

**Sygn. akt: KIO 1298/16**

**WYROK**  
**z dnia 1 sierpnia 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:           Paweł Trojan**

**Protokolant:               Wojciech Świdwa**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 lipca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lipca 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **FAMUR S.A., ul. Armii Krajowej 51, 40-698 Katowice oraz Kopex Machinery S.A., ul. 3 Maja 89, 41-800 Katowice** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Nowe Brzeszcze Grupa TAURON sp. z o. o., ul. Kościuszki 1, 32-620 Brzeszcze** w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Dostawę fabrycznie nowego wysokowydajnego kompleksu ścianowego wraz z wyposażeniem dla Nowe Brzeszcze Grupa TAURON sp. z o. o.”, (nr referencyjny postępowania: 011600037)

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia **MATIX Spółka z o.o., ul. Żyzna 11 L, 42-202 Częstochowa, MMC Poland Spółka z o.o., ul. Grabowa 2, 40-172 Katowice oraz IWENT Spółka z o.o., ul. Cieszyńska 96, 43-426 Dębowiec** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego.

**orzeka:**

**1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 87 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp w odniesieniu do parametru nacisku na spąg w zakresie części I zamówienia, modelu silnika w zakresie części II zamówienia oraz grubości bębna odnoszącego się do części III zamówienia i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności badania i oceny ofert, nakazuje unieważnienie czynności zaproszenia do aukcji elektronicznej oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Przystępującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia MATIX Spółka z o.o., ul. Żyzna 11 L, 42-202 Częstochowa, MMC Poland Spółka z o.o., ul. Grabowa 2, 40-172 Katowice oraz IWENT Spółka z o.o., ul. Cieszyńska 96, 43-426 Dębowiec na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwzględnieniem podstaw faktycznych wskazanych we wstępie niniejszej sentencji. W pozostałym zakresie oddala zarzuty zawarte w odwołaniu.**

**2. kosztami postępowania w wysokości 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych i zero groszy) obciąża Zamawiającego - Nowe Brzeszcze Grupa TAURON sp. z o. o., ul. Kościuszki 1, 32-620 Brzeszcze i:**

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia FAMUR S.A., ul. Armii Krajowej 51, 40-698 Katowice oraz Kopex Machinery S.A., ul. 3 Maja 89, 41-800 Katowice tytułem wpisu od odwołania,**
- 2) zasądza od Zamawiającego - Nowe Brzeszcze Grupa TAURON sp. z o. o., ul. Kościuszki 1, 32-620 Brzeszcze na rzecz wykonawców - wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia FAMUR S.A., ul. Armii Krajowej 51, 40-698 Katowice oraz Kopex Machinery S.A., ul. 3 Maja 89, 41-800 Katowice kwotę w wysokości 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych i zero groszy) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.**

**3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 22 grudnia 2015 r., poz. 2164 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 **Krakowie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Uzasadnienie**  
**do wyroku z dnia 1 sierpnia 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1298/16**

Zamawiający – Nowe Brzeszcze Grupa TAURON sp. z o. o., ul. Kościuszki 1, 32-620 Brzeszcze prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Dostawę fabrycznie nowego wysokowydajnego kompleksu ścianowego wraz z wyposażeniem dla Nowe Brzeszcze Grupa TAURON sp. z o. o.”, (nr referencyjny postępowania: 011600037).

Izba ustaliła, iż postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 18.04.2016 r. Zamawiający przekazał ogłoszenie o zamówieniu do publikacji Urzędowi Oficjalnych Publikacji UE;

W dniu 23.04.2016 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE pod numerem 2016/S 080-142940.

W dniu **13.07.2016 r.** Zamawiający przekazał informację o ocenie ofert wraz z zaproszeniem do aukcji elektronicznej.

W dniu **15.07.2016 r.** wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia FAMUR S.A., ul. Armii Krajowej 51, 40-698 Katowice oraz Kopex Machinery S.A., ul. 3 Maja 89, 41-800 Katowice wnieśli odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań Zamawiającego podjętych w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę fabrycznie nowego wysokowydajnego kompleksu ścianowego wraz z wyposażeniem dla Nowe Brzeszcze Grupa TAURON sp. z o. o.”, nr referencyjny: 011600037:

1. Czynność badania i oceny ofert w tym zwłaszcza:
  - a. Zaniechanie wezwania do wyjaśnienia konsorcjum spółek MATIX sp. z o. o. z siedzibą w Częstochowie, MMC Poland sp. z o. o. z siedzibą w Katowicach oraz IWENT sp. z o. o. z siedzibą w Dębowcu z treścią SIWZ na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie, w jakim treść oferty wskazanego wykonawcy jest niezgodna z treścią SIWZ;

- b. Zaniechanie wykluczenia z postępowania konsorcjum spółek MATIX sp. z o. o. z siedzibą w Częstochowie, MMC Poland sp. z o. o. z siedzibą w Katowicach oraz IWENT sp. z o. o. z siedzibą w Dębowcu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp;
- c. Zaniechanie uznania oferty konsorcjum spółek MATIX sp. z o. o. z siedzibą w Częstochowie, MMC Poland sp. z o. o. z siedzibą w Katowicach oraz IWENT sp. z o. o. z siedzibą w Dębowcu za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp;
- d. Zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum spółek MATIX sp. z o. o. z siedzibą w Częstochowie, MMC Poland sp. z o. o. z siedzibą w Katowicach oraz IWENT sp. z o. o. z siedzibą w Dębowcu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp pomimo sprzeczności oferty z treścią SIWZ;

2. Czynność zaproszenia konsorcjum spółek MATIX sp. z o. o. z siedzibą w Częstochowie, MMC Poland sp. z o. o. z siedzibą w Katowicach oraz IWENT sp. z o. o. z siedzibą w Dębowcu do udziału w aukcji elektronicznej pomimo tego, że oferta tego wykonawcy powinna podlegać odrzuceniu;

Wskazany wyżej czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- 1. art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy PZP w zw. z art. 24 ust. 4 i w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy PZP poprzez jego niezastosowanie skutkujące niewykluczeniem konsorcjum spółek MATIX sp. z o. o. z siedzibą w Częstochowie, MMC Poland sp. z o. o. z siedzibą w Katowicach oraz IWENT sp. z o. o. z siedzibą w Dębowcu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego a w konsekwencji nieodrzczeniem oferty tego wykonawcy, podczas gdy wykonawca ten nie złożył wymaganych przez Zamawiającego wyjaśnień jak również nie złożył wymaganych przez Zamawiającego, brakujących dokumentów, w związku z czym oferta wykonawcy jest niezgodna z treścią SIWZ;
- 2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez nieodrzczenie oferty konsorcjum spółek MATIX sp. z o. o. z siedzibą w Częstochowie, MMC Poland sp. z o. o. z siedzibą w Katowicach oraz IWENT sp. z o. o. z siedzibą w Dębowcu, podczas gdy oferta tego wykonawcy nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a co za tym idzie, powinna zostać odrzucona;
- 3. art. 91b ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie polegające na dopuszczeniu konsorcjum spółek MATIX sp. z o. o. z siedzibą w Częstochowie, MMC Poland sp. z o. o. z siedzibą w Katowicach oraz IWENT sp. z o. o. z siedzibą w Dębowcu do udziału w aukcji elektronicznej i zaproszeniu tego wykonawcy do udziału w aukcji elektronicznej, podczas gdy oferta tego wykonawcy powinna podlegać odrzuceniu, a w konsekwencji wykonawca ten nie powinien otrzymać zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej;

4. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zażądania od konsorcjum spółek MATIX sp. z o. o. z siedzibą w Częstochowie, MMC Poland sp. z o. o. z siedzibą w Katowicach oraz IWENT sp. z o. o. z siedzibą w Dębowcu wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie wszystkich niezgodności oferty w stosunku do SIWZ;

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosi o:

1. uwzględnienie odwołania w całości;
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności badania i oceny ofert; jak również nakazania Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
4. nakazanie Zamawiającemu wykluczenia z postępowania wykonawcy: konsorcjum spółek MATDC sp. z o. o. z siedzibą w Częstochowie, MMC Poland sp. z o. o. z siedzibą w Katowicach oraz IWENT sp. z o. o. z siedzibą w Dębowcu i uznania jego oferty za odrzuconą, względnie nakazania odrzucenia oferty tego wykonawcy;
5. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności zaproszenia wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej;
6. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego;
7. zasądzenie na rzecz Odwołującego zwrotu uzasadnionych i udokumentowanych kosztów udziału w postępowaniu odwoławczym.

Odwołujący podniósł, że ma interes prawny Odwołującego we wniesieniu odwołania wskazując następujące okoliczności: Odwołujący złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający w punkcie 4.7 SIWZ przewidział w przedmiotowym postępowaniu przeprowadzenie aukcji elektronicznej w celu wyboru oferty najkorzystniejszej. Zgodnie z punktem 4.7.2.1 po dokonaniu oceny złożonych ofert, w celu wyboru oferty najkorzystniejszej, przeprowadzona zostanie aukcja elektroniczna, jeżeli w postępowaniu złożone zostaną co najmniej trzy oferty nie podlegające odrzuceniu. Zgodnie z punktem 4.7.3 w przypadku, gdy w wyniku dokonania oceny ofert nie będzie ważnych 3 ofert niepodlegających odrzuceniu, Zamawiający dokona wyboru najkorzystniejszej oferty bez zastosowania aukcji elektronicznej na podstawie ofert złożonych w postępowaniu.

Pismem z dnia 13 lipca 2016 r. Zamawiający drogą mailową poinformował Odwołującego o dopuszczeniu do udziału w aukcji elektronicznej łącznie 3 Wykonawców, w tym konsorcjum spółek MATIX sp. z o. o. z siedzibą w Częstochowie, MMC Poland sp. z o. o. z siedzibą w Katowicach oraz IWENT sp. z o. o. z siedzibą w Dębowcu, którego oferta jest sprzeczna z treścią SIWZ i jako taka powinna podlegać odrzuceniu, a wykonawca ten powinien być wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W ocenie Odwołującego dopuszczenie do udziału w aukcji elektronicznej, jako jednego z 3 wykonawców wykonawcy, którego oferta jest sprzeczna z treścią SIWZ i nie spełnia jej wymagań, a zatem powinna podlegać odrzuceniu, z całą pewnością wpłynie na ostateczny wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób naruszający interes prawny i faktyczny odwołującego. W wyniku oceny ofert dokonanych przed przeprowadzeniem aukcji elektronicznej Odwołujący jest na pierwszym miejscu. W związku z powyższym jeżeli oferta konsorcjum spółek MATDC sp. z o. o. z siedzibą w Częstochowie, MMC Poland sp. z o. o. z siedzibą w Katowicach oraz IWENT sp. z o. o. z siedzibą w Dębowcu zostałyby odrzucone, to Odwołujący uzyskałby udzielenie zamówienia w przedmiotowym postępowaniu.

W ramach uzasadnienia Odwołujący wskazał, że Zamawiający w pkt 4.7.2.1 SIWZ Zamawiający przewidział, iż w celu wyboru najkorzystniejszej oferty przeprowadzi aukcję elektroniczną jeżeli w postępowaniu zostaną złożone co najmniej trzy oferty nie podlegające odrzuceniu.

Z kolei w pkt 4.7.3 SIWZ Zamawiający wskazał, że jeżeli nie będzie trzech ważnych ofert nie podlegających odrzuceniu, Zamawiający dokona wyboru najkorzystniejszej oferty bez zastosowania aukcji elektronicznej na podstawie ofert złożonych w Postępowaniu.

W dniu 13 lipca 2016 r. Zamawiający drogą elektroniczną poinformował Odwołującego o wynikach wstępnej oceny ofert i o dopuszczeniu do aukcji trzech wykonawców, w tym konsorcjum spółek MATIX sp. z o. o. z siedzibą w Częstochowie, MMC Poland sp. z o. o. z siedzibą w Katowicach oraz IWENT sp. z o. o. z siedzibą w Dębowcu. Odwołujący zapoznał się z ofertami pozostałych wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu, jak również z aktami postępowania. Po analizie akt przedmiotowego postępowania Odwołujący ustalił, że oferta konsorcjum spółek MATIX sp. z o. o. z siedzibą w Częstochowie, MMC Poland sp. z o. o. z siedzibą w Katowicach oraz IWENT sp. z o. o. z siedzibą w Dębowcu została przez Zamawiającego oceniona jako zgodna z przepisami obowiązującego prawa, jak również jako zgodna z SIWZ i została dopuszczona do dalszego postępowania tj. do aukcji elektronicznej.

Zdaniem Odwołującego takie działania Zamawiającego nie mogą być uznane za zgodne z prawem.

Konsorcjum spółek MATIX sp. z o. o. z siedzibą w Częstochowie, MMC Poland sp. z o. o. z siedzibą w Katowicach oraz IWENT sp. z o. o. z siedzibą w Dębowcu (dalej również

jako: „Wykonawca”) w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego złożyło ofertę z dnia 30 maja 2016 r. W dniu 7 czerwca 2016 r. nastąpiło otwarcie ofert i Zamawiający dokonał ich zbadania. Na skutek zbadania oferty konsorcjum spółek MATIX sp. z o. o. z siedzibą w Częstochowie, MMC Poland sp. z o. o. z siedzibą w Katowicach oraz IWENT sp. z o. o. z siedzibą w Dębowcu Zamawiający pismem z dnia 20.06.2016 r., oraz pismem z dnia 6.07.2016 r. działając na podstawie art. 26 ust 3 ustawy PZP wezwał tego wykonawcę do złożenia wyjaśnień oraz do uzupełnienia brakujących dokumentów z uwagi na fakt, że złożona oferta nie była zgodna z treścią SIWZ.

Na skutek wezwania do złożenia wyjaśnień w/w Wykonawca złożył dokument zawierający obszerne wyjaśnienia oraz uzupełnienia do SWIZ, jednakże wyjaśnienia te, w ocenie Odwołującego, nie są wystarczające dla uznania, że oferta konsorcjum spółek MATIX sp. z o. o. z siedzibą w Częstochowie, MMC Poland sp. z o. o. z siedzibą w Katowicach oraz IWENT sp. z o. o. z siedzibą w Dębowcu jest zgodna z wymogami SIWZ. Przeciwnie, zdaniem Odwołującego, sposób złożenia wyjaśnień, ich zakres i treść budzą poważne wątpliwości co do ich zgodności z SIWZ i przepisami obowiązującego prawa:

1. Zgodnie z SIWZ w zakresie dostawy przenośnika zgrzeblowego Zamawiający wymagał, aby wykonawca zaoferował silnik elektryczny jednobiegowy chłodzony wodą 400 kW, 3,3 kV, średnica wału 110 mm. W wykonaniu tego wymogu Wykonawca, na stronie 286 swojej oferty zaoferował silnik DAMEL SG3 450X-4A (3300V). Zamawiający stwierdził, że w ofercie brak jest dopuszczenia Prezesa WUG dla tego silnika elektrycznego i w konsekwencji, w punkcie 1 pisma z dnia 20 czerwca 2016 r. dotyczącego wyjaśnień i uzupełnienia złożonej oferty, Zamawiający wezwał konsorcjum spółek MATIX sp. z o. o. z siedzibą w Częstochowie, MMC Poland sp. z o. o. z siedzibą w Katowicach oraz IWENT sp. z o. o. z siedzibą w Dębowcu do przedłożenia brakującej decyzji Prezesa WUG dopuszczającej oferowane urządzenia do stosowania w podziemnych zakładach górniczych.

W wykonaniu zobowiązania Zamawiającego do przedłożenia dokumentu dopuszczenia Prezesa WUG dla w/w silników Wykonawca złożył dopuszczenie Prezesa WUG dla silnika DAMEL 2SG3 400X-4c (3300V) jednobiegowego, chłodzonego wodą, a więc silnika innego niż pierwotnie oferowany. Jednocześnie Wykonawca dokonał niedopuszczalnej w świetle art. 87 ust. 1 ustawy PZP zmiany oferty, wprowadzając model silnika, co do którego miał dopuszczenie Prezesa WUG, to jest silnika DAMEL 2SG3 400X-4c (3300V) do tabel załączonych do wyjaśnień do oferty, tj. do dokumentu „Podstawowa charakterystyka techniczna przenośnika zgrzeblowego C3K 330/885” oraz do wyjaśnień w zakresie skróconego opisu technicznego urządzeń zawierającego między innymi charakterystykę



techniczną urządzeń, opis budowy, konstrukcji i zasady działania oraz rysunki kompletnej, zmontowanej maszyny z wymiarami głównych podzespołów.

W ocenie Odwołującego dołączenie dopuszczenia prezesa WUG dla silnika innego niż oferowany wzbudziło co prawda wątpliwości Zamawiającego, który pismem z dnia 6 lipca 2016 r. w pkt. 2) zwrócił się do Wykonawcy o wyjaśnienie: „dlaczego w ramach uzupełnienia braku dopuszczenia Prezesa WUG dla oferowanego silnika DAMEL SG3 450X-4A (3300V) złożone zostało dopuszczenie Prezesa WUG dla silnika DAMEL 2SG3 400X-4c (3300V)”. W odpowiedzi Wykonawca ponownie złożył kopię dopuszczenia Prezesa WUG dla silnika DAMEL 2SG3 400X-4c (3300V) oraz potwierdził, że zmienia oferowane silniki na DAMEL 2SG3 400X-4c (3300V).

W ocenie Odwołującego z powyższego wynika, że na skutek zobowiązania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia brakujących dokumentów, Wykonawca w sposób bezprawny dokonał zmiany oferty w zakresie oferowanego silnika z modelu DAMEL SG3 450X-4A (3300V) (strona 286 oferty Wykonawcy) na model DAMEL 2SG3 400X-4C (3300V). Z uwagi na sprzeczność takiego postępowania z obowiązującymi przepisami dokonana zmiana oferty w ogóle nie powinna być brana pod uwagę przez Zamawiającego, a dokonując oceny oferty Zamawiający powinien wziąć pod uwagę ofertę w pierwotnej treści, to jest obejmującą silnik marki DAMEL SG3 450X-4A (3300V).

Jak wskazano w uzasadnieniu podkreślić należy, że w przypadku zmiany rodzaju silnika z modelu DAMEL SG3 450X-4A (3300V) na model DAMEL 2SG3 400X-4C (3300V) nie może być mowy o omyłce Wykonawcy podlegającej sprostowaniu w trybie art. 87 ust. 3 ustawy PZP. Odmienny od pierwotnie oferowanego model silnika Wykonawca wskazał bowiem w dwóch dokumentach: opisie technicznym ścianowego przenośnika zgrzeblowego oraz w złożonym dopuszczeniu Prezesa WUG dla tego silnika. Bez wątplenia zmiana modeli silnika nastąpiła na skutek wezwania Zamawiającego do złożenia dopuszczenia Prezesa WUG do stosowania w podziemnych zakładach górniczych oferowanego przez wykonawcę silnika elektrycznego jednobiegowego chłodzonego wodą, którego wykonawca po prostu nie miał dla oferowanego silnika, tj. modelu DAMEL SG3 450X-4A (3300V).

Następnie Odwołujący powołał orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 maja 2016 r. KIO 708/16 zgodnie z którym „Zakazu zmiany treści oferty nie należy postrzegać jako zakazu zmiany niemal co do każdej zawartej w niej litery, ale - w pewnym uproszczeniu - jako zakaz zmiany tego, co zaoferowano, na coś innego”. W omawianym przypadku, w ocenie Odwołującego, niewątpliwie nastąpiła zmiana pierwotnie oferowanego silnika DAMEL SG3

450X-4A (3300V) nieposiadającego dopuszczenia prezesa WUG na silnik DAMEL 2SG3 400X-4C (3300V) takie dopuszczenie posiadający.

Dalej, na skutek wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów i złożenia dopuszczenia Prezesa WUG dla oferowanego pierwotnie silnika wykonawca ostatecznie nie złożył dokumentu, do którego uzupełnienia wzywał Zamawiający. Wykonawca w uzupełnieniu oferty złożył dopuszczenie Prezesa WUG dla silnika wprowadzonego do oferty na skutek bezprawnej zmiany oferty, to jest silnika AMEL 2SG3 400X-4C (3300V),

Jak wskazano w uzasadnieniu odwołania wynika stąd, że w istocie wykonawca nie uzupełnił oferty o brakujący dokument dopuszczenia Prezesa WUG, jako że dopuszczenie Prezesa WUG, które zostało złożone, nie dotyczy silnika oferowanego w pierwotnej ofercie, przed dokonaniem nieuprawnionej zmiany. W konsekwencji oferta konsorcjum spółek MATIX sp. z o. o. z siedzibą w Częstochowie, MMC Poland sp. z o. o. z siedzibą w Katowicach oraz IWENT sp. z o. o. z siedzibą w Dębowcu zawiera istotne braki w stosunku do wymogów określonych w SIWZ, to jest Wykonawca ten oferuje silnik elektryczny nie posiadający dopuszczenia Prezesa WUG do stosowania w podziemnych zakładach górniczych.

Zamawiający zaś, pomimo dwukrotnego wezwania Wykonawcy do wyjaśnienia rozbieżności i mimo odnotowania, że nastąpiła zmiana oferty w zakresie silników elektrycznych chłodzonych wodą nie uznał za stosowne odrzucić ofertę i wykluczyć Wykonawcę z dalszego udziału w postępowaniu.

2. W dalszej części uzasadnienia odwołania zostało wskazane, że zgodnie z załącznikiem nr 8a do SIWZ pkt 3 ppkt 18 Zamawiający wymagał, aby w zwrotni zabudować bęben zwrotny o średnicy w zakresie 550-650 mm, wzmocnionej konstrukcji z łożyskami smarowanymi olejem. Na stronie 273 oferty (punkt 4.5 Stacja zwrotna) potwierdzono średnicę bębna 800 mm co było niezgodne z wymaganiami SIWZ. Wykonawca również na stronie 92 swoich wyjaśnień wskazał jako oferowany bęben gumowany o średnicy 500 mm, zatem niezgodny z wymogami załącznika nr 8a do SIWZ. Pomimo, że Wykonawca w swoich wyjaśnieniach jasno i jednoznacznie wskazał średnicę oferowanego bębna, Zamawiający, pismem z dnia 6 lipca 2016 r. ponownie wezwał Wykonawcę do wyjaśnienia "rozbieżności w ofercie". Na skutek drugiego wezwania Wykonawca ostatecznie zdecydował zaoferować bęben o średnicy wymaganej przez SIWZ i podał, że oferuje bęben taśmy - bęben gumowany o średnicy 630 mm.

Odwołujący wskazał, że są to niedopuszczalne zmiany w stosunku do pierwotnej oferty, szczególnie, że Wykonawca był proszony o wyjaśnienie rozbieżności dwukrotnie.

Nadto, w jego ocenie, jako bezprawne należy uznać działanie Zamawiającego, który kilkakrotnie wzywa Wykonawcę do uzupełnienia oferty lub "wyjaśnienia rozbieżności" oferty w zakresie tego samego zakresu oferty. Oferta Wykonawcy powinna ulec odrzuceniu najpóźniej po dokonaniu pierwszych wyjaśnień, w których Wykonawca ponownie podał średnicę bębna sprzeczną z SIWZ

3. W kolejnym punkcie uzasadnienia zostało podniesione, że Zamawiający wezwał Wykonawcę do uzupełnienia załącznika nr 8a do SIWZ część 4 Dostawa dwóch nowych przenośników taśmowych o szerokości taśmy 1200 mm. W odpowiedzi na to zobowiązanie wykonawca złożył dokument „Podstawowa charakterystyka techniczna przenośnika zgrzeblowego C3K 330/885”, zatem Wykonawca w tym zakresie nie złożył wymaganych wyjaśnień. Nadto w dokumencie „Podstawowa charakterystyka techniczna przenośnika zgrzeblowego C3K 330/885” Wykonawca dokonał niedopuszczalnej w świetle art. 87 ust. 1 ustawy PZP zmiany oferty w zakresie rodzaju silnika elektrycznego chłodzonego wodą, o której mowa w pkt 1 niniejszych zarzutów.

4. Zamawiający w pierwszym wezwaniu do uzupełnienia braków i złożenia wyjaśnień do oferty konsorcjum spółek MATIX sp. z o. o. z siedzibą w Częstochowie, MMC Poland sp. z o. o. z siedzibą w Katowicach oraz IWENT sp. z o. o. z siedzibą w Dębowcu zwrócił uwagę, że zamieszczone na stronach 286 i 287 oferty rysunki dotyczące przenośnika zgrzeblowego ścianowego nie zawierają wskazania wymiarów kompletnej zmontowanej maszyny oraz wymiarów głównych podzespołów, tj. napędu wysypowego, napędu zwrotnego, rynien najazdowych, kruszarki ścianowej oraz brakuje rysunku kruszarki ścianowej. Zamawiający wezwał Wykonawcę do uzupełnienia tych braków. W wykonaniu wezwania Wykonawca załączył wymagane rysunki, jednak na rysunku przenośnika podścianowego (strona 167 wyjaśnień Wykonawcy) wskazane zostały rozbieżne wymiary wysokości przenośnika.

Wykonawca nie wywiązał się z nałożonego na niego obowiązku podania wymiarów kompletnej maszyny. Skoro podane wymiary jednego urządzenia na dwóch rysunkach zasadniczo się różnią, to trudno uznać, by Wykonawca podał wiążącą, jednoznaczną informację co do tych wymiarów.

5. W punkcie 1.6, oferty wykonawcy, strona 30 i 31 opisu technicznego obudowy zmechanizowanej przedstawiono tabelę z maksymalnym naciskiem na spąg liczonym wg metody Jacksona oraz wartości przyjęte do dokonania obliczeń. Po podstawieniu podanych przez Wykonawcę danych wyjściowych do wzoru na obliczenie maksymalnego nacisku na spąg, maksymalny nacisk na spąg  $Q_{max}$  wynosi 5,72 MPa, co jest niezgodne z podaną przez wykonawcę wartością, tj. 5,24 MPa, jak również przekracza określony przez zamawiającego w załączniku nr 8a, do SIWZ, cz. 1, pkt 16, str. 38 SIWZ maksymalny nacisk na spąg, który wynosi 5,5 MPa.

Pismem z dnia 6 lipca 2016 r. Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy z prośbą o wyjaśnienie błędu w obliczeniach. W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca przedstawił zmienione „Diagramy rozkładu nacisku właściwego na spąg dla sekcji liniowej i skrajnej” (Str. 4 dodatkowych wyjaśnień) w którym dostosowano parametry podstawiane do wzoru na obliczenie nacisku na spąg metodą Jacksona tak, aby ich podstawienie do wzoru dało wynik podany, czyli 5,24 MPa. Zmiana współczynników podanych jako wartości  $a$  i  $b$  oraz  $x$  i  $1$  w stosunku do przedstawionych w pierwotnej ofercie, może być tylko wynikiem zmian geometrycznych (długościowych) elementów składowych sekcji obudowy.

Skoro nastąpiła zmiana fizycznej długości elementów oferowanej sekcji to, w ocenie Odwołującego, należy uznać, że po raz kolejny Wykonawca dokonał nieuprawnionej zmiany oferty oferując sekcję o innych niż pierwotnie oferowana wymiarach dostosowanych tak, aby spełniać wymóg maksymalnego nacisku na spąg.

Na marginesie Odwołujący podniósł, że dostosowanie parametrów sekcji do osiągniętego wyniku po zwróceniu przez Zamawiającego uwagi na nieprawidłową wartość dopuszczalnego nacisku budzi poważne wątpliwości co do ich prawdziwości.

6. Zamawiający wymaga aby urządzenie o nazwie "Mobilna wiertnica ścianowa" było przystosowane do zasilania go ciśnieniem 30 MPa (Załącznik nr 8a do SIWZ; część 10; pkt. 3 oraz Załącznik nr 8a do SIWZ; część 10; pkt. 12). Tym czasem zaoferowane urządzenie przez Wykonawcę może być zasilane maksymalnie ciśnieniem 28 MPa, czyli mniejszym niż wymaga tego w SIWZ zamawiający. Innymi słowy oferowana przez Wykonawcę wiertnica ścianowa nie ma wymaganej wytrzymałości w zakresie zasilania ciśnieniem. Pismem z dnia

7 lipca 2016 r. Zamawiający w punkcie 4 tego pisma zwrócił się o wyjaśnienie rozbieżności w ofercie w tym zakresie.

W pierwszej kolejności należy podkreślić, że w zakresie wytrzymałości ciśnieniowej wiertnicy ścianowej w ofercie Wykonawcy nie było żadnych rozbieżności. Wykonawca jasno i wyraźnie podał na stronie 244 oferty maksymalne dopuszczalne ciśnienie mobilnej wiertnicy ścianowej na 28 MPa. Wartość ciśnienia wynikała również z kopii karty katalogowej producenta wiertnicy (strona 540 oferty), z której wprost wynikała dopuszczalna wartość ciśnienia. W wyniku otrzymania zapytania od Zamawiającego Wykonawca zmienił wartość dopuszczalną ciśnienia w wiertnicy na wymagane 30 MPa. Oznacza to w konsekwencji, że Wykonawca znowu dokonał nieuprawnionej zmiany w stosunku do oferty po jej otwarciu i zaoferował Zamawiającemu mobilną wiertnicę ścianową o zupełnie innych, niż pierwotnie zaoferowane, parametrach.

7. W załączniku nr 8 do SIWZ część 1 i w załączniku nr 8i do SIWZ oraz w odpowiedzi na pytanie numer 62 wyjaśnień Zamawiającego z dnia 23 maja 2016 r. Zamawiający wskazał, że wymaga, aby rysunek sekcji skrajnej wykonany w skali, o którym mowa w punkcie VII e, był wykonany przy napędzie zwrotnym przenośnika z zachowaniem ścieżki kombajnowej 400 mm i odsłonięcia stropu w zakresie 400-500 mm po wykonaniu skrawu i wysunięciu stropnicy wysuwanej oraz przy sekcji dosuniętej do przenośnika. Na stronie 237-239 i 253-255 oferty konsorcjum spółek MATIX sp. z o. o. z siedzibą w Częstochowie, MMC Poland sp. z o. o. z siedzibą w Katowicach oraz IWENT sp. z o. o. z siedzibą w Dębowcu ścieżka kombajnowa wynosi 300 mm, a zatem o 100 mm mniej, niż szerokość ścieżki wymagana przez Zamawiającego. Oferowana sekcja nie spełnia zatem wymogów SIWZ.

Zamawiający skierował do Wykonawcy pismem z dnia 6 lipca 2016 r., prośbę o „wyjaśnienie rozbieżności w ofercie” i wskazanie, dlaczego oferowana ścieżka kombajnowa wynosi 300 mm. I znowu należy stwierdzić po pierwsze, że oferta Wykonawcy w tym zakresie nie zawierała żadnych rozbieżności - Wykonawca jasno i jednoznacznie zaoferował urządzenia ze ścieżką kombajnową wynoszącą 300 mm. Jednak w odpowiedzi na zapytanie Zamawiającego Wykonawca zmienił parametry układu: przenośnik - sekcja skrajna w kompleksie tak, że ścieżka kombajnowa wynosi 400 mm, zgodnie z dolną granicą wymaganą przez Zamawiającego. Zmiana szerokości ścieżki kombajnowej skutkuje zmianą innych parametrów sekcji i przenośnika, co wpływa na zmianę ich postaci konstrukcyjnej. Oznacza to, że Wykonawca po raz kolejny, bezprawnie dokonał zmiany w ofercie po jej otwarciu zmieniając oferowany przedmiot. Takie działanie Wykonawcy jest niedopuszczalne w świetle

art. 87 ust. 1 ustawy PZP a co za tym idzie powinno skutkować odpowiednią reakcją Zamawiającego i wykluczeniem Wykonawcy z dalszego udziału w postępowaniu.

Z uwagi na powyższej wskazane rozbieżności pomiędzy wymaganiami Zamawiającego ujętymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia a ofertą wykonawcy: konsorcjum spółek MATIX sp. z o. o. z siedzibą w Częstochowie, MMC Poland sp. z o. o. z siedzibą w Katowicach oraz IWENT sp. z o. o. z siedzibą w Dębowcu, oferta tego wykonawcy, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy PZP powinna podlegać odrzuceniu, jako nieodpowiadająca treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wszelkie zmiany, jakich Wykonawca dokonał na skutek wezwania Zamawiającego do złożenia wyjaśnień należy uznać za zbyt daleko idące w stosunku do pierwotnie oferowanego przedmiotu zamówienia, w związku z czym zmiany te nie powinny być w ogóle brane pod uwagę, jako niedopuszczalne. W konsekwencji, wobec rażącej niezgodności oferty Wykonawcy z treścią SIWZ oferta ta powinna być odrzucona, a Wykonawca wykluczony z dalszego udziału w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

W ocenie Odwołującego podkreślić należy, że zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem KIO Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada między innymi pod względem przedmiotu zamówienia lub sposobu jego wykonania wymaganiom zawartym w SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 p.z.p. W tym zakresie wskazać należy, że oferta nie odpowiadająca treści SIWZ to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji. Odmiennosc ta może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy bądź też usługi, nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego. ” (tak: Wyrok KIO z dnia 14 sierpnia 2014 r. KIO 1543/14).

Nadto, wobec nieuzupełnienia dokumentów, co do których złożenia Zamawiający wezwał Wykonawcę, to jest dopuszczenia Prezesa WUG do pracy w podziemiach kopalni dla oferowanego silnika DAMEL SG3 450X-4A (3300V), Wykonawca powinien być wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4) w zw. z art. 25 ustawy PZP a jego oferta powinna być uznana za odrzuconą na zasadzie art. 24 ust. 4 ustawy PZP.

Mając na uwadze powyższe, niniejsze odwołanie jest uzasadnione i wnoszę o jego uwzględnienie w całości.

Izba ustaliła, iż przedmiotem odwołania jest czynność polegająca na ocenie ofert i zaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej.

**Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, ofertą złożoną w postępowaniu przez Przystępującego oraz korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Wnoszący odwołanie złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę, zaś w przypadku uwzględnienia odwołania ma on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia i uznania jego oferty za najkorzystniejszą bez konieczności przeprowadzenia aukcji elektronicznej.

Izba dopuściła 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 z treści ogłoszenia o

zamówieniu, treści SIWZ, oferty złożonej w postępowaniu przez Przystępującego, jak również korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie Zamówienia publicznego.

Izba uwzględniła również i przeprowadziła dowody zawnioskowane przez strony i uczestnika postępowania zarówno w pismach procesowych, jak i zawnioskowane na rozprawie. Izba będąc związaną treścią art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, który stoi na przeszkodzie orzekaniu co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu pominęła dowody przedłożone przez Odwołującego w zakresie poprawności wyliczenia siły nacisku na spąg wg metody Jacksona w całym zakresie ujętym w tabelach znajdujących się w ofercie Przystępującego, tj. pominęła dowody z przedłożonych na rozprawie rysunków oznaczonych numerami 8 i 10.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w SIWZ (sporządzona 18.04.2016 r. Brzeszcze) postawił następujące wymagania:

W pkt 3.3. SIWZ na str. 12 zatytułowanym „Wymagania dla dostaw oraz dokumenty i oświadczenia na potwierdzenie spełnienia tych wymagań.” W kolejnych podpunktach zostały sformułowane następujące wymagania wobec przedmiotu zamówienia:

3.3.1. Wymaga się, aby oferowany produkt spełniał wymagane przez Zamawiającego parametry techniczno-użytkowe określone w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia, o którym mowa w pkt 2.1.2. SIWZ

Na potwierdzenie spełniania powyższego wymagania Wykonawca załączy do oferty:

3.3.2.1. Wykaz spełnienia istotnych dla Zamawiającego wymagań i parametrów techniczno – użytkowych - załącznik nr 8a do SIWZ

3.3.2.2. Dokumenty określone w Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia w załączniku nr 8 pkt VII SIWZ.

3.3.2. Wymaga się, aby oferowany produkt spełniał wymogi obowiązujących przepisów tj.:

Dla ścianowej obudowy zmechanizowanej i wysokociśnieniowej instalacji zasilającej



1. Aktów prawnych wdrażających dyrektywy nowego podejścia UE do polskiego ustawodawstwa:

a) Ustawy z dnia 20.04.2004r. o zmianie i uchyleniu niektórych ustaw w związku z uzyskaniem przez Rzeczpospolitą Polską członkostwa w Unii Europejskiej,

b) Rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 21 października 2008 r. w sprawie zasadniczych wymagań dla maszyn (Dz. U. Nr 199, poz.1228), Dyrektywa 2006/42/WE,

c) Rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 22 grudnia 2005 r. w sprawie zasadniczych wymagań dla urządzeń i systemów ochronnych przeznaczonych do użytku w przestrzeniach zagrożonych wybuchem (dyrektywa 94/9WE–ATEX) w zakresie grupy I kategorii M2 – urządzeń przeznaczonych do użytku w zakładach górniczych, w których występuje zagrożenie metanowe lub zagrożenie wybuchem pyłu węglowego,

d) Rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 21 grudnia 2005r. w sprawie zasadniczych wymagań dla urządzeń ciśnieniowych i zespołów urządzeń ciśnieniowych (Dz. U. Nr 263/2005, poz. 2200), Dyrektywa 97/23/WE,

2. Ustawy Prawo Geologiczne i Górnicze (Dz. U. z 2014 r. poz. 613 z późn. zm.),

3. Rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 28 czerwca 2002 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy, prowadzenia ruchu oraz specjalistycznego zabezpieczenia przeciwpożarowego w podziemnych zakładach górniczych z późn. zmianami,

4. Rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 14 czerwca 2002r. w sprawie zagrożeń naturalnych w zakładach górniczych, z późniejszymi zmianami,

5. Ustawy z dnia 30.08.2002r. o systemie oceny zgodności (Dz. U. Nr 166, poz. 1360 z późn. zm.),

6. Rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 30.10.2002 r. w sprawie minimalnych wymagań dotyczących bezpieczeństwa i higieny pracy w zakresie użytkowania maszyn przez pracowników podczas pracy (Dz. U. Nr 191 poz.1596 z późn. zm.),

7. Norm, dotyczących przedmiotu zamówienia, aktualnych na dzień dostawy z uwzględnieniem zastrzeżeń wprowadzonych przez zamawiającego.

a) PN-EN 1804-1+A1: 2011 Maszyny dla górnictwa podziemnego. Wymagania bezpieczeństwa dla obudowy zmechanizowanej – Część 1: Sekcje obudowy i wymagania ogólne.,

b) PN-EN 1804-2 +A1:2012 Maszyny dla górnictwa podziemnego. Wymagania bezpieczeństwa dla obudowy zmechanizowanej – Część 2: Stojaki, podpory i siłowniki pomocnicze.,

c) PN-EN 1804-3+A1:2012 Maszyny dla górnictwa podziemnego. Wymagania bezpieczeństwa dla obudowy zmechanizowanej – Część 3: Układy sterowania hydraulicznego.,

- d) PN-EN ISO 4413:2011 Bezpieczeństwo maszyn. Wymagania bezpieczeństwa dotyczące układów hydraulicznych i pneumatycznych i ich elementów. Hydraulika.,
- e) PN-EN ISO 12100:2012 Bezpieczeństwo Maszyn
- f) PN-G-32010:2012 Górnicze napędy i sterowania hydrauliczne. Hydrauliczne przewody giętkie z oplotem metalowym. Wymagania i badania.
- g) PN-G-32000:2011 Górnicze napędy i sterowania hydrauliczne. Złącza wtykowe. Podstawowe parametry i wymiary.
- h) PN-EN 13463-1:2010 Urządzenia nielektryczne w przestrzeniach zagrożonych wybuchem. Część 1: Podstawowe założenia i wymagania.,
- i) PN-EN ISO 9606-1:2014-02 Egzamin kwalifikacyjny spawaczy – Spawanie – Część 1: Stale.,
- j) PN-G-02600: 1996 Oświetlenie podziemnych wyrobisk zakładów górniczych.

Dla pozostałych urządzeń

1. Aktów prawnych wdrażających dyrektywy nowego podejścia UE do polskiego ustawodawstwa:

- a) Ustawy z dnia 20.04.2004r. o zmianie i uchyleniu niektórych ustaw w związku z uzyskaniem przez Rzeczpospolitą Polską członkostwa w Unii Europejskiej,
- b) Rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 21 października 2008 r. w sprawie zasadniczych wymagań dla maszyn (Dz. U. Nr 199, poz.1228), Dyrektywa 2006/42/WE,
- c) Rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 22 grudnia 2005 r. w sprawie zasadniczych wymagań dla urządzeń i systemów ochronnych przeznaczonych do użytku w przestrzeniach zagrożonych wybuchem (dyrektywa 94/9WE–ATEX) w zakresie grupy I kategorii M2 – urządzeń przeznaczonych do użytku w zakładach górniczych, w których występuje zagrożenie metanowe lub zagrożenie wybuchem pyłu węglowego,
- d) Rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 21 grudnia 2005r. w sprawie zasadniczych wymagań dla urządzeń ciśnieniowych i zespołów urządzeń ciśnieniowych (Dz. U. Nr 263/2005, poz. 2200), Dyrektywa 97/23/WE,

2. Ustawy Prawo Geologiczne i Górnicze (Dz. U. z 2014 r. poz. 613 z późn. zm.)

3. Rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 28 czerwca 2002 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy, prowadzenia ruchu oraz specjalistycznego zabezpieczenia przeciwpożarowego w podziemnych zakładach górniczych z późn. zmianami,

4. Rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 14 czerwca 2002r. w sprawie zagrożeń naturalnych w zakładach górniczych, z późniejszymi zmianami,

5. Rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 30.10.2002 r. w sprawie minimalnych wymagań dotyczących bezpieczeństwa i higieny pracy w zakresie użytkowania maszyn przez pracowników podczas pracy (Dz. U. Nr 191 poz.1596 z późn. zm.),

6. Ustawy z dnia 30.08.2002r. o systemie oceny zgodności (Dz. U. Nr 166, poz. 1360 z późn. zm.).

Na potwierdzenie spełniania powyższego wymagania Wykonawca załączy do oferty oświadczenie o treści zgodnej z Załącznikiem nr 9 do SIWZ.

3.3.3. Wymaga się aby wszystkie podzespoły i elementy wchodzące w skład przedmiotu zamówienia były fabrycznie nowe (nieużywane i nieregenerowane).

Na potwierdzenie spełniania powyższego wymagania Wykonawca załączy do oferty oświadczenie o treści zgodnej z Załącznikiem nr 9 do SIWZ.

3.3.4. Wymaga się, aby udział towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, przekraczał 50 %.

Na potwierdzenie spełniania powyższego wymagania Wykonawca załączy do oferty oświadczenie o treści zgodnej z Załącznikiem nr 9 do SIWZ.

3.3.5. Wymaga się, aby Wykonawca w przypadku oferowania dostawy elementów równoważnych przedstawił dokumenty umożliwiające stwierdzenie równoważności .

Na potwierdzenie spełnienia powyższego wymagania Wykonawca załączy do oferty : komplet dokumentów w postaci dokumentacji technicznej lub instrukcji użytkowania lub rysunków (szkiców) technicznych lub opisów itp., które pozwolą Zamawiającemu jednoznacznie ocenić ich równoważność w zakresie wszystkich parametrów technicznych tj. funkcji, właściwości, wymiarów przyłączeniowych itd.

W załączniku nr 1 do SIWZ zatytułowanym „formularz oferty” Zamawiający zawarł następujące postanowienia:

#### C. OŚWIADCZENIA I ZAPEWNIENIA WYKONAWCY

3. Oświadczamy, że jesteśmy zdolni do wykonania Przedmiotu Zamówienia zgodnie z wymaganiami podanymi w SIWZ.

4. Oświadczamy, że przedmiot oferty jest zgodny z opisem Przedmiotu Zamówienia.

Izba ustaliła, że w załączniku nr 8 do SIWZ zatytułowanym „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia” Zamawiający określił m.in. następujące wymagania:

Część 1 - Zakres zamówienia dla 140 nowych sekcji ścianowych obudów zmechanizowanych o zakresie pracy od nie więcej niż od 2,4 m do nie mniej niż 4,5 m, obejmuje:

Założenia:

- Otwarcie stropu po wykonaniu skrawu kombajnu i dosunięciu sekcji do przenośnika dla zakresu roboczego obudowy od 2,4 do 4,5 m, które musi zawierać się w granicach 400 mm ÷ 500 mm.

VII. Wymagane dokumenty, które należy dostarczyć do oferty:

Część 1 - Dla 140 szt. nowych sekcji obudów zmechanizowanych o zakresie pracy od 2,4m do 4,5 m

Wykonawca jest zobowiązany dołączyć do oferty następujące dokumenty w języku polskim:

- a) opis techniczny obudowy,
- b) parametry techniczne obudowy,
- c) rysunki z naniesionymi wymiarami (wymiarzy zewnętrzne) całej sekcji usytuowanej w pozycji geometrycznej minimalnej i maksymalnej w trzech rzutach oraz rysunki z naniesionymi wymiarami (wymiarzy zewnętrzne) głównych podzespołów również w trzech rzutach. Rysunki całej sekcji i poszczególnych jej głównych podzespołów muszą zawierać współrzędne środków ciężkości,
- d) rysunek wykonany w skali na podstawie załącznika Nr 8h) z wrysowaną oferowaną nową sekcją liniową obudowy zmechanizowanej, wraz z naniesionymi wymiarami minimalnymi i maksymalnymi oznaczonymi w załączniku Nr 8h) literami A,B,C,D,α,β. Rysunek powinien obrazować:  
trajektorię ruchu końca stropnicy i otwarcia stropu po wykonaniu skrawu kombajnu i dosunięciu sekcji do przenośnika dla zakresu roboczego obudowy od 2,4 do 4,5 m, która musi zawierać się w granicach 400mm ÷ 500mm, wymiary szerokości przejścia powinny być zgodne z aktualnie obowiązującymi normami.
- e) rysunek wykonany w skali na podstawie załącznika Nr 8i) z wrysowaną oferowaną nową sekcją skrajną obudowy zmechanizowanej wraz z naniesionymi wymiarami oznaczonymi w załączniku Nr 8i) literami A, B, C, D, E, α, β,
- f) rysunek obrazujący rozkład nacisków określonych metodą Jacksona, dla sekcji liniowych dla wysokości roboczej na której występują naciski maksymalne, zgodnie z załącznikiem Nr 8b,
- g) charakterystykę techniczną wyposażenia elektrycznego (oświetlenia),
- h) wykaz kompletności wyposażenia elektrycznego oraz kabli i przewodów dla przedmiotu dostawy.
- i) oświadczenie Wykonawcy stwierdzające możliwość stosowania wyrobu (przedmiotu zamówienia) w podziemnych wyrobiskach górniczych w warunkach Nowe Brzeszcze Grupa TAURON Sp. z o.o. zgodnie z przepisami Ustawy Prawo Geologiczne i Górnicze (Dz. U. z 2014 r. poz. 613 z późn. zm.),i wynikającymi z niej rozporządzeniami.

Część 2 - Dla nowego przenośnika zgrzeblowego ścianowego wraz z zabudowaną kruszarką urobku.

Wykonawca jest zobowiązany dołączyć do oferty następujące dokumenty w języku polskim:

a) oświadczenie Wykonawcy stwierdzające, że przedmiot zamówienia spełnia wymagania aktualnie obowiązujących aktów prawnych.

b) skrócony opis techniczny urządzeń, zawierający między innymi:

- charakterystykę techniczną,
- opis budowy, konstrukcji i zasady działania,
- rysunki kompletnej zmontowanej maszyny z wymiarami oraz głównych podzespołów z wymiarami tj.: napędu wysypowego, napędu zwrotnego, rynien najazdowych, kruszarki ścianowej,

c) schematy układów elektrycznych (w zakresie zgodnym z dostawą),

d) wzór deklaracji zgodności WE dla każdego typu urządzenia (zgodną z RMG: z dnia 21.10.2008 roku w sprawie zasadniczych wymagań dla maszyn oraz z dnia 22.12.2005 roku w sprawie zasadniczych wymagań dla urządzeń i systemów ochronnych ...),

e) oświadczenie Wykonawcy stwierdzające możliwość stosowania wyrobu (przedmiotu zamówienia) w podziemnych wyrobiskach górniczych w warunkach Nowe Brzeszcze Grupa TAURON Sp. z o.o. zgodnie z przepisami ustawy Prawo Geologiczne i Górnicze (Dz. U. z 2014 r. poz. 613 z późn. zm.), i wynikającymi z niej rozporządzeniami,

f) wyciąg z DTR (Instrukcji Obsługi) do każdego urządzenia,

g) kopie decyzji Prezesa WUG dopuszczające do stosowania w podziemnych zakładach górniczych - dotyczy urządzeń, dla których są wymagane,

Część 3 - Dla nowej stacji zwrotnej najazdowej B-1200 wraz z nowym urządzeniem do równoczesnej przekładki przenośnika podścianowego wraz z napędem przenośnika ścianowego.

Wykonawca jest zobowiązany dołączyć do oferty następujące dokumenty w języku polskim:

a) opis budowy i konstrukcji oraz rysunek urządzenia oraz głównych podzespołów tego urządzenia wraz z naniesionymi rysunkami gabarytowymi (zewnętrznymi) z uwzględnieniem wymagań zawartych w zał. Nr 8a,

b) oświadczenie Wykonawcy stwierdzające możliwość stosowania wyrobu (przedmiotu zamówienia) w podziemnych wyrobiskach górniczych w warunkach Nowe Brzeszcze Grupa TAURON Sp. z o.o. zgodnie z przepisami ustawy Prawo Geologiczne i Górnicze (Dz. U. z 2014 r. poz. 613 z późn. zm.), i wynikającymi z niej rozporządzeniami.

Część 10 - Dla nowej mobilnej wiertnicy ścianowej.

Wykonawca jest zobowiązany dołączyć do oferty następujące dokumenty w języku polskim:

a) opis budowy i konstrukcji oraz rysunek przedstawiający urządzenie wraz z wymiarami,

b) oświadczenie Wykonawcy stwierdzające możliwość stosowania wyrobu (przedmiotu zamówienia) w podziemnych wyrobiskach górniczych w warunkach Nowe Brzeszcze Grupa TAURON Sp. z o.o. zgodnie z przepisami ustawy z dnia 9.06.2011r. – Prawo geologiczne i górnicze (tekst jedn. Dz. U. Nr 163, poz. 981) i wynikających z niej rozporządzeniami.

#### ZAŁĄCZNIK NR 8a

Następnie Izba ustaliła, iż Zamawiający w załączniku nr 8a do SIWZ zatytułowanym „Wykaz spełniania istotnych dla Zamawiającego wymagań i parametrów technicznych” określił m.in. następujące parametry, które powinny zostać potwierdzone w złożonej ofercie:

Część 1: dostawa sekcji obudów zmechanizowanych

Pkt 16: Maksymalne naciski na spąg dla sekcji liniowych liczone wg metody Jacksona nie powinny być większe niż: (opis wymagania/parametru), max. 5,5 MPa ((wartość wymagana przez Zamawiającego) dla której należało podać wyliczone max naciski i podać wartość parametru.

Część 2: dostawa nowego przenośnika zgrzeblowego ścianowego wraz z zabudowaną kruszarką urobku:

Pkt 22: Silnik elektryczny jednobiegunowy chłodzony wodą 400 kW, 3,3 kV, średnica wału 110 mm – 1 szt. – spełnienie wymagań TAK/NIE.

Część 3: dostawa nowej stacji zwrotnej najazdowej B-1200 wraz z nowym urządzeniem do równoczesnej przekładki przenośnika podścianowego wraz z napędem przenośnika ścianowego

Pkt 18: W zwrotni należy zabudować bęben zwrotny o średnicy w zakresie (550-600) mm, wzmocnionej konstrukcji z łożyskami smarowanymi olejem.

Część 10: nowa mobilna wiertnica ścianowa.

Pkt 3. Maksymalne ciśnienie w układzie hydraulicznym – 30 MPa

Pkt 12. Maksymalne ciśnienie zasilania – 30 MPa.

Izba ustaliła również, że załącznik nr 8i zawiera rysunek zatytułowany „Założenia do konfiguracji nowej skrajni obudowy zmechanizowanej z napędem zwrotnym przenośnika ścianowego” gdzie wśród wymiarów skrajni został wskazany wymiar 250 – 400 mm.

Izba ustaliła ponadto, iż Zamawiający w piśmie z dnia 16.05.2016 r. znak NBGT/KZU/IF/168/2016 zawierającym odpowiedzi na pytania wykonawców w odpowiedzi na pytanie nr 62 (załącznik nr 8 do SIWZ; pkt VII; Część 1 i Załącznik nr 8i do SIWZ) Pytanie: „Czy rysunek sekcji skrajnej wykonany w skali, o którym mowa w punkcie VII e ma być

wykonany przy napędzie zwrotnym przenośnika z zachowaniem ścieżki kombajnowej 400 mm i odsłonięcia stropu w zakresie 400-500 mm po wykonaniu skrawu i wysunięciu stropnicy wysuwnej przy sekcji dosuniętej do przenośnika, czy przy rynnie liniowej jak pokazano w załączniku nr 8i i sekcji odsuniętej od przenośnika przy pozostałych założeniach jak wyżej” udzielił następującej odpowiedzi: „Zamawiający wymaga, aby rysunek sekcji skrajnej wykonany w skali, o którym mowa w pkt VII e) był wykonany przy napędzie zwrotnym przenośnika z zachowaniem ścieżki kombajnowej 400 mm i odsłonięciu stropu w zakresie 400-500 mm po wykonaniu skrawu i wysunięciu stropnicy wysuwnej oraz przy sekcji dosuniętej do przenośnika”.

Izba w oparciu o ofertę złożoną przez Przystępującego, ustaliła co następuje.

Przystępujący w złożonej ofercie na stronie 158 (w zakresie części 1 załącznika nr 8a) w pkt 16 dla parametru „Maksymalne naciski na spąg dla sekcji liniowych liczone wg metody Jacksona (...)” wskazał, że wyliczony nacisk wynosi 5,24 MPa.

Na str. 224 oferty Przystępującego znajduje się tabela załącznika 8a odnosząc się do nowej mobilnej wiertnicy ścianowej, gdzie dla parametru „Maksymalne ciśnienie w układzie hydraulicznym” została zadeklarowana wartość 28 MPa.

Na str. 237 – 239 oraz 253 - 255 oferty Przystępującego znajdują się rysunki odpowiednio sekcji liniowej DTR 22/46 i sekcji skrajnej DTR 22/46K gdzie wśród wymiarów znajdują się wymiary 301 i 300 mm ścieżki kombajnowej.

Nadto Izba ustaliła, że na str. 286 złożonej przez Przystępującego oferty znajduje się dokument w postaci „oferta na dostawę” No. 201699178 T Machinery a.s. Ratiškovice, Česká republika dotyczący „Kompletnego przenośnika zgrzeblowego ścianowego wraz z urządzeniem przesuwającym oraz kompletnego przenośnika zgrzeblowego podścianowego wraz z urządzeniem przekładkowym” gdzie w drugiej tabeli pod rozdziałem „podstawowa charakterystyka techniczna przenośnika zgrzeblowego C3K 330/885” zostało wskazane w ramach asortymentu „Silniki elektryczne chłodzone wodą” parametr – wartość: 3x400 kW „Uwaga” DAMEL SG3 450X-4A (3300V) – str. 6/44.

Na str. 258 – 261 oferty Przystępującego znajdują się rysunki odnoszące się do wymogu wyliczenia nacisku na spąg według metody Jacksona, gdzie na str. 258 i 260 znajdują się rysunki wraz z diagramami rozkładu nacisku właściwego na spąg odpowiednio dla sekcji liniowej i skrajnej, zaś na str. 259 i 261 rysunki bez diagramów z wykresem rozkładu sił oraz rysunkami odpowiednio dla sekcji skrajnej i liniowej.

W ramach ogólnych ustaleń dotyczących wezwań do wyjaśnień i uzupełnienia oferty Przystępującego Izba wskazuje, iż Zamawiający pismem datowanym na dzień 20.06.2016 r. dokonał, wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (w zakresie pkt 1 – 8 części I pisma), zaś w zakresie części II pisma (w zakresie pkt 1 – 8) Zamawiający zastosował alternatywę w postaci art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp. W piśmie z dnia 06.07.2016 r. Zamawiający w odniesieniu do oferty Przystępującego dokonał wezwania do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

#### UZUPEŁNIENIE OFERTY – wezwanie 20.06.2016 r. odpowiedź 24.06.2016

W odniesieniu do zarzutu nr 1 dotyczącego silnika elektrycznego Izba ustaliła, że Zamawiający stwierdzając, że w ofercie brak jest dopuszczenia Prezesa WUG dla tego silnika elektrycznego i w konsekwencji, w punkcie 1 pisma z dnia 20 czerwca 2016 r. dotyczącego wyjaśnień i uzupełnienia złożonej oferty, Zamawiający wezwał Przystępującego do przedłożenia brakującej decyzji Prezesa WUG dopuszczającej oferowane urządzenia do stosowania w podziemnych zakładach górniczych.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do przedłożenia dokumentu dopuszczenia Prezesa WUG dla w/w silników Przystępujący złożył dopuszczenie Prezesa WUG dla silnika DAMEL 2SG3 400X-4c (3300V) jednobiegowego, chłodzonego wodą. Zamawiającego pismem z dnia 6 lipca 2016 r. w pkt. 2) zwrócił się do Wykonawcy o wyjaśnienie: „dlaczego w ramach uzupełnienia braku dopuszczenia Prezesa WUG dla oferowanego silnika DAMEL SG3 450X-4A (3300V) złożone zostało dopuszczenie Prezesa WUG dla silnika DAMEL 2SG3 400X-4c (3300V)”.

W odpowiedzi z dnia 08.07.2016 r. Przystępujący ponownie złożył kopię dopuszczenia Prezesa WUG z dnia 30.07.2015 r. dla silnika DAMEL 2SG3 400X-4c (3300V) oraz potwierdził, że silniki DAMEL 2SG3 400X-4c (3300V) zostaną użyte w napędach przenośnika ścianowego.

W zakresie zarzutu nr 2 Zamawiający pismem z dnia 20.06.2016 r. w pkt 4 wskazał, że w ofercie Przystępującego brak jest w załączniku nr 8 pkt VII dla części 3 pkt a i b SIWZ i wobec powyższego nie ma możliwości stwierdzenia spełnienia wymagań SIWZ (średnica bębna 500 – 650 mm).

W odpowiedzi na powyższe Przystępujący w piśmie z dnia 24.06.2016 r. zatytułowanym „Uzupełnienie oferty” wskazał w pkt 4, iż uzupełnia ofertę o opis budowy i konstrukcji oraz rysunków głównych podzespołów z wymiarami jako załącznik nr 4. W załączniku tym na str. 92 uzupełnienia Przystępujący zawarł następującą wzmiankę „bęben taśmy – bęben gumowany o średnicy 500 mm”.



Zamawiający w piśmie z dnia 06.07.2016 r. w pkt 6 wezwał Przystępującego do złożenia na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp wyjaśnień wskazując, iż: „W Państwa piśmie zał. nr 8a część 3 do SIWZ pkt 18 str. 184 potwierdziliście Państwo wymagane przez Zamawiającego „W zwrotni należy zabudować bęben zwrotny o średnicy w zakresie (550 – 650) mm wzmocnionej konstrukcji z łożyskami smarowanymi oleju” natomiast w Zał. Nr 4 str. 92 „Uzupełnienie oferty” oferujecie Państwo „bęben toczny – bęben gumowany o średnicy 500 mm. Prosimy o wyjaśnienie rozbieżności w ofercie”.

W odpowiedzi na powyższe Przystępujący w pkt 6 pisma z dnia 08.07.2016 r. wskazał, iż zgodnie z wezwaniem przedstawia skorygowany opis zwrotni najazdowej typu PAT-UPM-1 – załącznik nr 5 do pisma. W powyższym załączniku na str. 27 zostało wskazane: „bęben taśmy – bęben gumowany o średnicy 630 mm  $\pm 5\%$  i grubości płaszcza min. 16 mm. Końcówki osi w kwadracie 50x50mm”.

W zakresie zarzutu nr 3 Izba ustaliła, iż wobec braków oferty Zamawiający pismem z dnia 20.06.2016 r. wezwał Przystępującego do uzupełnienia dokumentów w zakresie części 4 przedmiotu zamówienia (w zakresie pkt 19.5 – 20.20, w tym informacji dotyczącej gwarancji i serwisowania). W odpowiedzi na powyższe wezwanie Przystępujący pismem z dnia 24.06.2016 r. uzupełnił żądane dokumenty (strony 154 – 162). W tym zakresie Przystępujący w piśmie procesowym w odpowiedzi na wezwanie w spisie załączników mylnie oznaczył numer załącznika (nr 8 zamiast nr 12). Żądane przez Zamawiającego dokumenty zostały dołączone na stronach

W zakresie zarzutu nr 4 Izba ustaliła, iż w ofercie Przystępującego (na str. 286 i 287) brak jest kompletnych wymiarów przenośnika zgrzeblowego (wymiarów kompletnej zmontowanej maszyny).

Pismem z dnia 20.06.2016 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie. W odpowiedzi na wezwanie zawarte w piśmie z dnia 24.06.2016 r. Przystępujący załączył na str. 167 rysunek kompletnego zwymiarowanego urządzenia.

W zakresie zarzutu nr 5 w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego z dnia 06.07.2016 r. dotyczącego błędu w obliczeniach w zakresie maksymalnego nacisku na spąg Przystępujący wraz z pismem z dnia 08.07.2016 r. przedstawił zmienione diagramy rozkładu nacisku właściwego na spąg dla sekcji liniowej i skrajnej (str. 4 dodatkowych wyjaśnień), gdzie zmianie uległy niektóre wymiary ujęte w diagramach (wartości a, b, x oraz l).

W zakresie zarzutu nr 7 w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego z dnia 06.07.2016 r. dotyczącego wartości ścieżki kombajnowej Przystępujący wraz z pismem z dnia 08.07.2016 r. przedstawił dodatkowe rysunki, gdzie uległ zmianie parametr układu: przenośnik – sekcja skrajna tak, że wartość ścieżki kombajnowej wyniosła 400 mm.

Następnie Izba ustaliła, że Zamawiający w dniu 13.07.2016 r. przekazał informację o ocenie ofert wraz z zaproszeniem do aukcji elektronicznej.

### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.**

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty znajdują częściowe oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba pragnie odnieść się do sposobu sformułowania przez Odwołującego zarzutów oraz żądań odwołania. W pierwszej kolejności za całkowicie niezrozumiałe, w kontekście okoliczności faktycznych odnoszących się do zaoferowanego przez Przystępującego przedmiotu zamówienia, należy uznać zarzut art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. Odwołujący bowiem nie sformułował jakichkolwiek podstaw faktycznych dla tego zarzutu, tj. nie odniósł się do kwestii spełnienia przez Przystępującego warunków udziału w postępowaniu i wykazania braku podstaw do wykluczenia. Zarzut ten nie został przez Izbę rozpoznany, gdyż w zasadzie nie można mówić o jego prawidłowym (całościowym sformułowaniu). Do istnienia bowiem zarzutu konieczne jest nie tyle wskazanie naruszonego przepisu (w tym przypadku art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp), lecz wskazanie czynności, bądź zaniechania podmiotu zamawiającego oraz wskazanie podstaw faktycznych tego zarzutu i jego istoty. Analogicznie w stosunku do uwzględnionego zarzutu z art. 87 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp, który został uwzględniony przez Izbę w zakresie zdania drugiego jego jednostki redakcyjnej i oddalony w zakresie jego pierwszego zdania wskazać należy, iż choć Odwołujący wprost nie wskazał jednostki redakcyjnej w postaci zdania drugiego tego przepisu jednak wskazał okoliczności faktyczne, określił w tym zakresie żądanie, wskazał czynność Zamawiającego oraz w uzasadnieniu prawnym odwołania wskazał istotę tego zarzutu (tj. wskazał, iż na skutek wezwania do wyjaśnień

doszło do bezprawnej zmiany treści oferty i negocjowania jej treści). Co do zarzutu naruszenia art. 91b ust. 1 ustawy Pzp powyższy zarzut jest tzw. zarzutem wynikowym i jego naruszenie może być stwierdzone o ile zostaną uwzględnione inne zarzuty, tj. takie które powodują, że zaproszenie do aukcji elektronicznej było czynnością niedopuszczalną lub przynajmniej przedwczesną.

#### Zarzut nr 1

W zakresie modelu zaoferowanego silnika wskazać należy, że po pierwsze nie sposób zgodzić się z Zamawiającym, że wykonawcy nie mieli obowiązku podania modelu, producenta i typu montowanych w urządzeniach silników. Wskazać bowiem należy, iż dla silników (ze względu na ich znaczenie i stosowne wymagania, w tym okoliczność, że winny one dysponować konstrukcją przeciwwybuchową) konieczne było przedstawienie, zgodnie z treścią SIWZ i załączników do niej (załącznik nr 8 i 8a) certyfikatów dopuszczenia wystawionych przez Prezesa Wyższego Urzędu Górniczego (dalej Prezesa WUG), które zawsze dla każdego certyfikowanego modelu lub jego serii (linii) dookreślają szczegółowe dane identyfikacyjne w tym zakresie (producenta, model, typ itp.). Nie sposób zatem przyjąć, że przy tak zakreślonym wymogu obejmującym konieczność przedłożenia ww. dokumentu można było potwierdzić jego spełnienie bez wskazywania danych identyfikacyjnych dla silnika elektrycznego, tj. przez samo potwierdzenie żądanych parametrów bez dookreślania jego danych identyfikacyjnych.

Tym samym mając na uwadze istotę sporu pomiędzy Odwołującym a Zamawiającym i Przystępującym obejmującą okoliczność, czy na etapie składania ofert doszło do złożenia oświadczenia woli w tym zakresie i okoliczności, czy doszło do zaoferowania określonego modelu, zaś w ramach uzupełnienia dokumentów, czy doszło następnie do zmiany tego oświadczenia na inny model w wyniku przedłożenia brakującego certyfikatu istotna będzie ocena dokumentu, w ramach którego doszło do wskazania na str. 286 oferty Przystępującego modelu silnika (DAMEL SG3 450X-4A). Na ww. stronie znajduje się fragment oferty dotyczącej „Kompletnego przenośnika zgrzeblowego ścianowego wraz z urządzeniem przesuwającym oraz kompletnego przenośnika zgrzeblowego podścianowego wraz z urządzeniem przekładkowym” producenta mającego swoją siedzibę w Republice Czeskiej, gdzie w tabeli wskazano producenta oraz model silnika napędowego. Z treści tego dokumentu wynika ogólna charakterystyka tego urządzenia, jak również zostały dookreślone szczegółowo niektóre z jego podzespołów, w tym silniki elektryczne, do których Odwołujący odniósł się w zarzucie nr 1. Mając na uwadze całość oferty Przystępującego i sformułowany przez Zamawiającego dla części 2 postępowania wymóg załączenia kopii decyzji Prezesa WUG dopuszczające do stosowania w podziemnych zakładach górniczych (dotyczącej urządzeń, dla których są wymagane) Przystępujący winien załączyć taki dokument dla

urządzenia wskazanego w ofercie, co jednocześnie wbrew twierdzeniom Zamawiającego powodowało, iż każdy z wykonawców musiał dookreślić te elementy oferty, dla których wymagane było załączenie dopuszczeń do stosowania w podziemnych zakładach górniczych. Nie sposób zatem przyjąć, iż model silnika (nawet jeżeli znajduje się w karcie katalogowej producenta całego przenośnika) nie stanowi treści oferty i mógł znaleźć się tam prze omyłkę (tj. zostać załączony przypadkowo). Każdy z wykonawców ubiegających się o zamówienie, gdzie przedmiotem są wysokospecjalistyczne maszyny górnicze, jest profesjonalistą. Jest to ten rodzaj zamówienia, gdzie nie ma przypadkowych wykonawców próbujących znaleźć dodatkowe lub uzupełniające źródło dochodu. Zatem złożenie oferty w ramach takiego postępowania powinno być i zazwyczaj jest decyzją przemyślaną i dokonaną w sposób rzetelny. Tym samym dołączona do oferty Przystępującego karta katalogowa jest elementem jej treści, gdyż precyzuje jeden z elementów składowych przedmiotu zamówienia stanowiąc o jego indywidualnych cechach pozwalających na ocenę jej zgodności z treścią SIWZ. Zgodzić się zatem należy z Odwołującym, iż zaferowanie innego silnika stanowiło tym samym zmianę treści oferty. Jeżeli oferowany w pierwotnej ofercie silnik rzeczywiście posiadał wymagane przepisami dopuszczenie, jak twierdził Przystępujący w toku rozprawy, nic nie stało na przeszkodzie aby przedmiotem uzupełnienia stały się dokumenty dotyczące właśnie tego silnika – a nie innego typu podzespołu nie ujętego w treści oferty.

Bez znaczenia pozostaje okoliczność, na którą wskazywał Przystępujący, iż silnik ten jest jedynie elementem składowym urządzenia. Ocenie pod względem istotności zmiany podlega bowiem znaczenie tego elementu dla możliwości funkcjonowania całego urządzenia (a stanowi on zasadniczy element napędowy całego przenośnika zgrzeblowego), żądanie w stosunku do tego elementu dokumentów dopuszczających i sformułowanie przez Zamawiającego zasadniczych wymagań. Wszakże jest to taki element zespołu przenośnika zgrzeblowego, dla którego nie musiał on określać szczegółowych wymagań (poza określoną mocą, napięciem zasilania oraz sposobu chłodzenia i grubości wału), gdyż jego zasadnicze parametry określają stosowne normy i przepisy, co jednoznacznie wynika z treści dołączonej dla silnika DAMEL 2SG3 400X-4c deklaracji dopuszczenia z dnia 30.07.2015 r. wydanej przez Prezesa WUG. Wymienione w powyższej decyzji akty prawne stanowią bowiem podstawę prawną zarówno wydania ww. decyzji, jak również podstawę prawną oceny tego typu elementów i urządzeń pod kątem ich dopuszczenia do stosowania w zakładach górniczych. Dodatkowo, co potwierdza konieczność wskazania w ramach postępowania w ofercie modelu silnika, tego typu wyroby winny każdorazowo zawierać dla każdej jednostki znak dopuszczenia naniesiony w sposób trwały i czytelny przez umieszczenie symbolu składającego się w górnym wierszu z liter WUG i pod nim znaku dopuszczenia w miejscu wskazanym w dokumentacji techniczno-ruchowej (pkt 2 ww. decyzji Prezesa WUG).

Tym samym wskazać należy, iż do naruszenia przez Zamawiającego doszło na skutek nie uwzględnienia faktu, że dla zaoferowanego w ofercie silnika Przystępujący nie przedłożył wymaganych w SIWZ dokumentów (dopuszczenia wydanego przez Prezesa WUG), zaś w wyniku wezwania zmienił zaoferowany moduł silnika na inny, czym doszło do zmiany treści oferty i uznania tej oferta przez Zamawiającego za spełniającą postawione w SIWZ wymagania.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, iż w powyższym zakresie doszło do zmiany treści oferty Przystępującego oraz zaniechania potwierdzenia zgodności złożonej oferty z wymaganiami Zamawiającego, co skutkowało naruszeniem przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 zd. drugie ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

#### Zarzut nr 2

W zakresie zarzutu nr 2 wskazać należy, iż Przystępujący w uzasadnieniu odwołania dotyczącego części III zamówienia obejmującego grubości bębna powołał się na inny parametr (wymiar 800 mm), co potwierdził w trakcie rozprawy. W ramach argumentacji podniósł, iż w ramach uzupełnienia dokumentów doszło do zmiany pierwotnej oferty, w szczególności, że wykonawca był proszony o wyjaśnienie rozbieżności dwukrotnie. Odnosząc się do doprecyzowania tego parametru przez Przystępującego wskazać należy, iż w pierwotnej ofercie parametr ten nie został wskazany na co wskazuje treść wezwania Zamawiającego z dnia 20.06.2016 r. W pkt 4 tego wezwania Zamawiający wskazał, że w ofercie Przystępującego brak jest dokumentów wskazanych w załączniku nr 8 pkt VII dla części III pkt a i b SIWZ i wobec powyższego nie ma możliwości stwierdzenia spełnienia wymagań SIWZ. W wyniku tego wezwania (skierowanego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp) Przystępujący uzupełnił dokumenty wskazując błędny parametr dla bębna (500 mm). Dopiero w ramach drugiego wezwania (skierowanego na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp), w którym Zamawiający zwrócił uwagę, że w ofercie w załączniku nr 8a dla części III do SIWZ w pkt 1 na str. 182 został potwierdzony wymóg aby „W zwrotni należy zabudować bęben zwrotny o średnicy w zakresie 550-650 mm (...)” natomiast w załączniku nr 4 str. 94 uzupełnienia oferty został wskazany wymiar 500 mm Przystępujący uzupełnił ofertę o inny dokument wskazujący na wymiar 630 mm z tolerancją  $\pm 5\%$ .

Mając na uwadze powyższe wskazać należy, iż również w tym przypadku doszło do negocjacji dotyczących treści złożonej oferty. Zamawiający w odniesieniu do części III zamówienia stwierdził w ofercie brak dokumentów (załącznik nr 8 do SIWZ, pkt VII, część III, pkt a i b) przy czym wezwał Przystępującego do ich uzupełnienia pismem z dnia 20.06.2016 r. W wyniku uzupełnienia Zamawiający otrzymał dokumenty, które wskazywały na niezgodność treści oferty z wymaganiami SIWZ, po czym powyższą niezgodność starał się

usunąć w oparciu o treść art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, gdzie w wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień otrzymał dodatkowe dokumenty wskazujące na zgodność treści oferty z wymaganiami SIWZ. Powyższe działanie stanowi próbę obejścia przepisów ustawy Pzp, w tym w szczególności art. 87 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp. Mając na uwadze powyższe w zakresie zarzutu dotyczącego średnicy bębna Izba wskazuje, że doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tj. doszło do zmiany treści oferty w ramach postępowania, zaś dokumenty uzupełnione przez Przystępującego na pierwsze wezwanie z dnia 20.06.2016 r. wprost wskazują na niezgodność oferty z treścią SWIZ.

#### Zarzut nr 3.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego części IV zamówienia polegającego na braku złożenia dokumentów na wezwanie Zamawiającego Izba ustaliła, iż Przystępujący, odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wyartykułowane w piśmie z dnia 20.06.2016 r., w zakresie części IV przedmiotu zamówienia uzupełnił żądane dokumenty (pismem z dnia 24.06.2016 r.) na stronach 154 – 162 w odpowiedzi na wezwanie w zakresie pkt 19.5 – 20.20 załącznika nr 8a do SIWZ, w tym informacji dotyczącej gwarancji i serwisowania. Oznacza to, iż zarzut ten nie znajduje potwierdzenia w ustalonym stanie faktycznym. Jak wskazywał Zamawiający w toku rozprawy oraz Przystępujący w piśmie procesowym w odpowiedzi na wezwanie w spisie załączników mylnie oznaczono jedynie numer załącznika (nr 8 zamiast nr 12) – jednakże powyższe nie ma wpływu na skuteczność uzupełnienia oferty. Odwołujący zaś w ramach zarzutów podnosił jedynie na fakt, iż w wyniku uzupełnienia Przystępujący przedłożył jedynie dokument zatytułowany „podstawowa charakterystyka techniczna przenośnika zgrzeblowego C3K 330/885”, która to okoliczność, jak zostało ustalone na podstawie pisma Przystępującego jest wynikiem mylnego wskazania numeru załącznika w pkt 8 tego pisma.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, iż powyższy zarzut nie potwierdził się.

#### Zarzut nr 4

W zakresie rozbieżnych wymiarów w zakresie wysokości kompletnego przenośnika zgrzeblowego ścianowego wskazać należy, iż Odwołujący oparł swój zarzut na mylnym odczytaniu wymiarów tego urządzenia. Zarówno bowiem z treści wyjaśnień Przystępującego zawartych w piśmie z dnia 24.06.2016 r. (rysunek konstrukcyjny zawarty na str. 167), jak również z wielkoformatowego rysunku okazanego przez Zamawiającego w toku rozprawy wynika, iż wysokość maksymalna podnośnika wynosi 2190 mm, zaś przekrój B-B tego podnośnika nie jest jego przekrojem dokonany w miejscu gdzie przenośnik posiada

największy wymiar pionowy (został on umiejscowiony w zagłębieniu czoła kadłuba obudowy). Wskazana przez Odwołującego różnica wymiarów stanowi więc naturalną konsekwencję takiego umiejscowienia przekroju B-B. Stąd też nie sposób uznać, iż zarzut ten potwierdza istnienie rozbieżności i winien on zostać wyjaśniony w oparciu o treść art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

#### Zarzut nr 5

Odwołujący w zakresie zarzutu dotyczącego nacisku na spąg (część I zamówienia – obudowa zmechanizowana) wskazał, iż zmiana parametrów (tj. uzyskanie zadeklarowanej przez Przystępującego wartości 5,24 MPa) musiała być spowodowana zmianą parametrów i wymiarów urządzenia. Jak wskazał Odwołujący na str. 260 oferty Przystępujący wskazał wymiar długości 4604 mm, zaś w ramach uzupełnienia z dnia 08.07.2016 r. dokonano zmiany tego parametru na 4669 mm i wskazań różnica nie może stanowić omyłki.

W zakresie tego zarzutu poza sporem pozostawał fakt, iż podana przez Przystępującego wartość 5,24 MPa (zawierając się w wymaganiach SIWZ – aby nie przekraczała poziomu 5,5 MPa) została wyliczona błędnie, gdyż podstawienie przez Zamawiającego zadeklarowanych w tabeli wartości (pkt 1.6 oferty Przystępującego str. 30 i 31 opisu technicznego obudowy zmechanizowanej) dało wynik 5,72 MPa.

W odpowiedzi na wezwanie z dnia 06.07.2016 r. Przystępujący przedstawił zmieniony „Diagram rozkładu nacisku właściwego na spąg dla sekcji liniowej i skrajnej” (str. 4 wyjaśnień z dnia 08.07.2016 r.), w którym zostały „dopasowane” dane wyjściowe (wymiarów) aby uzyskać zadeklarowaną przez Przystępującego wartość 5,24 MPa.

W pierwszej kolejności należy wskazać, odnosząc się do argumentacji Zamawiającego przedstawionej na rozprawie, że na tym etapie postępowania, tj. po terminie składania ofert postanowienia treści SIWZ (w tym także wartość badanego parametru granicznego) są wiążące zarówno dla Zamawiającego, jak również wykonawców ubiegających się o zamówienie. Postanowieniami SIWZ jest związana również Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrująca przedmiotowy zarzut – a zatem parametr ten nie może być bagatelizowany i traktowany jako nieistotny. Jeżeli Zamawiający za taki go uważał mógł nie formułować w tym zakresie wymagań wobec przedmiotu zamówienia, zaś umniejszanie roli tego parametru na obecnym etapie postępowania należy uznać jedynie jako element taktyki procesowej Zamawiającego.

Przechodząc do meritum omawianego zarzutu wskazać należy, że w ramach swojej argumentacji Przystępujący wskazał, iż nie doszło do zmiany wymiarów urządzenia przedkładając wraz z pismem procesowym dodatkowy rysunek opatrzony wymiarami urządzenia prezentowanymi nie w formie tabeli odnoszącej się do poszczególnych zwymiarowań, lecz bezpośrednio przy rysunku. Odnosząc się do argumentacji

Przystępującego Izba wskazuje, iż ma świadomość, co wskazał również Zamawiający, że powierzchnie nacisku na spąg oraz stropnicy dla sekcji obudowy zmechanizowanej są inne niż ich wymiary skrajne (długość) ze względu na sposób ich konstrukcji i występujące ścięcia ich części czołowej (dla elementów mających styczność ze spągiem) oraz dla obu krańców dla elementu mającego styczność ze stropem.

Jednakże analiza rysunków załączonych do oferty Przystępującego (str. 258 i 260) oraz rysunków przekazanych Zamawiającemu wraz z uzupełnieniem z dnia 08.07.2016 r. (załącznik nr 1 str. 4 i 5) po pierwsze nie zawiera odmiennych od tabeli wymiarów przy rysunku (co powoduje, że rysunek i diagram znajdujący poniżej tego rysunku należy czytać łącznie), po drugie nie zawiera odrębnie zwymiarowanych całych elementów i odrębnie tylko tych ich części, które mają styczność ze spągiem lub stropem – tak jak na rysunku dołączonym przez Przystępującego do pisma procesowego z dnia 28.07.2016 r. (załącznik nr 5 str. 23). A zatem argumentacja Przystępującego nie znajduje potwierdzenia w ustalonym stanie faktycznym.

Jak wyżej wskazano Izba analizując rysunki odnoszące się do tego parametru wskazuje w pierwszej kolejności, iż wymiary dla prezentowanych urządzeń, które stały się podstawą wyliczeń parametru nacisku na spąg metodą Jacksona, nie zostały zaprezentowane na samych rysunkach, lecz tylko i wyłącznie w tabelach (diagramach). Zatem rysunki oraz dołączone do nich tabele stanowią integralną część i tym samym stanowią treść oferty Przystępującego. Powyższe powoduje, że zmiany wymiarów w diagramach pod rysunkami, mimo, że pozornie same rysunki elementów pozostają „statyczne”, tj. nie ulegają zmianie w zakresie gabarytów – stanowią zmianę treści oferty. Takie są bowiem konsekwencje przyjętej przez Przystępującego formy prezentacji oferowanych urządzeń w zakresie tego parametru. Gdyby różnice występowały pomiędzy diagramami a rysunkami lub gdyby konstruktor błędnie przyjął wymiary całych elementów a nie zaś tylko tych części, które mają styczność ze spągiem lub stropem, taka omyłka mogłaby zostać poprawiona samoistnie przez Zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Wówczas również Zamawiający mógłby dokonać samodzielnie prawidłowych wyliczeń w oparciu o poprawione wymiary. W niniejszym bowiem stanie faktycznym Przystępujący zaoferował elementy sekcji obudowy zmechanizowanej w ramach części III zamówienia, która ze względu na wymiary nie spełnia zakładanego parametru nacisku na spąg nie wyższego niż 5,5 MPa, zaś próba „dopasowania” tych wymiarów do wartości zadeklarowanej w ofercie Przystępującego stanowi niedozwoloną zmianę jej treści.

Dodatkowy argumentem, na co zwrócił uwagę Odwołujący w toku rozprawy, za uwzględnienie przedmiotowego zarzutu jest okoliczność, iż uzupełniona przez Przystępującego pismem z dnia 08.07.2016 r. tabela dotycząca wyliczeń metodą Jacksona



zwiera takie same dane wyjściowe jak tabela znajdująca się w ofercie Przystępującego. Tym samym zarzut powyższy zasługiwał na uwzględnienie.

Izba nie odniosła się do podniesionego przez Odwołującego dodatkowego zarzutu, nie ujętego w treści odwołania, dotyczącego prawidłowości wyliczeń wszystkich poziomów związanych z tym parametrem. Izba na mocy treści art. 192 ust. 7 ustawy Pzp nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. W tym zakresie Izba oceniła jedynie zarzut możliwej zmiany treści oferty na skutek swoistego „dopasowania” wymiarów urządzenia do wartości podanej przez Przystępującego w treści oferty. Z tego też powodu, jak wyżej wskazano, Izba pominęła dowody przedłożone przez Odwołującego w tym zakresie, tj. przedłożonych na rozprawie rysunków oznaczonych numerami 8 i 10.

#### Zarzut 6

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie części X zamówienia (mobilna wiertnica ścianowa) w zakresie ciśnienia w układzie hydraulicznym Izba w całej rozciągłości podzieliła argumentację Zamawiającego uznając, że interpretacja postanowień SIWZ dokonana przez Odwołującego jest niezgodna z ich literalną treścią. Izba ustaliła bowiem, iż Zamawiający w załączniku nr 8a do SIWZ zatytułowanym „Wykaz spełniania istotnych dla Zamawiającego wymagań i parametrów technicznych” określił m.in. następujące parametry, które powinny zostać potwierdzone w złożonej ofercie: Część 10: nowa mobilna wiertnica ścianowa w pkt 3 wskazał: Maksymalne ciśnienie w układzie hydraulicznym – 30 MPa, zaś w pkt 12. Maksymalne ciśnienie zasilania – 30 MPa. Powyższe postanowienia SIWZ nie uprawniają do takiej interpretacji, jakiej dopuścił się Odwołujący. Zamawiający określił bowiem maksymalne ciśnienie zasilania dla wiertnicy i zaoferowana przez Odwołującego w treści oferty wartość 28 MPa spełnia ten warunek graniczny. Przedstawiona przez Odwołującego na rozprawie argumentacja, że przy takim rozumieniu tego warunku zasilanie wiertnicy ciśnieniem 2 MPa też może być odebrane jako prawidłowe, nie stanowi podważenia takiego jego rozumienia. Jeżeli bowiem wykonawca posiada zdolność wyprodukowania lub dostarczenia wiertnicy, która potrafi poprawnie pracować przy tak niskim ciśnieniu hydraulicznym w układzie zasilania, będzie to świadczyło tylko o wyrafinowaniu jej konstrukcji i jej zaawansowaniu technologicznym, a nie o jej wadliwości.

Mając na uwadze powyższe uznać należy, iż powyższy zarzut nie znalazł potwierdzenia w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym i tym samym nie zasługiwał na uwzględnienie.

Zarzut nr 7

W zakresie zarzutu odnoszącego się do części I zamówienia i parametru skrajni ścieżki kombajnowej Izba uwzględniła argumentację Zamawiającego i na jej podstawie uznała, iż nie doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

W tym zakresie, pomimo faktu, że Izba uznała, iż doszło do negocjacji treści oferty pomiędzy Zamawiającym a Przystępującym, nie sposób jednak uznać, że w pierwotnie złożonej ofercie mieliśmy w sposób nie budzący wątpliwości z niezgodnością jej treści z treścią SIWZ.

Jak wynika z załączonych przez Odwołującego rysunków oraz treści oferty Przystępującego (str. 237 – 239 oraz str. 253 - 255) oraz jej uzupełnienia z dnia 08.07.2016 r. (załącznik nr 6 str. 31) choć niektóre z wymiarów są nieczytelne z niebudzącą wątpliwością należy stwierdzić, iż wymiary zaprezentowane na poziomie styku urządzenia ze spągiem w jego sekcji czołowej uległy zmianie i tak w ofercie przekraczały 1000 mm i 2000 mm, zaś w uzupełnionym rysunku odpowiednio wynosiły 885 mm i 1875 mm. Powyższe powoduje, iż Przystępujący aby osiągnąć zakładany w SIWZ parametr dokonał zmian zaoferowanego przenośnika, co odzwierciedlają zmiany wymiarów prezentowanych na ww. rysunkach konstrukcyjnych.

Izba mając bowiem na względzie zasadę wypracowaną w jednolitym w tym zakresie orzecznictwie wskazuje, że wszelkie wątpliwości dostrzeżone w treści SWIZ winny być odczytywane na korzyść wykonawców, tj. wykonawcy nie powinni ponosić negatywnych konsekwencji wadliwego sformułowania wymagań podmiotu zamawiającego.

Izba ustaliła bowiem, że w załączniku nr 8 do SIWZ zatytułowanym „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia” Zamawiający określił m.in. następujące wymagania: Część 1 - Zakres zamówienia dla 140 nowych sekcji ścianowych obudów zmechanizowanych o zakresie pracy od nie więcej niż od 2,4 m do nie mniej niż 4,5 m, obejmuje: Założenia - otwarcie stropu po wykonaniu skrawu kombajnu i dosunięciu sekcji do przenośnika dla zakresu roboczego obudowy od 2,4 do 4,5 m, które musi zawierać się w granicach 400 mm ÷ 500 mm. Następnie w powyższym załączniku w pkt VII. Wymagane dokumenty, które należy dostarczyć do oferty: Część 1 - Dla 140 szt. nowych sekcji obudów zmechanizowanych o zakresie pracy od 2,4m do 4,5 m Wykonawca jest zobowiązany dołączyć do oferty następujące dokumenty w języku polskim:

d) rysunek wykonany w skali na podstawie załącznika Nr 8h) z wrysowaną oferowaną nową sekcją liniową obudowy zmechanizowanej, wraz z naniesionymi wymiarami minimalnymi i maksymalnymi oznaczonymi w załączniku Nr 8h) literami A,B,C,D,α,β. Rysunek powinien obrazować: trajektorię ruchu końca stropnicy i otwarcia stropu po wykonaniu skrawu kombajnu i dosunięciu sekcji do przenośnika dla zakresu roboczego obudowy od 2,4 do 4,5

m, która musi zawierać się w granicach 400mm ÷ 500mm, wymiary szerokości przejścia powinny być zgodne z aktualnie obowiązującymi normami.

Izba w tym zakresie ustaliła ponadto, iż w załączniku nr 8i znajduje się rysunek zatytułowany „Założenia do konfiguracji nowej skrajni obudowy zmechanizowanej z napędem zwrotnym przenośnika ścianowego” gdzie wśród wymiarów skrajni został wskazany wymiar 250 – 400 mm.

Izba ustaliła ponadto, iż Zamawiający w piśmie z dnia 16.05.2016 r. znak NBGT/KZU/IF/168/2016 zawierającym odpowiedzi na pytania wykonawców w odpowiedzi na pytanie nr 62 (załącznik nr 8 do SIWZ; pkt VII; Część 1 i Załącznik nr 8i do SIWZ) Pytanie: „Czy rysunek sekcji skrajnej wykonany w skali, o którym mowa w punkcie VII e ma być wykonany przy napędzie zwrotnym przenośnika z zachowaniem ścieżki kombajnowej 400 mm i odsłonięcia stropu w zakresie 400 - 500 mm po wykonaniu skrawu i wysunięciu stropnicy wysuwnej przy sekcji dosuniętej do przenośnika, czy przy rynnie liniowej jak pokazano w załączniku nr 8i i sekcji odsuniętej od przenośnika przy pozostałych założeniach jak wyżej”.

Odpowiedź: „Zamawiający wymaga, aby rysunek sekcji skrajnej wykonany w skali, o którym mowa w pkt VII e) był wykonany przy napędzie zwrotnym przenośnika z zachowaniem ścieżki kombajnowej 400 mm i odsłonięciu stropu w zakresie 400-500 mm po wykonaniu skrawu i wysunięciu stropnicy wysuwnej oraz przy sekcji dosuniętej do przenośnika”.

Mając na uwadze powyższe uznać należy, iż wymagania w zakresie ścieżki kombajnowej i tym samym wykonanie rysunku sekcji liniowej i skrajnej, mogły zostać bez winy wykonawców obarczone błędem wynikającym z rozbieżności treści SIWZ oraz braku jednoznacznych wymagań Zamawiającego w tym zakresie. Już tylko powyższa okoliczność przemawia za oddaleniem powyższego zarzutu na skutek uznania, że nawet wykonawcy, których działalność ma charakter profesjonalny, mogli mieć wątpliwości co do wymagań Zamawiającego. Wskazanie wymiaru ścieżki między 250 a 400 mm oraz wymiaru otwarcia stropu na poziomie 400 – 500 mm oraz dodatkowo niejasne wyjaśnienia w ramach odpowiedzi na pytanie 62 przemawiają za uznaniem tego zarzutu za nieuzasadniony.

W ramach podsumowania wskazać należy, iż oferta Przystępującego posiadała liczne braki wskutek czego Zamawiający wezwał wykonawcę w pierwszym piśmie do ich uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (wezwanie z dnia 20.06.2016 r.). Odnosząc się do uwzględnionych zarzutów wskazać należy, iż Zamawiający w ramach

uzupełnienia pismem z dnia 24.06.2016 r. otrzymał dokumenty, bądź to sprzeczne z treścią samej oferty (dokumenty w zakresie silnika odnosiły się do innego modelu), jak również dokumenty wprost wskazujące, że oferta jest niezgodna z treścią SIWZ (w zakresie średnicy bębna stacji zwrotnej najazdowej). Dodatkowo w zakresie parametru obejmującego nacisk na spąg w zakresie sekcji obudowy zmechanizowanej Przystępujący niejako „dopasował” wymiary do pożądanego wyniku zgodnego z deklaracją zawartą w złożonej ofercie (tj. wartością nacisku 5,24 MPa), która jednak nie znajdowała potwierdzenia w danych wejściowych i prawidłowych wyliczeniach przeprowadzonych przy wykorzystaniu właściwego wzoru matematycznego.

Zamawiający, mając na uwadze powyższe, próbował wywieść z pierwotnej treści oferty zgodność treści oferty Przystępującego z treścią SIWZ, co skutkowało kolejnymi wezwaniem z dnia 06.07.2016 r. tym razem na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. W ramach tego wezwania Przystępujący dokonał kolejnych uzupełnień dokumentów (w zakresie silników przedłożył powtórnie dokument dopuszczenia wydany przez Prezesa WUG, zaś w zakresie średnicy bębna stacji zwrotnej najazdowej uzupełnił dokumenty wskazujące, iż średnica ta wynosi 630 mm z tolerancją  $\pm 5\%$ ).

Dokonując analizy czynności przedsięwziętych w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a Przystępujący wskazać należy, iż mamy w tym przypadku do czynienia z klasycznym przykładem niedozwolonego negocjowania i tym samym zmiany treści oferty - czemu na przeszkodzie stoi treść art. 87 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp. Dodatkowo Izba wskazuje, iż takie postępowania, z jakim mieliśmy do czynienia w ramach niniejszego postępowania, jest dopuszczalne na zasadzie art. 87 ust. 1a ustawy Pzp jedynie w ramach postępowania prowadzonego w trybie dialogu konkurencyjnego. Wówczas w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców sprecyzowania i dopracowania treści oferty oraz przedstawienia informacji dodatkowych, z tym że niedopuszczalne jest dokonywanie istotnych zmian w treści ofert oraz zmian wymagań zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W ramach postępowania prowadzonego w innych trybach, niż dialog konkurencyjny, takie działania nie są przewidziane ustawą Pzp.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenia części zarzutów

wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono, stosownie do wyniku postępowania, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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) w tym w szczególności § 5 ust. 4.

**Przewodniczący:**

.....

