

Sygn. akt: KIO/UZP 614/10

WYROK

z dnia 26 kwietnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Barbara Bettman

Członkowie: Bogdan Artymowicz

Agnieszka Bartczak-Żuraw

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 kwietnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez konsorcjum firm: **Przedsiębiorstwo Hydromel S.A., Hydrotech S.A. ul. Wyzwolenia 14, 41-101 Siemianowice Śląskie** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Katowicki Holding Węglowy ul. Damrota 16-18, 40-022 Katowice** protestu z dnia 24 marca 2010 r.

przy udziale konsorcjum firm: **Fabryki Maszyn i Urządzeń „Tagor” S.A., Jastrzębskie Zakłady Remontowe Sp. z o. o. ul. Hutnicza 5-9, 42-600 Tarnowskie Góry,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie, nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazuje dokonanie ponownej czynności oceny ofert i wyboru oferty.

2. Kosztami postępowania obciąża **Katowicki Holding Węglowy ul. Damrota 16-18, 40-022 Katowice** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł. 00 gr. (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy)** z kwoty wpisu uiszczanego przez odwołującego konsorcjum firm: **Przedsiębiorstwo Hydromel S.A., Hydrotech S.A. ul. Wyzwolenia 14, 41-101 Siemianowice Śląskie.**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 444 zł. 00 gr. (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy)** przez **Katowicki Holding Węglowy ul. Damrota 16-18, 40-022 Katowice** na rzecz konsorcjum firm: **Przedsiębiorstwo Hydromel S.A., Hydrotech S.A. ul. Wyzwolenia 14, 41-101 Siemianowice Śląskie**, stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania,
- 3) dokonać wpłaty kwoty **00 zł. 00 gr. (słownie: XXX)** na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 556,00 gr. (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy)** z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego konsorcjum firm: **Przedsiębiorstwo Hydromel S.A., Hydrotech S.A. ul. Wyzwolenia 14, 41-101 Siemianowice Śląskie**

U z a s a d n i e n i e

W postępowaniu o udzielenie sektorowego zamówienia publicznego na: „Modernizację 107 sztuk sekcji podsadzkowej obudowy zmechanizowanej dla Katowickiego Holdingu Węglowego S.A. KWK Wujek,” prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego (Dz. Urz. UE 2009/S 248-356773 z 24.12.2009 r.), w dniu 24 marca 2010 r. został wniesiony protest, a następnie odwołanie przez konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Hydromel S.A., Hydrotech S.A. z siedzibą lidera w Siemianowicach Śląskich.

Złożenie protestu nastąpiło skutkiem powiadomienia pismem z dnia 16 marca 2010 r. o wyborze oferty konsorcjum firm: Fabryki Maszyn i Urządzeń „Tagor” S.A. Jastrzębskie Zakłady Remontowe Sp. z o. o.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu – Katowickiemu Holdingowi Węglowemu S.A. naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420 i Nr 222, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65 poz. 545, Nr 91, poz. 742, Nr 157, poz. 1241, Nr 206, poz. 1591, Nr 219, poz. 1706, Nr 223, poz. 1778), dalej ustawy Pzp, tj.

1. art. 89 ust. 1 pkt 2, przez bezpodstawne zaniechanie odrzucenie oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia ;
2. art. 89 ust. 2 pkt 3, i art. 7 ust. 1 ustawy przez nie zapewnienie uczciwej konkurencji w postępowaniu;
3. art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy, przez wybór oferty, której treść jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów.

Odwołujący w proteście podał, iż jego oferta jako najkorzystniejsza cenowo spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, powinna zostać wybrana do realizacji zamówienia oraz żądał:

- 1) odrzucenia wybranej oferty, jako niespełniającej wymagań zamawiającego ustalonych w SIWZ;
- 2) powtórzenia czynności polegającej na ponownym rozpatrzeniu złożonych ofert, biorąc pod uwagę ich zgodność z SIWZ.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów protestu, odwołujący podał, iż jego zdaniem oferta wybranego konsorcjum cechuje się kilkoma istotnymi wadami, przede wszystkim w części technicznej, ale także formalno-prawnej.

W odniesieniu do niezgodności parametrów technicznych zaoferowanej obudowy w ofercie wybranego wykonawcy, odwołujący podnosił, iż zamawiający prawidłowo i jednoznacznie opisał przedmiot zamówienia za pomocą parametrów technicznych (str. 15 Rozdział II, pkt 2 ppkt 2.2 SIWZ.). Wskazał, że wymagane przez zamawiającego parametry są głównymi punktami odniesienia, według których obudowa jest badana i certyfikowana. W podpunkcie dotyczącym zapewnienia stateczności obudowy podczas jej pracy na nachyleniach, podano iż obudowa powinna zapewniać stateczność pracy w zakresie:

- porzecznym +/- 15° (względem osi poprzecznej ściany wydobywczej po tzw. wzniosie/upadzie)
- podłużnym +/- 10° (względem osi podłużnej ściany po wzniosie/upadzie).

W przekonaniu odwołującego, zaoferowana przez wybranego wykonawcę obudowa, w oparciu o dane producenta zawarte na stronie 139 oferty, może jedynie pracować w zakresie nachylenia ściany:

- poprzecznym + 15°

- podłużnym + 10°

- czyli w obu przypadkach tylko przy wzniosie natomiast bez możliwości pracy na upadzie. Na poparcie swoich twierdzeń o obowiązku odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ, odwołujący przytoczył wyroki Krajowej Izby Odwoławczej o następujących sygnaturach akt: KIO/UZP 1545/09, KIO/UZO 150/08, KIO/UZP 536/09, KIO/UZP 739/09, KIO/UZP 1266/09.

Odwołujący uprzedzająco zaznaczył, iż nawet gdyby doszło do zezwolenia przez zamawiającego na udzielenie wyjaśnień, to doprowadziłyby one do nieuprawnionej zmiany oferty – poprzez zaoferowanie innej obudowy, ze względu na zmianę parametrów jej pracy. Na poparcie swoich twierdzeń odwołujący powołał się na orzeczenia Izby oznaczone sygnaturami: KIO/UZP 1545/09, KIO/UZP 1295/09. Odwołujący podkreślał, iż w przedmiotowej sprawie wyjaśnienia stanowiłyby zmianę treści oferty, co jest niedopuszczalne w myśl art. 87 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. W dosłownym znaczeniu nastąpiłoby uzupełnienie oferty, ponieważ wykonawca wybrany, udzielając odpowiedzi podałby parametry techniczne oferowanego sprzętu, które powinien zamieścić wprost w ofercie, zgodnie z wymogami SIWZ. Wskazał, iż nie zachodzi przesłanka wynikająca z przepisu art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp – sprostowania omyłki, ponieważ zamawiający nie ma możliwości samoistnie określić parametru oferowanej obudowy, gdyż taką wiedzę ma tylko producent urządzenia lub występujący w porozumieniu z nim wykonawca.

Odwołujący podnosił, iż jego zdaniem zachodzi nieporównywalność ofert, ponieważ obudowa oferowana przez odwołującego, ze względu na szersze (spełniające wymagania zamawiającego) parametry pracy na upadzie, musi być inaczej skonstruowana (np. posiadać większą długość spągnic, inne kotwienia itp.), a tym samym koszty jej wykonania są wyższe, co z kolei znajduje odbicie w wyższej cenie.

Kolejną niezgodnością, jaką zauważył odwołujący w ofercie wybranego konsorcjum, której następstwem w jego ocenie, powinno być odrzucenie oferty, jest podanie w kryteriach oceny stopnia zużycia obudowy na stronie 142 wybranej oferty - 12% jako granicznej, (dopuszczalnej wartości w zakresie):

- dopuszczalnego ubytku blach nośnych – korozyjnego lub ściernego, tj. do 12%,

- dopuszczalnego korozyjnego ubytku spoin nośnych, tj. do 12%, poniżej tolerancji wykonawczej.

Odwołujący wskazywał na wymagania zawarte w rozdziale II pkt 1 ppkt 1.2 SIWZ, aby obudowa po modernizacji spełniała wymagania przepisów obowiązujących w dniu dostawy

do zamawiającego, dotyczących możliwości stosowania w podziemnych wyrobiskach górniczych. Zaś w rozdziale II SIWZ punkt 4 warunki gwarancji, zamawiający wymagał, aby wraz ofertą dostarczyć „Kryteria oceny zużycia,” na podstawie których można będzie przeprowadzić kwalifikację obudowy zmechanizowanej do remontu lub naprawy gwarancyjnej. Zdaniem odwołującego, podana – zawyżona wartość parametru dopuszczalnego zużycia powoduje konsekwencje niezgodności z przepisami:

- 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 (Dz. U. Nr 139, poz. 1169);

- rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 9 czerwca 2006 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy, prowadzenia ruchu oraz specjalistycznego zabezpieczenia przeciwpożarowego w podziemnych zakładach górniczych (Dz. U. Nr 124, poz. 863), podanych w załączniku 4 - Wymagania w zakresie bezpieczeństwa eksploatacji oraz kryteria oceny stopnia zużycia obudów zmechanizowanych w podziemnych zakładach górniczych.

4.3.6.3.4 maksymalny ubytek grubości blach i łożysk tworzących elementy nośne obudowy, nie może być większy niż 10%;

4.3.6.3.6 ubytek korozyjny spoin nośnych tworzących elementy nośne sekcji obudowy może wynieść do 10% wartości nominalnej określonej w dokumentacji wymienionej w pkt. 4.3.5.2.

Powyższe w ocenie odwołującego, przesądza o niezgodności oferty wybranego konsorcjum z postanowieniami SIWZ i przepisami § 440 pkt 9 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. Spełnienie warunków podanych w przytaczanym rozporządzeniu, odnosi się do zapewnienia wymogów bezpieczeństwa, od których przepisy nie przewidują odstępstw. W ocenie odwołującego, ich niespełnienie dyskwalifikuje wyrób, który nie może być stosowany w wyrobiskach ścianowych zakładu górniczego, stosownie do art. 122 ust. 1 w zw. z art. 78 ust. 1 i art. 11 ust. 1 ustawy Prawo geologiczne i górnicze.

Dalej odwołujący wskazywał, iż wybrane konsorcjum na stronie 142 swojej oferty w „Kryteriach stopnia zużycia,” na podstawie których będzie można kwalifikować podzespoły konstrukcji do naprawy gwarancyjnej podaje: „przyjmuje się, że podstawowe elementy konstrukcji nośnej tj: spągnice, stropnice, osłona odzawałowa i łączniki laminiskatowe mogą mieć pewne odkształcenia, błędy kształtu i odchyłki wymiarowe, które są dopuszczalne w dalszej eksploatacji. Natomiast ich przekroczenie, wymaga naprawy lub wymiany tego podzespołu.” W punkcie 1.1 tabeli podaje dopuszczalne wady, w tym:

- ubytek grubości blach nośnych korozyjny lub ścierny - dopuszczalna wartość 12%;

- ubytek korozyjny lub ścierny grubości spoin nośnych - dopuszczalna wartość 12% poniżej tolerancji wykonawczej.

Jest to zdaniem odwołującego, niezgodne z wymaganiami warunków gwarancji oraz obowiązującymi w tym zakresie przepisami prawa, ponieważ dopiero po zużyciu korozyjnym lub ściernym powyżej 12% grubości blachy lub spoiny wynikającej z dokumentacji obudowy, (a nie 10% jak stanowią przepisy), wykonawca naprawi lub wymieni podzespoły w ramach roszczeń gwarancyjnych zamawiającego. Odwołujący powołując się na okoliczność, iż z założenia modernizacja obejmuje 3 rodzaje prac: część remontową, modernizacyjną oraz doposażenie, to uwzględniając ofertę przedstawiającą zawyżone parametry dopuszczalnego zużycia obudowy, oferty są nieporównywalne pod względem zakresu rzeczowego i jego wyceny, a tym samym prowadzi to do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący podnosił także, iż złożone wraz z ofertą pełnomocnictwo upoważniające Fabrykę Maszyn i Urządzeń „Tagor” S.A. do reprezentowania uczestników konsorcjum jest wadliwe. Analiza treści wymienionego pełnomocnictwa doprowadziła odwołującego do wniosków, iż pełnomocnik udziela je sam sobie, co jest sprzeczne z art. 91 (95) i następnymi K.c. W górnym lewym rogu tego dokumentu winna być nazwa - Jastrzębskie Zakłady Remontowe Sp. z o. o. Taka wada, w opinii odwołującego, powoduje nieważność wymienionego pełnomocnictwa, a tym samym nieważność całej oferty. Odwołujący przyznał, iż pełnomocnictwo zostało podpisane przez upoważnionych przedstawicieli obydwu podmiotów, tworzących konsorcjum, którego oferta została wybrana.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 26 marca 2010 r. do postępowania wywołanego protestem w dniu 29 marca 2010 r. przystąpił wybrany wykonawca konsorcjum Fabryki Maszyn i Urządzeń „Tagor” S.A. i Jastrzębskie Zakłady Remontowe Sp. z o. o., który wniósł o oddalenie protestu oraz o utrzymanie czynności wyboru jego oferty.

Zamawiający oddalił protest, przez brak jego rozpatrzenia w ustawowym terminie, co zgodnie z przepisem art. 183 ust. 3 ustawy Pzp, równoznaczne jest z oddaleniem protestu.

W odwołaniu wniesionym w dniu 9 kwietnia 2010 r., z kopią przekazaną zamawiającemu w tym samym terminie, zarzuty protestu zostały podtrzymane wraz z wnioskami o nakazanie zamawiającemu:

- 1) odrzucenia wybranej oferty, jako niespełniającej wymagań zamawiającego ustalonych w SIWZ
- 2) powtórzenia czynności polegającej na ponownym rozpatrzeniu złożonych ofert, biorąc pod uwagę zgodność z SIWZ.

W uzasadnieniu odwołujący powołał się na doznany uszczerbek interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia oraz ponowił całą argumentację protestu.

Pismem z dnia 14 kwietnia 2010 r., doręczonym stronom przed otwarciem posiedzenia Izby, do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wybrany wykonawca konsorcjum firm Fabryki Maszyn i Urządzeń „Tagor” S.A. i Jastrzębskie Zakłady Remontowe Sp. z o. o., który wniósł o oddalenie odwołania i utrzymanie czynności wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej.

Krajowa Izba odwoławcza ustaliła, iż nie zachodzą podstawy do odrzucenia odwołania określone art. 187 ust. 4 ustawy Pzp.

W szczególności Izba nie podzieliła zarzutów odwołującego, iż w ofercie przystępującego zostało przedstawione wadliwe pełnomocnictwo. Specyfikacja Istotnych warunków zamówienia w Rozdziale I pkt 12c) przewiduje, iż w przypadku gdy wykonawcy występują wspólnie muszą ustanowić pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, przy czym pełnomocnictwo musi być podpisane przez uprawnionych przedstawicieli wszystkich pozostałych uczestników. Do oferty powinno być załączone pełnomocnictwo z wyszczególnionym zakresem umocowania i podpisem osób reprezentujących wykonawców (załącznik 5 do SIWZ).

Pełnomocnictwo znajdujące się na stronie 128 i 129 oferty konsorcjum firm: Fabryki Maszyn i Urządzeń „Tagor” S.A., Jastrzębskie Zakłady Remontowe Sp. z o. o. zostało sporządzone według wzoru załącznika 5 do SIWZ, zawiera wszystkie niezbędne i wymagane elementy; wskazanie nazw i adresów podmiotów tworzących konsorcjum, zakres pełnomocnictwa udzielony liderowi oraz podpisy osób uprawnionych do reprezentacji wykonawców wspólnie składających ofertę. Z tych względów, w ocenie Izby, omawiane pełnomocnictwo wyczerpuje wymagania ustawowe określone w art. 23 ust. 2 ustawy Pzp. Wbrew zarzutom odwołującego, Izba uznała, że oferta została złożona przez podmiot uprawniony. Także zgłoszenie przystąpienia do postępowania wywołanego protestem i zgłoszenie przystąpienia do odwołania przez firmę: Fabryki Maszyn i Urządzeń „Tagor” S.A. w imieniu konsorcjum, Izba uznała za skuteczne.

Izba postanowiła dopuścić konsorcjum firm: Fabryki Maszyn i Urządzeń „Tagor” S.A., Jastrzębskie Zakłady Remontowe Sp. z o. o. do udziału w sprawie w charakterze przystępującego do postępowania odwoławczego, z oznaczeniem tego przystąpienia po stronie zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła i przeprowadziła dowody: ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia, protokołu postępowania z załącznikami, oferty przystępującego, pisma Instytutu Techniki Górniczej KOMAG z dnia 20.04.2010 r., rysunków obrazujących stateczność pracy obudowy przy nachyleniu podłużnym i poprzecznym ścian, rysunków dotyczących zużycia korozyjnego elementów obudowy, normy PN-EN 1804-1, pism stron i przystępującego, złożonych w postępowaniu protestacyjno - odwoławczym.

Przedstawiony certyfikat badania typu WE dla typu (odmiany) obudowy: TAGOR 08/22POz i TAGOR 08/22 POz/S dotyczył innych oznaczeń obudowy niż zaoferowano w załączniku nr 23 do oferty: TAGOR -14,5/23,5-Pop i skrajne – TAGOR -14,5/23,5 –Pop/S, zatem nie był przydatny jako dowód w sprawie.

Ponadto Izba rozważyła stanowiska pełnomocników stron i przystępującego, przedstawione do protokołu rozprawy.

Strony zgodnie oświadczyły, że termin związania ofertą nie upłynął, oferty odwołującego i przystępującego nadal pozostają zabezpieczone wadium.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów protestu, jak stanowi art. 191 ust. 3 ustawy Pzp, Izba ustaliła co następuje.

Przedmiot zamówienia stanowi „Modernizacja 107 sztuk sekcji podsadzkowej obudowy zmechanizowanej dla Katowickiego Holdingu Węglowego S.A. KWK Wujek.”
Oferty złożyli:

- odwołujący podając cenę brutto - 10 370 000,00 zł.,
- konsorcjum firm: Fabryki Maszyn i Urządzeń „Tagor” S.A., Jastrzębskie Zakłady Remontowe Sp. z o. o. – cena brutto 10 357 797,56 zł.

Jedynym kryterium oceny ofert została ustanowiona cena oferty.

Rozdział II SIWZ „Szczegółowe wymagania techniczne” pkt 1.3 Wykonawca zobowiązany jest określić w swojej ofercie typ obudowy zmechanizowanej, który zamierza uzyskać w wyniku przeprowadzonej modernizacji.

W podpunkcie 2.2 dotyczącym zapewnienia stateczności obudowy podczas jej pracy przy nachyleniach ściany zamawiający podał, iż obudowa powinna zapewniać stateczność pracy w zakresie:

- poprzecznym $\pm 15^\circ$ względem osi poprzecznej ściany wydobywczej (po tzw. wzniosie/upadzie)
 - podłużnym $\pm 10^\circ$ względem osi podłużnej ściany (po wzniosie/upadzie).
- Pkt 4.2 „Warunki serwisu i gwarancji” wraz z ofertą należy dostarczyć „Kryteria oceny zużycia,” na podstawie których można będzie przeprowadzić kwalifikacje do remontu lub naprawy gwarancyjnej.

Pkt 2.3 - obudowa zmechanizowana podlegająca modernizacji musi być poddana badaniom w akredytowanym laboratorium badawczym zgodnie z pkt 4.1.12 załącznika nr 4 do rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 9 czerwca 2002 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy, prowadzenia ruchu oraz specjalistycznego zabezpieczenia przeciwpożarowego w podziemnych zakładach górniczych (Dz. U. Nr 139, poz. 1169, z 2006 r. Nr 124, poz. 863);

Pkt 6 wraz z dostawą przedmiotu zamówienia wykonawca dostarczy wszystkie niezbędne dokumenty wymagane przez obowiązujące przepisy w dniu dostawy. W tym:

6.5 opracowanie uprawnionej jednostki badawczej dotyczące doboru obudowy zmechanizowanej do warunków górniczo – geologicznych określonej ściany,

6.6 protokoły z pozytywnym wynikiem:

- z wykonania badań spoin elementów konstrukcyjnych metodami nieniszczącymi,
- z badania technicznego w akredytowanym laboratorium badawczym.

W rozdziale IV - istotne postanowienia umowy pkt 6.1 w „Warunkach odbioru i dokumentach wymaganych do odbioru przedmiotu zamówienia” - SIWZ wymienia wszystkie niezbędne dokumenty wymagane przez obowiązujące przepisy w dniu dostawy przedmiotu zamówienia do pracy w warunkach dołowych kopalni. Pkt 4 wzoru umowy określa warunki gwarancji.

W załączniku nr 23 strona 139 oferty przystępującego między innymi podano: zgodnie z zakresem określonym w SIWZ i wyjaśnieniami obudowa po modernizacji (sekcje liniowe – TAGOR -14,5/23,5-Pop -101 szt. i skrajne – TAGOR -14,5/23,5 –Pop/S – 6 szt.), będzie posiadać następujące parametry w zakresie nachylenia ściany:

- poprzecznym + 15°
- podłużnym + 10°

Na stronie 142 wybranej oferty w załączniku nr 24 „Kryteria oceny stopnia zużycia” - w pozycji opis wady zostało podane w kryteriach oceny stopnia zużycia obudowy 12% jako granicznej, (dopuszczalnej wartości w zakresie):

- dopuszczalnego ubytku blach nośnych – korozyjnego lub ściernego, tj. do 12%,
- dopuszczalnego korozyjnego ubytku spoin nośnych, tj. do 12%, poniżej tolerancji wykonawczej.

Rozporządzenie Ministra Gospodarki z dnia 28 czerwca 2002 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy, prowadzenia ruchu oraz specjalistycznego zabezpieczenia przeciwpożarowego w podziemnych zakładach górniczych (Dz. U. Nr 139, poz. 1169) oraz

rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 9 czerwca 2006 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy, prowadzenia ruchu oraz specjalistycznego zabezpieczenia przeciwpożarowego w podziemnych zakładach górniczych (Dz. U. Nr 124, poz. 863) w załączniku 4 pkt 4 - „Wymagania w zakresie bezpieczeństwa eksploatacji oraz kryteria oceny stopnia zużycia obudów zmechanizowanych w podziemnych zakładach górniczych” stanowią:

4.3.6.3.4 maksymalny ubytek grubości blach i tężników tworzących elementy nośne obudowy, nie może być większy niż 10%;

4.3.6.3.6 ubytek korozyjny spoin nośnych tworzących elementy nośne sekcji obudowy może wynieść do 10% wartości nominalnej określonej w dokumentacji wymienionej w pkt. 4.3.5.2.

Izba zważyła co następuje.

Zamawiający ustanowił szczegółowe wymagania techniczne w taki sposób, (rozdział II pkt 1 ppkt 1.2 SIWZ), aby obudowa po modernizacji spełniała wymagania przepisów obowiązujących w dniu dostawy do zamawiającego, dotyczących możliwości stosowania w podziemnych wyrobiskach górniczych. To samo odnosi się do określonych w rozdziale II SIWZ punkt 4 warunków gwarancji, - ustalonych przez wykonawcę „Kryteriów oceny zużycia,” na podstawie których można będzie przeprowadzić kwalifikację obudowy zmechanizowanej do remontu lub naprawy gwarancyjnej.

W ocenie Izby, pominięcie w ofercie wybranego wykonawcy zapewnienia stateczności pracy obudowy w zakresie nachylenia (spadku) ściany:

- poprzecznym – (minus) 15°

- podłużnym – (minus) 10°

- świadczy o niezgodności treści oferty z treścią istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający oznaczył jako wymagane parametry graniczne, między innymi określające możliwość pracy obudowy zarówno przy wznoszeniu się pokładu wydobywczego jak i przy jego spadku. Przystępujący w ofercie podał jedynie możliwość pracy obudowy przy założeniu wznoszenia się ściany, natomiast nie zaoferował możliwości pracy urządzenia w przypadku, gdy wystąpią określone warunki spadku, wynikające z nachylenia ściany, tak w zakresie poprzecznym jak i podłużnym. Z samego faktu, iż przystępujący dookreślił rodzaj obudowy zmechanizowanej w swojej ofercie nie wynika, iż będzie ona spełniała wszystkie wymagania graniczne podane w SIWZ. Wykonawca był bowiem zobowiązany podać w swojej ofercie jedynie typ obudowy zmechanizowanej, który zamierza uzyskać w wyniku przeprowadzonej modernizacji, a więc nie oznacza to ściśle oznaczonej co to tożsamości maszyny.

Zgodnie z § 169 ust. 1 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 (Dz. U. Nr 139, poz. 1169 ze zm.) zamawiający ustala dobór obudowy do poszczególnych wyrobisk na podstawie rozeznania warunków górniczo geologicznych. W ramach swoich uprawnień zamawiający określił techniczne wymagania w odniesieniu do modernizowanych obudów zmechanizowanych, którym każdy z wykonawców powinien się podporządkować i złożyć ofertę spełniającą oczekiwania zamawiającego. Polska Norma PN-EN 1804-1 pkt 5.2.1 „Stateczność” wymaga, aby wolnostojące sekcje obudowy podczas użytkowania zgodnie z instrukcją producenta w całym zakresie wysokości zachowywały stateczność w każdym kierunku przy nachyleniu do 15°. Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego, iż według jego wiedzy, złożę dla którego ma być wykorzystywana modernizowana obudowa, stanowi odcinek wznoszący się. Liczą się bowiem jedynie wymagania ustalone w SIWZ, z odesłaniem do odnośnych norm i przepisów. Zgodnie z cytowanymi wyżej postanowieniami, zaoferowana obudowa zmechanizowana powinna umożliwiać pracę zarówno przy wznoszeniu się pokładu, jak i jego nachyleniu, poprzecznym i podłużnym. Takiego rozumienia stawianego wymogu nie kwestionował sam zamawiający ani przystępujący. Zamawiający z góry nie wykluczył sytuacji, że złożę które jest eksploatowane może mieć zarówno odcinki wznoszące się jak i opadające. Skoro przystępujący zaoferował urządzenie mogące pracować tylko przy założeniu wznoszenia się ściany, to należy przyjąć, iż maszyna taka nie ma możliwości pracy przy zmiennym nachyleniu. Wykonawca zobowiązany był w treści oferty potwierdzić, iż oferowany wyrób spełnia wszystkie określone granicznie wymagania zamawiającego. Z tych względów Izba nie podzieliła stanowiska przystępującego, iż dopiero z przedstawionego przez niego certyfikatu wraz z dostawą sekcji obudowy będzie jednoznacznie wynikało, iż może ona pracować przy zapewnieniu stateczności w każdym kierunku, przy założonym nachyleniu ściany.

Drugim istotnym czynnikiem jest, że maszyny i urządzenia górnicze i ich stosowanie w podziemnych wyrobiskach górniczych podlegają ścisłym regulacjom ustawowym, od których zamawiający nie może odstępować ustalając warunki zamówienia. Stosownie do art. 111 ust. 1 ustawy z 4 lutego 1994 r. Prawo geologiczne i górnicze (Dz. U. z 2005 r. Nr 228, poz. 1947 ze zm.) w zakładach górniczych stosuje się wyroby spełniające wymagania dotyczące oceny zgodności oraz wyroby dopuszczone do stosowania w drodze decyzji uprawnionego organu. Wydane z delegacji art. 78 wymienionej ustawy rozporządzenie Ministra Gospodarki z dnia 28 czerwca 2002 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy, prowadzenia ruchu oraz specjalistycznego zabezpieczenia przeciwpożarowego w podziemnych zakładach górniczych (Dz. U. Nr 139, poz. 1169 ze zm.), określonymi w załączniku nr 4 parametrami, dopuszczającymi maksymalny ubytek

grubości blach i tężników tworzących elementy nośne obudowy, nie większymi niż 10% i dopuszczającymi ubytek korozyjny spoin nośnych tworzących elementy nośne sekcji obudowy do 10% wartości nominalnej określonej w dokumentacji wymienionej w pkt. 4.3.5.2 - wykonawczej, techniczno – ruchowej i naprawczej, jednoznacznie określają zakres zużycia wymienionych elementów obudowy, kwalifikujących je do naprawy gwarancyjnej. Zamawiający potwierdził, iż zarówno parametry techniczne zamawianych obudów, jak i warunki gwarancyjne, wykonawcy winni w swoich ofertach uwzględnić w taki sposób jaki przewidują to przepisy szczegółowe, oraz, że nie dopuścił w tym zakresie żadnych odstępstw. Tego rodzaju parametry oparte są na nakazach wynikających z odnośnych norm i przepisów w zakresie bezpieczeństwa, zatem bez wątpliwości ustanowione wymagania w odniesieniu do właściwości technicznych i gwarancji mają charakter istotnych warunków zamówienia. Za istotne warunki oferowanego świadczenia w rozumieniu art. 66 § 1 K.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp, należy przyjmować postanowienia umowy zawieranej w oparciu o przyjętą ofertę, odnoszące się do określenia jej essentialia negotii, jak: przedmiotu umowy, sposobu wykonania zamówienia, wynagrodzenia, wymagań jakościowych.

Zdaniem Izby, podana – zawyżona wartość parametru zużycia elementów obudowy, kwalifikującego do naprawy 12%, zamiast dopuszczonych przepisami 10%, oprócz niezgodności oferty z treścią SIWZ, powoduje również konsekwencje niezgodności oferty przystępującego z przepisami powołanego 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. Konsorcjum firm Fabryki Maszyn i Urządzeń „Tagor” S.A. i Jastrzębskie Zakłady Remontowe Sp. z o. o. nie przyjęło na siebie obowiązków gwarancyjnych, takich jakie wynikają z przepisów obligatoryjnych w zakresie eksploatacji maszyn górniczych w podziemnych wyrobiskach zakładów kopalni węgla kamiennego. Izba za nieuprawnione uznała stanowisko zamawiającego i przystępującego, iż podanie 12% dopuszczalnego zużycia korozyjnego elementów obudowy kwalifikującego maszynę do naprawy gwarancyjnej, wynika z uwzględnienia dotychczasowego ubytku korozyjnego i jest prawidłowe. Zamawiający nie podał w warunkach zamówienia ile cykli modernizacyjnych dana obudowa przechodziła. Nie określił też żadnego odmiennego od przepisu, sposobu kwalifikowania elementu do naprawy z ewentualnym doliczeniem procentowego ubytku korozyjnego przed przekazaniem maszyny do modernizacji. Z tych względów wykonawca winien w ofercie zaoferować omawiany parametr zgodnie z wymaganiami określonymi w odnośnych przepisach, czyli w wielkości nieprzekraczającej 10%, a nie 12%, co rzekomo wynika z doliczenia ubytku korozyjnego sprzed poddaniu modernizacji. Przystępujący podał, iż dokładne dane na temat zużycia sekcji obudowy, które by wskazywały na konieczność naprawy gwarancyjnej, może podać po uzyskaniu zamówienia. Stanowisko takie nie

znajduje uzasadnienia w materiale dowodowym sprawy. Podanie warunków gwarancyjnych było wymagane wraz z ofertą. Jeżeli wykonawca jest uprawniony do doliczenia do określonych przepisem 10% korozyjnego zużycia elementów, wielkości tego zużycia sprzed modernizacji, jak wskazuje pismo Instytutu Techniki Górniczej KOMAG z 20 kwietnia 2010 r., to zdaniem Izby, mogłoby to nastąpić wyłącznie na etapie realizacji zamówienia. Podanie w ofercie przystępującego 12% zużycia elementów obudowy przed przyjęciem do naprawy gwarancyjnej nie znajduje żadnego oparcia tak normatywnego jak i w ustalonych warunkach zamówienia.

Izba stwierdza, iż zaoferowany produkt nie spełnia kompletnych parametrów, wyznaczonych jako granicznie wymagane. Cechy techniczne, którymi winno obligatoryjnie charakteryzować się nabywane urządzenie stanowią zatem istotny element oferty, których nie zaoferowanie powoduje obowiązek po stronie zamawiającego odrzucenia oferty, stosownie do postanowień art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zamawiający nie może odstępować w trakcie dokonywania oceny ofert od ustalonych przez siebie warunków podanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Warunki te są wiążące nie tylko dla wykonawców uczestniczących w postępowaniu, ale także dla samego zamawiającego. Z tych względów, obowiązkiem zamawiającego było odrzucenie oferty przystępującego, której treść pozostaje niezgodna z treścią SIWZ. Zaniechanie czynności, do której obligują zamawiającego przepisy ustawy Pzp, narusza przepisy tej ustawy oraz narusza podstawowe zasady prowadzenia postępowania z poszanowaniem reguł uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Trafne jest stanowisko odwołującego, że zaoferowanie maszyny z podaniem wprost, spełniania parametrów pracy na upadzie oraz zaoferowanie naprawy gwarancyjnej przy 10% stopniu zużycia korozyjnego wiązało się ze skalkulowaniem ceny oferty przy uwzględnieniu takich właśnie założeń technicznych. Oferta przystępującego wymaganych właściwości wprost nie oferuje. Z żadnych innych dokumentów składających się na dokumentację przedmiotowej oferty, złożenie oświadczenia wymaganej treści przez przystępującego, nie jest możliwe do ustalenia.

Postępowanie dowodowe wykazało, że zamawiający przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego naruszył przepisy art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2, a naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie i orzekła jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 1 i 1a oraz art. 191 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp.

Z tytułu uzasadnionych kosztów odwołującego - wpisu od odwołania, Izba orzekła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 4 444,00 zł. na podstawie § 4 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich pobierania (Dz. U. Nr 128, poz. 886, Dz. U. Nr 182, poz.1122). Wniosek o przyznanie kosztów zastępstwa przez pełnomocnika nie mógł zostać uwzględniony, bowiem odwołujący nie złożył do akt sprawy rachunku.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....