

WYROK

z dnia 14 kwietnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **13 kwietnia 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **TRANSL v.o.s., Priborska 333, 73801 Frydek-Mistek Czech Republic, adres do doręczeń: Kancelaria Adwokacka Andrzej Rusecki, Plac Grunwaldzki 8, 40-950 Katowice** w dniu 11 lutego 2011 r., w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Kompania Węglowa S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice, Terenowa Delegatura Centrali Centrum Wydobywcze Północ, ul. Łużycka 7, 41-902 Bytom**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania 10, jak również nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert wraz z powtórzeniem czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania 10, z uwzględnieniem okoliczności i wynikających z nich konsekwencji wskazanych w uzasadnieniu,

2. Kosztami postępowania obciąża **Kompania Węglowa S.A. ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice, Terenowa Delegatura Centrali Centrum Wydobywcze Północ, ul. Łużycka 7, 41-902 Bytom** i nakazuje

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **TRANSL v.o.s., Priborska 333, 73801 Frydek-Mistek Czech Republic**, adres do doręczeń: **Kancelaria Adwokacka Andrzej Rusecki, Plac Grunwaldzki 8, 40-950 Katowice** stanowiący koszty postępowania odwoławczego;

- 2) dokonać wpłaty kwoty **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Kompania Węglową S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice, Terenowa Delegatura Centrali Centrum Wydobywcze Północ, ul. Łużycka 7, 41-902 Bytom** na rzecz **TRANSL v.o.s., Priborska 333, 73801 Frydek-Mistek Czech Republic**, adres do doręczeń: **Kancelaria Adwokacka Andrzej Rusecki, Plac Grunwaldzki 8, 40-950 Katowice** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego z możliwością składania ofert częściowych na: „*dostawy elementów tras kolejek podwieszanych do Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. w 2011 r.*”, zostało wszczęte przez Kompanie Węglową S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice, Terenowa Delegatura Centrali Centrum Wydobywcze Północ, ul. Łużycka 7, 41-902 Bytom zwane dalej: „*Zamawiającym*”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2010/S 211-323329 w dniu 29.10.2010 r.

W dniu 24.03.2011 r. Zamawiający faxem przekazał na podstawie art. 92 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej: „*Pzp*” informacje m.in. o wyborze oferty najkorzystniejszej w zadaniu nr 10 Konsorcjum: 1) Centrala Zaopatrzenia Hutnictwa S.A. (lider konsorcjum), 2) Przedsiębiorstwo Wielobranżowe DREMEX sp. z o.o., z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Lompy 14, 40-955 Katowice zwane dalej: „*Konsorcjum Centrala i DREMEX*”. Drugą pozycje w rankingu złożonych ofert w ramach zadania 10 zajął TRANSL v.o.s., Priborska 333, 73801 Frydek-Mistek Czech Republic, adres do doręczeń: Kancelaria Adwokacka Andrzej Rusecki, Plac Grunwaldzki 8, 40-950 Katowice zwany dalej: „*TRANSL*” albo „*Odwołującym*”.

W dniu 01.04.2011 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) na podstawie art. 180 ust.1 Pzp, TRANSL wniósł odwołanie wobec w/w czynności, tzn.:

1. badaniu i ocenie ofert w zakresie zadania 10; 2. zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum Centrala i DREMEX w zakresie zadania 10; 3. wyborze oferty Konsorcjum Centrala i DREMEX, jako oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania 10; 4. czynności zaniechania wyboru oferty TRANSL, jako oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania 10. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 31.03.2011 r. (faxem). Zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez nie odrzucenie oferty Konsorcjum Centrala i DREMEX jako oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania 10;
- art. 91 ust. 1 Pzp poprzez nieprawidłową ocenę i badanie ofert, nieprawidłowe przyjęcie, iż oferta złożona przez Konsorcjum Centrala i DREMEX w zakresie zadania 10 jest ofertą najkorzystniejszą, a nadto poprzez zaniechanie wyboru oferty TRANSL, jako oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania 10. Odwołujący domagał się:
- nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Centrala i DREMEX Sp. jako oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania 10;

- nakazania Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny i badania ofert w zakresie zadania 10;
- nakazania Zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie zadania 10;
- nakazania Zamawiającemu dokonania wyboru oferty TRANSL, jako oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania 10;

Nadto Odwołujący wnosi o powołanie biegłego z zakresu maszyn i urządzeń górniczych, celem ustalenia:

- czy proponowane przez Konsorcjum Centrala i DREMEX gabaryty złącza przegubowego trasy jezdnej kolejki podwieszanej typu DRTK 4, a w szczególności szerokość zamka, wysokość osi sworzenia, szerokość połączenia szekli w zaczepach oraz długość czynnej części gniazda, wykazane w Załączniku nr 1 przedstawionej Dokumentacji Techniczno - Ruchowej, charakteryzują się substytucyjnością w stosunku do parametrów dotychczas stosowanych tras jezdnych wykonanych wg Dokumentacji Techniczno-Ruchowej kolejki szynowo podwieszanej opracowanej przez „TRANSL” v.o.s. w Republice Czeskiej - rys. S-0205-01-xx (zwłaszcza S-0205-01-04), na którą powołuje się Zamawiający.
- czy proponowane przez Konsorcjum Centrala i DREMEX parametry obciążenia wózka nośnego zespołu transportowego poruszającego się po trasie jezdnej kolejki podwieszanej typu DRTK 4, opisane w Załączniku nr 83 przedstawionej Dokumentacji Techniczno - Ruchowej, charakteryzują się substytucyjnością w stosunku do dotychczas stosowanych tras jezdnych wykonanych wg. Dokumentacji Techniczno-Ruchowej kolejki szynowo podwieszanej opracowanej przez „TRANSL” v.o.s. w Republice Czeskiej - Załącznik nr 25 Dokumentacji Techniczno - Ruchowej, na którą powołuje się Zamawiający.

Zdaniem Odwołującego, oferta Konsorcjum Centrala i DREMEX, powinna zostać odrzucona z uwagi na fakt, że jej treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanego dalej: „SIWZ”, tj. w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Natomiast w oparciu o art. 91 ust. 1 Pzp, jako oferta najkorzystniejsza, powinna zostać wybrana oferta złożona przez TRANSL

Zamawiający w Załączniku nr 1 do SIWZ, który określa między innymi wymagane parametry techniczno-użytkowe, w zakresie zadania nr 10, wskazuje w zawartej tam tabeli w poz. od 1-28, że oferowane przez wykonawców wyroby powinny być zgodne z Dokumentacją Techniczno - Ruchową kolejki szynowo podwieszanej opracowanej przez „TRANSL” v.o.s. w Republice Czeskiej, co wynika ze wskazanych przez Zamawiającego rysunków. Zatem, wszystkie elementy tras oferowane przez wykonawców powinny być wykonane zgodnie z rysunkami podanymi w formularzu ofertowym (ww. tabela). Zamawiający dopuszcza ewentualnie elementy substytucyjne, za które uznaje szyny, które spełniają następujące wymagania: *„do końców szyny przyspawane mają być odpowiednie kształtki złącza szynowego pozwalające na zawieszenie szyny na łańcuchu s 18x64C i przystosowane do łączenia kolejnych szyn oraz muszą pozwalać na połączenie*

z dotychczas stosowanymi trasami jezdni kolejk szynowo podwieszanej typu ZD24C/90 produkcji TRANSL v.o.s. w Republice Czeskiej bez zastosowania dodatkowych adapterów."

Z przedstawionej przez Konsorcjum Centrala i DREMEX oferty, a w szczególności z Załącznika nr 1 przedstawionej Dokumentacji Techniczno-Ruchowej, wynika, że szerokość zamka wynosi 27 mm, a powinno wynosić według dokumentacji, na którą powołuje się Zamawiający 28 mm. Nadto proponowana przez Konsorcjum Centrala i DREMEX wysokość osi sworzenia wynosi 43 mm, a powinna wynosić według dokumentacji 44 mm. Nadto szerokość połączenia szekli wskazana przez Konsorcjum Centrala i DREMEX odbiega od dokumentacji podstawowej, a mianowicie z oferty Konsorcjum Centrala i DREMEX wynika, że szerokość ta wynosi 41 mm, mimo tego, że wynosić powinna 42 mm. Także długość czynnej części gniazda 65 mm, nie odpowiada dokumentacji, na którą powołuje się Zamawiający, gdyż wynosić powinna ona 68 mm.

Wskazane powyżej różnice gabarytów połączeń powodują, że w przypadku zastosowania elementów proponowanych przez Konsorcjum Centrala i DREMEX, Zamawiający będzie musiał stosować adaptory, aby móc te elementy stosować w połączeniu z elementami już istniejącymi. Stosowanie elementów Konsorcjum Centrala i DREMEX o parametrach odbiegających od Dokumentacji Techniczno - Ruchowej Trasy Jezdnej Kolejki Podwieszanej typu ZD24C/90, na którą powołuje się Zamawiający, utrudni łączenie szyn oraz spowoduje zagrożenie podczas eksploatacji z uwagi na obniżenie wytrzymałości lub nieprawidłowości w układaniu kolejnych szyn, powodując tym samym obniżenie żywotności poszczególnych elementów.

Biorąc pod uwagę fakt, że Zamawiający określając definicję substytucyjności, wprost wskazał, że szyny muszą pozwalać na połączenie z dotychczas stosowanymi trasami jezdni kolejk szynowo podwieszanej typu ZD24C/90 produkcji TRANSL v.o.s. w Republice Czeskiej bez zastosowania dodatkowych adapterów, proponowane elementy nie mogą być uznane za substytucyjne, a tym samym oferta ta powinna zostać odrzucona.

Powyższe stanowisko potwierdził Wyższy Urząd Górniczy Departament Energomechaniczny w Katowicach, który w odpowiedzi na pismo Odwołującego, dotyczące substytucyjności trasy jezdnej kolejki podwieszanej typu ZD 24C/90 (której dotyczy wskazywana przez Zamawiającego Dokumentacja Techniczno - Ruchowa) z szynami innych producentów o zbliżonym wykonaniu, lecz różniących się w niektórych wymiarach (różniące się wymiary odpowiadają wymiarom podanym w dokumentacji trasy typu DRTK4 produkcji DREMEX Sp. z o.o.), wyjaśnił, że różnice w wymiarach mogą powodować ich niewłaściwą współpracę, zarówno pod względem geometrycznym, jak również wytrzymałościowym oraz nie można stosować takich szyn bez użycia szyn adaptacyjnych, co jest wymagane przez SIWZ.

Biorąc pod uwagę przede wszystkim definicję substytucyjności, która ogólnie rzecz ujmując wskazuje, że jest to wzajemna zastępowalność pewnych rzeczy o podobnych właściwościach, występujące rozbieżności pomiędzy parametrami wskazywanymi przez

Konsorcjum Centrala i DREMEX a parametrami wymaganymi przez SIWZ, nie dają podstaw do przyjęcia, że proponowane przez konsorcjum elementy są substytucyjne z dotychczas stosowanymi elementami.

Wskazanie przez Zamawiającego w SIWZ obowiązku substytucyjności oferowanych elementów z powołaniem się na konkretne rysunki, które stanowią opracowaną przez „TRANSL” v.o.s. w Republice Czeskiej dokumentację, powoduje, że Zamawiający określa wymogi poszczególnych elementów. Brak spełnienia ww. wymogów powoduje, iż oferta jest niezgodna z treścią SIWZ, a tym samym powinna zostać odrzucona.

Zamawiający mógł dopuścić tolerancję, czyli zaoferowanie innych parametrów w oferowanych przedmiotach w stosunku do przedmiotów oryginalnych, jednak powinien taki zapis zamieścić w SIWZ, czego nie uczynił. Zatem Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu musi wymagać, aby wykonawcy stosowali się do wymogów określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, a nadto sam Zamawiający, dokonując badania i oceny ofert, musi dostosować się do sformułowanej przez siebie SIWZ.

Podniósł również, że tożsame szyny oferowane przez Konsorcjum Centrala DREMEX były przedmiotem oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia sektorowego objętego ustawą Prawo zamówień publicznych, w trybie przetargu nieograniczonego: *„Dostawa elementów tras kolejek podwieszanych do Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. w 2010 r.”*, nr 330903012/01, organizowanym również przez Kompanię Węglową S.A. w Katowicach. Ich substytucyjność w stosunku do dotychczas stosowanych tras jezdnych wykonanych wg Dokumentacji Techniczno-Ruchowej kolejki szynowo podwieszanej opracowanej przez „TRANSL” v.o.s. w Republice Czeskiej, na którą powołuje się Zamawiający, była przedmiotem oceny KIO w sprawie o sygn. KIO 1145/10, której skład orzekający stwierdził, że zasługuje na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Centrala i DREMEX, w zakresie konstrukcji złączy, gdy zaoferowane szyny i złączki różnią się od 1 mm do 3 mm od oryginalnych i w związku z tym nie będą dokładnie pasować. Nadto wskazano w uzasadnieniu wyroku, że Zamawiający musi wymagać w rozpoznawanym postępowaniu gabarytów szyn i złączy takich samych jak oryginalne.

Nadto wskazał, że ze złożonej przez Konsorcjum Centrala i DREMEX oferty w zakresie zadania 10, wynika, że trasa jezdna kolejki podwieszanej typu DRTK 4 charakteryzuje się w zakresie szyny prostej o długości 2 m maksymalnym obciążeniem wózka nośnego zespołu transportowego poruszającego się po trasie, wynoszącym 32,38 kN, tj. 3176 kg. Fakt ten wynika z Załącznika nr 83 przedstawionej Dokumentacji Techniczno-Ruchowej. Natomiast według Dokumentacji Techniczno - Ruchowej, na którą powołuje się Zamawiający - według załącznika nr 25 Dokumentacji Techniczno Ruchowej, podzespoły kolejki podwieszanej typu ZD 24C/90 przywołanej w SIWZ, charakteryzują się obciążeniem wynoszącym 3691 kg. Zatem parametry wytrzymałościowe wskazane przez oferenta, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, charakteryzują się znacznym

odstępstwem od parametrów wymaganych przez Zamawiającego. Jest to różnica 515 kg, która może mieć istotne znaczenie dla prawidłowej eksploatacji szyny. Proponowanych przez Konsorcjum Centrala i DREMEX parametrów szyny, nie można uznać za substytucyjne, zatem treść oferty konsorcjum nie odpowiada treści SIWZ, co powinno skutkować jej odrzuceniem.

Niezgodność oferty Konsorcjum Centrala i DREMEX z treścią SIWZ, przejawia się również w tym, że konsorcjum na str. 384 oferty, wskazując numer rysunku substytucyjnego elementu, powołuje się na rysunek nr DR.02.1491.09, którego w ofercie brak.

Podtrzymał, w ramach uzasadnienia podtrzymał wniosek o powołanie biegłego.

Zamawiający w dniu 01.04.2011 r. wezwał faxem w trybie art. 185 ust.1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 04.04.2011 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu) Konsorcjum: 1) Centrala Zaopatrzenia Hutnictwa S.A. (lider konsorcjum), 2) Przedsiębiorstwo Wielobranżowe DREMEX sp. z o.o., z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Lompy 14, 40-955 Katowice zwane dalej: „Konsorcjum Centrala i DREMEX” albo „Przystępującym” zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Izba uznała za nieskuteczne, niniejsze przystąpienie, do czego odniesie się w dalszej części uzasadnienia. W konsekwencji uznając, że żadne przystąpienie nie miało miejsca.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z materiałem dowodowym wskazanym poniżej, postanowieniami SIWZ wraz z załącznikami, odpowiedziami na pytania Wykonawców oraz modyfikacja SIWZ z dnia 16.11.2010 r., ofertą Konsorcjum Centrala i DREMEX, informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 24.04.2011 r., odwołaniem wraz z załącznikami (a - załącznik nr 1 przedstawionej przez Konsorcjum Centrala i DREMEX Dokumentacji Techniczno - Ruchowej; b - rys. S-0205-01-xx, zwłaszcza S-0205-01-04 poz.14 zadania jako najbardziej istotny, powołany przez Zamawiającego, który to rysunek jest częścią Dokumentacji Techniczno - Ruchowej Trasy Jezdnej Kolejki Podwieszanej; c - pismo z dnia 24.01.2011 r. wraz z rysunkiem; c - pismo WUG w Katowicach z dnia 16.02.2011 r.; d - wyrok KIO z dnia 22.06.2010 r., sygn. KIO 1145/10 wraz z uzasadnieniem; e - załącznik nr 83 przedstawionej przez Konsorcjum Centrala i DREMEX Dokumentacji Techniczno - Ruchowej typu DRTK4;

f - załącznik nr 25 Dokumentacji Techniczno - Ruchowej Trasy Jezdnej Kolejki Podwieszanej typu ZD 24C/90, powoływanej przez Zamawiającego; g - str. 384 oferty Konsorcjum Centrala i DREMEX będąca zestawieniem elementów oryginalnych i substytucyjnych), po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, jak również zapoznaniu się z dowodami przedłożonymi na rozprawie przez Zamawiającego, tzn. wyciągiem z normy PN-EN 10243-1 oraz wydrukiem z PDF-u załączonego do oferty Odwołującego, ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia odwołania, przy założeniu potwierdzenia się zarzutu. Zdaniem Izby, Odwołujący, którego oferta została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu oceny ofert - kryterium oceny ofert, tj. ceny (100%), w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów, mają szanse na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba nie uznała skuteczności przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego Konsorcjum Centrala i DREMEX, albowiem zgłoszone przystąpienie zostało podpisane przez panią Barbarę Kozakiewicz osobę, która nie była ujawniona w odpisie KRS-u Lidera Konsorcjum załączonym do oferty. Umocowanie niniejszej osoby nie wynikało także z innych dokumentów, nie przedłożono na posiedzeniu w szczególności stosownego pełnomocnictwa. Nie poświadczoną kopie za zgodność z oryginałem dostarczono dopiero po zamknięciu rozprawy. Powyższe nie zmienia faktu, że nie wykazano umocowania dla osoby zgłaszającej przystąpienie w imieniu Konsorcjum Centrala i DREMEX, zaś termin na zgłoszenie przystąpienie nie podlega przywróceniu.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp, dopuścił w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności postanowień SIWZ wraz z załącznikami, odpowiedzi na pytania Wykonawców oraz modyfikacja SIWZ z dnia 16.11.2010 r., oferty Konsorcjum Centrala i DREMEX, informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 24.04.2011 r., odwołania wraz z załącznikami (a - załącznik nr 1 przedstawionej przez Konsorcjum Centrala i DREMEX Dokumentacji Techniczno - Ruchowej; b - rys. S-0205-01-xx, zwłaszcza S-0205-01-04 poz.14 zadania jako najbardziej istotny, powołany przez Zamawiającego, który to rysunek jest częścią Dokumentacji Techniczno - Ruchowej Trasy Jezdnej Kolejki Podwieszanej; c - pismo z dnia 24.01.2011 r. wraz z rysunkiem; c - pismo WUG w Katowicach z dnia 16.02.2011 r.; d - wyrok KIO z dnia 22.06.2010 r., sygn. KIO 1145/10 wraz z uzasadnieniem; e - załącznik nr 83 przedstawionej przez Konsorcjum Centrala i DREMEX Dokumentacji Techniczno - Ruchowej typu DRTK4; f - załącznik nr 25

Dokumentacji Techniczno - Ruchowej Trasy Jezdnej Kolejki Podwieszanej typu ZD 24C/90, powoływanej przez Zamawiającego; g - str. 384 oferty Konsorcjum Centrala i DREMEX będąca zestawieniem elementów oryginalnych i substytucyjnych).

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron złożone ustnie do protokołu.

Odnosnie dowodów przedłożonymi na rozprawie przez Zamawiającego, tzn. wyciągiem z normy PN-EN 10243-1 oraz wydrukiem z PDF-u załączonego do oferty Odwołującego, Izba uznała, że nie mają one żadnej wartości dowodowej.

Odnosnie wniosku o powołanie dowodu z opinii biegłego, Izba wskazuje, że Odwołujący wyjaśnił na rozprawie, iż złożono go z ostrożności procesowej. Został on pozostawiony, tzn. jego przydatność w gestii składu orzekającego Izby. W konsekwencji Izba oddaliła wniosek w pierwszym wypadku z uwagi na to, że fakty będące jego przedmiotem zostały już stwierdzone innymi dowodami (w szczególności dotyczy to pisma WUG w Katowicach z dnia 16.02.2011 r.). W drugim wypadku, uznając, że materiał dowodowy zgromadzony w postępowaniu oraz stanowiska stron pozwalają na rozstrzygnięcie w przedmiotowej kwestii bez konieczności powoływania dowodu z opinii biegłego. Izba dokonała oceny wiarygodności i mocy dowodowej według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału dowodowego (art. 190 ust. 7 Pzp).

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

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp:

a) z uwagi na to, że załącznik nr 1 do SIWZ określający między innymi wymagane parametry techniczno-użytkowe, w zakresie zadania nr 10, wskazuje w zawartej tam tabeli w poz. od 1-28, że oferowane przez wykonawców wyroby powinny być zgodne z Dokumentacją Techniczno - Ruchową kolejki szynowo podwieszanej opracowanej przez „TRANSL” v.o.s. w Republice Czeskiej, co wynika ze wskazanych przez Zamawiającego rysunków, a co nie ma miejsca w odniesieniu do oferty Konsorcjum Centrala i DREMEX;

b) gdyż trasa jezdną kolejki podwieszanej typu DRTK 4 charakteryzuje się w zakresie szyny prostej o długości 2 m maksymalnym obciążeniem wózka nośnego zespołu transportowego poruszającego się po trasie, wynoszącym 32,38 kN, tj. 3176 kg. (Załącznika nr 83 przedstawionej Dokumentacji Techniczno-Ruchowej). Natomiast według Dokumentacji Techniczno - Ruchowej, na którą powołuje się Zamawiający - według załącznika nr 25 Dokumentacji Techniczno Ruchowej, podzespoły kolejki podwieszanej typu ZD 24C/90 przywołanej w SIWZ, charakteryzują się obciążeniem wynoszącym 3691 kg. Zatem parametry wytrzymałościowe wskazane przez oferenta, którego oferta została uznana za

najkorzystniejszą, charakteryzują się znacznym odstępstwem od parametrów wymaganych przez Zamawiającego;

c) Konsorcjum Centrala i DREMEX na str. 384 oferty, wskazując numer rysunku substytucyjnego elementu, powołuje się na rysunek nr DR.02.1491.09, którego w ofercie brak.

W konsekwencji uznając, że niniejszy zarzut jest zasadne w odniesieniu do pierwszego z podniesionych wyżej aspektów, co skutkuje uwzględnieniem odwołania.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie zarzutu:

Zamawiający wskazał poszczególne części zamówienia wyszczególnione zostały w załączniku nr 1 do SIWZ (str. 2). W ramach załącznika nr 1 do SIWZ w odniesieniu do zadania 10 dokonał opisu przedmiotu zamówienia (str. od 32 do 35 SIWZ). Ponadto, Zamawiający określił, że w ramach dokumentów wymaganych w celu potwierdzenia spełnienia przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego konieczne jest złożenie wraz z ofertą: *„Dla wszystkich zadań:*

- *Deklaracje zgodności – oświadczenie producenta lub upoważnionego przedstawiciela, iż oferowany wyrób spełnia wymagania prawa polskiego i Unii Europejskiej w zakresie wprowadzenia na rynek i do użytku w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych w warunkach istniejących zagrożeń – zgodnie z Załącznikiem nr 4 do SIWZ.*

- *Dokumentacja Techniczno-Ruchowa (w tym instrukcje montażu i stosowania) na nośniku elektronicznym (plik PDF).*

- *Oświadczenie Wykonawcy – zgodnie z Załącznikiem Nr 2a do SIWZ.*

Dla zadań: Od 1 do 2 oraz od 5 do 16 oraz od 18 do 19

- *Dopuszczenie do stosowania wydane przez Prezesa Wyższego Urzędu Górniczego wraz z oceną wyrobu z wynikiem badań” (treść nadana odpowiedziami na pytania Wykonawców oraz modyfikacja SIWZ z dnia 16.11.2010 r.). „(..) W przypadku Wykonawcy będącego Producentem lub upoważnionym przedstawicielem Producenta elementów tras kolejek podwieszanych wyprodukowanych wg własnej dokumentacji, substytucyjność z oryginalnymi elementami tras kolejki, której przedmiot zamówienia dotyczy, wymagane jest ponadto oświadczenie Wykonawcy, iż:*

- *jest Producentem lub upoważnionym przedstawicielem Producenta elementów substytucyjnych z oryginalnymi elementami tras kolejek podwieszanej, której przedmiot zamówienia dotyczy,*

- *oferowane elementy są nowymi, dopuszczonymi przez WUG, elementami substytucyjnymi z oryginalnymi elementami tras kolejki podwieszanej ujętymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zgodnie ze wzorem oświadczenia, stanowiącym Załącznik nr 5 do SIWZ” (postanowienia SIWZ – str. 42-43 ust.4).*

W ramach tabeli na str. od 32 do 33 SIWZ Zamawiający określił w poz. od 1 do 28 materiał, tj. typ danej szyny wraz z wyposażeniem, jej wymiarami, wskazał także przy każdej

pozycji numer rysunku o charakterze technicznym, jak i ilość sztuk. W zakresie opisu poniżej pod tabelą wskazał: „Pozycja od 1 do 14

Szyna prosta bez uchwytu (nakładka + szkła) – elementy tras zgodnie z rysunkami podanymi w formularzu ofertowym

-szyna prosta o profilu I 155 wg PN/H-93441-10:1994 lub substytucyjne

Za substytucyjne Zamawiający rozumie szyny które spełniają następujące wymagania:

Do końców szyny przyspawane mają być odpowiednie kształtki złącza szynowego pozwalające na zawieszenie szyny na łańcuchu \varnothing 18x64C i przystosowane do łączenia kolejnych szyn oraz muszą pozwalać na połączenie z dotychczas stosowanymi trasami jezdnymi kolejki szynowo podwieszanej typu ZD24C/90 produkcji TRANSL v.o.s. w Republice Czeskiej bez zastosowania dodatkowych adapterów.

Konstrukcja złączy szyn prostych ma umożliwić odchylenie od prostoliniowości połączenia od $\pm 6^\circ$ w pionie i max. $\pm 2^\circ$ w poziomie. Wymagana nośność złącza szynowego w kierunku zawieszenia – min 40 KN, wymagana nośność złącza szynowego wzdłuż toru – min 90 kN. Konstrukcja szyn musi pozwalać na zabudowę ogranicznika szyny zabezpieczającego połączenie szyn przed rozpięciem.”. Podobne postanowienia są zawarte w zakresie poz. 15 do 16 dodatkowo wskazano tam, że: „Elementy tras powinny posiadać trwałe i czytelne oznaczenie każdej sztuki znakiem dopuszczenia WUG w miejscu wskazanym na dopuszczeniu”. W tym fragmencie nie wskazano przekroju łańcucha. W poz. od 17 do 18, od 19 do 20 od 21 do 24 wskazano przekrój łańcucha \varnothing 18x64B. Poz. 25, 26, 27 i 28 nie dotyczą szyn (ogranicznik krańcowy, blokada ręczna i najazdowa oraz szkła sworzeń i zawleczka). W formularzu ofertowym przywołano te same numery rysunków co w tabeli.

Konsorcjum Centrala i DREMEX załączyło do oferty oddzielne oświadczenie członka konsorcjum spółki „Dremex” (str. 68) oraz oświadczenie zgodnie z załącznikiem nr 5 do SIWZ (str. 70). W pierwszym wypadku wskazano, że wszystkie elementy tras kolejek podwieszanych stanowiące przedmiot oferty są kompatybilne z dotychczas stosowanymi i wykonane wg dokumentacji substytucyjnej z oryginalną (zgodnie z wymaganiami Zamawiającego). W drugim wypadku wskazano, że podmiot w imieniu którego składamy niniejsze oświadczenie, jest Producentem elementów tras kolejek podwieszanych substytucyjnych z oryginalnymi elementami tras kolejek podwieszanej, której przedmiot zamówienia dotyczy. Na str. 217 do 218 oferty załączono decyzje dopuszczeniową trasy jezdnej typu DRTK 4 dla kolejek podwieszonych. Na str. od 219 do 379 oferty załączono dokumentację Nr 111/09 do winsoku o dopuszczenie zawierającą m.in. deklarację spełnienia przez wyrób wymagań technicznych (str. 223 oferty), ocenę wyrobu Nr 173/O/CBiDGP/2009 z wynikami badań (od str. 224 do 236 oferty) oraz Dokumentację Techniczno-Ruchową nr DTR/11/09 (str. od 237 do 379 oferty). Na str. 240 oferty wskazano maksymalne obciążenie złącza szyny w kierunku zawieszenia toru jezdnej oraz maksymalne obciążenie wzdłużne złącza szyny toru jezdnej (pkt 1.3). Na str. 245 oferty wskazano, że: „Przegubowe połączenie umożliwia wzajemne załamanie szyn prostych na złączu w płaszczyźnie pionowej

toru $\pm 7^\circ$ i w płaszczyźnie poziomej $\pm 2^\circ$. Na str. 240 akapit pierwszy wskazano również, że: „poszczególne elementy trasy jezdnej typu DRTK 4 mogą być eksploatowane wraz z innymi dopuszczonymi elementami, podzespołami szynowych kolejek podwieszonych, wykonanych przez innych producentów wyłącznie w przypadku ich pełnej kompatybilności montażowej, przestrzegania parametrów pracy i warunków stosowania określonych dla najłabszego elementu kolejki, z uwzględnieniem warunków określonych w ich decyzjach dopuszczających do stosowania w zakładach górniczych”. Zaś na str. 250 oferty w pkt 1.4.9 określono, iż: „Wieszak Krańcowy (..) służy do podwieszania ostatniej szyny trasy do odrzwi obudowy przy pomocy łańcucha 16x80 lub 18x63 lub 18x64 lub 18x90”.

Na str. 379 oferty Konsorcjum Centrala i DREMEX załączono – załącznik nr 83 dotyczący dopuszczalnego obciążenia wózka nośnego P [w kN] na szynie w zależności od nachylenia trasy i długości szyny.

Na str. 384 oferty Konsorcjum Centrala i DREMEX załączono tabele z nazwami poszczególnych elementów oryginalnych w zakresie zadania 10 i poz. od 1 do 15, numerem rysunku elementu oryginalnego oraz nazwa elementu równoważnego (substytucyjnego), numerem rysunku elementu równoważnego (substytucyjnego), str. oferty z rysunkiem elementu, jak i strona oferty z dopuszczeniem na dany element. Określono na niniejszej stronie numer rysunku elementu równoważnego (substytucyjnego) – DR.02.1491.09, jak i stronę 268 oferty z rysunkiem elementu oraz 217 z dopuszczeniem na dany element. Numer rysunku wskazany na str. 268 to – DR.02.1149.09. Dotyczy to także poz. 15 ze str. 385 oferty.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, w odniesieniu do pierwszego aspektu podniesionego zarzutu, Izba uznała, iż w tym zakresie Odwołujący zasadnie podnosił, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ. Należy bowiem uznać, że wskazanie w ramach tabeli na str. 32 do 33 SIWZ (załącznik nr 1 do SIWZ) konkretnych numerów rysunków i przywołanie poniżej tej tabeli do wszystkich jej pozycji: „elementy tras zgodnie z rysunkami podanymi w formularzu ofertowym” stanowi jednoznaczne odniesienie co do elementów technicznych, w tym parametrów będących przedmiotem sporu, zawartych w tych rysunkach. Niniejszy formularz ponawiał numery rysunków zawarte w tabeli wskazanej powyżej. W konsekwencji należy uznać, że nie jest tak, iż w żaden sposób niniejsza kwestia nie została uregulowana przez Zamawiającego w SIWZ. Wskazano bowiem konkretne numery rysunków, zaś fakt, iż Konsorcjum Centrala i DREMEX na str. 384 i 385 swojej oferty w zakresie zadania 10 powiązało niniejsze numery z zaoferowaną trasą jezdnią typu DTRK 4 dla kolejek podwieszanych, dodatkowo potwierdza słuszność tezy Odwołującego. Nie jest bowiem bez znaczenia dokument, który stanowi faktyczną podstawę oceny technicznej zaoferowanego produktu i określenia, czy ma on charakter substytucyjny. W takiej sytuacji jak przedmiotowa, oparcie się w sposób zasadniczy tylko na załączniku nr 5 do SIWZ złożonym przez Konsorcjum Centrala i DREMEX wraz z oferta (str. 70) jest niewystarczające.

Podobnie, Izba oceniła inne oświadczenie złożone na str. 68 oferty Konsorcjum Centrala i DREMEX. Należy również zauważyć, że nie bez znaczenia jest okoliczność tego rodzaju, iż na str. 240 akapit pierwszy wskazano, że: „*poszczególne elementy trasy jezdnej typu DRTK 4 mogą być eksploatowane wraz z innymi dopuszczonymi elementami, podzespołami szynowych kolejek podwieszonych, wykonanych przez innych producentów wyłącznie w przypadku ich pełnej kompatybilności montażowej, przestrzegania parametrów pracy i warunków stosowania określonych dla najsłabszego elementu kolejki, z uwzględnieniem warunków określonych w ich decyzjach dopuszczających do stosowania w zakładach górniczych*”. Powyższe dodatkowo skutkuje tym, że oparcie się jedynie na oświadczeniach jest nieporozumieniem. W konsekwencji dalsze twierdzenia Zamawiającego, że przedmiotem jego oceny pod względem substytucyjności były tylko elementy podniesione przez niego na rozprawie, a wykazane na str. 240, 245 i 250 oferty Konsorcjum Centrala i DREMEX nie mogą się ostać. Konsorcjum Centrala i DREMEX także uznało na str. 384 i 385 swojej oferty, że aspekt substytucyjności dotyczy danych technicznych na rysunkach będących odpowiedzią na rysunki przywołane przez Zamawiającego w SIWZ (nazwa elementu równoważnego (substytucyjnego), numer rysunku elementu równoważnego (substytucyjnego), str. oferty z rysunkiem elementu, jak i strona oferty z dopuszczeniem na dany element).

Izba nie dała wiary oświadczeniu Zamawiającego, iż nie były mu znane kwestie dotyczące parametrów będących przedmiotem sporu (tzn. szerokości zamka, wysokości osi sworzenia, szerokości połączenia szekli, czy też długości czynnej części gniazda). Powyższe identyczne parametry były przedmiotem rozprawy zakończonej wydaniem orzeczenia przez KIO (wyrok z dnia 22.06.2010 r., sygn. akt: KIO 1145/10). Izba dała w tej materii wiarę oświadczeniu Odwołującego, uznając że identyczne rysunki, jak w obecnym postępowaniu odwoławczym były okazywane, a co najmniej przywoływane ówczesnie, a w szczególności – rys. S-0205-01-xx, zwłaszcza S-0205-01-04 (poz.14). Powyższy załączony do odwołania rysunek zgodnie z opisem dotyczy Nr rysunku S-0205-01-01, S-0205-01-02, S-0205-01-03, S-0205-01-04 i S-0205-01-05. Nawet jeśli uznać, że niniejszy, jak i inne rysunki nie były elementem Dokumentacji Techniczno-Ruchowej oryginalnej trasy kolejki podwieszanej zakupionej pierwotnie u Odwołującego, jak wykazywał Zamawiający na rozprawie, to fakt ich przywołania skutkuje ich wiążącym charakterem dla uczestników postępowania. Należy także zauważyć, że skoro Zamawiający przywołał niniejsze rysunki do konkretnych pozycji zadania nr 10 to musiał, jako odpowiedzialny podmiot publiczny, zapoznać się z nimi. Ponadto, Izba dopuściła jako dowód korespondencje załączoną do odwołania z Wyższym Urzędem Górniczym na okoliczność wskazaną na rozprawie przez Odwołującego, uznając w tym zakresie stanowisko tam zawarte za rozstrzygające kwestie dotyczące aspektu merytorycznego związanego z parametrami technicznymi, jak i nie możliwości stosowania bez zastosowania szyn adaptacyjnych. W konsekwencji Izba uznała dowód przedłożony na rozprawie przez Zamawiającego - wydruk z PDF-u załączonego do

oferty Odwołującego za bez znaczenia dla przedmiotu sporu. Izba wskazuje także, że oferta Odwołującego nie jest przedmiotem odwołania, nie była także ona kwestionowana dotychczas przez Zamawiającego.

Należy także zauważyć, że norma przywołana przez Zamawiającego PN-EN 10243-1 (wyciąg przedłożony na rozprawie) nie była w żaden sposób wskazana w SIWZ. W ocenie Izby Zamawiający w żaden sposób nie uwzględnił treści uzasadnienia wyroku z dnia 22.06.2010 r., sygn. akt: KIO 1145/10 i zawartych tam sugestii odnośnie także tego aspektu sprawy w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Nie określając żadnych ram dopuszczalnej tolerancji, czy to wprost, czy też z powołaniem się na określone normy *de facto* powielił stan faktyczny jaki miał miejsce rok wcześniej. Różnice bowiem w SIWZ obecnym, jak i obowiązującym aktualnie, wskazywane przez Zamawiającego na rozprawie nie dotyczą parametrów technicznych wynikających z rysunków. Z powyższych względów Izba nie uznała za dowód w sprawie wyciąg z normy PN-EN 10243-1. Ponadto, Zamawiający zasadniczo nie negował, że parametry wynikające z rysunku załączonego na str. 268 oferty Konsorcjum Centrala i DREMEX są niezgodne z parametrami wynikającymi zwłaszcza z rysunku nr S-0205-01-04.

Po drugie, odnośnie drugiego aspektu podniesionego zarzutu, Izba uznała, że w odróżnieniu do kwestii umówionej powyżej, brak powołania się wprost na Dokumentację Techniczno-Ruchową w SIWZ (rysunki zostały wprost przywołane), czyni stanowisko Odwołującego nietrafnym. Izba nie neguje istniejących różnic, jednakże Odwołujący potwierdził na rozprawie, że trasa jezdna kolejki podwieszanej typu DRTK 4 w zakresie szyny prostej o długości 2 m, tzn. maksymalne obciążeniem wózka nośnego zespołu transportowego poruszającego się po trasie – nie wynika z rysunku S-0205-01-04, a z Dokumentacji Techniczno-Ruchowej oryginalnej trasy kolejki podwieszanej zakupionej pierwotnie u Odwołującego. Wskazane przez Odwołującego postanowienie SIWZ (str. 33 oferty) - „(..) *muszą pozwalać na połączenie z dotychczas stosowanymi trasami jezdnyymi kolejki szynowo podwieszanej typu ZD24C/90 produkcji TRANSL v.o.s. w Republice Czeskiej (..)*”, nie nosi takich znamion, jakie nadaje mu Odwołujący. W tym zakresie stanowisko Odwołującego stanowi wykładnie rozszerzającą istniejących postanowień SIWZ.

Po trzecie, odnośnie trzeciego aspektu podniesionego zarzutu, Izba uznała, że mamy do czynienia z omyłkowym wskazaniem numeru rysunku ze str. 268 oferty Konsorcjum Centrala i DREMEX na str. 384 (przestawienie cyfr). Biorąc pod uwagę str. 384 oraz 268 oferty Konsorcjum Centrala i DREMEX można mówić co najwyżej o nieścisłości w treści oferty, która jednakże nie wymaga wyjaśnień ani poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, gdyż zestawienie obu fragmentów oferty pozwala na ustalenie faktycznej treści złożonej oferty. W żadnym wypadku nie ma tutaj sytuacji tego rodzaju, iż treść oferty nie odpowiada treści SIWZ (z uwagi na omyłkowe przestawienie cyfr w numerze rysunku).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Wobec uwzględnienia zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, Izba uznała, że potwierdził się również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 Pzp.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 2 i ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238). Izba uznała wniosek Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3.600,00 zł, tj. maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

.....