

WYROK
z dnia 8 czerwca 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Pakulska-Banach

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 czerwca 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 kwietnia 2021 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **FAMUR S.A. z siedzibą w Katowicach** i **EHS Sp. z o.o. z siedzibą w Będzinie** w postępowaniu prowadzonym przez **Tauron Wydobycie S.A. z siedzibą w Jaworznie**

przy udziale:

- A. wykonawcy **Hennlich s.r.o. z siedzibą w Litoměřice (Czechy)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego;
- B. wykonawcy **CHITEC Sp. z o.o. z siedzibą w Piekarach Śląskich**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazać zamawiającemu Tauron Wydobycie S.A. z siedzibą w Jaworznie:
 - 1.1. unieważnienie czynności zaproszenia wykonawcy CHITEC Sp. z o.o. z siedzibą w Piekarach Śląskich do udziału w aukcji elektronicznej w ramach Części 1 zamówienia
 - 1.2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert w ramach Części 1 zamówienia, w tym odrzucenie oferty wykonawcy CHITEC Sp. z o.o. z siedzibą w Piekarach

Śląskich na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.)

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Tauron Wydobycie S.A. z siedzibą w Jaworznie** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **FAMUR S.A. z siedzibą w Katowicach i EHS Sp. z o.o. z siedzibą w Będzinie**, tytułem wpisu od odwołania.
- 2.2. zasądza od zamawiającego **Tauron Wydobycie S.A. z siedzibą w Jaworznie** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **FAMUR S.A. z siedzibą w Katowicach i EHS Sp. z o.o. z siedzibą w Będzinie** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

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

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający - TAURON Wydobywanie S.A. z siedzibą w Jaworznie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania pn.: *Dostawa blokowego systemu regulacji hydraulicznej obudowy zmechanizowanej dla TAURON Wydobywanie S.A. – ZG Janina, ZG Brzeszcze* na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień Publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.) - zwanej dalej: „ustawą Pzp”. Zamówienie podzielone jest na 2 części.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 21 grudnia 2020 roku pod numerem: 2020/S 248-618688. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 14 kwietnia 2021 roku zamawiający zaprosił wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej w ramach części nr 1 i części nr 2.

W dniu 23 kwietnia 2021 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: FAMUR S.A. z siedzibą w Katowicach i EHS Sp. z o.o. z siedzibą w Będzinie (zwani dalej łącznie: „odwołującym”) wnieśli odwołanie – w zakresie części nr 1 – wobec zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy CHITEC Sp. z o.o. z siedzibą w Piekarach Śląskich.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2020) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy CHITEC pomimo tego, że wykonawca ten przedłożył ofertę niezgodną z treścią SIWZ, tj. zaoferował przedmiot nie spełniający wymaganych przez zamawiającego parametrów techniczno-użytkowych oraz nie dołączył do oferty wymaganych dokumentów na potwierdzenie spełnienia przez oferowany przedmiot wymaganych przez zamawiającego parametrów techniczno-użytkowych.

W oparciu o powyższe odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej w ramach części nr 1 zamówienia,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert w ramach części nr 1 zamówienia,

3) odrzucenia oferty CHITEC Sp. z o.o. z siedzibą w Piekarach Śląskich w zakresie części nr 1 zamówienia, jako oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

ewentualnie:

4) unieważnienie czynności aukcji elektronicznej oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, jeżeli po wniesieniu odwołania dojdzie do przeprowadzenia aukcji elektronicznej zaplanowanej na 29 kwietnia 2021r.

Ponadto odwołujący wnosił o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego i zasądzenie na rzecz odwołującego zwrotu uzasadnionych i udokumentowanych kosztów udziału w postępowaniu odwoławczym.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podnosił, że zamawiający po dokonaniu prawidłowej oceny ofert w zakresie części nr 1 zamówienia powinien był odrzucić ofertę wykonawcy CHITEC Sp. z o.o. z siedzibą w Piekarach Śląskich (dalej zwanej: „CHITEC”) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako nie odpowiadającą treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z następujących względów:

1. Po pierwsze, odwołujący wskazywał, że zamawiający w odpowiedzi na wnioski wykonawców o zmiany i wyjaśnienia treści SIWZ w piśmie z dnia 18.01.2021 r. na zadane przez jednego z wykonawców pytanie odnośnie pkt 3.7 załącznika nr 6 do SIWZ o następującej treści: „Czy regulacja prędkości osłony czoła ściany, ma być realizowana przez zawór dławiąco-zwrotny zabudowany w bloku? Czy regulacja ma być płynna, czy poprzez empiryczny dobór odpowiedniej średnicy dławienia?”

Udzielił następującej odpowiedzi (odpowiedź nr 17):

„Regulacja prędkości osłony czoła ściany ma być realizowana przez zawór dławiąco-zwrotny nie będący częścią bloku (będzie stanowił odrębną część hydrauliki). Regulacja ma być płynna.”

Zdaniem odwołującego, w świetle powyższej odpowiedzi zamawiającego, należy uznać, iż zamawiający odrzucił możliwość doboru średnicy dławienia w sposób empiryczny. W jego ocenie oferta CHITEC nie spełnia tak sprecyzowanego wymagania technicznego w zakresie przedmiotu zamówienia. Odwołujący podał, że wykonawca CHITEC w piśmie z dnia 25.03.2021 roku, złożonym w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, błędnie wskazał, iż jego oferta spełnia wymagania zamawiającego, co ma wynikać z dołączonej do tego pisma dokumentacji technicznej SP34-14/18f-DTR. Odwołujący zauważył, że oferent CHITEC w swoich wyjaśnieniach mylnie zdefiniował pojęcie płynność regulacji, jako zachowanie ciągłości strumienia cieczy, co nie jest tożsame z regulacją wielkości strumienia cieczy. Wyjaśnił, że wymaganą przez zamawiającego regulację prędkości osłony

czoła ściany można uzyskać przez płynną regulację prędkości wysuwu siłowników realizujących ruch osłony czoła ściany, a to można z kolei osiągnąć jedynie przez płynną zmianę ilości (objętości) cieczy dostarczanej do siłownika w jednostce czasu, co nazywa się przepływem, wyrażanym w jednostce 1/min. Płynną regulację przepływu można zaś osiągnąć przez zastosowanie zaworu zwrotno-dławiącego, który swoją konstrukcją umożliwia płynną zmianę stopnia dławienia (ograniczenia) przepływu cieczy. Według odwołującego zastosowanie zaworu zwrotno-dławiącego, w którym do dławienia cieczy zastosowano element z otworem o stałej i określonej wielkości, nie umożliwia płynnej regulacji stopnia dławienia przepływu, ponieważ w takim zaworze stopień dławienia zależy jedynie od wielkości otworu elementu dławiącego, która jest stała. Wyjaśnił, że zachowanie ciągłości strumienia cieczy, jak jest w rozwiązaniu oferowanym przez CHITEC, nie daje żadnej możliwości regulacji prędkości ruchu osłony czoła ściany, a jedynie zapewnia jednostajność tego ruchu. Tym samym, wykonawca CHITEC zaoferował zawór dławiąco-zwrotny niespełniający wymagań zawartych w SIWZ. Konstrukcja zaoferowanego zaworu dławiąco-zwrotnego nie posiada płynnej regulacji wielkości strumienia cieczy, zaś wartość dławienia jest stała i określona wielkością otworu dławiącego.

Odwołujący dodał, że w ramach części nr 1 zamówienia, będące przedmiotem zamówienia elementy hydrauliki sterowniczej mają mieć zastosowanie do dwóch typów obudowy zmechanizowanej, dlatego też wymóg regulacji prędkości osłony czoła ściany przy zastosowaniu zaworu zwrotno-dławiącego z płynną regulacją przepływu jest niezwykle istotny z punktu widzenia potrzeb zamawiającego wynikających z przedmiotu zamówienia. Tylko zastosowanie zaworu z płynną regulacją przepływu zapewni regulację prędkości osłony czoła ściany dla obu typów obudowy.

2. Po drugie, odwołujący podał, że zamawiający zgodnie z zapisami w SIWZ pkt. 3.8 załącznika nr 6 do SIWZ wymaga, aby blok zaworowy siłowników stropnicy wysuwnej umożliwiał wpięcie dodatkowego sterowania, które pozwoli na otwarcie przestrzeni podtłokowej siłowników i umożliwi dostawianie sekcji do ociosu. Bloki zaworowe podwójne zgodnie z zapisami SIWZ w odniesieniu do obudowy zmechanizowanej typu Glinik 20/41 POz oraz typu FRS 20/41 POz wykonanych wg DTR 15/2009, DTR 21/2012 oraz CT19-015/2014 posiadają dodatkowe sterowanie pozwalające na niezależne otwarcie tylko i wyłącznie przestrzeni podtłokowej siłowników.

Odwołujący podkreślił, że zamawiający nie odrzucił oferty CHITEC, mimo, iż wykonawca ten zaoferował niezgodnie z zapisami SIWZ blok zaworowy podwójny o konstrukcji, w której dodatkowe sterowanie powoduje jednoczesne otwarcie przestrzeni podtłokowej i nadtłokowej siłowników, co wprost przyznał wykonawca w treści pisma z dnia 25.03.2021 r. Odwołujący zauważył też, że wykonawca CHITEC, na potwierdzenie,

iż oferowany blok zaworowy podwójny DN 10 z dodatkowym luzowaniem spełnia wymagania SIWZ, powołał się na opinię KOMAG nr 2/AO/2020 mówiącą, iż oferowany blok może zostać zastosowany w obudowach zmechanizowanych. Jednak jak wskazał odwołujący, opinia ta nie potwierdza w swojej treści, iż powyższy blok zaworowy jest równoważny z wymaganym przez zamawiającego, a także z występującym w pierwotnej dokumentacji, tj. DTR 15/2009, DTR 21/2012 oraz CT19-015/2014 przywołanych przez zamawiającego, jako dokumenty źródłowe do kompletacji układu hydraulicznego.

3. Po trzecie, odwołujący podnosił, że zgodnie z pkt 3.2. załącznika nr 6 do SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia) zamawiający wymagał, aby bloki rozdzielacza sterującego oraz wykonawczego wykonano w wersji 14-to funkcyjnej dla sekcji liniowej i 18-to funkcyjnej dla sekcji skrajnej. Jednocześnie odwołujący wskazał, że zamawiający nie odrzucił oferty wykonawcy CHITEC mimo, iż wykonawca ten zgodnie z dołączoną do oferty dokumentacją SP40-14/18F-DTR (str. 21, 24, 28) oraz dokumentacją SP34-14/18F-DTR (str. 43, 46, 50), dołączoną po terminie składania ofert, zaoferował bloki rozdzielacza sterującego oraz wykonawczego w wersji - 14 funkcyjne dla sekcji liniowej i 14 funkcyjne plus 4 funkcyjne dla sekcji skrajnej, przy czym zauważył, że sterowanie 4 funkcyjne jest wykonane jako osobne sterowanie bezpośrednie, w którym nie występuje podział na blok sterowniczy i wykonawczy, a co za tym idzie nie stosuje się tu również przewodu typu „multiwąż”. Takie rozwiązanie, w ocenie odwołującego, nie spełnia wymagań zamawiającego. Dodał, że dopuszczenie takiego rozwiązania, niezgodnego z SIWZ, powoduje naruszenie zasad uczciwej konkurencji z uwagi na fakt, iż jest to rozwiązanie znacznie tańsze w wykonaniu. Zwrócił też uwagę na różnicę w gabarytach i czasie wykonania bloków 14 funkcyjnych w stosunku do bloków 18 funkcyjnych.

Następnie odwołujący podkreślił, że zamawiający w punkcie 3.1 załącznika nr 6 do SIWZ lit. a); b); c); o) oraz w punkcie 3.2 jasno określił wymogi odnośnie sterowania, tj.:

- zgodnie z pkt 3.1 lit. a), b) i o) załącznika nr 6 do SIWZ zamawiający wymagał bloku rozdzielacza sterującego umieszczonego z przodu oraz bloku rozdzielacza wykonawczego umieszczonego z tyłu oraz uchwytu każdego z tych rozdzielaczy - w oferowanym przez CHITEC rozwiązaniu dla rozdzielacza 4 funkcyjnego brak takiego podziału, gdyż jest to jeden blok;

- zgodnie z pkt 3.1 lit. c) załącznika nr 6 do SIWZ zamawiający wymagał przewodu wielokanałowego (tzw. multiwąż, łączący blok rozdzielaczy sterujących z blokiem rozdzielaczy wykonawczych) – wykonawca CHITEC w swojej ofercie zaoferował tylko przewód wielokanałowy 14 funkcyjny, brak jest w ofercie wymaganego przewodu 18 funkcyjnego;

- zgodnie z pkt. 3.2 załącznika nr 6 do SIWZ zamawiający wymagał, aby bloki rozdzielacza sterującego i wykonawczego wykonane były w wersji 14-to funkcyjnej dla sekcji liniowej i 18-to funkcyjnej dla sekcji skrajnej – wykonawca CHITEC w swojej ofercie zaoferował bloki 14 funkcyjne dla sekcji liniowej, ale dla sekcji skrajnej bloki 14-to funkcyjne plus sterowanie 4 funkcyjne wykonane jako osobne sterowanie bezpośrednie.

Zdaniem odwołującego, niewątpliwie rozwiązania w zakresie bloków rozdzielacza sterującego i wykonawczego oferowane przez wykonawcę CHITEC nie są zgodne z wymaganymi, określonymi przez zamawiającego w SIWZ.

4. Po czwarte, odwołujący wskazywał, że zamawiający w pkt 3.7.1. pkt 1 SIWZ wymagał na potwierdzenie spełniania wymagań w zakresie parametrów techniczno-użytkowych, określonych w załączniku nr 6 do SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia) - załączenia do oferty wypisów z dokumentacji techniczno-ruchowych lub wypisów z instrukcji w rozumieniu Dyrektywy 2006/42/WE i 94/9/WE lub rysunków, kart katalogowych, które potwierdzać będą, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania techniczno-użytkowe.

Odwołujący podkreślił, że dopiero w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, przy piśmie z dnia 25.03.2021 r. wykonawca CHITEC przedstawił zmienioną dokumentację o numerze SP34-14/I8F-DTR wskazując, że „dokumentacja SP40-14/18F-DTR jest wypisem (skróconą wersją do oferty) dokumentacji SP34-14/18F-DTR, przy czym wypis został stworzony w celu ochrony danych technicznych firmy Centrum Hydrauliki DOH Sp. z o.o. i ma zawierać tylko niezbędne dane techniczne zgodnie z zapisami SIWZ.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w pierwotnie złożonej do oferty dokumentacji SP40-14/18F-DTR, w żaden sposób nie wskazano, iż nie jest to dokumentacja pełna (kompletna), a tylko stworzony na potrzeby tego postępowania wypis z innej dokumentacji. Treść tej dokumentacji w żaden sposób nie nawiązuje, ani nie odsyła, do będącej rzekomo jej źródłem dokumentacji o numerze SP34-14/18F-DTR. W ocenie odwołującego, brak powołania się w dokumentacji SP40-14/18F-DTR na dokumentację nr SP34-14/18F-DTR jako źródłową, powoduje, że nie można dać wiary wyjaśnieniom wykonawcy CHITEC.

Zdaniem odwołującego, przedłożone przez wykonawcę CHITEC dokumentacje, tj. SP40-14/I8F-DTR złożoną wraz z ofertą oraz SP34-14/18F-DTR złożoną po terminie składania ofert w ramach wyjaśnień składanych na wezwanie zamawiającego, należy traktować jako dwie odrębne dokumentacje. Według odwołującego - w konsekwencji powyższego - złożenie dokumentacji SP34-14/18F-DTR przy piśmie z dnia 25.03.2021 r. należy traktować jako nieuprawnioną zmianę oferty po terminie składania ofert, gdyż dokumentacja wymagana zgodnie z pkt 3.7. SIWZ stanowiła integralną część oferty.

Odwołujący podał, że wyjaśnienia wykonawcy CHITEC zawarte w treści pisma z dnia 25.03.2021 r., iż dokumentacja SP40-14/18F-DTR jest wypisem (skróconą wersją do oferty) dokumentacji SP34-14/18F-DTR oraz, że została stworzona w celu ochrony danych technicznych firmy Centrum Hydrauliki DOH Sp. z o.o. są niewiarygodne i nielogiczne w świetle faktycznych czynności tego wykonawcy podejmowanych po złożeniu oferty, tj. złożenia kompletnej dokumentacji SP34-14/18F-DTR, która została ujawniona pozostałym wykonawcom w tym odwołującemu.

Odwołujący podnosił, że informował zamawiającego o niezgodności oferty wykonawcy CHITEC z treścią SIWZ, wskazując m.in. na fakt, iż załączona do oferty opinia Zakładu Badań Atestacyjnych Jednostki Certyfikującej KOMAG nr 2/A0/2020 nie odnosi się do załączonej do oferty dokumentacji techniczno-ruchowej, albowiem podstawą wystawienia tej opinii zgodnie z pkt 3.2. tiret pierwsze była m.in. dostarczona przez Zleceniodawcę dokumentacja techniczno-ruchowa nr SP34-14/18f-DTR wydanie Bytom, listopad 2019 r., zaś załączona do oferty dokumentacja nosi nr SP40-14/18f-DTR-oferta wydanie Bytom, styczeń 2021 r.

Odwołujący dodał, że zamawiający pismem z dnia 15.03.2021 r. wezwał wykonawcę CHITEC na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie wymagań określonych przez zamawiającego. W odpowiedzi na wezwanie wykonawca CHITEC przy piśmie z dnia 25.03.2021 r. załączył pismo Instytutu Techniki Górniczej KOMAG z dnia 25.03.2021 r., z którego to wynika, iż wykonawca ten w celu wystawienia rzeczowej opinii przedłożył w KOMAG dokumentację techniczno-ruchową o numerze SP34-14/18f-DTR, która nie została załączona do oferty. Zatem, opinia ITG KOMAG nie może służyć jako potwierdzenie, iż oferowany przez CHITEC przedmiot spełnia wymagania zamawiającego, gdyż odwołuje się ona do dokumentacji techniczno-ruchowej, która do oferty nie została załączona. Jednostka certyfikująca w treści opinii w żaden sposób nie odnosi się do dokumentacji techniczno-ruchowej nr SP40-14/18F-DTR, która powinna stanowić przedmiot oceny, gdyż to właśnie ta dokumentacja została przez wykonawcę CHITEC dołączona do oferty.

W ocenie odwołującego uzupełnienie oferty przez wykonawcę CHITEC o dokumentację nr SP34-14/18F-DTR stanowiło nieuprawnioną zmianę oferty, dlatego też oferta ta powinna zostać odrzucona z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, bez dodatkowego wzywania wykonawcy do jej uzupełnienia, czego zamawiający zaniechał. Odwołujący w tym zakresie powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 września 2020 roku, wydany w sprawie o sygn. akt: KIO 1974/20. Zdaniem odwołującego, mając na uwadze oczywiste braki oferty złożonej przez wykonawcę CHITEC, o czym świadczą choćby liczne dokumenty załączone dopiero do

pisma z dnia 25.03.2021 r., które powinny być zostać dołączone już do oferty, oraz fakt, iż zamawiający pismem z dnia 14.04.2021 r. poinformował wykonawców o terminie przeprowadzenia aukcji elektronicznej należy stwierdzić, iż zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty CHITEC.

Wobec powyższego odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania w całości.

Zamawiający w dniu 26 kwietnia 2021 roku przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu informację o wniesieniu odwołania wraz z jego kopią za pośrednictwem Platformy zakupowej.

W dniu 28 kwietnia 2021 roku wykonawca Hennlich s.r.o. z siedzibą w Litoměřice (Czechy) (zwany dalej: „Hennlich”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego.

W dniu 28 kwietnia 2021 roku wykonawca CHITEC Sp. z o.o. z siedzibą w Piekarach Śląskich (zwany dalej: „CHITEC”), zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Izba ustaliła, że zgłoszenia przystąpień wykonawcy Hennlich i wykonawcy CHITEC zostały dokonane zgodnie z wymogami określonymi w art. 525 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) i tym samym wykonawcy ci stali się uczestnikami postępowania odwoławczego.

W dniu 6 czerwca 2021 roku zamawiający wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

W dniu 7 czerwca 2021 roku w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego odwołujący złożył dodatkowe pismo procesowe, zamawiający złożył pisemny wniosek o odrzucenie odwołania, a przystępujący CHITEC złożył pismo przygotowawcze.

Po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 7 czerwca 2021 roku z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk stron i uczestników postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że do ww. postępowania o udzielenie zamówienia, zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy

wprowadzając ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020), jako wszczętego i niezakończonego przed dniem 1 stycznia 2021 roku, stosuje się przepisy dotychczasowe, tj. przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) -zwanej dalej: „ustawą Pzp”).

Natomiast, mając na uwadze, iż odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 kwietnia 2021 roku, to do przedmiotowego postępowania odwoławczego, zgodnie z art. 92 ust. 2 ww. ustawy Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych, znajdują zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) - zwanej dalej: „ustawą nPzp”.

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 nPzp. Izba oddaliła wniosek zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 2 i 6 ustawy nPzp.

Zgodnie z art. 528 pkt 2 ustawy nPzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony.

Zamawiający zauważył, że zgodnie z art. 510 ustawy nPzp: 1. Pełnomocnikiem może być adwokat lub radca prawny, a ponadto osoba sprawująca zarząd majątkiem lub interesami strony lub uczestnika postępowania oraz osoba pozostająca ze stroną lub uczestnikiem postępowania w stosunku zlecenia, jeżeli przedmiot sprawy wchodzi w zakres tego zlecenia. 2. Pełnomocnikiem osoby prawnej, przedsiębiorcy, w tym nieposiadającego osobowości prawnej, lub jednostki nieposiadającej osobowości prawnej może być również pracownik tej jednostki.

Zamawiający podkreślił, że pełnomocnik odwołującego nie jest pracownikiem członka konsorcjum odwołującego – EHS Sp. z o.o., zaś z innych postępowań jest mu on znany jako pracownik lidera konsorcjum – FAMUR S.A. Osoba, która podpisała odwołanie nie jest też adwokatem, ani radcą prawnym. Wobec czego osoba ta nie ma prawa pełnić roli pełnomocnika obu podmiotów wchodzących w skład konsorcjum odwołującego, a tym samym odwołanie zostało złożone przez podmiot nieuprawniony – skutecznie mogła to uczynić tylko w imieniu jednego z członków konsorcjum odwołującego.

Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego, uznając, że pracownik jednego z członków konsorcjum (lidera konsorcjum) jest osobą, która może być pełnomocnikiem całego konsorcjum. Nadmienić należy, że pełnomocnictwo dla lidera konsorcjum było prawidłowe. Gdyby przyjąć interpretację art. 510 ust. 2 ustawy nPzp, iż tylko osoba, która jest pracownikiem wszystkich członków konsorcjum może występować w roli pełnomocnika, to w sposób istotny ograniczyłoby możliwość działania wykonawców wspólnie ubiegających

się o udzielenie zamówienia (co jest dość powszechną praktyką) poprzez swoich pracowników, nie będących radcami czy adwokatami, gdyż co do zasady dana osoba w większości przypadków pozostaje zatrudniona przez jeden podmiot.

Stosownie do art. 528 ust. 6 ustawy nPzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, odwołujący nie przekazał zamawiającemu odpowiednio odwołania albo jego kopii, zgodnie z art. 514 ust. 2. Zgodnie natomiast z art. 514 ust. 2 ustawy nPzp odwołujący przekazuje zamawiającemu odwołanie wniesione w formie elektronicznej albo postaci elektronicznej albo kopię tego odwołania, jeżeli zostało ono wniesione w formie pisemnej, przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu.

Zamawiający wskazywał, że odwołujący przekazał mu kopię odwołania bez załączników, przy czym w toku posiedzenia wyjaśnił, że nie przekazano mu w szczególności kopii pełnomocnictwa, ani dowodu uiszczenia wpisu.

Izba oddaliła wniosek o odrzucenie odwołania w oparciu o ww. podstawę. Izba ustaliła, że zamawiający otrzymał pełną treść odwołania, a wszystkie załączniki merytoryczne znajdowały się w dokumentacji postępowania posiadanej przez zamawiającego. To, że zamawiający nie otrzymał kopii pełnomocnictwa nie stanowi o tym, że nie została zamawiającemu przekazana kopia odwołania zgodnie z art. 514 ust. 2 ustawy nPzp. Przepis ten stanowi bowiem o „zapoznaniu się z treścią odwołania”, a zatem dotyczy kwestii merytorycznych. Ponadto, zauważyć należy, że pełnomocnictwo dla osoby podpisującej odwołanie podlega uzupełnieniu w odpowiednim terminie - na mocy art. 518 ust. 1 ustawy nPzp - a zatem nie można go utożsamiać z treścią odwołania, którą ma obowiązek przekazać odwołujący zamawiającemu, tak aby zapoznał się on z nią przed upływem terminu do wniesienia odwołania (która to treść nie podlega uzupełnieniu, a jednocześnie decyduje o zakresie zaskarżenia, a w konsekwencji wyznacza granice rozstrzygnięcia).

W dalszej kolejności, Izba uznała, iż odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ustawy nPzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego, w szczególności z: ogłoszenia o zamówieniu, treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej zwanej: „SIWZ”), w tym wyjaśnień SIWZ, oferty wykonawcy CHITEC, korespondencji prowadzonej przez zamawiającego z wykonawcą CHITEC, zaproszenia do aukcji elektronicznej w ramach części nr 1.

Skład orzekający Izby wziął także pod uwagę stanowiska i oświadczenia stron i uczestników postępowania odwoławczego złożone w pismach oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 7 czerwca 2021 roku.

Izba ustaliła co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest dostawa blokowego systemu regulacji hydraulicznej obudowy zmechanizowanej dla TAURON Wydobycie S.A. – ZG Janina, ZG Brzeszcze. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został określony w Opisie Przedmiotu Zamówienia w Załączniku nr 6 do SIWZ oraz we Wzorze Umowy w Załączniku nr 7 do SIWZ. Przedmiot zamówienia został podzielony na 2 części:

Część nr 1: Hydraulika sterownicza do obudowy zmechanizowanej Glinik 20/41 POz i FRS 20/41 POz;

Część nr 2: Hydraulika sterownicza do obudowy zmechanizowanej TAGOR-22/46-POz.

Zgodnie z pkt 3.7.1. SIWZ: „Wymaga się, aby oferowany przedmiot zamówienia spełniał wymagane przez Zamawiającego parametry techniczno-użytkowe określone w załączniku nr 6 do SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia.

Na potwierdzenie spełnienia powyższego wymagania Wykonawca załączy do oferty:

- 1) wypisy z dokumentacji techniczno-ruchowych lub wypisów z instrukcji w rozumieniu dyrektywy 2006/42/WE i 94/9/WE lub rysunki, karty katalogowe, które potwierdzać będą, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania techniczno-użytkowe określone w Załączniku nr 6 do SIWZ - „Opis przedmiotu zamówienia”;
- 2) oświadczenie o treści zgodnej z pkt C ppkt 1.5. Oświadczenia (Załącznik nr 1 do SIWZ);
- 3) wzór deklaracji zgodności.”.

W Załączniku nr 6 do SIWZ – Opis przedmiotu zamówienia (dalej jako: „OPZ”) zamawiający podał, że:

„3. Wymagania techniczne:

3.1. Komplet hydrauliki sterowniczej ma być wykonany jako sterowanie pilotowe z systemem sterowania rozdzielnego i składać się z:

- a) bloku rozdzielacza sterującego umieszczonego z przodu;
- b) bloku rozdzielacza wykonawczego umieszczonego z tyłu;
- c) przewodu wielokanałowego (tzw. multiwąż, łączący blok rozdzielaczy sterujących z blokiem rozdzielaczy wykonawczych)

(...)

3.2. Bloki rozdzielacza sterującego i wykonawczego wykonane w wersji 14-to funkcyjnej dla sekcji liniowej i 18-to funkcyjnej dla sekcji skrajnej.

(...)

3.7. Blok zaworowy siłowników osłony czoła ściany wykonany jako blok podwójnego działania wyposażony w dwa zawory przelewowe DN 10 nastawione na ciśnienie robocze 38 MPa oraz wbudowane sterowane podwójne zawory zwrotne. Budowa bloku zaworowego umożliwi wpięcie dodatkowego sterowania, które pozwoli na luzowanie osłony czoła ściany podczas dostawiania sekcji do przenośnika oraz będzie wyposażony w zawór dławiąco-zwrotny umożliwiający regulację jej prędkości.

3.8. Blok zaworowy siłowników stropnicy wysuwnej (sekcja skrajna) wykonany jako blok podwójnego działania wyposażony w dwa zawory przelewowe DN 10 nastawione na ciśnienie robocze 38 MPa oraz wbudowane sterowane podwójne zawory zwrotne. Budowa bloku zaworowego umożliwi wpięcie dodatkowego sterowania, które pozwoli na otwarcie przestrzeni podtłokowej siłowników i umożliwi dostawianie sekcji do ociosu.”.

Pismem z dnia 18 stycznia 2021 roku zamawiający wyjaśnił treść SIWZ, w tym udzielił odpowiedzi na pytanie nr 17 dotyczące SIWZ pkt 3.7. o treści: „Czy regulacja prędkości osłony czoła ściany, ma być realizowana przez zawór dławiąco-zwrotny zabudowany w bloku? Czy regulacja ma być płynna, czy poprzez empiryczny dobór odpowiedniej średnicy dławienia?” - odpowiedź:

„Regulacja prędkości osłony czoła ściany ma być realizowana przez zawór dławiąco-zwrotny nie będący częścią bloku (będzie stanowił odrębną część hydrauliki). Regulacja ma być płynna.”.

Wykonawca CHITEC do oferty załączył Dokumentację Techniczno-Ruchową o numerze: SP40-14/18f-DTR.

W dniu 15 marca 2021 roku zamawiający wezwał wykonawcę CHITEC – na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp – do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie wymagań, określonych przez Zamawiającego w Postępowaniu o udzielenie Zamówienia Publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostawa blokowego systemu regulacji hydraulicznej obudowy zmechanizowanej dla TAURON Wydobyć SA – ZG Janina, ZG Brzeszcze” – część nr 1, 2 zamówienia. Jednocześnie w piśmie tym zamawiający wskazał m.in., że:

„1. Zgodnie z Rozdziałem nr 3 SIWZ pkt 3.7. „Wymagania dla dostaw oraz dokumenty i oświadczenia na potwierdzenie spełnienia tych wymagań” Zamawiający wymagał w pkt 3.7.1. „Wypisy z dokumentacji techniczno-ruchowych lub wypisy z instrukcji w rozumieniu dyrektywy 2006/42/WE i 94/9/WE lub rysunki, karty katalogowe, które potwierdzać będą, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania techniczno-użytkowe określone w Załączniku nr 6 do SIWZ – „Opis przedmiotu zamówienia.” Wykonawca załączył do oferty dokumenty, które nie potwierdzają spełnienia wymagań

techniczno-użytkowych dla części nr 1 zamówienia określonych w Załączniku nr 6 do SIWZ - Opisu przedmiotu zamówienia, tj.: 1) pkt.3.7 „Blok zaworowy siłowników osłony czoła ściany wykonany jako blok podwójnego działania wyposażony w dwa zawory przelewowe DN10 nastawione na ciśnienie robocze 38 MPa oraz wbudowane sterowane podwójne zawory zwrotne. Budowa bloku zaworowego umożliwi wpięcie dodatkowego sterowania, które pozwoli na luzowanie osłony czoła ściany podczas dostawiania sekcji do przenośnika oraz będzie wyposażony w zawór dławiąco zwrotny umożliwiający regulację jej prędkości”. Wykonawca nie przedstawił w swojej ofercie zaworu dławiąco zwrotnego oraz sposobu jego regulacji. 2) pkt.3.8 „Blok zaworowy siłowników stropnicy wysuwnej wykonany jako blok podwójnego działania wyposażony w dwa zawory przelewowe DN 10 nastawione na ciśnienie robocze 38 MPa oraz wbudowane sterowane podwójne zawory zwrotne. Budowa bloku zaworowego umożliwi wpięcie dodatkowego sterowania, które pozwoli na otwarcie przestrzeni podtłokowej siłowników i umożliwi dostawianie sekcji do ociosu”. Wykonawca nie sprecyzował w swojej ofercie, że w/w blok podwójnego działania zapewni otwarcie przestrzeni podtłokowej siłowników i umożliwi dostawianie sekcji do ociosu.

(...)

Zgodnie z Rozdziałem nr 3 SIWZ pkt 3.7. „Wymagania dla dostaw oraz dokumenty i oświadczenia na potwierdzenie spełnienia tych wymagań” Zamawiający wymagał w pkt 3.7.6. „Wymaga się aby oferowany przedmiot zamówienia posiadał opinie producenta obudowy lub jednostki certyfikowanej/notyfikowanej o możliwości stosowania systemu sterowania w obudowie zmechanizowanej: – dla części nr 1– ZG Janina: typu Gliniki 20/41 POz i FRS 20/41 POz wykonanych wg DTR 15/2009, DTR 21/2012 oraz CT19-015/2014. Na potwierdzenie spełnienia powyższego wymagania Wykonawca załączył do oferty: opinie producenta obudowy lub jednostki certyfikującej/notyfikowanej o możliwości stosowania oferowanego przedmiotu zamówienia w obudowie zmechanizowanej: – dla części nr 1 – ZG Janina - typu Gliniki 20/41 POz i FRS 20/41 POz wykonanych wg DTR 15/2009, DTR 21/2012 oraz CT19-015/2014”. Załączona do oferty opinia Zakładu Badań Atestacyjnych Jednostka Certyfikująca KOMAG nie odnosi się do załączonej DTR SP40-14/18f-DTR (podana jest DTR SP34-14/18f-DTR). W związku z powyższym, Zamawiający wzywa Wykonawcę do uzupełnienia opinii producenta obudowy lub jednostki certyfikującej/notyfikowanej o możliwości stosowania oferowanego przedmiotu zamówienia w obudowie zmechanizowanej typu Gliniki 20/41 POz i FRS 20/41 POz wykonanych wg DTR 15/2009, DTR 21/2012 oraz CT19-015/2014.”.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca CHITEC pismem z dnia 25 marca 2021 roku wyjaśniał m.in., iż:

„1.1. Zamawiający wymaga płynnej regulacji prędkości osłony czoła ściany. Zastosowanie rozwiązania zaworu dławiąco zwrotnego niezależnie od sposobu nastawy spełnia wymaganie płynności, gdyż w cieczy przepływającej przez układ dławiący automatyczne, płynnie (bez przerwania ciągłości strumienia cieczy czy też generowania jakichkolwiek impulsów) zmieniane są cechujące ją parametry w tym parametr przepływu (jest on zmniejszany) do wymaganej wartości tak aby zapewnić właściwą, bezpieczną pracę odbiornika. Empiryczność (poznanie poprzez doświadczenie) m.in. doboru średnicy dławienia jest stosowane niezależnie od sposobu nastawy zaworu, ponieważ leży u podstaw właściwego projektowania i konstruowania m.in. układów hydraulicznych oraz ich elementów, jako jeden ze sposobów projektowania czy też, jako sposób sprawdzenia teoretycznych obliczeń czy też praktycznych założeń. Mając na uwadze powyższe zostają spełnione wymagania Zamawiającego. W dokumentacji SP34-14/18f-DTR na str. 58 znajduje się karta katalogowa zaworu dławiąco zwrotnego.

1.2. Zgodnie z zapisami SIWZ z załącznika nr 6 pkt. 3.8 Zamawiający wskazuje, że „Budowa bloku zaworowego umożliwi wpięcie dodatkowego sterowania, które pozwoli na otwarcie przestrzeni podtłokowej siłowników i umożliwi dostosowanie sekcji do ociosu”

Zamawiający wskazał konieczność otwierania dodatkowym sterowaniem przestrzeni podtłokowej nie wskazując, w jaki sposób ma być realizowane otwieranie przestrzeni nadtłokowej. Zaproponowane rozwiązanie bloku zaworowego podwójnego DN10 z dodatkowym luzowaniem powoduje jednoczesne otwarcie przestrzeni nadtłokowej i podtłokowej. Podczas dostawiania sekcji do ociosu wymagane jest minimum otwieranie przestrzeni podtłokowej siłownika, napływ cieczy do przestrzeni nadtłokowej realizowany jest przez zawór zwrotny bloku zaworowego (zmiana ciśnienia wynikająca ze zwiększenia przestrzeni nadtłokowej powoduje jego otwarcie i przepływ cieczy). W przypadku równoczesnego otwarcia przestrzeni pod- i nadtłokowej wypływ cieczy ze strony podtłokowej realizowany jest identycznie jak w pierwszym przypadku natomiast otwarcie strony nadtłokowej umożliwia napływ cieczy z pominięciem występowania oporów na otwarcie zaworu zwrotnego. W efekcie działanie od strony funkcjonalnej dla obu przypadków jest identyczne. Blok zaworowy podwójny DN 10 z dodatkowym luzowaniem spełnia wymagania SIWZ. Opinia KOMAG nr 2/AO/2020 potwierdza pełną funkcjonalność pracy sekcji z zastosowanym blokiem podwójnym z dodatkowym luzowaniem. ZG Janina na sekcjach Glinik 20/41 oraz FRS 20/41 stosuje tego typu bloki podwójne DN10 z luzowaniem.

(...)

2. Niniejszym oświadczamy, iż dokumentacja SP40-14/18f-DTR jest wypisem (skrótową wersją do oferty) dokumentacji SP34-14/18f-DTR. Wypis został stworzony w celu ochrony danych technicznych firmy Centrum Hydrauliki DOH Sp. z o.o. i ma zawierać tylko niezbędne

dane techniczne zgodnie z zapisami SIWZ. W załączeniu do niniejszego pisma przesyłamy pełną dokumentację SP34-14/18f-DTR, dodatkowo wnosimy o jej utajnienie jako tajemnicę przedsiębiorstwa. (...)”.

Do ww. pisma wykonawca CHITEC załączył m.in. dokumentację SP34-14/18f-DTR oraz Pismo Instytutu Techniki Górniczej KOMAG z dnia 25 marca 2021 roku

W dniu 14 kwietnia 2021 roku zamawiający zaprosił wykonawców do wzięcia udziału w aukcji elektronicznej w części nr 1 (odwołującego i obu przystępujących) i w części nr 2.

Odwołujący od powyższej czynności zamawiającego dokonanej w ramach części nr 1 wniósł odwołanie w dniu 23 kwietnia 2021 roku.

Izba zważyła co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucał zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy CHITEC pomimo, że jest ona niezgodna z treścią SIWZ. Odwołujący wskazywał na niezgodność oferty wykonawcy CHITEC z treścią SIWZ w 4 aspektach, przy czym poniżej zostało szczegółowo wskazane w jakim zakresie Izba uznała, że potwierdziła się niezgodność treści oferty ww. wykonawcy z treścią SIWZ.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Stosownie do art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

1. Izba podzieliła stanowisko odwołującego, że treść oferty wykonawcy CHITEC jest niezgodna z treścią SIWZ w zakresie wymagania opisanego w pkt 3.7. Załącznika nr 6 do SIWZ, dodatkowo sprecyzowanego przez zamawiającego w odpowiedzi z dnia 18 stycznia 2021 roku na pytanie nr 17, udzielonej w trybie art. 38 ustawy Pzp.

Na pytanie o treści: „Czy regulacja prędkości osłony czoła ściany, ma być realizowana przez zawór dławiąco-zwrotny zabudowany w bloku? Czy regulacja ma być płynna, czy poprzez empiryczny dobór odpowiedniej średnicy dławienia?” zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: „Regulacja prędkości osłony czoła ściany ma być

realizowany przez zawór dławiąco-zwrotny nie będący częścią bloku (będzie stanowił odrębną część hydrauliki). Regulacja ma być płynna.”.

Tymczasem, wykonawca CHITEC w piśmie z dnia 25 marca 2021 roku wyjaśniał, że: *„zastosowanie rozwiązania zaworu dławiąco zwrotnego niezależnie od sposobu nastawy spełnia wymaganie płynności, gdyż w cieczy przepływającej przez układ dławiący automatyczne, płynnie (bez przerwania ciągłości strumienia cieczy czy też generowania jakichkolwiek impulsów) zmieniane są cechujące ją parametry w tym parametr przepływu (jest on zmniejszany) do wymaganej wartości tak aby zapewnić właściwą, bezpieczną pracę odbiornika. Empiryczność (poznanie poprzez doświadczenie) m.in. doboru średnicy dławienia jest stosowane niezależnie od sposobu nastawy zaworu, ponieważ leży u podstaw właściwego projektowania i konstruowania m.in. układów hydraulicznych oraz ich elementów, jako jeden ze sposobów projektowania czy też, jako sposób sprawdzenia teoretycznych obliczeń czy też praktycznych założeń”.*

Ponadto, należy zwrócić uwagę, że zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazywał, że nie zdefiniował pojęcia „płynnej regulacji”, stąd – według niego - zarzut o jego błędnej interpretacji jest chybiony.

Izba przychyliła się do argumentacji odwołującego. Nie ulega wątpliwości, iż zamawiający odrzucił możliwość doboru średnicy dławienia w sposób empiryczny, co wynika bezpośrednio z treści przytoczonej powyżej odpowiedzi zamawiającego na pytanie nr 17. Z kolei, jak wynika z wyjaśnień wykonawcy CHITEC wskazuje on na empiryczność m.in. w zakresie doboru średnicy dławienia, iż jest stosowana niezależnie od sposobu nastawy zaworu, ponieważ leży u podstaw właściwego projektowania i konstruowania m.in. układów hydraulicznych oraz ich elementów, jako jeden ze sposobów projektowania czy też, jako sposób sprawdzenia teoretycznych obliczeń czy też praktycznych założeń. Jednocześnie wykonawca ten wyjaśnił w jaki sposób realizowana jest płynna regulacja w oferowanym przez niego rozwiązaniu, a mianowicie, iż: *„w cieczy przepływającej przez układ dławiący automatyczne, płynnie (bez przerwania ciągłości strumienia cieczy czy też generowania jakichkolwiek impulsów) zmieniane są cechujące ją parametry w tym parametr przepływu (jest on zmniejszany) do wymaganej wartości tak aby zapewnić właściwą, bezpieczną pracę odbiornika”.*

W ocenie Izby potwierdził się zarzut odwołującego – po pierwsze – dlatego, że wbrew wyraźnemu wyłączeniu (dokonanemu w drodze wyjaśnień treści SIWZ) wykonawca zaoferował rozwiązanie, w którym jest empiryczny dobór odpowiedniej średnicy dławienia. Po drugie – dlatego, że oferowane rozwiązanie w istocie nie zapewnia płynnej regulacji prędkości osłony czoła ściany tylko płynność rozumianą jako brak przerwania ciągłości

strumienia cieczy (zachowanie jego ciągłości). Słusznie zwracał uwagę odwołujący, że zastosowanie zaworu zwrotno-dławiącego, w którym do dławienia cieczy zastosowano element z otworem o stałej i określonej wielkości, nie umożliwia płynnej regulacji stopnia dławienia przepływu, ponieważ w takim zaworze stopień dławienia zależy jedynie od wielkości otworu elementu dławiącego, która jest stała.

Co do podnoszonej przez zamawiającego kwestii, iż dobór średnicy dławienia powinien odbywać się tylko i wyłącznie w warunkach kontrolowanych, zawsze przy użyciu przyrządów pomiarowych, to wskazać należy, że nie powoduje to, że stanowisko odwołującego jest niezasadne. Podobne argumenty podnosił także przystępujący CHITEC. Wymóg zamawiającego został sformułowany w sposób jednoznaczny (z uwzględnieniem odpowiedzi na pytanie nr 17), a rozwiązanie uwzględniające zastosowanie zaworu zwrotno-dławiącego, umożliwiającego płynną regulację stopnia dławienia przepływu cieczy, nie wyklucza tego, że dobór średnicy dławienia odbędzie się w warunkach kontrolowanych. Zatem, nie można twierdzić, że jest to rozwiązanie sprzeczne z wymaganą normą, na co wskazywał zamawiający.

Bez znaczenia dla sprawy jest argument (podnoszony przez zamawiającego i przystępującego CHITEC), że wszystkie obudowy zmechanizowane, w tym dostarczone przez lidera konsorcjum odwołującego, użytkowane w kopalniach zamawiającego są wyposażone w dokładnie takie rozwiązanie jak zaproponował wykonawca CHITEC w tym postępowaniu. Powyższe bowiem nie może przesądzać o zgodności jego oferty z postanowieniami SIWZ ukształtowanymi w tym postępowaniu.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba uznała, że w tym zakresie potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

2. Izba podzieliła także stanowisko odwołującego, że treść oferty wykonawcy CHITEC jest niezgodna z treścią SIWZ w zakresie wymagania opisanego w pkt 3.2. Załącznika nr 6 do SIWZ.

W ocenie Izby zamawiający w sposób jednoznaczny opisał wymaganie, tj. wymagał bloków rozdzielacza sterującego i wykonawczego wykonanych w wersji 14-to funkcyjnej dla sekcji liniowej i 18-to funkcyjnej dla sekcji skrajnej. Rozwiązanie zaoferowane przez wykonawcę CHITEC, tj. blok w wersji 14-to funkcyjnej dla sekcji skrajnej z dodatkowym blokiem bezpośredniego sterowania pilotowego 4-funkcyjnego nie spełnia wymagań SIWZ. Odwołujący podnosił, że w przypadku dodatkowego bloku 4-funkcyjnego sterowanie jest wykonane jako osobne sterowanie bezpośrednie, w którym nie występuje podział na blok sterowniczy i wykonawczy, a co za tym idzie nie stosuje się tu również przewodu typu „multiwąż”.

Podnieść należy, że zgodnie z pkt 3.1. Załącznika nr 6 do SIWZ, komplet hydrauliki sterowniczej ma być wykonany jako sterowanie pilotowe z systemem sterowania rozdzielnego i składać się z m.in.: bloku rozdzielacza sterującego umieszczonego z przodu; bloku rozdzielacza wykonawczego umieszczonego z tyłu; przewodu wielokanałowego (tzw. multiwąż, łączący blok rozdzielaczy sterujących z blokiem rozdzielaczy wykonawczych). W przypadku dodatkowego bloku 4-funkcyjnego nie ma systemu sterowania rozdzielnego i podziału na bloku rozdzielacza sterującego i wykonawczego, nie ma przewodu wielokanałowego. Jest to zatem rozwiązanie inne niż opisane w SIWZ w pkt 3.1. i 3.2. Załącznika nr 6 do SIWZ. Wobec powyższego, argumentacja, że zamawiający w pkt 3.2. nie wskazał, że blok 18-funkcyjny dla sekcji skrajnych ma być wykonany jako monoblok, nie może powodować uznania rozwiązania oferowanego przez wykonawcę CHITEC jako zgodnego z treścią SIWZ.

Zatem, nawet jeśli rozwiązanie, które jest oferowane przez wykonawcę CHITEC jest w pełni funkcjonalne i stosowane powszechnie, to nie oznacza jednocześnie, że jest zgodne z treścią SIWZ.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba uznała, że w tym zakresie potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

3. Natomiast, Izba nie podzieliła poglądu odwołującego, że oferta wykonawcy CHITEC jest niezgodna z wymaganiami opisanymi w pkt 3.8. Załącznika nr 6 do SIWZ, zgodnie z którym *„budowa bloku zaworowego umożliwi wpięcie dodatkowego sterowania, które pozwoli na otwarcie przestrzeni podtłokowej siłowników i umożliwi dostawianie sekcji do ociosu.”*. Wykonawca zaoferował rozwiązanie, które powoduje jednoczesne otwarcie przestrzeni nadtłokowej i podtłokowej. Odwołujący podnosił, że bloki zaworowe podwójne zgodnie z zapisami SIWZ w odniesieniu do obudowy zmechanizowanej typu Glinik 20/41 POz oraz typu FRS 20/41 POz wykonanych wg DTR 15/2009, DTR 21/2012 oraz CT19-015/2014 posiadają dodatkowe sterowanie pozwalające na niezależne otwarcie tylko i wyłącznie przestrzeni podtłokowej siłowników. W ocenie Izby takie twierdzenie nie jest zgodne z brzmieniem powołanego zapisu pkt 3.8. Załącznika nr 6 do SIWZ. Nie ulega wątpliwości, że zamawiający wymagał rozwiązania, które pozwoliłoby na otwarcie przestrzeni podtłokowej siłowników, ale już nie żądał, aby polegało na wyłącznym i niezależnym otwarciu przestrzeni podtłokowej siłowników.

W związku z powyższym Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego co do niezgodności oferty wykonawcy CHITEC z treścią SIWZ w zakresie pkt 3.8. Załącznika nr 6 do SIWZ.

4. Odnosząc się do zarzutu niezgodności treści oferty wykonawcy CHITEC z treścią SIWZ z uwagi na nie dołączenie do oferty wymaganych dokumentów na potwierdzenie spełnienia przez oferowany przedmiot wymaganych przez zamawiającego parametrów techniczno-użytkowych, w sytuacji, gdy dołączona do oferty dokumentacja techniczna o numerze SP40-14/18F-DTR nie potwierdzała, że oferowany przedmiot spełnia wymagania techniczno-użytkowe określone w Załączniku nr 6 do SIWZ, stwierdzić należy co następuje.

Wykonawca CHITEC twierdził, że dokumentacja techniczna o numerze SP40-14/18F-DTR stanowiła wypis dokumentacji techniczno-ruchowej o numerze SP34-14/18F-DTR. Należy też zaznaczyć, że zgodnie z pkt 3.7.1. SIWZ zamawiający dopuścił możliwość potwierdzenia, iż oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagane przez zamawiającego parametry techniczno-użytkowe określone w załączniku nr 6 do SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia poprzez dołączenie do oferty wypisu z dokumentacji techniczno-ruchowych.

Izba podzieliła w tym zakresie stanowisko zamawiającego i przystępującego CHITEC uznając, że dokumentacja techniczno-ruchowa załączona do oferty wykonawcy CHITEC o numerze SP40-14/18F-DTR stanowi wypis dokumentacji techniczno-ruchowej o numerze: SP34-14/18F-DTR, a odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnych. Nie przesądza o tym w sposób jednoznaczny brak powołania się w dokumentacji SP40-14/18F-DTR na dokumentację nr SP34-14/18F-DTR jako źródłową. Z drugiej zaś strony zamawiający dopuścił możliwość potwierdzenia spełnienia parametrów techniczno-użytkowych określonych w załączniku nr 6 do SIWZ przez dołączenie do oferty wypisu z dokumentacji techniczno-ruchowych. Po drugie, jak trafnie zamawiający wskazał, dokumentacja techniczno-ruchowa, jak i wypis z takiej dokumentacji, stanowi dokument potwierdzający spełnienie wymogów określonych w SIWZ przez oferowane dostawy. Natomiast odwołujący nie wskazał, jakie w istocie informacje dotyczące przedmiotu oferowanych dostaw zostały zmienione po złożeniu oferty. Innymi słowy, odwołujący nie wskazał w jakim zakresie doszło do nieuprawnionej zmiany treści oferty wykonawcy CHITEC. Samo powołanie się na zmianę dokumentacji techniczno-ruchowej, bez jakiegokolwiek odniesienia się do jej treści i oferowanych parametrów, bez wykazania różnic w zakresie dokumentacji złożonej przy ofercie i później na wezwanie, nie może dowodzić nieuprawnionej zmiany treści SIWZ. Podkreślić też należy, że późniejsze wnioski formułowane na rozprawie (wskazywanie na różnice w rysunkach układu hydraulicznego) wykraczają poza zarzuty odwołania (sprecyzowane w ramach zarzutów okoliczności faktyczne). Podobnie, wnioski sformułowane w piśmie procesowym odwołującego z dnia 7 czerwca 2021 roku nie mieszczą się w ramach zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Ponadto, odwołujący nie wykazał w jakim zakresie dołączona do oferty wykonawcy CHITEC dokumentacja SP40-14/18F-DTR nie potwierdzała, że oferowany przedmiot spełnia wymagania techniczno-użytkowe określone w Załączniku nr 6 do SIWZ.

W związku z powyższym Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego co do niezgodności oferty wykonawcy CHITEC z treścią SIWZ z uwagi na dołączenie do oferty dokumentacji SP40-14/18F-DTR, która nie spełniała wymagań zamawiającego tj. nie potwierdzała, że oferowany przedmiot spełnia wymagania techniczno-użytkowe określone w Załączniku nr 6 do SIWZ.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy nPzp w zw. z § 2 ust. 1 pkt 2, § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) oraz § 7 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Zgodnie z art. 557 ustawy nPzp w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Stosownie do art. 575 tejże ustawy strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Przepis § 2 ust. 1 pkt 2 ww. rozporządzenia określa wysokość wpisu w postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawę lub usługi o wartości równej progom unijnym lub przekraczającej te progi na kwotę 15 000 zł. Z kolei § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) powołanego rozporządzenia stanowi, że do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych. Stosownie zaś do § 7 ust. 5 Izba może w uzasadnionych przypadkach odstąpić od rozdzielenia kosztów w sposób, o którym mowa w ust. 1 pkt 3 oraz ust. 2-4, w szczególności jeżeli przemawia za tym rodzaj zarzutów uwzględnionych przez Izbę lub ich waga dla rozstrzygnięcia odwołania.

Rozstrzygając o kosztach w niniejszej sprawie Izba odstąpiła od stosunkowego rozdzielenia kosztów pomiędzy odwołującym i przystępującym, biorąc pod uwagę, iż potwierdził się jedyny i zasadniczy zarzut podnoszony w odwołaniu, tj. zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Natomiast to, że nie potwierdziły się wszystkie okoliczności, wskazujące na niezgodność oferty wykonawcy CHITEC z treścią SIWZ, podnoszone przez odwołującego, nie zmienia oceny, iż oferta ta jest niezgodna z treścią SIWZ, a w konsekwencji nie wpływa na skutek w postaci odrzucenia oferty ww. wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W oparciu powołane powyżej przepisy Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 18.600 zł, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczenia wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący: