

WYROK

z dnia 24 marca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska
Klaudia Szczytowska-Maziarz
Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 marca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 marca 2014 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Górnicze „Demex” Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego - Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) DDSC Holding Sp. z o.o. (pełnomocnik); (2) DUMAT Sp. z o.o. z siedzibą dla pełnomocnika w Mysłowicach** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zadaniu nr 6, dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp;**

2. **kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju i:**

2.1. **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Przedsiębiorstwo Górnicze „Demex” Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze tytułem wpisu od odwołania,**

2.2. zasądza od **Zamawiającego - Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju** na rzecz **Przedsiębiorstwa Górnicze „Demex” Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze** kwotę **19 596 zł 00 gr** (słownie: dziewiętnaście tysięcy pięćset dziewięćdziesiąt sześć złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie i rozprawę przed Izbą

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

W dniu 7 marca 2014 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 180 ust. 1 w związku z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, dalej zwanej „ustawą Pzp” odwołanie złożył wykonawca Przedsiębiorstwo Górnicze Demex Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze.

Postępowanie dotyczy „Dostawy dla kopalń JSW S.A. siatek okładzinowych oraz zestawów naprawczych opinki wyrobisk chodnikowych w łącznej ilości 2 836 403 szt. z terminem realizacji 12 miesięcy od daty zawarcia umowy”.

Odwołanie wniesiono wobec:

1. zaniechania odrzucenia oferty wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia wykonawców „DDSC Holding” Sp. z o.o. z siedzibą w Mysłowicach oraz Dumat Sp. z o.o. z siedzibą w Mysłowicach, łącznie dalej zwanych „konsorcjum”, w zakresie zadania numer 6, podczas gdy konsorcjum nie złożyło wyjaśnień co do treści swojej oferty w zakresie wytrzymałości na zginanie przedmiotu zamówienia oferowanego przez tych wykonawców dla zadania numer 6 (albowiem wyjaśnienia z dnia 7 lutego 2014 r. złożyła tylko „DDSC Holding” Sp. z o.o. nie występując imieniem wszystkich członków konsorcjum), co w konsekwencji powoduje, że treść oferty konsorcjum w zakresie zadania numer 6 nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej zwanej „SIWZ”, albowiem wytrzymałość na zginanie przedmiotu zamówienia oferowanego przez konsorcjum dla zadania numer 6 jest niższa od minimalnego poziomu wytrzymałości żądanego przez Zamawiającego;
2. dokonaniu wyboru oferty konsorcjum jako najkorzystniejszej w zakresie zadania numer 6, podczas gdy oferta podlegała w zakresie tego zadania odrzuceniu.

Z ostrożności - w przypadku uznania, iż wyjaśnienie „DDSC Holding” Sp. z o.o. z dnia 7 lutego 2014 r., jest skutecznym oświadczeniem w imieniu wszystkich członków konsorcjum - ponadto wnoszono odwołanie od następujących, niezgodnych z przepisami ustawy, zaniechań i czynności, których Zamawiający dopuścił się w postępowaniu:

3. zaniechanie wykluczenia konsorcjum z postępowania w zakresie zadania numer 6, podczas gdy wyżej wskazani wykonawcy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania albowiem oświadczyli, że:
 - a) „zestawy naprawcze w zakresie wytrzymałości siatek spełniają wymogi punktu 3.4 normy PN-G-15050:1996”, co jest nieprawdą,
 - b) „DDSC Holding sp. z o. o. - jako Wykonawca - będzie spełniał wymagania Zamawiającego zawarte w pkt 3.5.2. Specyfikacji technicznej, tzn. wytrzymałość przedmiotu zamówienia będzie wynosiła co najmniej 12,5 kN”, co jest nieprawdą,

4. zaniechanie uznania oferty konsorcjum za odrzuconą w zakresie zadania numer 6 w oparciu o podstawę wskazaną w pkt 3 powyżej,

5. zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum w zakresie zadania numer 6, podczas gdy oferta tych wykonawców jest niezgodna z ustawą w zakresie tego zadania albowiem konsorcjum dokonali zmiany treści oferty po upływie terminu składania ofert w postępowaniu poprzez:

a) podanie pierwotnie w pkt 4.4 Dokumentacji Techniczno - Ruchowej DTR/006/13, złożonej przez Członków Konsorcjum wraz z ofertą tych wykonawców z dnia 28 października 2013 r., że wytrzymałość przedmiotu zamówienia będzie „większa od 12 kN” a następnie

b) podanie w piśmie z dnia 7 lutego 2014 r., że wytrzymałość przedmiotu zamówienia będzie „wynosiła co najmniej 12,5 kN”,

6. dokonanie wyboru oferty konsorcjum jako najkorzystniejszej w zakresie zadania numer 6, podczas gdy konsorcjum podlega wykluczeniu z postępowania, a oferta konsorcjum winna była zostać uznana za odrzuconą.

Mając na uwadze powyższe zarzucono Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 23 ust. 2 oraz w związku z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty konsorcjum, w zakresie zadania numer 6, podczas gdy konsorcjum nie złożyło wyjaśnień co do treści swojej oferty w zakresie wytrzymałości na zginanie przedmiotu zamówienia oferowanego przez tych wykonawców dla zadania numer 6, co w konsekwencji powoduje że, treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, albowiem wytrzymałość na zginanie przedmiotu zamówienia jest niższa od minimalnego poziomu wytrzymałości żadanego przez Zamawiającego oraz

2. art. 91 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, polegające na dokonaniu wyboru oferty konsorcjum jako najkorzystniejszej w zakresie zadania numer 6 niezgodnie z przepisami ustawy, podczas gdy oferta podlegała w zakresie tego zadania odrzuceniu w oparciu o podstawę wymienioną w pkt 1 zarzutów.

Ponadto zarzucono naruszenie:

3. art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, polegające na zaniechaniu wykluczenia konsorcjum z postępowania w zakresie zadania numer 6, podczas gdy wykonawcy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania albowiem oświadczyli, że:

a) „zestawy naprawcze w zakresie wytrzymałości siatek spełniają wymogi punktu 3.4 normy PN-G-15050:1996”, co jest nieprawdą, albowiem zestawy naprawcze oferowane przez konsorcjum w zakresie wytrzymałości siatek mają niższą wytrzymałość na zginanie niż przewidziano w pkt. 3.4 normy PN-G-15050:1996,

b) „DDSC Holding sp. z o.o. - jako Wykonawca - będzie spełniał wymagania Zamawiającego zawarte w pkt 3.5.2. Specyfikacji technicznej, tzn. wytrzymałość przedmiotu zamówienia będzie wynosiła co najmniej 12,5 kN”, co jest nieprawdą, albowiem zestawy

naprawcze oferowane mają wytrzymałość na zginanie na poziomie od 9,8 kN do 11,08 kN, czyli poniżej wymaganych przez Zamawiającego 12,5 kN, co jednocześnie stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, albowiem istotne dla Zamawiającego cechy przedmiotu zamówienia nie odpowiadają treści SIWZ,

4. art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, polegające na zaniechaniu uznania oferty konsorcjum za odrzuconą w zakresie zadania numer 6 w oparciu o podstawę wskazaną w pkt 3 zarzutów powyżej,

5. art. 89 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 87 ust. 1 pkt 1 oraz w związku z art. 84 ust. 1 ustawy Pzp, polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty konsorcjum w zakresie zadania numer 6, podczas gdy oferta tych wykonawców jest niezgodna z ustawą, albowiem konsorcjum dokonało zmiany treści oferty po upływie terminu składania ofert w postępowaniu poprzez:

a) podanie pierwotnie w pkt 4.4 Dokumentacji Techniczno - Ruchowej DTR/006/13, złożonej wraz z ofertą tych wykonawców z dnia 28 października 2013 r., że wytrzymałość przedmiotu zamówienia będzie „większa od 12 kN” a następnie

b) podanie w piśmie z dnia 07 lutego 2014 r., że wytrzymałość przedmiotu zamówienia będzie „wynosiła co najmniej 12,5 kN”,

6. art. 91 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, polegające na dokonaniu wyboru oferty konsorcjum jako najkorzystniejszej w zakresie zadania numer 6 niezgodnie z przepisami ustawy albowiem konsorcjum podlegało wykluczeniu z postępowania, a oferta winna była zostać uznana za odrzuconą;

7. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, polegające na przeprowadzeniu postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w zakresie zadania numer 6 i dokonanie wyboru oferty Członków Konsorcjum jako najkorzystniejszej dla tego zadania.

W tym stanie rzeczy Odwołujący wnosił o:

1. dopuszczenie dowodów wskazanych w uzasadnieniu odwołania, w szczególności powołanie przez Krajową Izbę Odwoławczą biegłego z zakresu ruchu zakładu górniczego - obudowy górniczej, celem sporządzenia opinii na okoliczność:

a) czy mając na uwadze wyniki podane w sprawozdaniu z badań nr 160/DLB-2/2013 (w szczególności w tabeli nr 7 oraz rys. 1 na str. 10 sprawozdania) zestawy naprawcze typu DDSC-ZN01 oferowane dla zadania numer 6 przez Członków Konsorcjum spełniają wymagania wytrzymałościowe określone w pkt 3.4 normy PN-G-15050:1996, tj. czy obciążenie siatki zestawu naprawczego typu DDSC-ZN01 siłą wywołującą moment zginający o wartości 3,0 kNm powoduje ugięcie o strzałce mniejszej niż 100mm?

b) czy mając na uwadze wyniki podane w sprawozdaniu z badań nr 160/DLB-2/2013 (w szczególności w tabeli nr 7 oraz rys. 1 na str. 10 sprawozdania) zestawy naprawcze typu DDSC-ZN01 oferowane dla zadania numer 6 przez Członków Konsorcjum spełniają wymagania wytrzymałościowe na zginanie określone w pkt 3.5.2. Specyfikacji Technicznej, stanowiącej załącznik nr 1 do SIWZ, tj. wytrzymałość na zginanie co najmniej 12,5 kN?

2. uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- a) unieważnienia czynności dokonania w dniu 26 lutego 2014 r. wyboru oferty konsorcjum jako najkorzystniejszej w zakresie zadania numer 6,
- b) wykluczenia konsorcjum z postępowania w zakresie zadania numer 6,
- c) uznania oferty konsorcjum za odrzuconą w zakresie zadania numer 6,
- d) odrzucenia oferty Członków Konsorcjum w zakresie zadania numer 6,
- e) dokonania ponownego badania i oceny ofert w zakresie zadania numer 6.

Odwołujący powziął informację o okoliczności stanowiącej podstawę do wniesienia odwołania, to jest o dokonaniu przez Zamawiającego wyboru oferty konsorcjum jako najkorzystniejszej w zakresie zadania numer 6, w dniu 27 lutego 2014 r. Kopia odwołania została przesłana Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania.

Co do interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, to wskutek dopuszczenia się przez Zamawiającego w postępowaniu wskazanych zaniechań i czynności, niezgodnych z przywołanymi przepisami ustawy, interes Odwołującego doznał uszczerbku, bowiem w razie zgodnego z ustawą działania Zamawiającego członkowie konsorcjum zostaliby wykluczeni z postępowania a ich oferta uznana za odrzuconą w zakresie zadania numer 6, jak również oferta zostałaby odrzucona jako niezgodna z ustawą, na skutek czego to oferta Odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza. Dopuszczając się zaniechań i czynności Zamawiający uniemożliwił Odwołującemu uzyskanie zamówienia publicznego, jako wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę w zakresie zadania numer 6.

W uzasadnieniu wskazano, że w pkt 4.2. SIWZ Zamawiający podał, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został określony w „Specyfikacji technicznej”, stanowiącej załącznik numer 1 do SIWZ, dalej zwanej także ST. W pkt 3 ST Zamawiający określił warunki, jakie winien spełniać oferowany przez wykonawców przedmiot zamówienia w zakresie zadania numer 6. I tak w pkt 3.5.2. ST Zamawiający podał, że „wytrzymałość na zginanie powinna wynosić co najmniej 12,5 kN” (str. 6 ST).

Konsorcjum złożyło w postępowaniu swoją ofertę z dnia 28 października 2013 r. Wraz z tą ofertą złożone zostały dokumenty stanowiące Dokumentację Techniczno - Ruchową DTR/006/13 z września 2013 r., Instrukcję Zabudowy IZ/006/13 z września 2013 r. oraz Warunki Techniczne WT/006/13 także z września 2013 r. (str. oferty od 000149 do 000176). W treści tych dokumentów wskazany został przedmiot zamówienia oferowany przez

Członków Konsorcjum dla zadania numer 6. Żaden inny dokument złożony przez Członków Konsorcjum wraz z ich ofertą nie dotyczy przedmiotu zamówienia oferowanego przez tych wykonawców dla zadania numer 6.

W pkt. 4.4 Dokumentacji Techniczno - Ruchowej DTR/006/13 podano, że wytrzymałość na zginanie przedmiotu zamówienia oferowanego przez Członków Konsorcjum dla zadania numer 6 przedstawia wartość większą od 12 kN (str. 000154 oferty).

Pismem z dnia 7 lutego 2014 r., Zamawiający zażądał od konsorcjum wyjaśnień dotyczących treści oferty, poprzez podanie, czy „Wykonawca będzie spełniał wymagania Zamawiającego postawione w pkt 3.5.2. specyfikacji technicznej?”. W piśmie tym Zamawiający wskazał bowiem, że „Zamawiający zgodnie z pkt 3.5.2. specyfikacji technicznej wymagał aby wytrzymałość przedmiotu zamówienia na zginanie wynosiła co najmniej 12,5 kN (...)”, podczas gdy „Z dokumentacji wykonawcy o nr DTR/006/13 wynika, że wytrzymałość ta jest większa od 12 kN (...)”.

W odpowiedzi na wyżej wskazane wezwanie, w dniu 10 lutego 2014 r. wykonawca DDSC Holding Sp. z o.o. doręczył Zamawiającemu swoje pismo. W treści tego pisma zawarte zostało oświadczenie, że „DDSC Holding sp. z o.o. - jako Wykonawca - będzie spełniał wymagania Zamawiającego (...)”. W treści tego pisma nie podano, że wyżej wskazane oświadczenie (w piśmie z dnia 07 lutego 2014 r.) zostało złożone przez wykonawcę „DDSC Holding” Sp. z o.o. w imieniu wszystkich członków konsorcjum, to jest zarówno DDSC Holding Sp. z o.o., jak i Dumat Sp. z o.o. Co więcej, treść tego oświadczenia jednoznacznie nakazuje uznać, że zostało ono złożone przez wykonawcę DDSC Holding Sp. z o.o., jako działającego wyłącznie w imieniu własnym, a nie w imieniu członków konsorcjum. Podano bowiem, że tylko DDSC Holding Sp. z o.o. będzie spełniała wymagania Zamawiającego. Członkowie konsorcjum nie złożyli zatem jakichkolwiek wyjaśnień dotyczących treści oferty w zakresie zadania numer 6.

Wytrzymałość na zginanie przedmiotu zamówienia oferowanego przez Członków Konsorcjum dla zadania numer 6 przedstawia przeto wartość niższą od wartości żądanej przez Zamawiającego. Treść oferty konsorcjum w zakresie zadania numer 6 nie odpowiada zatem treści SIWZ. Obowiązkiem Zamawiającego było zatem odrzucenie oferty. Zamawiający zaniechał jednak dokonania tej czynności, przez co naruszył treść art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 23 ust. 2 oraz w związku z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający dokonał wyboru oferty konsorcjum jako najkorzystniejszej w sposób niezgodny z przepisami ustawy, przez co dopuścił się również naruszenia art. 91 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

W sytuacji gdyby jednak Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż oświadczenie z dnia 7 lutego 2014 r. zostało złożone w imieniu wszystkich Członków Konsorcjum, wskazano że

Zamawiający dopuścił się w postępowaniu naruszenia także art. 24 ust 2 pkt 3 oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

W pkt. 4.4 Dokumentacji Techniczno - Ruchowej DTR/006/13 konsorcjum złożyło oświadczenie, że „zestawy naprawcze w zakresie wytrzymałości siatek spełniają wymogi punktu 3.4 normy PN-G-15050:1996” (str. 000154 oferty).

W pkt 3.4 normy PN-G-15050:1996 podano, że „siatka obciążona siłą, (...) wywołującą moment zginający; dla siatek typu lekkiego 3,0 kNm, a dla siatek typu ciężkiego 6,25 kNm (...) a jej strzałka ugięcia nie powinna przekraczać 100 mm” (str. 8 normy).

Przedmiot zamówienia oferowany przez konsorcjum dla zadania numer 6 został zbadany przez Instytut Techniki Górniczej Komag Instytut Badawczy. Wyniki tego badania zostały zawarte w sprawozdaniu o numerze 160/DLB-2/2013, dalej zwanym Sprawozdaniem. W tabeli numer 7 Sprawozdania (str. 10 Sprawozdania) podano, że dla strzałki ugięcia wynoszącej 100 mm:

- a) moment zginający o wartości 2,45 kNm jest wywołany przez siłę przyłożoną do próbki 71.2-71.3 przedmiotu badania, o wartości 9,80 kN,
- b) moment zginający o wartości 2,77 kNm jest wywołany przez siłę przyłożoną do próbki 71.4-71.5 przedmiotu badania, o wartości 11,08 kN oraz
- c) moment zginający o wartości 2,49 kNm jest wywołany przez siłę przyłożoną do próbki 71.6-71.7 przedmiotu badania, o wartości 9,94 kN.

Wartości momentu zginającego, dla strzałki ugięcia wynoszącej 100 mm, czyli dla wartości określonej w pkt 3.4 Polskiej Normy PN-G-15050; 1996, na której treść konsorcjum powołało się w pkt 4.4 Dokumentacji Techniczno - Ruchowej DTR/006/13, podane w tabeli numer 7 Sprawozdania, to jest 2,45 kNm, 2,77 kNm oraz 2,49 kNm są niższe od wartości momentu zginającego podanej w pkt 3.4 normy PN-G-15050:1996 dla siatek typu lekkiego, to jest 3,0 kNm.

W dniu 5 marca 2014 r. dr hab. inż. S..... D..... prof. Politechniki Śląskiej, rzeczoznawca do spraw ruchu zakładu górniczego, sporządził opinię na temat zgodności przedmiotu zamówienia oferowanego przez konsorcjum dla zadania numer 6 z wymaganiami określonymi w pkt 3.4 Polskiej Normy PN-G-15050:1996, dalej zwaną opinią. Opinia została opracowana na podstawie analizy wyników badań podanych w Sprawozdaniu. W pkt 3.2 opinii jej autor jednoznacznie wskazał, że „ugięcie o wielkości 100 mm badane siatki osiągnęły przy działaniu momentu zginającego wynoszącego 2,45 kNm (nr próbki 71.2-71.3), 2,77kNm (nr próbki 71.4-71.5) i 2,49 kNm (nr próbki 71.6-71.7)”.

Jednocześnie autor opinii wyraźnie podał, że „odnosząc cytowane wyniki badań do wymaganej wartości momentu zginającego dla siatek lekkich (3,0 kNm) należy stwierdzić, że we wszystkich przypadkach siatki przy obciążeniu momentem zginającym wynoszącym 3,0

kNm uległy ugięciu wyraźnie przekraczającemu wartość dopuszczalną wynoszącą 100 mm (105 - 115 mm)".

W pkt 4 opinii autor opinii zawarł wniosek, że „zestaw naprawczy opinki wyrobisk chodnikowych typu DDSC-ZN01” produkcji DDSC Holding” Sp. z o.o. nie spełnia wymagań wytrzymałościowych określonych w pkt. 3.4 Normy PN-G-15050:1996”.

Odwołujący wnosił o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu ruchu zakładu górniczego - obudowy górniczej, powołanego przez Krajową izbę Odwoławczą na okoliczność czy mając na uwadze wyniki podane w sprawozdaniu z badań nr 160/DLB-2/2013 (w szczególności w tabeli nr 7 oraz rys. 1, na str. 10 sprawozdania) zestawy naprawcze typu DDSC-ZN01 oferowane dla zadania numer 6 przez konsorcjum spełniają wymagania wytrzymałościowe określone w pkt. 3.4 normy PN-G-15050:1996, tj. czy obciążenie siatki zestawu naprawczego typu DDSC-ZN01 siłą wywołującą moment zginający o wartości 3,0 kNm powoduje ugięcie o strzałce mniejszej niż 100 mm?

Oświadczenie konsorcjum, zawarte w pkt 4.4 Dokumentacji Techniczno - Ruchowej DTR/006/13 o treści „zestawy naprawcze w zakresie wytrzymałości siatek spełniają wymogi punktu 3.4 normy PN-G-15050:1996”, jest zatem nieprawdziwe zdaniem Odwołującego.

W pkt 4.2. SIWZ, Zamawiający podał, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został określony w ST. W pkt 3 ST Zamawiający określił warunki, jakie winien spełniać przedmiot zamówienia oferowany przez wykonawców dla zadania numer 6. I tak w pkt 3.5.2. ST Zamawiający podał, że „wytrzymałość na zginanie powinna wynosić co najmniej 12,5 kN” (str. 6 ST).

Pismem z dnia 7 lutego 2014 r., Zamawiający zażądał od konsorcjum wyjaśnień dotyczących treści oferty, poprzez podanie, czy „Wykonawca będzie spełniał wymagania Zamawiającego postawione w pkt 3.5.2. specyfikacji technicznej”. W odpowiedzi na wezwanie, w dniu 10 lutego 2014 r. wykonawca DDSC Holding Sp. z o.o. zawarło oświadczenie, że „DDSC Holding sp. z o. o. - jako Wykonawca - będzie spełniał wymagania Zamawiającego zawarte w pkt 3.5.2. Specyfikacji technicznej, tzn. wytrzymałość przedmiotu zamówienia będzie wynosiła co najmniej 12,5 kN”.

Zgodnie z tym co zostało już wcześniej wykazał Odwołujący, w tabeli numer 7 Sprawozdania podano, że dla strzałki ugięcia wynoszącej 100 mm:

- a) moment zginający o wartości 2,45 kNm jest wywołany przez siłę przyłożoną do próbki 71.2 - 71.3 przedmiotu badania, o wartości 9,80 kN,
- b) moment zginający o wartości 2,77 kNm jest wywołany przez siłę przyłożoną do próbki 71.4 - 71.5 przedmiotu badania, o wartości 11,08 kN oraz
- c) moment zginający o wartości 2,49 kNm jest wywołany przez siłę przyłożoną do próbki 71.6 - 71.7 przedmiotu badania, o wartości 9,94 kN (str. 10 Sprawozdania).

Wartości siły, dla strzałki ugięcia wynoszącej 100 mm, czyli dla wartości określonej w pkt 3.4 Polskiej Normy PN-G-15050:1996, na której treść konsorcjum powołało się w pkt 4.4 Dokumentacji Techniczno - Ruchowej DTR/006/13, podane w tabeli numer 7 Sprawozdania, to jest 9,80 kN, 11,08 kN oraz 9,94 kN są niższe od wartości siły podanej w pkt 3.5.2. ST, to jest 12,5 kN.

Odwołujący wnosił o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu ruchu zakładu górniczego – obudowy górniczej, powołanego przez Krajową Izbę Odwoławczą na okoliczność czy mając na uwadze wyniki podane w sprawozdaniu z badań nr 160/DLB-2/2013 (w szczególności w tabeli nr 7 oraz rys. 1, na str. 10 sprawozdania) zestawy naprawcze typu DDSC-ZN01 oferowane dla zadania numer 6 przez konsorcjum spełniają wymagania wytrzymałościowe na zginanie określone w pkt 3.5.2. Specyfikacji Technicznej stanowiącej załącznik nr 1 do SIWZ, tj. wytrzymałość na zginanie co najmniej 12,5 kN?.

Oświadczenie zawarte w piśmie z dnia 7 lutego 2014 r., o treści „DDSC Holding Sp. z o.o. - jako Wykonawca - będzie spełniał wymagania Zamawiającego zawarte w pkt 3.5.2. Specyfikacji technicznej, tzn. wytrzymałość przedmiotu zamówienia będzie wynosiła co najmniej 12,5 kN” jest zatem zdaniem Odwołującego nieprawdziwe.

W pismach z dni 6 lutego 2014 r. oraz 19 lutego 2014 r. Odwołujący powiadomił Zamawiającego o nieprawdziwości wyżej opisanych oświadczeń. Wraz z pismem z dnia 6 lutego 2014 r. Odwołujący doręczył także Zamawiającemu wyciąg ze Sprawozdania, obejmujący tabelę nr 7.

Złożenie przez konsorcjum nieprawdziwych informacji miało wpływ na wynik prowadzonego postępowania, albowiem dotyczyło wytrzymałości na zginanie przedmiotu zamówienia, co miało kluczowe znaczenie dla Zamawiającego. Zamawiający bowiem wyraźnie wskazał w SIWZ (pkt. 3.5.2. ST) minimalne wymagania co do wytrzymałości na zginanie i to wymagania surowsze niż Polskiej Normy PN-G-15050:1996. Zamawiający oczekiwał bowiem wytrzymałości większej niż 12,5 kN, podczas gdy norma dopuszcza wytrzymałość 12,0 kN. Zamawiający był zatem zobowiązany wykluczyć konsorcjum z postępowania w zakresie zadania numer 6 na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp a w konsekwencji uznać ofertę złożoną przez tych wykonawców dla przedmiotowego zadania za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. Zamawiający zaniechał dokonania wyżej wskazanych czynności, przez co naruszył treść przytoczonych przepisów ustawy.

W pkt 11.1 SIWZ Zamawiający podał, że termin składania ofert w postępowaniu upływa w dniu 29 października 2013 r. (str. 8 SIWZ). W pkt 4.4 Dokumentacji Techniczno - Ruchowej DTR/006/13, złożonej przez konsorcjum wraz z pierwotną ofertą, podano, że wytrzymałość przedmiotu zamówienia będzie „większa od 12 kN” (str. 000154 oferty). Powyższe oznacza, jak twierdzili członkowie konsorcjum, że wytrzymałość przedmiotu

zamówienia oferowanego przez tych wykonawców dla zadania numer 6 będzie przedstawiała m.in. wartości 12,1 kN, 12,2 kN, 12,3 kN, 12,4 kN oraz wyższe.

Natomiast zgodnie z tym co zostało już wykazane, w piśmie z dnia 10 lutego 2014 r., stanowiącym odpowiedź na wezwanie Zabawiającego, wykonawca DDSC Holding Sp. z o.o. podał, że „wytrzymałość przedmiotu zamówienia będzie wynosiła co najmniej 12,5 kN”. Powyższe oznacza, jak twierdzi wykonawca, że wytrzymałość przedmiotu zamówienia oferowanego dla zadania numer 6 będzie przedstawiała wartość 12,5 kN oraz wartości wyższe. Wykonawca wyraźnie zatem podał, że wytrzymałość na zginanie przedmiotu zamówienia oferowanego dla zadania numer 6 nie będzie jednak przedstawiała m.in. wartości 12,1 kN, 12,2 kN, 12,3 kN oraz 12,4 kN, które to wartości były dopuszczalne zgodnie z pierwotną ofertą. W piśmie zawarto oświadczenie, dotyczące wytrzymałości przedmiotu na zginanie, którego zakres jest zatem węższy od zakresu oświadczenia, złożonego przez Członków Konsorcjum w tej kwestii w pkt 4.4 Dokumentacji Techniczno - Ruchowej DTR/006/13 (węższy o przedział znajdujący się pomiędzy 12,01 kN a 12,4 kN). W piśmie nie zawarto jakichkolwiek wyjaśnień dotyczących treści uprzednio złożonej oferty lecz ograniczając treść tej oferty dokonano jej niedopuszczalnej zmiany. Rzeczona zmiana treści oferty została zatem dokonana po upływie terminu składania ofert. Zamawiający był zatem zobowiązany odrzucić ofertę konsorcjum w zakresie zadania numer 6, jako ofertę niezgodną z ustawą, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 87 ust. 1 pkt 1 oraz art. 84 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający zaniechał dokonania tej czynności.

Jednocześnie Zamawiający naruszył art. 91 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp. Mając na uwadze wcześniej wymieniony obowiązek Zamawiającego wykluczenia konsorcjum z postępowania w zakresie zadania numer 6 a w konsekwencji uznania oferty tych wykonawców za odrzuconą w zakresie tego zadania, jak również odrzucenia oferty konsorcjum jako niezgodnej z ustawą w zakresie zadania numer 6, Zamawiający nie mógł uznać oferty konsorcjum za najkorzystniejszą.

Zamawiający zaniechał dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej dla zadania numer 6. Jednocześnie Zamawiający dokonał wyboru oferty konsorcjum jako najkorzystniejszej, Zamawiający nie dokonał przeto oceny ofert konsorcjum i Odwołującego według tych samych kryteriów, czym naruszył również art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, albowiem przeprowadził postępowanie w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Mając na uwadze wszystkie dotąd podane okoliczności, wnoszono jak we wstępie.

Odpowiadając na wezwanie Zamawiającego, do postępowania odwoławczego zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum

w składzie: DDSC Holding Spółka z o.o. oraz Dumat Spółka z o.o., z siedzibą dla pełnomocnika wykonawców w Mysłowicach. Przystąpienie uznano za skuteczne.

Zamawiający, składając na rozprawie pisemną odpowiedź na odwołanie, wnosił o jego oddalenie w całości.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, wyjaśnień składanych przez wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego, stanowisk i oświadczeń Stron oraz Uczestnika postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowano odwołanie na rozprawę.

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez Odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, gdyż w razie uwzględnienia zarzutów odwołania oferta Odwołującego mogłaby zostać w wyniku ponownego badania i oceny ofert uznana za najkorzystniejszą. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym także na podstawie akt sprawy o sygn. KIO 2971/13 ustalono, że:

Zamawiający zawarł szczegółowy opis przedmiotu zamówienia w „Specyfikacji technicznej”, stanowiącej załącznik numer 1 do SIWZ. W pkt 3 Specyfikacji Technicznej określono warunki, jakie winien spełniać przedmiot zamówienia w zakresie zadania numer 6, mianowicie, że „wytrzymałość na zginanie powinna wynosić co najmniej 12,5 kN” (str. 6 ST, pkt 3.5.2.).

Wykonawca - Przystępujący wraz z ofertą złożył następujące dokumenty: Dokumentacja Techniczno - Ruchowa DTR/006/13 z września 2013 r., Instrukcja Zabudowy IZ/006/13 z września 2013 r. oraz Warunki Techniczne WT/006/13 także z września 2013 r. (str. oferty od 000149 do 000176).

W pkt 4.4 Dokumentacji Techniczno - Ruchowej DTR/006/13 podano, że przedmiot zamówienia oferowany przez członków konsorcjum dla zadania numer 6 w zakresie wytrzymałości na zginanie spełnia wymagania określone w pkt 3.4 normy PN-G-15050:1996

(str. 000154 oferty). Nadto członkowie konsorcjum podali, że wytrzymałość na zginanie przedmiotu zamówienia oferowanego przez konsorcjum dla zadania numer 6 przedstawia wartość większą niż 12,00 kN.

W wyniku orzeczenia Izby z dnia 14 stycznia 2014 roku, w dniu 7 lutego 2014 roku Przystępujący na podstawie art. 87 ustawy Pzp został wezwany do złożenia wyjaśnień, czy wykonawca będzie spełniał wymagania Zamawiającego postawione w pkt 3.5.2. specyfikacji technicznej. W dniu 10 lutego 2014 roku złożono wyjaśnienia, z których wynika, że *„zgodnie z przedłożoną dokumentacją techniczno-ruchową o nr DTR-/006/13 DDSC Holding Sp. o.o. – jako wykonawca – będzie spełniał wymagania Zamawiającego zawarte w pkt 3.5.2 Specyfikacji technicznej, tzn. wytrzymałość przedmiotu zamówienia będzie wynosiła co najmniej 12,5 kN przy szerokości siatki s-700mm”*.

Biorąc pod uwagę poczynione ustalenia, skład orzekający Izby doszedł do przekonania, że odwołanie musiało zostać uwzględnione, choć nie potwierdziły się wszystkie zarzuty opisane w odwołaniu. Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi takie naruszenie przepisów, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wybór jako najkorzystniejszej oferty, która podlega odrzuceniu wpisuje się w dyspozycję art. 192 ust. 2 ustawy Pzp i skutkował koniecznością uwzględnienia odwołania.

Tym niemniej na początku rozważań, nie można zgodzić się z Odwołującym, że oferta Przystępującego podlega odrzuceniu, ponieważ wyjaśnienia złożone w trybie art. 87 ustawy Pzp złożone zostały w imieniu jednego tylko członka konsorcjum – firmy DDSC Holding Sp. z o.o.

Niewątpliwie w postępowaniu ofertę przedstawili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: DDSC Holding Sp. z o.o. i DUMAT Sp. z o.o. Na podstawie załączonego do oferty pełnomocnictwa, pełnomocnikiem wyznaczono wykonawcę DDSC Holding Sp. z o.o. (karta 15 oferty). Treść i zakres udzielonego umocowania, a także jego forma nie była kwestionowana ani przez Zamawiającego, ani przez Odwołującego. Jak wynika z przedstawionych w dniu 10 lutego 2014 roku Zamawiającemu wyjaśnień, DDSC (...) – jako Wykonawca – złożył stosowane oświadczenie wymagane przez Zamawiającego w zakresie zgodności przedmiotu zamówienia z treścią SIWZ. Skoro zatem DDSC działał jako „Wykonawca”, a „wykonawcą” według oferty jest konsorcjum, czyli grupa wykonawców w określonym składzie, to za nieuprawnione należało uznać twierdzenia Odwołującego, że DDSC działał jedynie w swoim imieniu. W ocenie Izby wyjaśnienia złożono w imieniu wykonawców, za których działał i których wolę przedstawiał DDSC jako wyznaczony pełnomocnik.

Odrębną kwestię stanowi ocena merytorycznej osnowy złożonych wyjaśnień. Biorąc pod uwagę treść wyjaśnień konsorcjum, Izba uznała za zasadny zarzut Odwołującego dotyczący niezgodności oferowanego produktu z wymogami Zamawiającego opisanymi w treści SIWZ w pkt 3.5.2, gdzie wymagano, aby wytrzymałość przedmiotu zamówienia na zginanie wynosiła co najmniej 12,5 kN przy szerokości siatki s-700 mm. Wymóg Zamawiającego opisany był w sposób jednoznaczny. Przystępujący zaś, mimo, że pierwotna treść oferty nie potwierdzała tego wymogu w sposób nie budzący wątpliwości i wykonawcy umożliwiono złożenie wyjaśnień, zadaniu potwierdzenia wartości opisanego wyżej parametru nie sprostał, co czyni treść oferty Przystępującego niezgodną z treścią SIWZ. To natomiast oznacza, że oferta powinna zostać, zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, odrzucona.

Izba zgodziła się także z Odwołującym, że po złożeniu oferty Przystępujący zmienił jej treść, a Zamawiający ten fakt zaakceptował, co jest niezgodne z dyspozycją art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Wniosek taki płynie z oceny treści oferty, w zestawieniu tej treści z treścią wyjaśnień złożonych przez Przystępującego. Skoro bowiem w ofercie podano, że sporny parametr będzie wynosił więcej niż 12,0 kN, a w wyjaśnieniach napisano, że wartość ta będzie wynosiła co najmniej 12,5 kN, to nie można wywodzić, że mowa jest jedynie o doprecyzowaniu oświadczenia z oferty. W ocenie składu orzekającego treść obu oświadczeń nie jest ze sobą zbieżna i tożsama. Z treści oferty wynikało, że wykonawca może osiągnąć wartość wymaganą 12,5 kN, dlatego wyrokiem Izby Przystępującemu umożliwiono złożenie wyjaśnień w przedmiotowym zakresie. Jednakże w wyniku działań wykonawcy, ten ostatni określił, że wartością graniczną (minimalną) stała się wartość 12,5 kN. Takie właśnie działanie świadczy o zmianie treści oferty.

Zamawiający ma prawo i obowiązek wezwać wykonawcę do uzupełnienia błędnych czy brakujących dokumentów, a także do złożenia wyjaśnień, jednak nie może to prowadzić do zmiany treści oferty, gdyż narusza nie tylko art. 87 ust. 1, czy art. 26 ust. 3 (spełnianie wymogów na dzień składania ofert), ale przede wszystkim główną zasadę zamówień publicznych, czyli uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców. Nie sposób zgodzić się z twierdzeniami Zamawiającego, że wartość parametru wytrzymałości na zginanie wymieniona w wyjaśnieniach Przystępującego nie jest wartością nową, nieprzewidzianą w ofercie. Sformułowanie oświadczenia z dnia 7 lutego 2014 roku w taki sposób, jak uczynił to Przystępujący, sprawiło że mamy do czynienia z zupełnie nowym oświadczeniem woli i zupełnie nową treścią oferty, a to na gruncie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp jest niedopuszczalne. Składane wyjaśnienia muszą ograniczać się do wskazania sposobu rozumienia treści zawartej w ofercie. W przedmiotowym postępowaniu Przystępujący złożył wyjaśnienia tak, że w wyjaśnieniach tych znalazły się nowe okoliczności, które z treści złożonej w postępowaniu oferty nie wynikają. Innymi słowy, Przystępujący zaproponował wykonanie przedmiotu zamówienia odmiennie niż pierwotnie wynikało to z oferty.

W prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doszło więc do nieprawidłowego wyboru oferty najkorzystniejszej, który zgodnie z wyrokiem Izby musi zostać anulowany, a tym samym do naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający jest zobowiązany do powtórzenia czynności oceny ofert, w tym do odrzucenia oferty Przystępującego.

Dostrzeżenia przy tym wymaga, że powyższe nie prowadziło jednak do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Oferta, której treść nie odpowiada treści SIWZ nie może być uznana za niezgodną z ustawą Pzp. Niezgodna z ustawą Pzp jest taka oferta, która niezgodna jest przede wszystkim z zasadami udzielania zamówień publicznych, innymi przepisami samej ustawy, czy też przepisami wykonawczymi do ustawy. Za niezgodną z ustawą Pzp uznaje się na przykład ofertę złożoną w innym języku niż język polski, w momencie kiedy Zamawiający nie przewidział takiej możliwości. W przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia z ofertą, której treść nie odpowiada treści dokumentu zewnętrznego w stosunku do ustawy Pzp, mianowicie treści SIWZ. Stąd nie można uznać, że doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w prowadzonym postępowaniu.

Izba nie stwierdziła również złożenia przez Przystępującego nieprawdziwych informacji, a tym samym podstaw do wykluczenia Przystępującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Rzeczywiście, oferta Przystępującego jest niezgodna z wymaganiami Zamawiającego, pomimo jego zapewnień o zgodności. Jednak w działaniu Przystępującego nie można się dopatrywać złożenia nieprawdziwych informacji czy wprowadzania Zamawiającego w błąd. W przypadku parametru wytrzymałości na zginanie, wykonawca nie ukrywał cech i parametrów oferowanych zestawów, określił je jedynie w sposób na tyle nieprecyzyjny, że oferowane produkty okazały się niezgodne z wymaganiami, a nieścisłość ta nie została wykluczona wyjaśnieniami wykonawcy. Co więcej nie można także stwierdzić naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w przypadku oświadczenia o spełnianiu wymagań Polskiej Normy PN-G-15050. Warto zauważyć, że oświadczenie wykonawcy, iż „zestawy naprawcze w zakresie wytrzymałości siatek spełniają wymogi punktu 3.4 normy PN-G-15050:1996” (wynikające z oferty Przystępującego) było nadmiarowe. Zamawiający w zadaniu 6 nie wymagał bowiem potwierdzenia spełniania przez przedmiot zamówienia wymagań Polskiej Normy. Nawet gdyby w tym przypadku twierdzenia Przystępującego nie odpowiadały prawdzie, to okoliczność ta nie miała i nie mogła mieć wpływu na wynik postępowania. Zamawiający nie wymagał bowiem, a zatem także nie badał w żaden sposób poziomu tego parametru. Wykluczenie wykonawcy z powodu złożenia nieprawdziwych informacji może mieć miejsce jedynie, gdy podane informacje miały lub mogły mieć wpływ na wynik postępowania. W przedmiotowym postępowaniu trudno taki wpływ wywieść,

ponieważ oświadczenie Przystępującego we wskazanym zakresie nie polegało żadnej weryfikacji. Dlatego też za nieprzydatne do rozstrzygnięcia sporu uznano złożone przez Odwołującego sprawozdanie z badań i opinię prywatną. Z powodu niedookreślenia przez Zamawiającego w SIWZ momentu, w którym strzałka ugięcia musi osiągnąć wartość 12,5 kN, ponad wszelką wątpliwość nie można było stwierdzić, że Przystępujący oświadczył nieprawdę.

Powyższe determinowało także nieuwzględnienie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 4 ustawy Pzp bowiem jedynie w przypadku wykluczenia wykonawcy, jego ofertę można uznać za odrzuconą. Skoro nie potwierdziła się podstawa do wykluczenia wykonawcy, to nie ma potrzeby i obowiązku uznawania oferty za odrzuconą.

Z tych powodów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt 2) i ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), uwzględniając wysokość uiszczzonego wpisu od odwołania, wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego w wysokości dopuszczonej rozporządzeniem oraz koszty dojazdu Strony na rozprawę przed Izłą.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....