

Sygn. akt: KIO 1145/10

WYROK
z dnia 22 czerwca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Członkowie: Piotr Kozłowski

Sylwester Kuchnio

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 czerwca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **TRANSL v.o.s., Priborska 333, 73801 Frydek-Mistek** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Kompania Węglowa S.A., 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30**, protestu z 14.05.2010 r.,

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum: Centrala Zaopatrzenia Hutnictwa S.A. (lider konsorcjum), Przedsiębiorstwo Wielobranżowe DREMEX sp. z o.o., ul. Lompy 14, 40-955 Katowice**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje w zakresie zadania nr 9 unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.**

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Kompania Węglowa S.A., 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30** 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 uiszczonego przez wykonawcę **Transl v.o.s., 73801 Frydek Mistek, Priborska 333, Republika Czech;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 044 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy czterdzieści cztery złote zero groszy) przez wykonawcę **Kompania Węglowa S.A., 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30** na rzecz wykonawcy **Transl v.o.s., 73801 Frydek Mistek, Priborska 333** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty **XXX** (słownie: **XXX**) przez **XXX** na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **Transl v.o.s., 73801 Frydek Mistek, Priborska 333.**

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

Zamawiający Kompania Węglowa SA, ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Dostawa elementów tras kolejek podwieszanych do Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. w 2010 roku«. Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami 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 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65, poz. 545, Nr 91, poz. 742), zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

18.12.2009 r. ukazało się ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod nrem 2009/S 244-350034.

14.01.2010 r. zamawiający dokonał otwarcia ofert.

06.05.2010 r. (pismo z 04.05.2010 r.) zamawiający zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Centrala Zaopatrzenia Hutnictwa S.A. oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe DREMEX Sp. z o.o., ul. Lompy 14, 40-955 Katowice.

14.05.2010 r. wykonawca TRANSL v.o.s., Priborska 333, 73801 Frydek-Mistek wniósł protest na:

- 1) czynności badania i oceny ofert w zakresie zadania 9;
- 2) czynności zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum wykonawców: Centrala Zaopatrzenia Hutnictwa S.A. oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe DREMEX Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania 9;
- 3) czynności wyboru oferty konsorcjum wykonawców: Centrala Zaopatrzenia Hutnictwa S.A. oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe DREMEX Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania 9;
- 4) czynności zaniechania wyboru oferty TRANSL v.o.s. jako oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania 9.

Zdaniem protestującego zamawiający naruszył:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez nie odrzucenie oferty konsorcjum wykonawców: Centrala Zaopatrzenia Hutnictwa S.A. oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe DREMEX Sp. z o.o.;
- 2) art. 91 ust. 1 Pzp przez nieprawidłową ocenę i badanie ofert, nieprawidłowe przyjęcie, iż oferta złożona przez konsorcjum wykonawców: Centrala Zaopatrzenia Hutnictwa SA. oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe DREMEX Sp. z o.o., jest ofertą najkorzystniejszą, a nadto przez zaniechanie wyboru oferty TRANSL v.o.s. jako oferty najkorzystniejszej.

Protestujący wniósł o:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty konsorcjum wykonawców: Centrala Zaopatrzenia Hutnictwa S.A. oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe DREMEX Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania 9;
- 2) powtórzenia czynności oceny i badania ofert w zakresie zadania 9;
- 3) powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie zadania 9;
- 4) dokonania wyboru oferty TRANSL v.o.s. jako oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania 9.

18.05.2009 r. zamawiający powiadomił wykonawców faksem o wniesieniu protestu.

21.05.2009 r. wykonawca Centrala Zaopatrzenia Hutnictwa złożył pismo w sprawie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

27.05.2009 r. zamawiający oddalił protest w całości.

Argumentacja zamawiającego:

Ad 1. Trasa jezdna kolejki podwieszanej typu DRTK 4 (str. 656 oferty; zał. 83 DTR) charakteryzuje się w zakresie szyny prostej o długości 2 m (rysunek DR.02.1149.09), maksymalnym obciążeniem wózka nośnego zespołu transportowego wynoszącym 32,38 kN, tj. 3176 kg. Protestujący podniósł, że szyny tej nie można uznać za substytucyjną z dotychczas używanymi, gdyż dozwolone obciążenie wynosi 3961 kg (różnica 785 kg).

Zamawiający w treści specyfikacji nie określił żadnych wymogów odnośnie minimalnego obciążenia wózka nośnego zespołu transportowego, a tym samym wskazał, że oferta konsorcjum wykonawców: Centrala Zaopatrzenia Hutnictwa S.A. oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe DREMEX Sp. z o.o., jest zgodna ze specyfikacją i nie podlega odrzuceniu.

Za substytucyjne z oryginalnymi zamawiający uważa elementy równoważne z elementami ujętymi w specyfikacji, wykonane przez podmiot inny niż producent lub jego upoważniony przedstawiciel, wg własnej dokumentacji, poddane ocenie zgodności ich właściwości z wymaganiami obowiązujących norm i przepisów. Przy podłączaniu oryginalnych i nowych elementów nie można wymagać dodatkowych adapterów.

Ponadto zamawiający określił parametry: „szyna prosta o profilu I 155 wg PN/H-93441-10:1994 lub I140E wg DIN. Do końców szyny przyspawane mają być kształtki złącza szynowego pozwalające na zawieszenie szyny na łańcuchu o średnicy 18x64C i przystosowane do łączenia kolejnych szyn. Konstrukcja złączy szyn ma umożliwić odchylenie od prostoliniowości połączenia do $\pm 6^\circ$ w pionie i maks. $\pm 2^\circ$ w poziomie. Wymagana nośność złącza szynowego w kierunku zawieszenia – min. 40kN, wymagana nośność złącza szynowego wzdłuż toru – min. 90kN. Konstrukcja złączy szyn musi pozwalać na zabudowę ogranicznika szyny zabezpieczającego połączenie szyn przed rozpięciem”.

Zdaniem zamawiającego kwestionowana oferta spełnia wymagania zamawiającego.

Zamawiający nie określił żadnych wymogów odnośnie minimalnego obciążenia wózka nośnego zespołu transportowego.

Ad 2. W gabarytach złącza przegubowego występują zdaniem protestującego rozbieżności w stosunku do specyfikacji.

Zamawiający stwierdza, że nie określił w specyfikacji wymaganych gabarytów złącza przegubowego.

Wskazane różnice w gabarytach nie mają wpływu na możliwość łączenia szyn oraz wytrzymałość szyn i ich połączeń.

Dokumentacja przedstawiona przez odwołującego (str. 82-88 oferty) nie zawiera wymiarów przytoczonych w proteście wobec czego, także treść oferty odwołującego nie stworzyła możliwości porównania gabarytów złącza przegubowego.

Ad 3. Oferta CZH SA nie była zszyta, jednak podstawą do odrzucenia oferty jest niezgodność treści oferty ze specyfikacją, a nie forma oferty.

04.06.2009 r. (pismo z 31.05.2010 r.) wykonawca TRANSL v.o.s. złożył odwołanie na:

- 1) czynności badania i oceny ofert w zakresie zadania 9;
- 2) czynności zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum wykonawców: Centrala Zaopatrzenia Hutnictwa S.A. oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe DREMEX Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania 9;
- 3) czynności wyboru oferty konsorcjum wykonawców: Centrala Zaopatrzenia Hutnictwa S.A. oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe DREMEX Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania 9;
- 4) czynności zaniechania wyboru oferty TRANSL v.o.s. jako oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania 9.

Zamawiający naruszył:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez nie odrzucenie oferty konsorcjum wykonawców: Centrala Zaopatrzenia Hutnictwa S.A. oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe DREMEX Sp. z o.o.;
- 2) art. 91 ust. 1 Pzp przez nieprawidłową ocenę i badanie ofert, nieprawidłowe przyjęcie, iż oferta złożona przez konsorcjum wykonawców: Centrala Zaopatrzenia Hutnictwa SA. oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe DREMEX Sp. z o.o., jest ofertą najkorzystniejszą, a nadto przez zaniechanie wyboru oferty TRANSL v.o.s. jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący domaga się nakazania zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty konsorcjum wykonawców: Centrala Zaopatrzenia Hutnictwa S.A. oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe DREMEX Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania 9;
- 2) powtórzenia czynności oceny i badania ofert w zakresie zadania 9;
- 3) powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie zadania 9;

- 4) dokonania wyboru oferty TRANSL v.o.s. jako oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania 9.

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

- 1) czy proponowane przez konsorcjum wykonawców: Centrala Zaopatrzenia Hutnictwa S.A. oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe DREMEX Sp. z o.o. parametry obciążenia wózka nośnego zespołu transportowego poruszającego się po trasie jezdnej kolejki podwieszanej typu DRTK 4 (str. 656 oferty; zał. 83 DTR) w zakresie szyny prostej o długości 2 m (rysunek DR.02.1149.09), charakteryzują się **tożsamością** w stosunku do dotychczas stosowanych tras jezdnych wykonanych wg Dokumentacji Techniczno-Ruchowej kolejki szynowo podwieszanej opracowanej przez „TRANSL” v.o.s. w Republice Czeskiej;
- 2) czy proponowane przez konsorcjum wykonawców: Centrala Zaopatrzenia Hutnictwa S.A. oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe DREMEX Sp. z o.o. gabaryty złącza przegubowego trasy jezdnej kolejki podwieszanej typu DRTK 4 (str. 565 oferty; zał. 1 DTR) charakteryzują się **tożsamością** w stosunku do dotychczas stosowanych tras jezdnych wykonanych wg Dokumentacji Techniczno-Ruchowej kolejki szynowo podwieszanej opracowanej przez „TRANSL” v.o.s. w Republice Czeskiej.

Argumentacja odwołującego:

1. Odwołujący wskazał, że ze złożonej przez konsorcjum wykonawców: Centrala Zaopatrzenia Hutnictwa S.A. oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe DREMEX Sp. z o.o. oferty w zakresie zadania 9, wynika, że trasa jezdna kolejki podwieszanej typu DRTK 4 (str. 656 oferty; zał. 83 DTR) charakteryzuje się w zakresie szyny prostej o długości 2 m (rysunek DR.02.1149.09), maksymalnym obciążeniem wózka nośnego zespołu transportowego poruszającego się po trasie zbudowanej z takich szyn, wynoszącym 32,38 kN, tj. 3176 kg. Natomiast zgodnie z postanowieniem specyfikacji (Załącznik nr 1 Rozdział 5, Zadanie nr 9, pozycja od 1 do 12) określającym wymagane parametry techniczno-użytkowe dla Zadania nr 9, wskazano, że cyt. »Do końców szyny przyspawane mają być odpowiednie kształtki złącza pozwalające na zawieszenie szyny na łańcuchu 18x64C i przystosowane do łączenia kolejnych szyn oraz muszą być substytucyjne z dotychczas stosowanymi trasami jezdnymi wykonanymi wg Dokumentacji Techniczno-Ruchowej kolejki szynowo podwieszanej opracowanej przez „TRANSL” v.o.s. w Republice Czeskiej lub według własnej dokumentacji; substytucyjnej z oryginalną (ze wskazaniem równoważnych numerów rysunków oryginalnych szyn producenta oraz substytucyjnych szyn)«, potwierdza to niezgodność oferty konsorcjum z treścią specyfikacji.

Proponowanych, przez konsorcjum wykonawców Centrala Zaopatrzenia Hutnictwa S.A. oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe DREMEX Sp. z o.o., parametrów szyny, nie można uznać za substytucyjne, gdyż dozwolone obciążenie szyny prostej o długości 2 m typu ZD 24C/90 (rysunek S-0205-01-04, który został przywołany w opisie zadania nr 9 na poz. 12 specyfikacji) według załącznika nr 25 Dokumentacji Techniczno Ruchowej, podzespoły kolejki podwieszanej typu ZD 24C/90 przywołanej w specyfikacji, charakteryzują się obciążeniem wynoszącym 3961 kg. Zatem parametry wytrzymałościowe wskazane przez wykonawcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, charakteryzują się znacznym odstępstwem od parametrów wymaganych przez zamawiającego. Jest to różnica 785 kg, która ma istotne znaczenie dla prawidłowej eksploatacji trasy zbudowanej z szyn określonych w specyfikacji.

W rozstrzygnięciu protestu zamawiający wskazał, iż w treści specyfikacji nie określił żadnych wymogów odnośnie minimalnego obciążenia wózka nośnego zespołu transportowego, a tym samym wskazał, że oferta konsorcjum wykonawców: Centrala Zaopatrzenia Hutnictwa S.A. oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe DREMEX Sp. z o.o., jest zgodna ze specyfikacją i nie podlega odrzuceniu.

Jednak w specyfikacji wyraźnie wskazano, że elementy muszą być substytucyjne z dotychczas stosowanymi trasami jezdnyymi wykonanymi wg Dokumentacji Techniczno-Ruchowej kolejki szynowo podwieszanej opracowanej przez „TRANSL” v.o.s. w Republice Czeskiej. Nie jest prawdą, że zamawiający w treści specyfikacji nie określił żadnych wymogów odnośnie minimalnego obciążenia wózka nośnego zespołu transportowego. Zamawiający powołując się na powyższą oryginalną dokumentację, wskazał w sposób precyzyjny wymagania, funkcje oraz właściwości elementów objętych zamówieniem. Z tego też powodu, ocena substytucyjności powinna być dokonana w oparciu o dokumentację oryginalną na podstawie której wykonane są dotychczas stosowane trasy jezdne, a parametry wskazane przez wykonawcę – powinny być identyczne lub lepsze.

Przystępujący bezpodstawnie wskazuje, że obliczenie obciążenia wózków nośnych dokonane zgodnie z metodyką obliczeń wskazaną przez dra inż. Jerzego Stotko, jest obliczeniem prawidłowym. Zauważyć należy, że metodyka obliczeń dra Stotko jest jedną z metod i nie jest w żaden sposób obowiązująca. Zamawiający w sposób, który nie budzi wątpliwości wskazał, iż elementy muszą być substytucyjne z dotychczas stosowanymi trasami jezdnyymi wykonanymi wg Dokumentacji Techniczno-Ruchowej kolejki szynowo podwieszanej opracowanej przez „TRANSL” v.o.s. w Republice Czeskiej. Jeżeli z oryginalnej dokumentacji opracowanej przez ww. podmiot, wynikają inne, a tym bardziej lepsze parametry niż oferowane przez konsorcjum, to oferta nie może zostać uznana za zgodną z treścią specyfikacji.

2. Odwołujący w proteście wskazał również na rozbieżności w gabarytach złącza przegubowego trasy jezdnej kolejki podwieszanej typu DRTK 4 (str. 565 oferty; zał. 1 DTR), które można dostrzec w ofercie złożonej przez konsorcjum wykonawców: Centrala Zaopatrzenia Hutnictwa S.A. oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe DREMEX Sp. z o.o. Szczególną uwagę należy zwrócić na szerokość zamka, która w ofercie konsorcjum wynosi 27 mm, natomiast oryginalna szerokość wg dokumentacji opracowanej przez TRANSL v.o.s. wynosi 28 mm, także wysokość osi sworznia łączącego od górnej półki profilu wskazana w ofercie konsorcjum wynosi 43 mm, a według oryginalnej dokumentacji TRANSL v.o.s. 44 mm. Rozbieżności dotyczą również szerokości połączenia szekli w zaczepach, która według oferty konsorcjum wynosi 41 mm, natomiast oryginalna szerokość wynosi 42 mm. W długości czynnej części gniazda, która zgodnie z ofertą konsorcjum wynosi 65 mm, natomiast oryginalna długość według dokumentacji TRANSL v.o.s. to 68 mm.

Wskazane różnice gabarytów połączeń mogą powodować niemożność lub utrudnienie w łączeniu szyn a także zagrożenie podczas eksploatacji z uwagi na nieprawidłowości w układaniu kolejnych szyn. Zatem również w powyższym zakresie treść oferty konsorcjum wykonawców: Centrala Zaopatrzenia Hutnictwa S.A. oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe DREMEX Sp. z o.o. nie odpowiada treści specyfikacji, co powinno skutkować odrzuceniem tej oferty.

Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu wskazał, że także i w odniesieniu do gabarytów złącza przegubowego trasy jezdnej kolejki podwieszanej typu DRTK 4, nie sprecyzował wymogów. Takie uzasadnienie jest nietrafne, gdyż wskazanie w specyfikacji obowiązku substytucyjności elementów z opracowaną dokumentacją przez „TRANSL” v.o.s. w Republice Czeskiej, w sposób precyzyjny z podaniem rysunku określa wymogi poszczególnych elementów. Nadto różnice w gabarytach nie pozostają bez wpływu na możliwość łączenia szyn oraz wytrzymałość szyn i ich połączeń. Różnice te mają wpływ na ułożenie szyn, a tym samym na bezpieczeństwo w ich eksploatacji.

Biorąc pod uwagę stwierdzenie zamawiającego zawarte w rozstrzygnięciu protestu, że elementy substytucyjne to elementy równoważne zarówno co do funkcji, właściwości jak i sposobu montażu, a tym samym wskazujące na ich tożsamość, występujących rozbieżności pomiędzy parametrami wskazywanymi przez konsorcjum wykonawców: Centrala Zaopatrzenia Hutnictwa S.A. oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe DREMEX Sp. z o.o. a parametrami wymaganymi w specyfikacji nie można traktować jako elementów substytucyjnych z dotychczas stosowanymi elementami. Także słownik języka polskiego określając pojęcie tożsamości, wskazuje na definicję jako „niczym się nieróżniący, taki sam lub ten sam”. Zatem uznanie szyn o tak rozbieżnych właściwościach wskazanych powyżej, jest sprzeczne z powyższą definicją substytucyjnością, w tym wskazaną wprost przez zamawiającego.

W celu ustalenia, czy proponowane przez konsorcjum wykonawców: Centrala Zaopatrzenia Hutnictwa S.A. oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe DREMEX Sp. z o.o. parametry obciążenia wózka nośnego zespołu transportowego poruszającego się po trasie jezdnej kolejki podwieszanej typu DRTK 4 (str. 656 oferty; zał. 83 DTR) w zakresie szyny prostej o długości 2 m (rysunek DR.02.1149.09), jak i gabaryty złącza przegubowego trasy jezdnej kolejki podwieszanej typu DRTK 4 (str. 565 oferty; zał. 1 DTR), charakteryzują się substytucyjnością, a więc tożsamością zgodnie ze słownikiem języka polskiego, w stosunku do dotychczas stosowanych tras jezdnych wykonanych wg Dokumentacji Techniczno-Ruchowej kolejki szynowo podwieszanej opracowanej przez „TRANSL” v.o.s. w Republice Czeskiej, zasadnym jest powołanie biegłego, o co wnosi odwołujący.

Zamawiający bezpodstawnie oddalił protest odwołującego, w którym wnoszono m.in. o unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty konsorcjum wykonawców: Centrala Zaopatrzenia Hutnictwa S.A. oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe DREMEX Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania 9.

17.06.2010 r. wykonawca Centrala Zaopatrzenia Hutnictwa SA złożył (1) Prezesowi KIO, (2) zamawiającemu i (3) odwołującemu pismo o przystąpieniu do postępowania po stronie zamawiającego.

Na podstawie dokumentacji postępowania, a także biorąc pod uwagę wyjaśnienia i stanowiska stron zaprezentowane w proteście, oddaleniu protestu, odwołaniu i stanowiskach podczas rozprawy – skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiada interes prawny w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum wykonawców: Centrala Zaopatrzenia Hutnictwa S.A. oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe DREMEX Sp. z o.o., w zakresie zaproponowania w ofercie szyn prostych o długości 2 m (rysunek DR.02.1149.09) z maksymalnym obciążeniem wózka nośnego zespołu transportowego wynoszącym 32,38 kN, tj. 3176 kg, gdy szyn tych nie można uznać za substytucyjne z dotychczas używanymi, gdyż dozwolone obciążenie wynosi 3961 kg – zasługuje na akceptację.

Zamawiający wymagał w zadaniu 9, aby wszystkie pozycje (w tym kwestionowane poz. 12 i 13) były cyt. »substytucyjne z dotychczas stosowanymi trasami jezdnymi wykonanymi

wg DTR kolejki szynowo podwieszanej opracowanej przez „TRANSL” v.o.s. lub wg własnej dokumentacji; substytucyjnej z oryginalną (ze wskazaniem równoważnych numerów rysunków oryginalnych szyn producenta oraz substytucyjnych szyn)«.

Zamawiający stwierdza, że elementy substytucyjne to elementy równoważne zarówno co do funkcji, właściwości jak i sposobu montażu. Ze względu na występowanie rozbieżności pomiędzy parametrami wskazywanymi przez przystępującego, a parametrami wymaganymi w specyfikacji nie można traktować zaoferowanych elementów jako elementów substytucyjnych z dotychczas stosowanymi. Uznanie szyn o niższych właściwościach za substytucyjne, jest sprzeczne z definicją substytucyjności.

Rzeczywiście w języku polskim wyraz substytucyjny nie oznacza równoważny lub co najmniej spełniający dane parametry, ale jest to wyraz oznaczający, że przedmiot substytucyjny może zastąpić przedmiot oryginalny. Jednak bez wskazania granic zastępowalności substytut musi spełniać te same warunki co przedmiot oryginalny.

Zamawiający nigdzie nie wskazał, że substytucyjność materiałów (szyn) w stosunku do oryginalnych może polegać na zaoferowaniu szyn z około 20% mniejszym maksymalnym obciążeniem wózka nośnego zespołu transportowego poruszającego się po trasie zbudowanej z takich szyn, a jak to wynika z odwołania i przebiegu rozprawy zaoferował przystępujący (zaoferowane 3 176 kg w stosunku do oryginalnych 3 961 kg; $100\% - [(3\ 176\ \text{kg} : 3\ 961\ \text{kg}) \times 100\%] = 100\% - 80,18\% = 19,82\%$).

Stwierdzenia zamawiającego, że takie szyny sprawdzają się w innych kopalniach nie może być wzięte przez Izbę pod uwagę, gdyż zamawiający i wykonawcy muszą się stosować w trakcie całego postępowania do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. A w specyfikacji zamawiający nie wskazywał, że wykonawcy mogą oferować przedmioty z odstępstwami od dokumentacji techniczno-ruchowej *in minus*. Zamawiający mając takie doświadczenia, jak wskazywał to podczas rozprawy do protokołu, mógł zawrzeć w specyfikacji postanowienia o dopuszczeniu szyn z cechami odmiennymi niż jest to wskazane w oryginalnej dokumentacji, jednak musiałby wtedy dokładnie określić jakie parametry i w jakich granicach mogą być zmienione w stosunku do materiałów podstawowych.

Dlatego zarzut o zaoferowaniu szyn o niższym maksymalnym obciążeniu wózka nośnego zespołu transportowego poruszającego się po trasie zbudowanej z szyn zaoferowanych przez przystępującego zasługuje na akceptację.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum wykonawców: Centrala Zaopatrzenia Hutnictwa S.A. oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe DREMEX Sp. z o.o., w zakresie konstrukcji złączy, gdy zaoferowane przez odwołującego szyny i złączki różnią się od 1 mm do 3 mm od oryginalnych i w związku z tym nie będą dokładnie pasować – zasługuje na akceptację.

Zamawiający może dopuścić tolerancję, czyli zaoferowanie innych wymiarów w oferowanych przedmiotach w stosunku do przedmiotów oryginalnych, będących w użytkowaniu przez zamawiającego. Jednak musi o tym napisać wyraźnie w specyfikacji. Inaczej nawet powoływanie się na bliżej niesprecyzowaną normę kuźniczą wykonania odkówek matrycowych nie może być podstawą do badania ofert, gdyż zamawiający nie przywołał tej normy w specyfikacji. W związku z tym zamawiający musi wymagać w rozpoznawanym postępowaniu gabarytów szyn i złączy takich samych jak oryginalne z taką samą tolerancją. Jeżeli zamawiający uważa, że szyny i złącza o innych gabarytach będą spełniać wymagania zamawiającego i zamierza dopuścić do oceny oferty proponujące inne gabaryty zamawianych przedmiotów, to zamawiający musi o tym zaanonsować w specyfikacji wprost lub powołując się na przykład na normy dopuszczające jakieś tolerancje. Inaczej zamawiający musi wymagać, aby wykonawcy stosowali się do wymogów określonych w specyfikacji. Także, co jest bardzo istotne, sam zamawiający musi dostosować się do sformułowanej przez siebie specyfikacji.

Stwierdzenie zamawiającego, że celowo nie precyzował swoich wymagań np. w stosunku do gabarytów, aby móc w zakresie uczciwej konkurencji dopuścić różnych wykonawców nie może zyskać uznania, gdyż może to spowodować nierówne traktowanie wykonawców, a sama specyfikacja i opis przedmiotu zamówienia muszą być opracowane sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, co wynika z art. 29 ust. 1 Pzp.

Podobnie samo powoływanie się po terminie składania ofert nawet na najwyższe autorytety czy opinie urzędów, jeżeli nie było wskazane w specyfikacji nie może być zaakceptowane, gdy powoduje to zmianę wymagań określonych w specyfikacji. Dlatego stwierdzenie zamawiającego, wyrażone w trakcie rozprawy, że transport musi być bezpieczny i zgodny z wymaganiami Wyższego Urzędu Górniczego i że oferta przystępującego spełnia wymagania zamawiającego i tego Urzędu nie może być wzięta pod uwagę, gdyż zamawiający nie postanowił w specyfikacji, że dopuści wykonawców, spełniających wymagania WUG, bez względu na odstępstwa zaoferowanych przez nich szyn i zaczepów od oryginalnej DTR.

Również Krajowa Izba Odwoławcza nie może brać pod uwagę zachowania odwołującego w innych postępowaniach i nie rozpoznaje sprawy w zakresie wykonanych czynności w innych postępowaniach, co podnosił zamawiający, że odwołujący nie wnosił uwag w poprzednich postępowaniach na kolejki ZD24C. Z powyższych względów zarzut zasługuje na akceptację.

Drugi zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp przez nieprawidłowe badanie ofert i nieprawidłowe przyjęcie, iż oferta złożona przez konsorcjum wykonawców: Centrala Zaopatrzenia Hutnictwa SA. oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe DREMEX Sp. z o.o., jest ofertą najkorzystniejszą zasługuje na akceptację.

Ze względu na konieczność odrzucenia oferty przystępującego, co zostało wykazane powyżej, zamawiający nie może do czynności oceny ofert dopuścić oferty podlegającej odrzuceniu. W związku z tym zarzut zasługuje na akceptację.

Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 91 ust. 1 Pzp.

Z przytoczonych powodów Krajowa Izba Odwoławcza orzekła jak w sentencji.

Podczas rozprawy, wobec wystarczającego uzasadnienia swoich stanowisk przez strony i uczestnika postępowania, odwołujący nie podtrzymała wniosku o powołanie biegłego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a 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 rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 oraz z 2008 r. Nr 182, poz. 1122).

O kosztach wynagrodzenia pełnomocnika skład orzekający Izby orzekł na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b 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 rozliczania, uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3.600,00 zł, tj. zgodnie z przedłożoną kopią faktury VAT.

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, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65, poz. 545, Nr 91, poz. 742) 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:

.....

.....