustaleń

przystępujący w DTR przedstawił blok rozdzielaczy RB5 o rozstawie śrub montażowych o długości 109 mm.

Izba doszła do przekonania, że treść załącznika 1h do SWZ w zakresie dopuszczalnej odchyłki do wymaganego wymiaru była niejednoznaczna. W okolicznościach przedmiotowej sprawy tym samym zastosowanie znalazła zasada wynikająca z jednolitego orzecznictwa Izby, ukształtowanego jeszcze w czasie obowiązywania wcześniejszej ustawy, która przesądza o rozstrzygnięciu niejednoznaczności wynikających z treści SWZ na korzyść wykonawcy, czyli w tym przypadku na korzyść przystępującego. Skoro ww. fragment został uznany za niejednoznaczny, to w myśl powyżej wspomnianej zasady wartość odchyłki od wymiaru podstawowego tj. 105 mm, należało określić maksymalnie do 5 mm, czyli łącznie 110 mm (105 mm wymiar podany w załączniku 1h do SWZ + 5 mm dopuszczalnej odchyłki), co oznaczało, że rozstaw otworów mocujących blok zaproponowany przez przystępującego tj. 109 mm spełniał wymagania SWZ.

Okoliczności przeciwnej nie potwierdziły, w ocenie składu orzekającego, dowody złożone w tym zakresie przez odwołującego. Wyciąg ze szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia z postępowania, który dodatkowo w zakresie załącznika nr 1h do SWZ zawierał tabelkę prezentującą odniesienie się do normy ISO 2768-1, okazał się nieadekwatny i niepowiązany z przedmiotowym postępowaniem, ponieważ ww. norma nie została podana w treści SWZ, przez co nie można było przyjąć, że kwestionowany wymiar należało interpretować akurat przez pryzmat tej jednej, konkretnej normy, na którą powołał się odwołujący. Podobny charakter miał dowód w postaci wyciągu z dokumentacji instruktażowej firmy Solid Works, stanowiący materiał szkoleniowy producenta oprogramowania do projektowania. Odwołujący nie wykazał, ani nie potwierdził powiązania tego dokumentu z postanowieniami SWZ, w związku z tym nie mógł on przesądzić potwierdzenia zarzutu.

Ponadto w treści odwołania, w ramach przedmiotowego zarzutu, pojawił się fragment dotyczący schematów przedstawionych na rysunku zamieszczonym na str. 23 pkt. 6.1.2 DTR, na którym przystępujący wskazał na rozdzielacz RH18. Izba nie znalazła powodów do uwzględnienia zarzutu z uwagi na argumentację podniesioną w przedmiotowym fragmencie, ponieważ odwołujący nie wskazał, ani nawet nie wspomniał, które postanowienie, wymóg lub warunek zamówienia określony w SWZ, naruszała lub była niezgodna powyżej opisana sytuacja wynikająca z rysunku przedstawionego na str. 23 pkt. 6.1.2 DTR złożonej przez przystępującego.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet kosztów postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania.

Przewodniczący: .....