

Sygn. akt KIO 864/11

WYROK
z dnia 6 maja 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **6 maja 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 kwietnia 2011 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: HYDROTECH S.A. (44 – 251 Rybnik, ul. Poligonowa 21) oraz BECKER - WARKOP sp. z o.o.**, od czynności podjętych w postępowaniu prowadzonym przez **Jastrzębską Spółkę Węglową S.A., 44 – 330 Jastrzębie – Zdrój, ul. Armii Krajowej 56**

przy udziale:

- A. wykonawcy **Fabryka Maszyn i Urządzeń TAGOR Spółka Akcyjna, 42 – 600 Tarnowskie Góry, ul. Hutnicza 5-9** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 846/11 po stronie zamawiającego
- B. **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Matix Sp. z o.o. (42 – 202 Częstochowa, ul. Żyzna 11L) oraz Fabryka Maszyn Glinik S.A.**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 846/11 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: HYDROTECH S.A. (44 – 251 Rybnik, ul. Poligonowa 21) oraz BECKER - WARKOP sp. z o.o.:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: HYDROTECH S.A. (44 – 251 Rybnik, ul. Poligonowa 21) oraz BECKER - WARKOP sp. z o.o.**, tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: HYDROTECH S.A. (44 – 251 Rybnik, ul. Poligonowa 21) oraz BECKER - WARKOP sp. z o.o., 44 – 251 Rybnik, ul. Poligonowa 21** na rzecz **Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A., 44 – 330 Jastrzębie – Zdrój, ul. Armii Krajowej 56** kwotę **3 600zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów strony, obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt KIO 864/11

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

I. Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dostawa 145 sekcji liniowych oraz 10 sekcji skrajnych fabrycznie nowej obudowy zmechanizowanej.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 29 grudnia 201 r., poz. 2011/S 252-388364 i Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759).

W dniu 22 kwietnia 2011 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: HYDROTECH S.A. oraz BECKER - WARKOP sp. z o.o. (dalej: Odwołujący) wnieśli odwołanie, w którym zakwestionowali prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej i zaniechali odrzucenia ofert sklasyfikowanych na pierwszym i drugim miejscu w rankingu ofert, jako niezgodnych z treścią SIWZ.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, polegające na niezachowaniu obowiązku równego traktowania wykonawców i prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji;
- 2) art. 89 ust 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie czynności odrzucenia ofert wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia „MATIX” Sp. z o.o., i Fabryka Maszyn GLINIK S.A., a także oferty wykonawcy Fabryka Maszyn i Urządzeń TAGOR S.A.,
- 3) art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, polegające na uznaniu za najkorzystniejszą ofertę, która powinna zostać odrzucona.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o powtórzenie unieważnienie czynności badania i oceny ofert.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy, sklasyfikowani na pierwszym i drugim miejscu w rankingu ofert - Fabryka Maszyn i Urządzeń TAGOR Spółka Akcyjna (dalej: Przystępujący Tagor) oraz wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Matix Sp. z o.o. oraz Fabryka Maszyn Glinik S.A. (dalej: Przystępujący Matix-Glinik).

Odwołujący twierdził, że oferty obu Przystępujących powinny zostać odrzucone, ponieważ są niezgodne z SIWZ w zakresie maksymalnego nacisku na spąg oraz złożone przez Przystępujących wyjaśnienia do ofert stanowią niedozwolone zmiany treści oferty.

Odnosząc się do oferty Przystępującego Matix-Glinik, Odwołujący zauważył, iż sam Zamawiający z dokumentacji załączonej przez Przystępującego do oferty wywnioskował, że urządzenie oferowane przez Matix-Glinik nie spełnia wymaganego nacisku na spąg, i zwrócił się w tym zakresie z wezwaniem do złożenia wyjaśnień. W złożonych wyjaśnieniach Matix-Glinik z własnej inicjatywy przedłożył nowy rysunek sekcji skrajnej, tłumacząc, że do oferty załączono rysunek zawierający wadliwy opis, ponieważ na rysunku zaznaczono, że dotyczy on sekcji liniowej i skrajnej, tymczasem dotyczy on tylko sekcji liniowej.

W ocenie Odwołującego, po pierwsze nie ma żadnych podstaw do uznania, że rysunek znajdujący się na str. 68 oferty Matix-Glinik nie odnosi się do sekcji skrajnej. Wymiary podane na tym rysunku odpowiadają rysunkom obrazującym belkę układu przesuwnej sekcji skrajnej (str. 72 oferty) oraz obudowę Glinik 10/24 POz sekcja skrajna (str. 63 oferty). Z żadnego miejsca oferty Matix-Glinik nie sposób wywieść, iż opis na str. 68 rysunku jest wynikiem omyłki. Wyjaśnieniom sugerującym pomyłkę w opisie przeczą zatem

rysunki na stronach 62 i 63 oferty przedstawiające odpowiednio sekcję liniową i sekcję skrajną obudowy. Na obu rysunkach widać wyraźnie, że spągnice w obu typach sekcji są identyczne, a przedstawiona na rysunku spągnica w sekcji skrajnej nie odpowiada nowo dołączonemu rysunkowi spągnicy skrajnej, jej rzut boczny jest bowiem identyczny ze starym, rzekomo omyłkowo podpisanym rysunkiem spągnicy sekcji liniowej i skrajnej.

Po drugie, nawet gdyby przyjąć, że rysunek złożony na str. 68 jest faktycznie omyłkowo opisany jako dotyczący sekcji skrajnej, to wówczas uznać trzeba, że wykonawca nie zastosował się do postanowień SIWZ i nie podał wymaganych wymiarów gabarytowych dla sekcji skrajnej. Wyjaśnienie w tym zakresie składane przez wykonawcę mogłoby opierać się i dotyczyć w takiej sytuacji wyłącznie danych już podanych w pierwotnej wersji oferty, nie może jednak nigdy stanowić, tak jak ma to miejsce w niniejszym postępowaniu, zmiany lub uzupełnienia pierwotnie złożonej oferty. Gdyby nie wyjaśnienia wykonawcy Matix-Glinik, oferta tego wykonawcy zdaniem Odwołującego byłaby niekompletna i sprzeczna z SIWZ, a tym samym istniałby obowiązek jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych.

Po trzecie, podnieść należy, że przedłożony w wyniku wyjaśnień nowy rysunek z nowymi wymiarami stanowiący de facto nową treść oferty Matix-Glinik również jest niezgodny z treścią SIWZ. Wykonawca, tworząc nową konstrukcję spągnicy sekcji skrajnej wydłużył ją, zarówno z tyłu jak i z przodu. Ponieważ obudowa skrajna pracuje jako dosunięta (bez kroku wstecz - zgodnie z pkt. III.9 Charakterystyki technicznej), zatem przy dobieraniu długości stropnicy dosunięto spągnice maksymalnie możliwie w przód, do płyty podnapędowej przenośnika zgrzeblowego, tak by nie przekroczyć wymaganego maksymalnego odkrycia stropu oraz uzyskać możliwie najkrótszą stropnicę dla uzyskania minimalnej wymaganej podporności sekcji - zachodzi uzasadnione podejrzenie, że po takiej korekcie konstrukcji spągnicy dochodzi do kolizji przodu spągnicy z płytą podnapędową przenośnika i tym samym może zajść konieczność odsunięcia całej sekcji od linii ociosu w kierunku zawału (w tył). Tym samym nie jest spełnione wymaganie Zamawiającego określone w punkcie III.27 „Charakterystyki technicznej istotnych elementów przedmiotu zamówienia”, określającym maksymalne odkrycie stropu dla wszystkich sekcji przy zachowanej tzw. ścieżce kombajnowej wynoszącej 0,3m - jako wartości 400mm, gdyż to „odkrycie stropu” w wyniku cofnięcia pozycji wyjściowej sekcji zostanie powiększone ponad tę wartość.

Odnosnie oferty Tagor, Odwołujący stwierdził, że w swojej pierwotnej treści bezsprzecznie nie potwierdzała ona spełnienia wymaganego przez Zamawiającego nacisku na spąg. Odniesić zatem należy się wyłącznie do przedłożonych nowych rysunków wraz z nowymi wymiarami zmieniającymi w sposób istotny pierwotną treść oferty Tagor

i zauważyć równocześnie, iż również nowe rysunki i przedstawione na nich wymiary dowodzą niespełnienia wymogu maksymalnego nacisku na spąg o wartości 2,2 [MPa].

Fabryka Maszyn i Urządzeń TAGOR S.A. oferująca obudowę zmechanizowaną typu TAGOR-10/24-POz i TAGOR-IO/24-POz/S, złożyła wyjaśnienia - pismo z 29.03.2011, znak MS/434/2011. Wykonawca w załączonych do wyjaśnień rysunkach ilustrujących dane wejściowe do obliczeń maksymalnego nacisku na spąg dla sekcji liniowej i skrajnej pominął niewygodny dla siebie rzut pionowy (widok z góry) spągnicy a zamieszczony w ofercie, na dwóch osobnych rysunkach - str. 56 - Zespół spągnic TAGOR- 10/24-POz (sekcji liniowej) i str. 63 - Zespół spągnic TAGOR-10/24-POz/S (sekcji skrajnej), który to rzut na każdym z rysunków ilustruje wyraźne różnice między oboma typami spągnic i nie zgadza się z podanymi do obliczeń wymiarami. Dodatkowo, widoczne są na nim duże skosy wynikające z trapezowego kształtu konstrukcji płóz zespołu spągnic w przedniej ich części, negujące przedstawiony przez wykonawcę TAGOR S.A. sposób liczenia powierzchni styku spągnic ze spągiem, jako sumę pól dwóch prostokątów. Prawidłowy tok wyznaczenia tego pola powinien przebiegać wg sposobu liczenia pola powierzchni trapezu, czyli uwzględniać odjęcie od podanych przez wykonawcę pól prostokątów (długość styku płozy x szerokość płozy w jej części prostokątnej) pól trójkątów skosów. W każdym innym przypadku, obliczenia decydującego dla przedmiotowego wskaźnika nacisków pola powierzchni styku spągnic z podłożem (spągiem) są zawyżonym i niedozwolonym z punktu widzenia ustalonej przez zamawiającego metodyki obliczeń uproszczeniem. Jest to także niezgodne ze stanem rzeczywistym, w rzeczywistości bowiem pole powierzchni styku jednej płozy zgodnie z rysunkami z oferty to pole prostokąta pomniejszone o pole trójkąta skosu.

Potwierdzeniem istnienia w oferowanych spągnicach wyraźnych skosów, o których mowa wyżej, są także linie ciągłe przedstawione na rysunku, na rzucie/widoku z przodu zespołu spągnic, powtórzonym za ofertą i umieszczonym również w wyjaśnieniach. Na podstawie umieszczonych na rysunkach wymiarów można szacować, że każdy ze skosów ma postać trójkąta o wymiarach boków przyprostokątnych w zakresie od 60mm x 820 mm do 55mm x 800mm. Przyjmując z ostrożności mniejsze z powyższych wymiarów można wyliczyć, że na pole powierzchni nie uwzględnionych skosów składają się pola dwóch trójkątów prostokątnych o wymiarach boków przyprostokątnych 55mm i 800mm. Tak więc pominięte przez wykonawcę pole powierzchni wynosi: $2 \times V_i \times 0,055m \times 0,8m = 0,055m \times 0,8m = 0,044m^2$. Wynika z tego, że wyliczoną w przedstawionych przez wykonawcę TAGOR S.A. wyjaśnieniach powierzchnię styku spągnicy ze spągiem (liczoną jako sumę dwóch prostokątów), wynoszącą wg tegoż wykonawcy - 2,946m² należy pomniejszyć o wielkość pola występującego w wyniku istnienia skosów, tj. $0,044m^2$: $2,946m^2 - 0,044m^2 = 2,902m^2$. A zatem, prawidłowo wyliczony maksymalny nacisk jednostkowy sekcji na spąg w przypadku sekcji skrajnej - obudowa TAGOR- 10/24-POz/S - wynosi: $6,479 \text{ MN} : 2,902m^2 =$

2,2326 MPa - wyliczona wartość jest większa od maksymalnie dopuszczalnej wg Zamawiającego wartości 2,2 MPa, a więc jest niezgodna w wymaganiami Zamawiającego.

Wykonawca TAGOR S.A. w przesłanych do oferty wyjaśnieniach, zamieścił zupełnie nowy Projekt Dokumentacji Techniczno - Ruchowej, w którym oprócz zmian konstrukcji oferowanej obudowy (polegającej na usunięciu z przedstawionej w ofercie stropnicy, jako jednego z podstawowych podzespołów obudowy, przynależnej do niej osłony czoła ściany), dokonał zupełnej zmiany (podmiany) obu rysunków: Zespołu spągnic TAGOR-IO/24-POz (sekcja liniowa) oraz Zespołu spągnic TAGOR-10/24-POz/S (sekcja liniowa). Należy dodać, że wymiany tej dokonał niejako z własnej inicjatywy, nie było to bowiem przedmiotem zapytania zamawiającego. Obydwa przedstawione na nowych rysunkach zespoły spągnic, w przeciwieństwie do tych przedstawionych w ofercie, posiadają następujące cechy:

- geometrycznie są one identyczne (skrajna i liniowa),
- mają zdecydowanie większe, zarazem jednakowe (dla sekcji skrajnej i liniowej) powierzchnie styku ze spągiem; na nowych rysunkach, w części tylnej spągnic została dostawiona (dorysowana) płyta, w sposób wyraźny i wydatny zwiększająca powierzchnię styku spągnicy z podłożem, co w efekcie pozwala na uzyskanie w obliczeniach pożądaných, tj. mniejszych, dopuszczalnych nacisków jednostkowych na spąg,
- posiadają mniej nachylone niż w rysunkach pierwotnych ale nadal wyraźnie zaznaczone, duże skosy przodów płóz, biegnące od przodu aż do portalu spinającego płozy (jak już wywiedziono wyżej, skosy te, w sposób niezgodny z zasadami wyliczania wskaźnika maksymalnych dopuszczalnych nacisków na spąg, nie zostały uwzględnione w obliczeniach powierzchni przedstawionych przez tegoż wykonawcę w wyjaśnieniu).

Ponadto oferta Tagor powinna w ocenie Odwołującego być odrzucona jako niezgodna z SIWZ, bowiem zaoferowano w niej w pkt. V. 13 charakterystyki technicznej niewymagalne przez Zamawiającego osłony ociosu, a późniejsza zmiana w tym zakresie stanowi niedozwoloną zmianę oferty.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałyby dokonana powtórna ocena ofert, a oferty Przystępujących zostałyby odrzucone—wówczas Odwołujący miałby realną szansę na uzyskanie zamówienia, jako że jego cena była na trzecim miejscu w rankingu ofert.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje:

1. Załącznik nr 1 do SIWZ opisywał specyfikację techniczną oczekiwanych urządzeń – m. in. warunki górniczo-geologiczne, warunki współpracy z innymi urządzeniami, parametry techniczne, warunki odbioru i dostawy.
2. Zamawiający w SIWZ, w załączniku nr 1, w punkcie zatytułowanym „Dokumenty składane wraz z ofertą”, żądał załączenia do oferty projektu dokumentacji techniczno-ruchowej, zawierający opis konstrukcji i zasady działania poszczególnych podzespołów, z wymiarami gabarytowymi w trzech rzutach (pkt VI.1). Niezależnie od powyższego, wraz z dostawą urządzeń w toku wykonywania umowy miała być przekazana pełna dokumentacja techniczno-ruchowa (pkt VII.1 załącznika nr 1 do SIWZ).
3. Załącznik nr 3 do SIWZ stanowił wzór do wypełnienia i złożenia przez wykonawców, zatytułowany był „Charakterystyka techniczna istotnych elementów przedmiotu zamówienia”, i zawierał przeniesienie elementów specyfikacji technicznej z załącznika nr 1 do SIWZ.
4. Zamawiający w toku odpowiedzi na pytania do SIWZ, wykreślił punkt V.13 załącznika nr 3 (zrezygnował z wymogu wyposażenia urządzenia w osłonę ociosu). Przystępujący Tagor złożył ofertę na formularzu sprzed zmiany, bez wykreślenia punktu 13 oraz załączył rysunki przedstawiające te elementy. W odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień, Tagor złożył nowy formularz, z wykreślonym punktem V.13.
5. Zamawiający w toku badania ofert miał wątpliwości co do m.in. spełnienia wymogu maksymalnego nacisku na spąg, i zwrócił się do wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty (w tym obu Przystępujących i Odwołującego), z wezwaniem do złożenia wyjaśnień w tym zakresie. Odwołujący zawniioskował o przedłużenie wyznaczonego terminu do wyjaśnień, bowiem pierwotnie wyznaczony termin nie pozwalał na przeprowadzenie szczegółowej analizy i wykonanie żądanej dokumentacji technicznej, i Zamawiający przedłużył termin wszystkim wykonawcom.
6. Wszyscy wykonawcy złożyli wyjaśnienia w terminie, i Zamawiający uznał, że wszystkie oferty są zgodne z treścią SIWZ. Przystępujący Matix-Glinik wyjaśnił, iż do oferty załączył rysunek zawierający wadliwy opis – na stronie 68 oferty na rysunku odnotowano dopisek „i skrajnej” (zatem można było wnosić, że rysunek przedstawia obie spągnice - liniową i skrajną), natomiast miał być to rysunek tylko spągnicy liniowej. Do wyjaśnień załączono więc rysunek, uprzednio pominięty, spągnicy sekcji skrajnej. Z kolei Przystępujący Tagor do wyjaśnień załączył nowe rysunki, w tym nowy rysunek rzutu

piwowego urządzenia, na którym to rzucie uprzednio załączonym do oferty nie uwzględniono pełnego rzutu dolnego elementu widocznego na rzucie bocznym.

Odwołujący twierdził, że oferty obu Przystępujących powinny zostać odrzucone, ponieważ są niezgodne z SIWZ w zakresie maksymalnego nacisku na spąg, na dowód czego na rozprawie przedłożył trzy opinie: Ośrodka Badań Atestacji i Certyfikacji OBAC sp. z o.o., Instytutu Techniki Górniczej KOMAG oraz Technicznego Laboratorium OPAWA. Konkluzje opinii sprowadzały się do tego, że wobec braku rysunków konstrukcyjnych urządzeń Przystępujących, nie można wyliczyć maksymalnego nacisku na spąg.

Ponadto według Odwołującego oferta Tagor powinna być odrzucona jako niezgodna z SIWZ, bowiem zaoferowano w niej w pkt. V. 13 charakterystyki technicznej niewymagalne przez Zamawiającego osłony ociosu, a późniejsza zmiana w tym zakresie stanowi niedozwoloną zmianę oferty.

Na podstawie tak ustalonego stanu faktycznego, biorąc pod uwagę również opinie złożone przez Odwołującego do akt, Izba uznała, że oferty obu Przystępujących nie podlegają odrzuceniu, a to z następujących powodów.

Po pierwsze, w ocenie Izby, przytoczenie w całości punktu V.13 zgodnie z załącznikiem nr 3 do SIWZ w brzmieniu sprzed zmiany (i załączenie w ślad za tym do oferty rysunków osłony ociosu) w ofercie Tagor, stanowiło omyłkę, możliwą do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 lub 3 Prawa zamówień publicznych. Powyższe jest możliwe w sytuacji, jeżeli przyjmie się, że treść załącznika nr 3 stanowi treść oferty. Jeżeli natomiast przyjąć, że treść załącznika nr 3 ma wyłącznie charakter informacyjny, dokonywanie jakiegokolwiek poprawy nie jest konieczne. W niniejszym postępowaniu wydaje się, że raczej treść załącznika nr 3 stanowi treść oferty, bowiem tamże opisano parametry oferowanych urządzeń. Nie oznacza to jednak, że żadna zmiana (poprawa) w tym zakresie nie jest możliwa – o zakresie tej zmiany decyduje przepis art. 87 ust. 2 Prawa zamówień publicznych. Zauważyć należy, że omyłkowe pozostawienie pkt V.13 skutkowałoby zaoferowaniem dodatkowego elementu, z którego Zamawiający zrezygnował, element ten (osłona ociosu) może, ale nie musi być zakładany na urządzenie, a więc zaoferowano kompletny przedmiot zamówienia oraz element dodatkowy – w rezultacie wykreślenie tego elementu (przez wykreślenie pkt V.13) nie stanowi istotnej zmiany w treści oferty, jeżeli punktem odniesienia jest opis przedmiotu zamówienia zawarty w SIWZ.

Po drugie, w ofertach obu Przystępujących i wyjaśnieniach do ofert brak wystarczających danych, aby obliczyć maksymalny nacisk na spąg – dlatego nie można stwierdzić podstawy do odrzucenia ofert w zakresie tego wymogu SIWZ. Brak właściwych danych potwierdzają wszystkie trzy opinie złożone przez Odwołującego na rozprawie: nacisk

na spąg może być obliczony dopiero na podstawie rysunków konstrukcyjnych, których do ofert nie załączono (nie były wymagane). Nie było sporne, że etap właściwego projektowania i wykonania urządzenia prototypowego podlegającego badaniu i certyfikacji będzie wykonywany dopiero na etapie realizacji umowy. Trudno zatem wymagać od wykonawców, aby do oferty załączyli pełną dokumentację techniczną – i Zamawiający tego nie wymagał, a jedynie żądał „projektu dokumentacji”, zawierającego elementy, wymienione w pkt V.1 załącznika nr 1 do SIWZ. O fakcie, że obliczenia nacisku na spąg są skomplikowane i wymagają wiedzy szczegółowej, która nie była ujęta w ofertach, świadczy również wniosek Odwołującego o przesunięcie terminu do złożenia wyjaśnień odnośnie nacisku na spąg, umotywowany koniecznością przeprowadzenia szczegółowej analizy i wykonanie żądanej dokumentacji technicznej. Skoro wykonanie takich obliczeń na podstawie własnej dokumentacji było dla Odwołującego skomplikowane i czasochłonne, wiązało się – jak zaznaczono we wniosku, z wykonaniem dokumentacji technicznej (a więc zapewne rysunków konstrukcyjnych), ponadto na podstawie rysunków Przystępujących żaden z trzech opiniujących, przywołanych przez Odwołującego, nie podjął się wyliczenia nacisku na spąg – trudno w takiej sytuacji potraktować obliczenia Odwołującego, zawarte w odwołaniu, za miarodajne.

Przykładowo, w obliczeniach pojawia się wynik, mogący wskazywać na przekroczenie dozwolonego maksymalnego nacisku na spąg – wartość 2,2326 MPa, na stronie 9 odwołania, wyliczona dla oferty Tagor (wynik 2,757 MPa ze strony 5 odwołania dotyczy wyliczeń na podstawie danych w treści oferty Matix-Glinik sprzed wyjaśnień). Obliczenia takiej wartości (wyliczonej przez Odwołującego z dokładnością do czwartego miejsca po przecinku) nie podjął się żaden z opiniodawców przywołanych przez Odwołującego, stwierdzając brak koniecznych do tego danych. Należy się zgodzić z Zamawiającym, że na rysunkach są elementy niewymiarowane (nie było konieczne podawanie wszelkich wymiarów, a jedynie gabarytów urządzeń), a mogą one decydować o nacisku na spąg, tym bardziej, że stanowisko to jest zbieżne z konkluzjami wynikającymi z opinii przywołanych przez Odwołującego.

Przystępujący Glinik-Matix przedstawił obliczenia Wydziału Górnictwa i Geologii, Instytut Mechanizacji Górnictwa Politechniki Śląskiej dla oferowanego przez siebie urządzenia i według tychże obliczeń maksymalny nacisk jednostkowy na spąg wynosi 2,197 MPa dla sekcji skrajnej i 2,19 MPa dla sekcji liniowej. Powyższe obliczenia nie podważają opinii przywołanych przez Odwołującego, w których stwierdza się brak wystarczających danych do wyliczeń. (Ostatecznie Odwołujący nie kwestionował, że Przystępujący Matix-Glinik spełnił wymóg odnośnie nacisku na spąg składając wyjaśnienia, lecz wskazywał, że nastąpiło to w wyniku niedozwolonej zmiany treści oferty, co Izba rozpatrywała jako osobny zarzut).

Reasumując, Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia ofert obu Przystępujących ze względu na niedochowanie wymogu maksymalnego nacisku na spąg.

Ponadto Odwołujący podnosił, że udzielając wyjaśnień, obaj Przystępujący dokonali niedozwolonych zmian w treści oferty – Matix-Glinik załączył nowy rysunek sekcji skrajnej, z kolei Tagor – rysunki zawierające elementy niewidoczne na rysunkach załączonych do oferty.

Badając powyższy zarzut, Izba ustaliła w pierwszej kolejności, że z uwagi zarówno na postanowienia SIWZ, jak i z uwagi na charakter przedmiotu zamówienia, projekt dokumentacji technicznej nie może być uznany za treść oferty, ale – o ile nie ma charakteru wyłącznie informacyjnego – może być uznany za dokumenty, potwierdzające, że oferowane dostawy spełniają wymogi Zamawiającego, tj. za dokument uzupełniany na podstawie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych. Ponieważ przedmiot zamówienia jest na tyle skomplikowany, że jego dokumentacja techniczna będzie w sposób kompletny sporządzana dopiero po udzieleniu zamówienia, nie można było oczekiwać, że wykonawcy do oferty załączą pełny i kompletny projekt (w rozumieniu dokumentacji projektowej). To w ocenie Izby przesądza, że projekt dokumentacji technicznej, żądany przez Zamawiającego jako załącznik do oferty) nie może być uznany za treść oferty. Zamawiający nabywa urządzenia o skomplikowanym charakterze, nieistniejące w chwili składania oferty, a jego projektowanie wchodzi w zakres realizacji umowy. Biorąc pod uwagę taki charakter przedmiotu zamówienia, pogląd o cechach poglądowych i informacyjnych dokumentów składanych wraz z ofertą u Zamawiającego wyraziła Krajowa Izba Odwoławcza już wcześniej, w orzeczeniu KIO 799/11, w podobnym stanie faktycznym.

Niezależnie od powyższego, nawet gdyby uznać, że załączone do oferty rysunki, stanowiące część projektu dokumentacji stanowią treść oferty, to nie można się dopatrzeć w złożonych wyjaśnieniach zmian niedozwolonych na podstawie art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Rysunek załączony do wyjaśnień przez Matix-Glinik zawiera nieujętej wcześniej na rysunkach sekcję skrajną. Okoliczność, że różni się ona wymiarami od sekcji liniowej nie powinna budzić wątpliwości, ponieważ konstrukcyjnie jest normą (nie było to sporne), że sekcje skrajne i liniowe różnią się długością (nie są jednakowe). Z kolei rysunek załączony przez Tagor jest nowym rysunkiem rzutu pionowego urządzenia, na którym to rzucie uprzednio załączonym do oferty nie uwzględniono pełnego rzutu dolnego elementu widocznego na rzucie bocznym, stąd różnice w przedstawieniu „dłuższej blachy dolnej”, dostrzeżone przez Odwołującego. Powyższe różnice zostały również potwierdzone przez opiniującego KOMAG (odpowiedź na pytanie 5 i 6), jednak nie przesądzają one o dokonaniu niedozwolonych zmian w treści oferty. W ocenie składu orzekającego, stanowią one uszczegółowienie złożonego wcześniej projektu dokumentacji projektowej.

Wobec powyższego, w ofertach obu Przystępujących nie stwierdzono podstaw do ich odrzucenia w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, nie stwierdzono również naruszenia art. 7 ust 1 i art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, dlatego orzeczono jak w sentencji.

Nie uwzględniono wniosku Przystępującego Tagor o zasądzenie na jego rzecz kosztów wynagrodzenia reprezentującego go pełnomocnika, bowiem koszt ten przysługuje zgłaszającemu przystąpienie jedynie w sytuacji, kiedy Zamawiający uwzględni odwołanie, a zgłaszający przystąpienie od takiego uwzględnienia wniesie sprzeciw. W niniejszym postępowaniu odwoławczym taka sytuacja nie miała miejsca.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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).

Przewodniczący:

.....