

Sygn. akt: KIO 1458/15

## WYROK

z dnia 22 lipca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Grzegorz Matejczuk

**Protokolant:** Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 lipca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 lipca 2015 r. przez **Odwołującego – CARBOMET Sp. z o.o., Bogdanka, ul. Górnicza 45, 21-013 Puchaczów**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Kompania Węglowa S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice**,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Centrala Zaopatrzenia Hutnictwa S.A., ul. Lompy 14, 40-955 Katowice, 2) Przedsiębiorstwo Wielobranżowe DREMEX Sp. z o.o., Rudna Mała 49a, 36-060 Głogów Małopolski, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **Zamawiającego**,

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie;**

2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego**, i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania.

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

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Kompania Węglowa S.A. z siedzibą w Katowicach – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 ze zm.) – dalej: Pzp lub Ustawa; postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę okładzin siatkowych zgrzewanych zaczepowych, łańcuchowych, łańcuchowo-węzłowych i zestawów naprawczych opinki wyrobisk korytarzowych do oddziałów Kompanii Węglowej S.A. w latach 2015-2016”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 maja 2015 r., pod nr: 2015/S 085-153731.

Pismem z dnia 30 czerwca 2015 r., Zamawiający poinformował o dopuszczeniu do udziału w aukcji elektronicznej wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu. Przedmiotowym pismem Zamawiający poinformował równocześnie wykonawcę CARBOMET Sp. z o.o. z siedzibą w Bogdance (dalej także: Carbomet; Odwołujący) o odrzuceniu złożonej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W dniu 10 lipca 2015 r., Carbomet Sp. z o.o. z siedzibą w Bogdance wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności odrzucenia oferty Odwołującego, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez niezgodne z prawem dokonanie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, gdyż Zamawiający błędnie przyjął, że w stosunku do Odwołującego zachodzi przesłanka odrzucenia oferty o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tj. że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przy jednoczesnej ocenie ofert złożonych przez wykonawców w zakresie innych części postępowania, gdzie przy wystąpieniu w oferowanych siatkach kątów zagięcia opisanych jako te, które „powinny” występować oraz innych kątów zagięcia, oceniane oferty zostały uznane za spełniające opisane wymagania i niepodlegające odrzuceniu.
- 2) art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców uczestniczących w postępowaniu i prowadzenie postępowania w sposób prowadzący do:

- a) ograniczenia kręgu wykonawców dopuszczonych do udziału w aukcji elektronicznej,
- b) różnej, opisaney wyżej w pkt. 1, oceny zgodności złożonych ofert z punktu widzenia spełniania opisanych przez Zamawiającego w SIWZ wymogów co do sposobu zagięcia zaczepów, w ramach poszczególnych części - zadań, przy jednoczesnym opisaniu wymagania dla poszczególnych zadań w jednolity sposób.

Na podstawie powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny oferty Odwołującego;
- 3) zaproszenia Odwołującego do udziału w aukcji elektronicznej, zaś w przypadku jej przeprowadzenia do czasu rozpoznania niniejszego odwołania nakazanie jej unieważnienia;
- 4) zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wskazał, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp i niezgodnego z prawem odrzucenia oferty Odwołującego nie został on zaproszony do udziału w aukcji elektronicznej, przez co Odwołującemu uniemożliwiono uzyskanie zamówienia. W konsekwencji, istnieje możliwość poniesienia szkody przez Odwołującego, a co za tym idzie Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

W uzasadnieniu odwołania – w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – podniesiono, że Odwołujący złożył ofertę na wykonanie zadań nr 1-8, której treść odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego w uzasadnieniu faktycznym wskazał jedynie cyt.:

*„Siatki zaczepowe oferowane przez Wykonawcę w zadaniach 1-8 nie spełniają wymagania określonego w SIWZ w Załączniku nr 1 do SIWZ ust B, pkt. 2.1, WYMAGANIA WSPÓLNE DLA ZADAŃ NR 1-8 ppkt 10) o treści „Haki zaczepowe powinny posiadać długość minimum 50 mm. i być zagięte pod kątem  $85^{\circ} \pm 2^{\circ}$ ”.*

*Wykonawca w zadaniach nr 1-B zaoferował siatki zaczepowe, które oprócz haków zaczepowych zagiętych pod kątem  $85^{\circ} \pm 2^{\circ}$  posiadają również haki zaczepowe zagięte pod innym kątem a mianowicie  $105 \pm 2^{\circ}$ ”.*

Odwołujący wskazał następnie, że przedmiotem zamówienia w zakresie ww. zadań jest dostawa okładzin siatkowych zgrzewanych zaczepowych. W złożonej ofercie, na formularzu stanowiącym załącznik nr 2A do SIWZ Część I, ust. A Parametry techniczno-

użytkowe oferowanego przedmiotu zamówienia w zadaniu nr 1-8, pkt 14, strona 31 oferty CARBOMET złożył wymagane oświadczenie, potwierdzające, że oferowana siatka zaczepowa posiada haki zaczepowe, które posiadają długość minimum 50 mm i są zagięte pod kątem  $85^{\circ} \pm 2^{\circ}$ . Oświadczenie to znajduje potwierdzenie w załączonych do oferty wymaganych dokumentach szczegółowo wymienionych we wskazanym formularzu.

Odwołujący, ponadto wyjaśnił w odpowiedzi na pismo Zamawiającego nr PL/PLP/7027/AZ/2015 z dnia 15.06.2015r., że oferowana siatka oprócz haków zaczepowych zagiętych pod kątem  $85^{\circ} \pm 2^{\circ}$  posiada również inne zaczepy zagięte pod innym kątem, a mianowicie -  $105^{\circ} \pm 2^{\circ}$ . Jednak, w świetle opisanych przez Zamawiającego wymagań, nie powoduje to niezgodności treści złożonej oferty z treścią SIWZ w niniejszym postępowaniu. Istotnym jest, że Zamawiający w SIWZ opisał wymagania w tym zakresie używając słowa „powinny”, tj. wskazał, że w oferowanym produkcie haki zaczepowe powinny być zagięte pod określonym kątem. Nie występuje tutaj bezwzględny nakaz - jak przy sformułowaniu - „musi”. Faktem jest, że oferowana przez Odwołującego siatka posiada takie haki zaczepowe, a zatem spełnia wymagania Zamawiającego.

Zamawiający w opisie użył sformułowania „haki zaczepowe „powinny”, gdzie jednocześnie w innych miejscach opisu przedmiotu zamówienia określając wymagania używa słowa „musi”.

Ponadto samo określenie „haki” może być różnie rozumiane, z powodu braku legalnej definicji tego pojęcia.

Z definicji zawartej w Polskiej Normie PN-G-15050:1996, pkt. 1.2.1 wynika, że siatki okładzinowe zaczepowe to „siatki których zaczepy współpracują z kształtownikami odrzwi obudowy”. Jak wynika z rysunku - str. 3 ww. normy - który precyzyjnie określa, że zaczepy współpracują z zewnętrzną częścią obudowy (z zewnętrznym kształtownikiem) i mają kąt zagięcia  $85^{\circ} \pm 2^{\circ}$ . Odwołujący załączył do odwołania rysunek siatki zaczepowej wg PN-G-15050.

Argumentowano następnie, że oferowana przez Odwołującego górnicza siatka zaczepowa wykonana według rysunku CM/ZC/01/14 posiada zaczepy spełniające wymagania opisane przez Zamawiającego.

Wyżej wskazana siatka jest produktem innowacyjnym, zgłoszonym w Urzędzie Patentowym. Powyższa konstrukcja została zbadana i uzyskała certyfikat potwierdzający zgodność jej wykonania z PN-G-15050:1996. (dołączony do oferty) Siatka ta posiada krótsze pręty wzdłużne (posiadające inne zaczepy) zagięte pod kątem  $105^{\circ} \pm 2^{\circ}$ , co jest zgodne z ww. normą. Współpracują one bezpośrednio z wewnętrzną częścią kształtownika obudowy chodnikowej, a ich kąt zagięcia jest dostosowany do kształtu wewnętrznej części obudowy oraz zgodny z PN-G-15050:1996 Tablica 3 Odmiana 6.

W świetle powyższego i w rozumieniu Odwołującego opisane przez Zamawiającego „haki” to ta część siatki górniczej, która bezpośrednio współpracuje z zewnętrzną częścią kształtownika do obudowy chodnikowej. W złożonej ofercie dla zadań 1-8 kąt zagięcia „haków” jest zgodny z PN-G-15050:1996 Tablica 3 Odmiana 7 i wynosi  $85^{\circ} \pm 2^{\circ}$ . Kąt ten świadczy o tym, że haki zaczepowe przylegają do zewnętrznej części korytka obudowy, która również ma kąt  $85^{\circ}$ .

Zamawiający nie określał w SIWZ wymogów co do prętów zagiętych do wewnątrz kształtownika.

Odwołujący wskazał także, że dorobkiem doktryny oraz orzecznictwa KIO, jest pogląd, że norma art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odnosi się do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytorycznych wymagań Zamawiającego, w szczególności co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Zatem, o niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji można mówić w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia w ten sposób, że nie zapewnia realizacji zamówienia w całości. Interpretacja art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nakazuje odniesienie normy tegoż przepisu do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytorycznych wymagań Zamawiającego.

Odwołujący podniósł, że po pierwsze, zwrócić trzeba uwagę, iż art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia jednak, dla uznania oferty za niezgodną z SIWZ i odrzucenia jej na podstawie tego przepisu konieczne jest wykazanie ponad wszelką wątpliwość, że oferowany przedmiot nie odpowiada treści SIWZ. Nie sposób tracić z pola widzenia kwestii, czym jest oferta składana w postępowaniu o zamówienie publiczne. Oferta stanowi oświadczenie woli spełnienia określonego świadczenia. Natomiast treść SIWZ to, przede wszystkim, opis potrzeb i wymagań zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia przez zawarcie i zrealizowanie z należytą starannością umowy w sprawie zamówienia publicznego. Treść oferty to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Świadczenie wykonawcy ma odpowiadać opisanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia potrzebom zamawiającego, ich porównanie [opisu wymagań zamawiającego do zobowiązania wykonawcy] przesądza o tym, czy treść oferty odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Merytoryczny aspekt zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytoryczne wymagania zamawiającego, w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych

elementów istotnych dla wykonania zamówienia stanowią podstawę oceny zaistnienia przesłanki odrzucenia oferty wskazanej w art 89 ust 1 pkt 2 ustawy.

Skoro Zamawiający określił zapotrzebowanie na siatki w zależności od rozstawu obudowy, tj.: 500, 750, 800 i 1000mm, w związku z tym siatka, np.: na rozstaw 500mm ma długość 685mm i posiada haki, które zaczepiają się o zewnętrzną płaszczyznę korytka obudowy mając długość minimum 50mm i kąt zagięcia równy  $85^{\circ} \pm 2^{\circ}$ , i tym samym spełnia wymagania Zamawiającego.

Mając, zatem na względzie powyższe - w kontekście opisu przedmiotu zamówienia - w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego trudno przyjąć, jakoby treść oferty stanowiła przesłankę do jej odrzucenia, tym bardziej, że zaoferowany przedmiot spełnia wymagania normy podanej przez Zamawiającego oraz wszystkie szczegółowo opisane wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia, w tym posiada haki zaczepowe zagięte pod wskazanym przez Zamawiającego kątem.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, Odwołujący wskazał, że Zamawiający opisał wymagania cyt. „Haki zaczepowe powinny posiadać długość minimum 50mm i być zagięte pod kątem  $85^{\circ} \pm 2^{\circ}$ ”. W innych miejscach SIWZ Zamawiający opisując inne wymagania używa słowa „musi”. W tych okolicznościach należy uznać, że opisane wymagania mają dla zamawiającego różne znaczenie. W przypadku sformułowania „musi” należałoby uznać, że oferowany produkt bezwzględnie musi spełniać wymagany parametr lub posiadać wymaganą cechę.

Ponadto w niniejszym postępowaniu w zakresie zadań nr 9-11 Zamawiający opisał wymagania w Załączniku nr 1 do SIWZ ust B, pkt.2.2, WYMAGANIA WSPÓLNE DLA ZADAŃ NR 9-11 ppkt 10) o treści „Haki zaczepowe powinny posiadać długość minimum 50mm i być zagięte pod kątem zawierającym się w przedziale  $70-80^{\circ} \pm 2^{\circ}$ ”.

Z treści ofert na realizację ww. zadań złożonych przez Wykonawców: 1) DUMAT Sp. z o.o. ul. Katowicka 72, 41-400 Mysłowice, 2) KONSORCJUM FIRM: LIDER KONSORCJUM Centrala Zaopatrzenia Hutnictwa S.A., ul. Lompy 14, 40-955 Katowice i CZŁONEK KONSORCJUM Przedsiębiorstwo Wielobranżowe DREMEX Sp. z o.o. Rudna Mała 49a, 36-060 Głogów Małopolski, jednoznacznie wynika, że oferowane przez ww. siatki łańcuchowe posiadają Haki zaczepowe o długości minimum 50mm i zagięte pod kątem  $75^{\circ} \pm 2^{\circ}$  oraz zagięte pod kątem  $60^{\circ}$  (zatem nie mieszczące się w opisanym przedziale  $70-80^{\circ} \pm 2^{\circ}$ , Odwołujący załączył do odwołania rysunki (2 szt.)). Zamawiający ocenił oferty ww. wykonawców, jako spełniające ww. opisane wymagania i dopuścił do udziału w aukcji elektronicznej.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Wyrazem zachowania zasady

uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców jest m.in. precyzyjne i niebudzące wątpliwości sporządzenie specyfikacji. Stosownie do wyroku Zespołu Arbitrów z 28 maja 2007 r. w sprawie o sygnaturze UZP/ZO/0-598/07 postanowienia specyfikacji muszą być na tyle jednoznaczne, aby nie dopuszczały rozbieżności interpretacyjnych, a wszelkie wątpliwości nie mogą być tłumaczone na niekorzyść wykonawców. Nie można zapominać, iż specyfikacja ma chronić interes prawny wykonawcy, że jego oferta, jeżeli będzie najkorzystniejsza, zostanie wybrana w przetargu. Dlatego postanowienia specyfikacji muszą być jednoznacznie interpretowane w trakcie oceny ofert, a wątpliwości powstałe na tym tle powinny być, z zachowaniem przepisów prawa, rozstrzygane na korzyść wykonawcy. Tym samym, zamawiający nie może dowolnie oceniać ofert wykonawców i w związku z tym nie może odrzucać ofert wykonawców, którzy spełniają ogólnie postawione wymagania co do przedmiotu zamówienia oraz różnie rozstrzygać w kwestii zgodności treści ofert z treścią SIWZ w sytuacji analogicznego opisu wymagań. Pamiętać przy tym należy, iż postępowanie prowadzone w ramach zamówień publicznych powinno zmierzać do wyboru najkorzystniejszej oferty a nie służyć do odrzucenia ofert z błahych, nieistotnych powodów. W niniejszym przypadku należy również wskazać, że w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Odwołujący złożył wyjaśnienia dotyczące oświadczeń i dokumentów załączonych do złożonej oferty, w których wskazał argumenty potwierdzające, że zaoferowany produkt jest zgodny z opisanymi w SIWZ wymaganiami Zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w uzasadnieniu faktycznym podjętej decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego nie odniósł się do wskazanych argumentów, wskazując jedynie na okoliczność, że zaoferowane siatki „oprócz haków zaczepowych zagiętych pod kątem  $85^{\circ} \pm 2^{\circ}$  posiadają również haki zaczepowe zagięte pod innym kątem a mianowicie  $105^{\circ} \pm 2^{\circ}$ ”. Podane przez Zamawiającego faktyczne podstawy odrzucenia oferty Odwołującego nie dawały podstaw do uznania, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści siwz. Zastosowanie zatem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy było działaniem niezgodnym z ustawą i jednocześnie w świetle ww. okoliczności naruszającym zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ustanowioną w art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp.

W świetle powyższego uwzględniając konstrukcję postanowień SIWZ - w odniesieniu do stawianych zarzutów, Zamawiający bezzasadnie dokonał odrzucenia oferty Odwołującego, uniemożliwiając Odwołującemu możliwość złożenia najkorzystniejszej cenowej oferty w dalszej części postępowania tj. w trakcie aukcji elektronicznej, przez co naruszył art 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz art 7 ust 1 i 3 ustawy Pzp.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o jego oddalenie, wskazując m.in., że Odwołujący przyznał, że zaoferowane siatki w zadaniach nr 1-8 posiadają haki zaczepowe zagięte pod kątem  $105 \pm 2^{\circ}$  współpracujące z wewnętrzną częścią kształtownika i

ich kąt zagięcia dostosowany jest do kształtu wewnętrznej części kształtownika oraz, iż kąt ten jest zgodny z odmianą haka zaczepowego (Tablica 3 Normy PN-G-15050:1996). Zamawiający nie zgodził się z twierdzeniem Odwołującego, że taka konstrukcja siatki nie jest niezgodna z zapisami SIWZ, gdyż – jak argumentował Odwołujący – Zamawiający nie określił w SIWZ wymogów, co do prętów zagiętych do wewnątrz kształtownika. Zamawiający podkreślił, że opisał przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, zgodnie z dyspozycją art. 29 ust. 1 Pzp. Zamawiający opisał wymagania techniczne używając określeń „pozytywnych” – określił, jakie cechy winien posiadać przedmiot zamówienia. Wskazano, że Zamawiający nie używał określeń „negatywnych”, tzn. nie określał, jakich cech przedmiot zamówienia nie może posiadać. Podkreślono, że opis przedmiotu zamówienia poprzez określenie cech negatywnych jest niewykonalny i w praktyce nie stosowany.

Zamawiający argumentował następnie, że w SIWZ w załączniku nr 1 ust. B pkt 2.1 ppkt 10 określił wymaganie o treści: „10) Haki zaczepowe powinny..... być zagięte pod kątem  $85^{\circ} \pm 2^{\circ}$ ”, przez co jednoznacznie określił kąt zagięcia haków. Z powyższego wymagania jednoznacznie wynika, że oferowany produkt nie może posiadać zaczepów zagiętych pod innym kątem, tj. zaczepów zagiętych do wewnątrz kształtownika. Wszystkie zaczepy zgodnie z wymaganiami SIWZ winny być zaczepami zagiętymi na zewnątrz kształtownika, co jednoznacznie wynika z wymagania określonego w SIWZ w Załączniku nr 1 ust. B pkt 2.1. ppkt 10. Wskazano, że Zamawiający stawiając wymóg, iż haki zaczepowe „powinny.....być zagięte pod kątem  $85^{\circ} \pm 2^{\circ}$ ”, jednoznacznie określił, iż oferowane siatki zaczepowe winny być wykonane w odmianie 7 (Tablica 3 Normy PN-G-15050:1996). Wykonawca zaoferował natomiast siatki posiadające haki w odmianie 6 i 7, co jest niezgodne z wymaganiami SIWZ. W konsekwencji oferowany przedmiot zamówienia nie spełnia powyższych wymagań określonych w SIWZ.

Zamawiający podniósł, że fakt, iż oferowana siatka oprócz haków zaczepowych zagiętych pod kątem  $85^{\circ} \pm 2^{\circ}$  posiada również inne zaczepy zagięte pod innym kątem, a mianowicie  $105^{\circ} \pm 2^{\circ}$ , potwierdzają dokumenty załączone do oferty (dokumentacja techniczno-ruchowa nr CM/DTR/ZC/14, rysunek techniczny nr CM/ZC/01/14, dokument opis cechy stosowanej przez wykonawcę do oznaczenia wyrobu, sprawozdanie z badań nr 135/DLB-2/2014) oraz wzorzec oferowanego wyrobu złożony wraz z ofertą.

Zamawiający wskazał ponadto, że zgodnie z pkt B.1.4 SIWZ „Siatki okładzinowe zgrzewane muszą być wykonane wg normy PN-G-15050:1996 r...”. W punkcie 1.2.1 normy jest napisane: „siatki okładzinowe zaczepowe – siatki których zaczepy współpracują z kształtownikami odrzwi obudowy (rysunek 1) – rysunek wskazuje jednoznacznie, iż wszystkie haki winny być zaczepione o zewnętrzną część kształtownika obudowy V.

Argumentowano następnie, że rysunek nr 1 ww. normy przedstawia konstrukcję siatki wymaganej przez Zamawiającego, w której pręty są jednakowej długości, a wszystkie



zaczepy obejmują zewnętrzną część kształtownika. Taka konstrukcja zapewnia właściwą współpracę z kształtownikiem i jest gwarantem dobrego połączenia kształtownika z siatką oraz z kolejnym rzędem siatek. Wykonawca nie potwierdził badaniami, że jego konstrukcja połączenia będzie równoznaczna z konstrukcją z normy i będzie zapewniała wymaganą jakość połączenia. Zamawiający nie wymagał w zadaniu 1-8 badań wytrzymałościowych na połączenie siatek z kształtownikiem oraz pomiędzy kolejnymi rzędami siatek, ponieważ przyjął za właściwą konstrukcję opracowaną przez Normalizacyjną Komisję Problemową nr 151 ds. Obudowy Wyrobisk Chodnikowych i Podsadzania przedstawioną w ww. normie.

Zamawiający wskazał ponadto, że siatki oferowane przez wykonawcę nie współpracują z kształtownikiem V25 oraz kształtownikiem V29 (współpracują jedynie z kształtownikiem V32) – powyższe wynika z wymiarów haków zaczepowych współpracujących z wewnętrzną i zewnętrzną częścią kształtownika zaoferowanej siatki, co nie jest zgodne z potrzebami Zamawiającego, wymaganiami SIWZ oraz normy PN-G-15050:1996 r. Podkreślono, że Zamawiający będzie stosował siatki zaczepowe ujęte w zadaniach nr 1-8 do zabudowy w wyrobiskach korytarzowych wykonanych w większości w obudowie V25 i V29, a więc wymaga siatek uniwersalnych nadających się do zabudowy w wyrobiskach wykonanych w różnych rodzajach obudowy, a nie tylko w wyrobiskach wykonanych w obudowie V32. Wskazano, że Odwołujący przyznał, iż o niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji można mówić w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia w ten sposób, że nie zapewnia realizacji zamówienia w całości. Zamawiający wskazał, że z takim przypadkiem mamy do czynienia wskutek oferowania przez Odwołującego siatki o opisanej wyżej konstrukcji. Siatki oferowane przez Odwołującego nie można bowiem – wskutek wymiarów haków zaczepowych współpracujących z wewnętrzną i zewnętrzną częścią kształtownika wynikających z konstrukcji tych siatek – zabudować w wyrobiskach korytarzowych wykonanych z kształtownika V25 i V29. Oczywistym jest więc, że oferta Odwołującego nie może zaspokoić wszystkich „potrzeb i wymagań zamawiającego”. Ponad wszelką wątpliwość oferowany przedmiot nie odpowiada wymaganiom Zamawiającego określonym w SIWZ, a zatem nie odpowiada treści SIWZ. Wskazano końcowo, że porównanie wymagań Zamawiającego do zobowiązania Wykonawcy przesądza o tym, iż treść oferty nie odpowiada treści SIWZ. Ponadto, Zamawiający wskazał, że Odwołujący po wszczęciu postępowania nie występował o wyjaśnienie treści SIWZ i nie domagał się modyfikacji SIWZ w tym zakresie.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp Zamawiający podniósł, że dla poszczególnych grup zadań określił wymagania techniczne, które wynikają z potrzeb Zamawiającego oraz wymagań ww. normy. Wymagania te są jednakowe dla wszystkich, nie było żądania wyjaśnień, ani modyfikacji SIWZ ze strony wykonawców, w związku z czym zarzut jest bezpodstawny.

Na rozprawie strony podtrzymały swoje stanowiska.

Odwołujący argumentował m.in., że jego produkt spełnia wymagania Zamawiającego i jest zgodny z polską normą wskazaną przez Zamawiającego. Oferowane rozwiązanie jest nieco inne od występujących i powszechnych do tej pory, posiada pręty, które są nieco inaczej zakończone, natomiast w SIWZ nie zostało nigdzie wskazane, że oferowany produkt ma być zgodny z rysunkiem z normy, który jest wzorcem (przykładem). Odwołujący podkreślił, że w częściach nr 9-11 przy takim samym zapisie „powinny być” Zamawiający dopuścił rozwiązania zagięcia pod innym kątem. Podkreślono także, że w oparciu o ww. normę wydano certyfikat dla produktu Odwołującego i jeżeli zespół certyfikujący stwierdza zgodność z normą to nie bada tego, czy wszystkie pręty mają być równe, tak jak sugeruje to Zamawiający. Podobnie jest z kształtownikami – Odwołujący wskazał, że nie ma w definicji z normy zapisu, że siatki mają współpracować z wszystkimi kształtownikami. Podkreślono także, że to, iż w poprzednim roku wykonawca oferował inną siatkę to nie znaczy, że produkt oferowany obecnie jest niezgodny z treścią SIWZ. Wykonawca nie musiał oferować takiego samego produktu jak rok wcześniej, a dopiero w 2014 r. Odwołujący zakończył proces certyfikacji oferowanego obecnie produktu.

Zamawiający argumentował m.in., że jednoznacznie opisał przedmiot zamówienia w sposób, który nie budził wątpliwości. Wskazał jakiego rozwiązania i jakiej siatki oczekuje. Podkreślono, że zadania nr 1-8 są odrębnie opisane od zadań nr 9-11. Jest to inny rodzaj siatki. Podniesiono także, że w SIWZ wskazano, że pręty mają być zgodne z normą, która określa, że przy wymaganym kącie zagięcia haków pręty w siatkach zaczepowych są równe, pokazuje to rysunek zawarty w normie. Zamawiający wskazał również, że definicja siatki zaczepowej zawarta w ww. normie stanowi o współpracy zaczepów z kształtownikami odrzwi obudowy, a więc powinna ona współpracować z wszystkimi kształtownikami, a więc z kształtownikami V25, V29, V32. Zgodnie z normą ma pasować do wszystkich kształtowników, być uniwersalna. Podkreślono, że kąt, który Zamawiający wymagał, wymuszał to, że wszystkie pręty mają być równe. Wskazano także, że w poprzednim roku przy takich samych zapisach Odwołujący nie miał wątpliwości, że pręty mają być równe i posiadać taki sam kąt zagięcia. Podniesiono ponadto, że w zadaniach nr 9-11, Zamawiający wymaga siatek łańcuchowych jednozaczepowych i dlatego Zamawiający oceniał jedno zakończenie, zaś drugie zakończenie stanowi dla Zamawiającego element konstrukcyjny siatki. Zamawiający podkreślił także, że siatka stanowi element konstrukcji, wpływa na bezpieczeństwo, a Zamawiający kieruje się właśnie potrzebą zapewnienia bezpieczeństwa. Siatka bowiem stanowi element zabudowy wyrobiska górniczego, gdzie przemieszcza się kilka tysięcy osób i nie ma miejsca na brak pewności, czy siatka będzie współpracowała z kształtownikiem. Wskazano, że Zamawiający nie może teraz przeprowadzać eksperymentu na bezpieczeństwo ludzi i sprawdzać, czy siatka może mieć inną konstrukcję. Podkreślono

także, że Zamawiający nie wskazał jedynie, że siatka ma być zgodna z normą, gdyż Zamawiający wskazał elementy, jakie są z normy istotne.

Przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy: 1) DUMAT Sp. z o.o., ul. Katowicka 72, 41-400 Mysłowice; 2) wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Centrala Zaopatrzenia Hutnictwa S.A., ul. Lompy 14, 40-955 Katowice, Przedsiębiorstwo Wielobranżowe DREMEX Sp. z o.o., Rudna Mała 49a, 36-060 Głogów Małopolski.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Centrala Zaopatrzenia Hutnictwa S.A., ul. Lompy 14, 40-955 Katowice, Przedsiębiorstwo Wielobranżowe DREMEX Sp. z o.o., Rudna Mała 49a, 36-060 Głogów Małopolski, dopuszczając zgłaszającego przystąpienie do udziału w postępowaniu w charakterze uczestnika.

Izba stwierdziła jednocześnie, że przystąpienie wykonawcy DUMAT Sp. z o.o. z siedzibą w Mysłowicach nie zostało skutecznie zgłoszone. Zgodnie z § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. 2014.964) zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego przez wykonawcę, wnoszone drogą elektroniczną, opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu (podpisem kwalifikowanym) oraz dalsze pisma wnoszone tą drogą w sprawie, przekazuje się za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej Izby, udostępnionej na stronie internetowej Urzędu. Wykonawca nie przekazał zgłoszenia przystąpienia za pomocą elektronicznej skrzynki podawczej, tak jak wymaga tego ww. przepis. Wykonawca uchybił w konsekwencji obowiązkom, jakie prawodawca przewidział dla skuteczności wniesienia pisma drogą elektroniczną. Ponadto, zgodnie z art. 185 ust. 2 zd. drugie Pzp zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Odwołujący podniósł, że wykonawca zgłaszający przystąpienie nie wypełnił obowiązku przesłania mu kopii przystąpienia. Wykonawca zgłaszający przystąpienie nie udowodnił jednocześnie, że ww. obowiązek został przez niego dochowany. W toku posiedzenia Izbie nie przedstawiono żadnych dowodów na powyższą okoliczność. W konsekwencji powyższych okoliczności Izba uznała, że przystąpienie nie zostało skutecznie zgłoszone. Z uwagi na uchybienia wymogom formalnym, warunkującym skuteczność przystąpienia, wykonawca nie mógł zostać dopuszczony do udziału w postępowaniu. Uchybienie obowiązkowi z § 5 ww. rozporządzenia skutkowało w istocie tym, że przystąpienie – jako nie wniesione we właściwy sposób – w ogóle nie zostało skutecznie

wniesione. Izba uznała zgłoszoną w tych okolicznościach opozycję Odwołującego za przedwczesną, pozostawiając ją bez rozpoznania. Kwestie natury formalnej przesądziły bowiem o braku możliwości dopuszczenia wykonawcy do udziału. Nie zaktualizowała się możliwość badania przesłanki materialnoprawnej opozycji w postaci posiadania interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której zgłasza się przystąpienie (art. 185 ust. 4 Pzp).

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Przedmiotem zamówienia jest dostawa okładzin siatkowych zgrzewanych zaczepowych, łańcuchowych, łańcuchowo-węzłowych i zestawów naprawczych dla Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. w latach 2015-2016. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia oraz wymagania prawne i parametry techniczno-użytkowe Zamawiający określił w załączniku nr 1 do SIWZ.

W załączniku nr 1 do SIWZ – Opis przedmiotu zamówienia, wymagania prawne i wymagane parametry techniczno-użytkowe, wymagane dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego oraz dokumenty wymagane przed zawarciem umowy i przy dostawie – Zamawiający określił w tabeli (pkt 1 – Podział przedmiotu zamówienia na części zamówienia) nazwę materiału i ilości dla poszczególnych zadań objętych przedmiotem zamówienia. Dla zadań 1-8 Zamawiający w kolumnie tabeli pt. „uzupełnienie” wskazał jednocześnie określenie: „2xZaczepowa”, zaś dla zadań 9-11 (oraz dalszych, z wyjątkiem zadania 24,25): „1xZaczepowa”.

W ust. B pkt 1.4 załącznika nr 1 do SIWZ – Wymagania prawne oraz wymagane parametry techniczno-użytkowe – Zamawiający wskazał, że siatki okładzinowe muszą być wykonane wg normy PN-G-15050:1996 r., za wyjątkiem siatek ujętych w zadaniach nr 24, 25, 26, 27, 28, 29.

W ust. B pkt 2.1. załącznika nr 1 do SIWZ – Wymagania wspólne dla zadań nr 1-8 – Zamawiający wskazał w ppkt 10, że: „Haki zaczepowe powinny posiadać długość minimum 50 mm i być zagięte pod kątem  $85^{\circ} \pm 2^{\circ}$ ”.

Wykonawca CARBOMET złożył ofertę m.in. na zadania 1-8. Przy ofercie wykonawca złożył oświadczenie wg wzoru określonego w załączniku nr 2a do SIWZ, w którym potwierdził m.in., że siatka okładzinowa zaczepowa wykonana jest zgodnie z normą PN-G-15050:1996 r. oraz, że haki zaczepowe posiadają długość minimum 50 mm i są zagięte pod kątem  $85^{\circ} \pm 2^{\circ}$  (str. 29-34 oferty). Wykonawca złożył wraz z ofertą także oświadczenia wg wzoru z załącznika nr 4 do SIWZ (str. 35-42 oferty), w którym potwierdzono spełnienie

wymagań prawa polskiego i Unii Europejskiej w zakresie wprowadzenia na rynek i do użytku w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych w warunkach istniejących zagrożeń. Wykonawca załączył ponadto do oferty certyfikat KOMAG/14/B/0398 potwierdzający zgodność m.in. z normą PN-G-15050:1999 wraz z załącznikiem (str. 43-44 oferty), dokumentację techniczno-ruchową (str. 45-51 oferty), sprawozdanie (str. 52-59 oferty) oraz opis cechy stosowanej przez wykonawcę do oznaczenia wyrobu (str. 60 oferty). W dokumencie „Opis cechy stosowanej przez wykonawcę do oznaczenia wyrobu” wykonawca wskazał, że specjalna konstrukcja siatki polega na zastosowaniu dwóch różnych długości prętów wzdłużnych oraz dwóch różnych wartości kąta zagięcia haków siatki. Podobnie w dokumencie pt. Dokumentacja techniczno-ruchowa, w pkt 5.5 „Cechowanie”, wskazano na dwie różne wartości kąta zagięcia haków siatki. Różne kąty zagięcia haków potwierdzał także wzorec produktu złożony wraz z ofertą.

Pismem z dnia 15 czerwca 2015 r., Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, wezwał Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty oraz uzupełnienie dokumentów wskazując, że dokumenty złożone wraz z ofertą potwierdzają zastosowanie dwóch różnych długości prętów wzdłużnych oraz dwóch różnych wartości kąta zagięcia haków w celu zaczepienia siatki do obudowy chodnikowej.

Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, pismem z dnia 19 czerwca 2015 r., wskazał m.in., że Zamawiający w SIWZ użył określenia „haki”. W rozumieniu oferenta „haki” to ta część siatki górniczej, która bezpośrednio współpracuje z zewnętrzną częścią kształtownika do obudowy chodnikowej. Wykonawca wskazał, że pomiędzy dokumentami załączonymi do oferty, a złożonym oświadczeniem nie zachodzi sprzeczność. Z treści dokumentów wynika jednoznacznie, że w oferowanym produkcie haki zaczepowe posiadają kąt zagięcia  $85^{\circ} \pm 2^{\circ}$ . Wykonawca wyjaśnił jednocześnie, że wprawdzie z dokumentacji wynika, że oferowana siatka oprócz haków zaczepowych zagiętych pod kątem  $85^{\circ} \pm 2^{\circ}$  posiada również inne zaczepy zagięte pod innym kątem, a mianowicie  $105^{\circ} \pm 2^{\circ}$ , jednak informacja ta nie powoduje niezgodności oświadczenia złożonego w treści załącznika nr 2a do SIWZ w pkt 14 z załączoną dokumentacją. Istotnym jest, że Zamawiający nie opisał wymagania w tym zakresie, tj. nie wskazał jednoznacznie, że oferowany produkt nie może posiadać jednocześnie zaczepów zagiętych pod innym kątem.

Pismem z dnia 30 czerwca 2015 r., Zamawiający poinformował o dopuszczeniu do udziału w aukcji elektronicznej wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu. Przedmiotowym pismem Zamawiający poinformował równocześnie wykonawcę CARBOMET o odrzuceniu złożonej oferty w zakresie zadań nr 1-8, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. W uzasadnieniu faktycznym Zamawiający wskazał, że siatki zaczepowe oferowane przez wykonawcę w zadaniach nr 1-8 nie spełniają wymagania określonego w SIWZ w Załączniku nr 1 ust. B pkt 2.1 ppkt 10 o treści „*Haki zaczepowe powinny....być zagięte pod kątem  $85^{\circ}$* ”

$\pm 2^\circ$ . Zamawiający podał, że wykonawca w zadaniach nr 1-8 zaoferował siatki zaczepowe, które oprócz haków zaczepowych zagiętych pod kątem  $85^\circ \pm 2^\circ$  posiadają również haki zaczepowe zagięte pod innym kątem, a mianowicie  $105^\circ \pm 2^\circ$

Rozpoznając odwołanie Izba w pierwszej kolejności stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, a Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania wymaganą w art. 179 ust. 1 Pzp.

Rozpoznając odwołanie Izba kierowała się dyrektywami wynikającymi z art. 190 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, jak również z art. 192 ust. 7 Pzp w myśl, którego Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

**Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Stosownie zaś do art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców (ust. 1), a zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy (ust. 3).

W ocenie Izby Zamawiający nie dopuścił się naruszenia ww. przepisów powołanych w treści odwołania, a odrzucenie oferty, jako niezgodnej z treścią SIWZ było działaniem prawidłowym i znajdującym oparcie w przepisach prawa oraz w treści wymogów wynikających ze specyfikacji. Izba w pełni podzieliła argumentację Zamawiającego przedstawioną w odpowiedzi na odwołanie oraz w trakcie rozprawy, przyjmując ją w konsekwencji za własną.

Zamawiający w sposób jednoznaczny i zrozumiały opisał przedmiot zamówienia i wskazał dla zadań nr 1-8, że haki zaczepowe powinny być zagięte pod kątem  $85^\circ \pm 2^\circ$ . W ocenie Izby z powyższego w sposób oczywisty wynika, że Zamawiający nie dopuścił, by oferowany produkt mógł posiadać haki zagięte pod innym kątem, tak jak ma to miejsce w produkcie oferowanym przez Odwołującego. Izba krytycznie oceniła wywody Odwołującego dotyczące możliwych sposobów rozumienia pojęcia „powinny być” oraz twierdzenia, że przy tak użytym sformułowaniu nie występuje nakaz, jak przy sformułowaniu „musi”. Podniesiona w tym zakresie argumentacja, niezależnie od tego, że bardzo ogólna, stanowiła próbę

narzucenia korzystnej dla Odwołującego subiektywnej wykładni, pozostającej w sprzeczności z wnioskami i rozumieniem analizowanych zapisów specyfikacji, które w sposób oczywisty i naturalny nasuwają się przy odczytywaniu wymogu z załącznika 1 do SIWZ ust. B pkt 2.1 ppkt 10. Nie zasługiwało także na akceptację stanowisko Odwołującego, które w ocenie Izby oparte zostało na nieuzasadnionym założeniu, że to, co nie zakazane specyfikacją należy uznać niejako z góry za dopuszczone i nie powodujące sprzeczności oferty z treścią specyfikacji – konkretnie, że skoro Zamawiający nie zastrzegł dodatkowo obok wprowadzonego zapisu „haki zaczepowe powinny być zagięte pod kątem  $85^{\circ} \pm 2^{\circ}$ ”, że nie dopuszcza innych haków zagiętych pod innym kątem, w tym, że nie dopuszcza haków zagiętych do wewnątrz kształtownika, to tym samym oferta z tego rodzaju produktem (tego rodzaju rozwiązaniami) musi zostać uznana za zgodną z treścią specyfikacji. Treść opisu przedmiotu zamówienia jest jednoznaczna. Tylko haki zagięte pod określonym kątem zostały przez Zamawiającego dopuszczone – w istocie nakazane, jako haki wymagane w siatce. Zamawiający nie miał obowiązku konstruowania opisu przedmiotu zamówienia w ujęciu „negatywnym”, a więc wymieniać dodatkowo, jakich rozwiązań nie dopuszcza – tak, by opis ten mógł być w sposób wystarczający zrozumiały dla wykonawców. Odwołujący, mając produkt innowacyjny, o hakach zagiętych także pod innym kątem, w świetle brzmienia opisu przedmiotu zamówienia mógł skorzystać z prawa zwrócenia się do Zamawiającego o udzielenie wyjaśnień do treści specyfikacji, a nie dopiero na obecnym etapie postępowania forsować korzystną dla siebie wykładnię treści specyfikacji, która nie przystaje do przedmiotu zamówienia. Izba za przekonujące uznała argumenty Zamawiającego, że oczekuje siatek uniwersalnych, które będą mogły współpracować z różnymi kształtownikami, które są wykorzystywane w zabudowach w wyrobiskach korytarzowych, i z tego też względu Zamawiający wskazał na określony kąt zagięcia haków, który w świetle normy PN-G-15050:1996 r., naprowadza na określoną odmianę siatki, charakteryzującą się także równą długością prętów i brakiem jakichkolwiek dodatkowych haków o innym kącie zagięcia (współpracujących z wewnętrzną częścią kształtownika). Zamawiający nie poprzestał na ogólnym odesłaniu do tej normy, a więc nie pozostawił wykonawcom swobody, co do odmiany oczekiwany siatek. Wymóg zgodności z normą i wymóg, co do kąta zagięcia haków, nie może być odczytywany oddzielnie, w oderwaniu od siebie. Właśnie poprzez doprecyzowanie wymaganego kąta zagięcia haków Zamawiający dał wyraz temu, że oczekuje siatek, które dla tej odmiany zagięcia haków wskazuje norma – a więc siatek wykonanych w odmianie 7 (której charakterystykę przedstawia rysunek siatki zaczepowej wg tej normy, przedstawiający haki zaczepowe na dwóch zakończeniach każdego pręta o tej samej długości, bez innych haków, które miałyby współpracować z wewnętrzną częścią kształtownika).

W ocenie Izby podany kąt zagięcia haków przy spojrzeniu na wzorce określone w normie w sposób wystarczający precyzowały przedmiot zamówienia i wymogi Zamawiającego i kwestie te nie powinny budzić wątpliwości dla podmiotów działających w tej branży. Takich wątpliwości zresztą nie było, Odwołujący nie skarżył wcześniej, że opis przedmiotu zamówienia nie jest precyzyjny, w tym, że Zamawiający nie określił z jakimi kształtownikami mają współpracować siatki. Odwołujący, który, co sam przyznaje oferuje produkt innowacyjny, miał możliwość chociażby zapytania Zamawiającego na etapie ogłoszenia o te kwestie. Jeżeli natomiast miał wątpliwości, co do sposobu rozumienia pojęcia „powinny być” czy pojęcia „haka” (które to wątpliwości zostały *de facto* przedstawione, jako jeden z argumentów mających przemawiać za uwzględnieniem odwołania) – to także mógł i powinien, dla zabezpieczenia swoich interesów, wyjaśniać te kwestie lub je ewentualnie skarżyć, ale na wcześniejszym etapie postępowania. Wywody, że samo pojęcie „hak” może być rozumiane różnie, miały w istocie, w ocenie Izby, zmierzać także do przyjęcia oceny, iż wymóg ze specyfikacji nie musi być przypisywany do haków z siatki Odwołującego mających niedopuszczony przez Zamawiającego kąt  $105^{\circ} \pm 2^{\circ}$ . Zdaniem Izby nie zaistniały żadne przesłanki do uznania stanowiska i wywodów Odwołującego. Odwołujący w treści odwołania skupił się na korzystaniu z określenia „zaczepek”. Należy jednak wskazać, że w dokumentacji złożonej przy ofercie, m.in. związanej z certyfikacją produktu, zagięcie to określane jest wprost, jako kąt zagięcia haków. O dwóch różnych hakach (a nie o jednym haku zagiętym pod kątem  $85^{\circ} \pm 2^{\circ}$  oraz o „innym zaczepek”) Odwołujący sam oświadczył w treści dokumentu „Opis cechy stosowanej przez wykonawcę do oznaczenia wyrobu” – gdzie wskazano m.in. na dwa różne kąty zagięcia haków siatki (podkreślenie Izby).

W konsekwencji, Izba nie miała wątpliwości, że produkt oferowany przez Odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji. Wskazana przez Zamawiającego podstawa faktyczna odrzucenia oferty jest w pełni zasadna, a przy tym koncentruje w sobie także inne kwestie, które bezpośrednio związane są z okolicznością zastosowania haków o innym kącie zagięcia niż wskazany w specyfikacji, a więc zaoferowaniem rozwiązania nie odpowiadającego charakterystyce tej odmiany siatki, którą Zamawiający wskazał w sposób czytelny w opisie przedmiotu zamówienia.

Należy wskazać dodatkowo, że twierdzenia Odwołującego, że kształtowniki, z którymi siatka ma współpracować, nie zostały dookreślone, nie mogą świadczyć o wadliwym opisie przedmiotu zamówienia (abstrahując od tego, że wykonawca miał czas na kwestionowanie tego, czy opis przedmiotu zamówienia jest zgodny z art. 29 Pzp), a przede wszystkim nie mogą także zmieniać rzeczywistego zakresu tego przedmiotu i zakresu wymogów Zamawiającego – konkretnie nie mogą zmieniać tego, że Zamawiający wymaga siatek m.in. dla kształtowników V25 i V29. Poprzez wskazanie na normę i określony kąt zagięcia haków Zamawiający w sposób wystarczający dał wyraz potrzebie otrzymania siatek cechujących się



uniwersalnym rozwiązaniem, mogących współpracować także z tego rodzaju kształtownikami. Z tymi kształtownikami zaś siatka Odwołującego nie współpracuje. Co prawda, na rozprawie Odwołujący wskazał, że z kształtownikiem V29 siatka współpracuje, jednak należy krytycznie ocenić te twierdzenia, gdy weźmie się pod uwagę m.in. treść dokumentu złożonego przez samego Odwołującego – w załączniku do certyfikatu w pkt A1 – Przeznaczenie wyrobu – wprost wskazano bowiem, że siatka przeznaczona jest do opinki wyrobisk korytarzowych wykonanej z kształtowników V32, V34 i V36. Nie ma mowy o kształtownikach V25 i V29. W konsekwencji należało przyjąć, że siatka oferowana przez Odwołującego nie będzie mogła być wykorzystywana do współpracy z kształtownikami V25 i V29. Odwołujący w żaden sposób nie podważył argumentu Zamawiającego, iż siatki mają współpracować właśnie m.in. z takim kształtownikami, jak również nie podważył okoliczności podniesionej przez Zamawiającego, iż będzie stosował siatki zaczepowe ujęte w zadaniach nr 1-8 do zabudowy w wyrobiskach korytarzowych wykonanych w większości w obudowie V25 i V29. Mając na względzie kwestie bezpieczeństwa ludzi pracujących w kopalni nie jest również możliwe, by Zamawiający miał bezrefleksyjnie akceptować produkt Odwołującego i *de facto* testować, czy siatka – będąca istotnym elementem konstrukcji, wpływającym na bezpieczeństwo – nie przeznaczona do kształtowników V25 i V29, może jednak być w tej obudowie stosowana.

Wszystkie powyższe okoliczności potwierdzają, że w tej sprawie doszło do merytorycznej niezgodności wymagań Zamawiającego z oferowanym przez Odwołującego produktem, który nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia i nie mógł by zapewnić realizacji zamówienia w całości.

Za bezpodstawne Izba uznała jednocześnie twierdzenia Odwołującego, iż w zakresie innych części postępowania Zamawiający dopuszczał inne kąty zagięcia haków, niż wskazane w treści specyfikacji, a jedynie w stosunku do Odwołującego takiego rozwiązania nie dopuścił, co miało wspierać zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, jak również stanowić podstawę zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp. Zamawiający przedstawił rzeczowy argument, iż siatki z zadań m.in. 9-11, to siatki jednozaczepowe, dla których istotny jest kąt zagięcia haków z jednej strony. Zasadnie w tej sytuacji Zamawiający skupił swoją ocenę na jednym zakończeniu siatki z hakami zaczepowymi, drugie uznając za element konstrukcyjny siatki, którego kąt zagięcia nie ma w istocie znaczenia dla zastosowania siatki (skoro poszczególne siatki zaczepiane są o siebie od strony haków zaczepowych, tworząc łańcuch). Mając na względzie specyfikę tej części zadań (siatki jednozaczepowe) nie sposób uznać, by Zamawiający dopuścił się odmiennej wykładni treści specyfikacji, jak również, by odmiennie potraktował wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

W konsekwencji także zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp nie zasługiwał na uwzględnienie. To, że Zamawiający w innych zadaniach istotnym elementem badania oferty uczynił kąć zagięcia haków zaczepowych z jednej strony siatki – skoro w tych zadaniach mają to być siatki jednozaczepowe – znajdowało bowiem oparcie w treści specyfikacji i nie może świadczyć o naruszeniu obowiązku równego traktowania wykonawców, czy prowadzeniu postępowania w sposób, który nie zapewniałby uczciwej konkurencji.

Końcowo Izba wskazuje także, że Odwołujący nie sprostał ciężarowi dowodowemu i nie wykazał przed Izbą zasadności stawianych zarzutów. To na Odwołującym spoczywał natomiast obowiązek udowodnienia okoliczności, z których wywodził korzystne dla siebie skutki. Jednocześnie Izba uznała za wartościowy materiał dowodowy rysunki złożone przez Zamawiającego na rozprawie. Obrazowały one niezgodność współpracy z kształtownikiem V25 i V29, oraz zgodność z normą dla siatek łańcuchowych jednozaczepowych.

Mając wszystko powyższe na uwadze orzeczono, jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania, stosownie do wyniku, orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, zaliczając w poczet kosztów wpis uiszczony przez Odwołującego (§ 3 pkt 1 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....