

Sygn. akt: KIO 1480/14

WYROK
z dnia 5 sierpnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **1 sierpnia 2014 r.** w Warszawie odwołania z dnia **21 lipca 2014 r.** wniesionego przez wykonawcę **Matix Sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie, ul. Żyzna 11 L, 42-202 Częstochowa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Katowicki Holding Węglowy S.A., ul. Damrota 16-18, 40-022 Katowice,**

przy udziale wykonawcy **Kopex Machinery SA z siedzibą w Zabrze, ul. 3-go Maja 89, 41-800 Zabrze** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **Matix Sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie, ul. Żyzna 11 L, 42-202 Częstochowa**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **Matix Sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie, ul. Żyzna 11 L, 42-202 Częstochowa**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez odwołującego **Matix Sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie, ul. Żyzna 11 L, 42-202 Częstochowa** na rzecz zamawiającego **Katowicki Holding Węglowy S.A., ul. Damrota 16-18, 40-022 Katowice** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473) 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

Zamawiający **Katowicki Holding Węglowy S.A. z siedzibą w Katowicach, ul. Damrota 16-18, 40-022 Katowice** wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »dostawa części i elementów zamiennych do przenośników RYBNIK 750, RYBNIK 850 i RYBNIK 80" do Katowickiego Holdingu Węglowego S.A. w okresie 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy nr postępowania«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej **02.04.2014 r.** pod nrem **2014/S 065-111721**.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

10.07.2014 r. zamawiający dokonał odrzucenia oferty wykonawcy **MATIX Sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie, ul. Żyzna 11, 42-202 Częstochowa** (dalej wykonawca **MATIX**) w zakresie części zamówienia nr 3, 4 i 10-12.

Wykonawca **Matix Sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie, ul. Żyzna 11, 42-202 Częstochowa**, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł **21.07.2014 r.** do Prezesa KIO odwołanie w zakresie **części nr 3, 4 i 10-12** na naruszenie:

- 1) **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp** przez odrzucenie oferty odwołującego, pomimo że w pełni odpowiada ona treści specyfikacji;
- 2) **art. 7 ust. 1 Pzp** przez niezachowanie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, skutkiem naruszenia wskazanego wyżej, przepisu ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. odrzucenie oferty odwołującego bez odpowiedniego uzasadnienia i w okolicznościach braku przesłanek do odrzucenia;
- 3) **art. 26 ust. 3 Pzp** przez brak zwrócenia się do odwołującego o złożenie wyjaśnień w zakresie okoliczności, które legły u podstaw odrzucenia oferty odwołującego;
- 4) **art. 87 ust. 1 Pzp** przez odstąpienia zamawiającego od żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert w sytuacji, kiedy u zamawiającego zrodziły się wątpliwości w zakresie ewentualnej niezgodności oferty ze specyfikacją.

Odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty wykonawcy MATIX w zakresie części zamówienia nr 3, 4 i 10-12;
- 2) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania ofert;
- 3) przeprowadzenie dowodu z dokumentów, zgromadzonych w aktach postępowania przetargowego na okoliczność ustalenia, że złożone przez odwołującego dokumenty były wystarczające do wykazania spełnienia warunków oraz braku przesłanek do odrzucenia oferty;
- 4) dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budowy i eksploatacji maszyn i urządzeń górniczych na okoliczność ustalenia czy oferowane przez odwołującego części są kompatybilne z przenośnikami Rybnik-750, Rybnik-850, Rybnik-80 oraz czy zostały dołączone do oferty (również w ramach odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia) odpowiednie rysunki, wymagane postanowieniami oferty.

Argumentacja odwołującego

Wykonawca **MATIX** złożył ofertę. Pismami z 30.04.2014 r. oraz 10.06.2014 r. zamawiający wezwał wykonawcę **MATIX** do uzupełnienia oferty przez dostarczenie rysunków technicznych oferowanych podzespołów.

Odwołujący uzupełnił ofertę na piśmie i złożył wyjaśnienia. Pismem z 10.07.2014 r., przesłanym następnego dnia faksem, zamawiający poinformował odwołującego o odrzuceniu oferty w zakresie części zamówienia nr 3, 4 i 10-12.

Z takim rozstrzygnięciem zamawiającego nie zgadza się odwołujący.

W pierwszej kolejności odwołujący stwierdza, że w **rozdziale II SIWZ** pt. „Szczegółowe wymagania techniczne” zamawiający powołał się na wymagania wynikające z norm:

PN-G-50000:2002,
PN-EN ISO 12100:2011,
PN-EN 13463-1:2010,
PN-G-50004:1994/AzI2001P,
PN-EN 1127-2:2004,
PN-EN ISO 14121-1:2008E,
PN-EN ISO 12100-1:2005,
PN-EN ISO 12100-1:2005.

Ponadto zamawiający stwierdził, że oferowane wyroby: powinny spełniać wymogi dotyczące wprowadzania do obrotu i wymagania bezpiecznego stosowania, powinny być kompletne i fabrycznie nowe. Zamawiający wskazał, że przedmiot dostawy może być elementem kompatybilnym. Pojęcie „elementu kompatybilnego” zostało zdefiniowane przez zamawiającego: „przez element kompatybilny zamawiający rozumie: zgodny, mogący

współistnieć bez szkody dla urządzenia, do którego jest przeznaczony, tzn. o takich samych wymiarach geometrycznych i nie gorszych parametrach technicznych i wytrzymałościowych niż określonych w dokumentacji techniczno-ruchowej danego urządzenia”. Zamawiający nie wskazał, że element kompatybilny ma posiadać taką samą konstrukcję jak element wskazany przez opis producenta.

1. Odrzucenie oferty **w zakresie części 3 zamówienia** nastąpiło na tej podstawie, że – zdaniem zamawiającego – łącznik rynny zaoferowany w pozycji nr 1 formularza ofertowego jest nierównoważny z przedmiotem zamówienia pod względem wymiarów i konstrukcji.

W przypadku stwierdzenia tego rodzaju nieścisłości w ofercie, zamawiający miał obowiązek wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w trybie **art. 26 ust. 3 Pzp**, czego zamawiający nie uczynił. W **części 3 poz. 1 formularza cenowego** odwołujący zaoferował łącznik rynny **nr W20.022-02-009/5 Łącznik/S9508 Rybnik-850**.

W przekonaniu odwołującego jest to wyrób spełniający wszelkie kryteria wskazane przez zamawiającego – nadają się one do zastosowania w przenośnikach typu RYBNIK-750, RYBNIK-850 i RYBNIK-80, spełniają wszelkie normy jakościowe i normy bezpieczeństwa, są kompletne i fabrycznie nowe. Ponadto numer łącznika rynny zaoferowanego przez odwołującego odpowiada numerowi łącznika rynny wskazanemu w Specyfikacji dostaw, załączonej do **SIWZ**. Oznacza to, że odwołujący zaoferował zamawiającemu łącznik rynny kompatybilny z tą, której wymagał zamawiający. W **części 3 poz. 6 formularza cenowego** odwołujący zaoferował łącznik pośredni **nr 22318 Łącznik pośredni Rybnik-850**. W przekonaniu odwołującego jest to wyrób spełniający wszelkie kryteria wskazane przez zamawiającego – nadają się one do zastosowania w przenośnikach typu **RYBNIK-850**, spełniają wszelkie normy jakościowe i bezpieczeństwa, są kompletne i fabrycznie nowe. Ponadto numer łącznika pośredniego zaoferowanego przez odwołującego odpowiada numerowi łącznika pośredniego wskazanemu w Specyfikacji dostaw, załączonej do **SIWZ**. Oznacza to, że odwołujący zaoferował zamawiającemu łącznik pośredni kompatybilny do tego, którego zamawiający wymagał.

Dowód: – Specyfikacja dostaw – formularz cenowy części zamówienia nr 3 – opinia biegłego z zakresu budowy i eksploatacji maszyn i urządzeń górniczych.

Na str. 17 **SIWZ** zamawiający wskazał, że przedmiotem oferty mogły być urządzenia równoważne, przez co rozumie się to, że są w pełni kompatybilne w pracy z całym urządzeniem. Pojęcie „elementu kompatybilnego” zostało przy tym zdefiniowane przez zamawiającego w następujący sposób: „przez element kompatybilny zamawiający rozumie: zgodny, mogący współistnieć bez szkody dla urządzenia, do którego jest przeznaczony, tzn. o takich samych wymiarach geometrycznych i nie gorszych parametrach technicznych i

wytrzymałościowych niż określonych w dokumentacji techniczno-ruchowej danego urządzenia”.

Zdaniem odwołującego zamawiający nie wskazał, że element kompatybilny ma posiadać taką samą konstrukcję i wymiary jak element wskazany przez opis producenta.

2. Odrzucenia oferty w zakresie części 4 zamówienia nastąpiło na tej podstawie, że – zdaniem zamawiającego – zaoferowany przez odwołującego wyrób posiadał nieprawidłową konstrukcję i wymiary.

Zdaniem odwołującego w przypadku stwierdzenia tego rodzaju nieścisłości w ofercie, zamawiający miał obowiązek wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w trybie **art. 26 ust. 3 Pzp**, czego zamawiający nie uczynił.

Niezależnie jednak od tego, również w tym zakresie odwołujący stoi na stanowisku, że zaoferował wyroby spełniające wymagania zamawiającego, kompatybilne i kompletne. Pod pojęciem urządzeń kompatybilnych sam zamawiający nie rozumie urządzeń, które wymiarami i konstrukcją odpowiadają tym opisanym przez wskazanie producenta.

Skopiowanie przez innych producentów w 100% konstrukcji i wymiarów urządzeń produkowanych przez konkurencję również pozostawałoby w sprzeczności z zasadami uczciwej konkurencji. Odwołujący zaoferował zamawiającemu dostawę opisaną następująco: W20.136-005/4 SWORZEŃ 25.050.000.013 SWORZEŃ 30X100 RYBNIK-850 25.052.240.040 SWORZEŃ 50X185 RYBNIK-850" 25.080.057.000 SWORZEŃ ZABEZPIECZAJĄCY DRABINKĘ EICOTRAX 50/60X141, co odpowiada dokładnie opisowi zamieszczonemu w Specyfikacji dostaw, załączonej do **SIWZ**.

Dowód: – Specyfikacja dostaw – formularz cenowy części zamówienia nr 4 – opinia biegłego z zakresu budowy i eksploatacji maszyn i urządzeń górniczych.

3. Odrzucenie oferty w zakresie części 10 zamówienia nastąpiło na tej podstawie, że – zdaniem zamawiającego – odwołujący nie przedstawił wykazu elementów wchodzących w skład pozycji oferty przetargowej, a także nie dołączył zwymiarowanych rysunków, a w części zaoferował elementy nierównoważne ze wskazanymi w specyfikacji.

Zdaniem odwołującego w przypadku stwierdzenia tego rodzaju nieścisłości w ofercie, zamawiający miał obowiązek wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w trybie **art. 26 ust. 3 Pzp**, czego zamawiający nie uczynił. Ponadto należy zwrócić uwagę, że zgodnie ze Specyfikacją dostaw, zamawiający wymagał w ramach części 10 zamówienia dostarczenia i dokładnie taki wyrób zaoferował odwołujący. Odwołujący nie zgadza się ze stanowiskiem zamawiającego, że odwołujący nie przedstawił wykazu elementów wchodzących w skład pozycji oferty przetargowej, chociaż w samym formularzu cenowym odwołujący przedstawił nazwy, pozycje i ceny.

Dowód: – Specyfikacja dostaw – formularz cenowy części zamówienia nr 10 – oferta – opinia biegłego z zakresu budowy i eksploatacji maszyn i urządzeń górniczych.

4. Odrzucenie oferty **w zakresie części 11 i 12 zamówienia** nastąpiło na tej podstawie, że – zdaniem zamawiającego – odwołujący nie przedstawił wykazu elementów wchodzących w skład pozycji ofertowej, a także zaoferowany przez odwołującego wyrób posiadał nieprawidłową konstrukcję i wymiary.

Zdaniem odwołującego w przypadku stwierdzenia tego rodzaju nieścisłości w ofercie, zamawiający miał obowiązek wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w trybie **art. 26 ust. 3 Pzp**, czego zamawiający nie uczynił.

Niezależnie jednak od tego również w tym zakresie odwołujący stoi na stanowisku, że zaoferował wyroby spełniające wymagania zamawiającego, kompatybilne i kompletne.

Pod pojęciem urządzeń kompatybilnych sam zamawiający nie rozumie urządzeń, które wymiarami i konstrukcją odpowiadają tym opisanym przez wskazanie producenta. Skopiowanie przez innych producentów w 100% konstrukcji i wymiarów urządzeń produkowanych przez konkurencję również pozostawałoby w sprzeczności z zasadami uczciwej konkurencji.

Odwołujący zaoferował zamawiającemu dostawę opisaną następująco, co odpowiada dokładnie opisowi zamieszczonemu w Specyfikacji dostaw, załączonej do **SIWZ**.

Dowód: – Specyfikacja dostaw – formularz cenowy części zamówienia nr 4 – opinia biegłego z zakresu budowy i eksploatacji maszyn i urządzeń górniczych.

W związku z powyższym uznać należy, że odrzucenie przez zamawiającego oferty odwołującego w zakresie części 3, 4 i 10-12 zamówienia, było bezprawne, a co za tym idzie odwołanie jest uzasadnione.

Dodatkowe uzasadnienie zarzutów:

Odwołujący wskazuje, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej niejasne postanowienia specyfikacji nie mogą być interpretowane na niekorzyść wykonawców biorących udział w postępowaniu. Przykładowo Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku **KIO 2513/13** stwierdziła, że „Trudno zarzucać wykonawcom, że oferty są niezgodne ze specyfikacją, jeżeli jej treść, a zwłaszcza odpowiedzi na pytania, jest trudna do rozszyfrowania”.

Zgodnie z warunkami specyfikacji odwołujący przedstawił Opinię Techniczną nr TEST/14/0/2014 z 22.04.2014 r. wydaną przez JOAiCW „Test” Sp. z o.o. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich, ul. Wyzwolenia 14, 41-103 Siemianowice Śląskie. Opinia stwierdza jednoznacznie, że na podstawie przeprowadzonej analizy dokumentacji złożonej

przez producenta wymienione w opinii technicznej substytutu do przenośników zgrzeblowych typu: RYBNIK-750, RYBNIK-850 i RYBNIK-80 mogą być stosowane w tych przenośnikach zgrzeblowych, pod warunkiem identycznej konstrukcji oraz pełnej ich kompatybilności wymiarowej. Zatem oferowane przez odwołującego elementy posiadały odpowiednie certyfikaty, a także odwołujący złożył odpowiednie rysunki techniczne. Odwołujący nie kwestionuje, że być może do oferty omyłkowo został dołączony inny rysunek techniczny.

Zamawiający nie wzywał jednak odwołującego do wyjaśnienia treści oferty co do spełnienia przedmiotowego wymogu specyfikacji, nie wskazał również, że kwestionuje przedmiotowe rysunki ani że warunek ten nie jest spełniony. W odpowiedzi na wezwania zamawiającego odwołujący zawsze w sposób pełny udzielał odpowiedzi i składał żądane dokumenty. Odwołujący złożył inne dokumenty potwierdzające spełnienie warunku. Nadto w ocenie odwołującego biorąc pod uwagę treść oferty oraz złożone dokumenty, zamawiający – z uwagi na sprzeczność pomiędzy treścią oferty i jej załączników – powinien na podstawie **art. 87 ust. 1 Pzp** wezwać odwołującego do wyjaśnienia treści oferty. Dopiero w przypadku niewyjaśnienia rozbieżności zamawiający powinien odrzucić ofertę.

Zasadność takiego stanowiska potwierdzona została orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, która wskazała między innymi, że: „zamawiający jest zobligowany do prowadzenia postępowania z należytą starannością i dlatego nie może pozostawić żadnych elementów treści oferty do końca niewyjaśnionych. Zamawiający, u którego zrodziły się jakiegokolwiek wątpliwości co do treści oferty jest wprost zobowiązany (ze względu na regułę należytej staranności), a nie tylko uprawniony, do żądania wyjaśnień” (wyrok KIO z 23 lipca 2013 r., **KIO 1619/13**). „Przesłanek do odrzucenia oferty z **art. 89 ust. 1 Pzp** nie można interpretować rozszerzająco, a zamawiający nie może – odrzucając ofertę – opierać się na ewentualnych przypuszczeniach, gdyż to na zamawiającym – w przypadku podjęcia decyzji o odrzuceniu oferty – spoczywa obowiązek wykazania okoliczności, z których wywodzi skutki prawne w postaci odrzucenia oferty wykonawcy oraz pozbawienia go możliwości uzyskania i realizacji w przyszłości przedmiotu zamówienia” (wyrok KIO z 9 grudnia 2013 r., **KIO 2251/13**).

Odrębnego uzasadnienia – zdaniem odwołującego – wymaga zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu **art. 7 ust. 1 Pzp**. Zgodnie z tym przepisem, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Jak podnosi się w doktrynie, zapewnienie równego udziału w postępowaniu jest nakazem prawa, realizowanym w ustawie przez zobowiązanie zamawiającego do jednakowego podejścia do wykonawców, choćby udostępniania takich samych danych związanych z zamówieniem czy żądania takich samych działań w trakcie prowadzonego

postępowania. Równe traktowanie odnosi się zarówno do aspektu formalnego, jak i merytorycznego, czyli oceny złożonej oferty według takich samych kryteriów. Zasada równego traktowania znajduje potwierdzenie w wielu przepisach szczegółowych, m.in. w **art. 24 ust. 3 i art. 38 Pzp**. Zasada uczciwej konkurencji nakłada na zamawiającego obowiązek przygotowania i prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji. Prawo nie pozwala żadnego z wykonawców traktować w sposób uprzywilejowany. Zamawiający musi stawiać jednakowe wymagania wszystkim wykonawcom, a Prawo zamówień publicznych nie dopuszcza do zastosowania preferencji podmiotowych.

Działanie zasady uczciwej konkurencji nie może być ograniczone decyzjami zamawiającego (Paweł Janda, Piotr Pełczyński, Stefan Babiarczyk, Zbigniew Czarnik „Prawo zamówień publicznych. Komentarz”, LexPolonica 2013).

Zdaniem odwołującego w związku z odrzuceniem jego oferty, doszło do naruszenia zasad równego traktowania oraz uczciwej konkurencji. Odwołujący zauważa, że oferty pozostałych wykonawców w części nadal przedstawiają produkty kompatybilne i tym samym jego pozycja względem innych wykonawców nie jest taka sama.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu **21.07.2014 r.** (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **22.07.2014 r.** (art. 185 ust. 1 *in initio* Pzp).

25.07.2014 r. wykonawca Kopex Machinery SA z siedzibą w Zabrze, ul. 3-go Maja 89, 41-800 Zabrze złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy **31.07.2014 r.** (art. 186 ust. 1 Pzp). Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Argumentacja zamawiającego:

1. Treść specyfikacji nie została zakwestionowana.
2. Kompatybilność to współistnienie, ale również możliwość współpracy elementów układu o różnych pochodzeniach, a nie tylko równość wymiarów geometrycznych oferowanych części.
3. Zamawiający wnosi o oddalenie wniosku dowodowego o powołanie biegłego.

4. Odnośnie poszczególnych części zamówienia:

1) część 3: zamawiający wezwał 30.04.2014 r. o uzupełnienie oferty przez dostarczenie rysunków technicznych oferowanych podzespołów, zgodnie z **rozdz. II ust. 2.3.3 specyfikacji**; zamawiający nie oczekiwał dostarczenia uniwersalnego łącznika do wszystkich części zamówienia, ale do każdego elementu osobno (Rybnik 850, 750 i 80); oferowany łącznik ma całkowicie inną konstrukcję i wymiary geometryczne – jest więc nieprzydatny dla zamawiającego;

2) część 4: poz. 1, 3, 6 i 7 – oferowane części są niekompatybilne – **rozdz. II ust. 1.6 specyfikacji**;

3) część 10, 11 i 12: odwołujący nie złożył rysunku – **rozdz. II ust. 2.3.3 specyfikacji**.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodu złożonego przez zamawiającego (dowód nr 1) dowód złożony z zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, porównawcze zestawienie rysunków technicznych złożonych przez odwołującego dotyczących oferowanych części zamiennych z rysunkami technicznymi analogicznych części zgodnych z dokumentacją techniczną urządzenia, z dowodu zamawiający wywodzi, że odwołujący nie spełnił wymogów zamawiającego – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w **art. 179 ust. 1 Pzp**, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie składu orzekającego Izby pierwszy zarzut naruszenia **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp** przez odrzucenie oferty odwołującego, pomimo że oferta odwołującego w pełni odpowiada treści specyfikacji – nie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby ustalił, że zamawiający w **rozdz. II ust. 1.6 specyfikacji** dopuścił cyt. »składanie ofert zawierających równoważny przedmiot zamówienia. Pod pojęciem równoważnego przedmiotu zamówienia należy rozumieć oferowanie przedmiotu wykazującego pełną kompatybilność z urządzeniem, do którego jest przeznaczony. Przez element kompatybilny zamawiający rozumie: zgodny, mogący współistnieć bez szkody dla urządzenia, do którego jest przeznaczony, tzn. o takich samych wymiarach geometrycznych i nie gorszych parametrach technicznych i wytrzymałościowych niż określonych w dokumentacji techniczno-ruchowej danego urządzenia«. Skoro żaden z wykonawców nie wniósł – w odpowiednim czasie przed upływem terminu składania ofert – o zmianę lub doprecyzowanie tego postanowienia specyfikacji, a zamawiający nie zmienił postanowień specyfikacji, to po upływie terminu składania ofert nie można dokonywać zmian w tej definicji. Tak więc postanowienia te obowiązują zamawiającego w trakcie dokonywania badania ofert. Wynika to z przepisu art. 38 ust. 4 zdanie pierwsze Pzp, który to przepis brzmi »W uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia«.

Treść ta została sformułowana ze względu na postanowienie **rozdz. II ust. 1.5 specyfikacji**, który brzmi: »Do opisu przedmiotu zamówienia w „Formularzu cenowym” wykorzystano nazewnictwo, parametry techniczne i numery rysunków z Dokumentacji Techniczno-Ruchowych podzespołów przenośnika: RYBNIK-750, RYBNIK-800 oraz RYBNIK-80 użytkowanych w kopalniach KWH-SA«. Odwołujący wskazał – zdaniem Izby – zasadnie, że w zakresie tak zdefiniowanej kompatybilności nie wchodziło pojęcie konstrukcji, czyli potocznie wzajemnych powiązań elementów ze sobą oraz technologii wykonania tych elementów.

Jednak jedną z istotnych cech kompatybilności, wprowadzoną do definicji przez zamawiającego (a więc także wymaganą), są takie same wymiary geometryczne jak określone dokumentacji techniczno-ruchowej danego urządzenia. Zamawiający wykazał w **dowodzie nr 1** złożonym przez zamawiającego z zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa brak identyczności wymiarów oferowanych przedmiotów (oprócz części 10) w porównaniu do przedmiotów określonych w dokumentacji techniczno-ruchowej danego urządzenia.

Tak też zamawiający wskazał w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty odwołującego w zakresie zarzutów umotywowanych w pkt 1 (dotyczy części 3), 2 (dotyczy części 4) i 4 (dotyczy części 11 i 12) odwołania. Dodatkowo zamawiający wskazał na nieprawidłową konstrukcję, co nie może być powodem odrzucenia oferty, jednak zasadniczym powodem odrzucenia oferty w tych zakresach było stwierdzenie różnic w wymiarach oferowanych i zamawianych urządzeń.

W zakresie pkt 3 (dotyczy części 10) zamawiający wzywał 30.04.2014 r. na podstawie **art. 26 ust. 3 Pzp** o uzupełnienie oferty przez dostarczenie rysunków technicznych

oferowanych podzespołów zgodnie z postanowieniem **rozdz. II pkt 2.3.3 specyfikacji**. W tym postanowieniu zamawiający wymagał aby wykonawca do każdej pozycji materiałowej przedstawił: (a) rysunek techniczny z nazwą i nrem rysunku przedmiotu zamówienia, (b) rysunek techniczny z nazwą i numrem rysunku wg producenta, (c) wykaz elementów, o których mowa w pkt 2.2 SWT z podaniem ich ilości i wymiarów, klasy wykonywania oraz właściwości mechanicznych śrub, łączników i (d) podstawowe wymiary geometryczne oferowanego przedmiotu, co umożliwi ocenę techniczną przedmiotu zamówienia.

Odwołujący nie załączył tego wykazu do swoich uzupełnień złożonych w wymaganym terminie 05.05.2014 r. W związku z tym zamawiający nie znajdując w uzupełnieniach tego wykazu odrzucił również ofertę w części 10 poz. 1-12 wskazując na naruszenie **rozdz. II pkt 2.3.3. lit. c specyfikacji**. Ponadto zamawiający wykazał inne naruszenie postanowień specyfikacji w zakresie:

- 1) części 10 poz. 1 i 2 (odwołujący nie dołączył zwymiarowanych rysunków oferowanych przedmiotów);
- 2) części 10 poz. 4 (odwołujący przedstawił przedmiot o innych wymiarach niż wymagane);
- 3) części 10 poz. 4-10 (odwołujący nie przedstawił zwymiarowanych rysunków oferowanych przedmiotów);
- 4) części 10 poz. 12 (odwołujący przedstawił przedmiot o innych wymiarach niż wymagane).

Powszechnie przyjęte jest jednokrotne wzywaniem do uzupełnień na podstawie **art. 26 ust. 3 Pzp. Art. 26 ust. 3 Pzp** brzmi »Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 [Pzp], lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 [Pzp], zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert«.

Jako że zamawiający już wzywał odwołującego do złożenia uzupełnień 30.04.2014 r. i odwołujący nie wykonał w pełni żądania zamawiającego zgodnie z **rozdz. II pkt 2.3.3 specyfikacji** to odwołujący nie może żądać wystosowanie przez zamawiającego kolejnego wezwania. W związku z tym skład orzekający Izby nie może przychylić się do zarzutu

pierwszego naruszenia **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp** przez odrzucenie oferty odwołującego, gdyż oferta odwołującego, nawet po uzupełnieniach nie odpowiada treści specyfikacji. Art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp brzmi » Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3«.

Ponadto w rozstrzygnięciu sprawy nie miało znaczenia złożenie przez odwołującego opinię jednostek akredytujących, z których wynika, że części stanowiące przedmiot zamówienia zostały poddane badaniom i zostały dopuszczone do stosowania w tych urządzeniach, gdyż nie dotyczyły te badania wymiarów, które były wymogiem zamawiającego. Również przesunięcie ciężaru istoty kompatybilności na możliwość współpracy urządzenia posiadanego przez zamawiającego i oferowanej części przez wykonawcę nie może być podstawą do uwzględnienia odwołania, gdyż taka współpraca nie była jedynym wymogiem zdefiniowanej przez zamawiającego kompatybilności, a pojęcie to było zwłaszcza rozszerzone o odpowiednie wymiary, a tego wymogu odwołujący nie spełnił. Także zamawiający nie ograniczył definicji do wymiarów miejsc stykowych, ale określił kompatybilność jako równość wszystkich wymiarów i tego właśnie wymogu nie spełnił odwołujący składając swoją ofertę.

W ocenie składu orzekającego Izby drugi zarzut naruszenia **art. 7 ust. 1 Pzp** przez niezachowanie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, skutkiem naruszenia wskazanego wyżej przepisu (**art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp**), tj. odrzucenie oferty odwołującego bez odpowiedniego uzasadnienia i w okolicznościach braku przesłanek do odrzucenia – nie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby stwierdził, że zamawiający uzasadnił odrzucenie oferty odwołującego i wykazał zaistnienie przesłanek do odrzucenia oferty odwołującego, czyli do zastosowania **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp**, co skład orzekający Izby przytoczył wyżej. Z drugiej strony odwołujący nie wykazał naruszenia przez zamawiającego **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp** ani **art. 7 ust. 1 Pzp**. **Art. 7 pkt 1 Pzp** brzmi »Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców«. Wobec tego skład orzekający Izby nie przychyliła się do drugiego zarzutu naruszenia **art. 7 ust. 1 Pzp** przez niezachowanie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W ocenie składu orzekającego Izby trzeci zarzut naruszenia **art. 26 ust. 3 Pzp** przez brak zwrócenia się do odwołującego o złożenie wyjaśnień w zakresie okoliczności, które legły u podstaw odrzucenia oferty odwołującego – nie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby ustalił, że zamawiający wezwał 30.04.2014 r. odwołującego do złożenia uzupełnień i odwołujący nie wykonał w pełni wszystkich żądań zamawiającego

zgodnie z **rozdz. II pkt 2.3.3 specyfikacji**. Odwołujący nie może żądać zastosowania przez zamawiającego kolejnego wezwania dotyczącego tych samych okoliczności. W związku z tym skład orzekający Izby nie może przychylić się do trzeciego zarzutu naruszenia **art. 26 ust. 3 Pzp** przez brak powtórnego żądania do odwołującego złożenia wyjaśnień i uzupełnień oferty w zakresie okoliczności, które legły u podstaw odrzucenia oferty odwołującego.

W ocenie składu orzekającego Izby czwarty zarzut naruszenia **art. 87 ust. 1 Pzp** przez odstąpienie zamawiającego od żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert w sytuacji, kiedy u zamawiającego zrodziły się wątpliwości w zakresie ewentualnej niezgodności oferty ze specyfikacją – nie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołujący nie wykazał, że u zamawiającego musiały się zrodzić wątpliwości w zakresie ewentualnej niezgodności oferty ze specyfikacją, takie że zamawiający powinien starać się je rozwiązać żądając od odwołującego wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. W rozpoznawanym postępowaniu odwołujący nie złożył wymaganych specyfikacją dokumentów, a to jest inna sytuacja niż wymagająca wyjaśnień, do których żądania byłby uprawniony zamawiający zgodnie z **art. 87 ust. 1 zdanie pierwsze Pzp**. Art. 87 ust. 1 zdanie pierwsze Pzp brzmi »W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert«. W związku z tym skład orzekający Izby nie może przychylić się do czwartego zarzutu naruszenia **art. 87 ust. 1 Pzp** przez zaniechanie żądania od odwołującego wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, gdyż zamawiający zażądał uzupełnienia oferty w określonym zakresie zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp, a odwołujący nie uzupełnił oferty o wymagane dokumenty. Wobec tego zamawiający nie miał wątpliwości i nie żądał wyjaśnień, ale od razu odrzucił ofertę na podstawie **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp**.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę dowód złożony przez zamawiającego.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3 600, 00 zł zgodnie z § 3 pkt 1 i 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).

Przewodniczący:

.....