

Sygn. akt: KIO 1085/13

WYROK
z dnia 22 maja 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący : Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **22 maja 2013 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **08 maja 2013 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Konsorcjum Firm: 1) COBRA EUROPE Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum); 2) COBRA EUROPE S.A. (Członek Konsorcjum)** z adresem na rzecz siedziby lidera konsorcjum: **ul. Graniczna 7, 41-940 Piekary Śląskie** w postępowaniu prowadzonym przez **Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A. w Bogdance, Bogdanka, 21-013 Puchaczów**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Konsorcjum Firm: 1) Węglkokoks S.A. (Lider Konsorcjum); 2) Conbelts Bytom S.A. (Członek Konsorcjum)** z adresem na rzecz siedziby lidera konsorcjum: **ul. Mickiewicza 29, 40-085 Katowice** zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1085/13 po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego w cz. I, a w konsekwencji także wyboru oferty najkorzystniejszej w cz. I z dnia 29.04.2013 r. oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert w cz. I, w sposób wskazany w uzasadnieniu,**

z uwzględnieniem okoliczności i wynikających z nich konsekwencji tam wskazanych,

2. kosztami postępowania obciąża Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A. w Bogdance, Bogdanka, 21-013 Puchaczów i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Konsorcjum Firm: 1) COBRA EUROPE Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum); 2) COBRA EUROPE S.A. (Członek Konsorcjum) z adresem na rzecz siedziby lidera konsorcjum: ul. Graniczna 7, 41-940 Piekary Śląskie tytułem wpisu od odwołania;

2.2. nakazuje dokonać wpłaty kwoty 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A. w Bogdance, Bogdanka, 21-013 Puchaczów na rzecz wykonawcy Konsorcjum Firm: 1) COBRA EUROPE Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum); 2) COBRA EUROPE S.A. (Członek Konsorcjum) z adresem na rzecz siedziby lidera konsorcjum: ul. Graniczna 7, 41-940 Piekary Śląskie stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Lublinie.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn: *„Dostawa loco magazyny Zamawiającego, łączenie, fabrycznie nowych taśm przenośnikowych z rdzeniem tekstylnym, przeznaczonych do stosowania w podziemnych zakładach górniczych wydobywających węgiel kamienny w pomieszczeniach zagrożonych wybuchem metanu i pyłu węglowego nr 6137/2013, zadanie nr 1”*, zostało wszczęte przez Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A. w Bogdance, Bogdanka, 21-013 Puchaczów zwany dalej: *„Zamawiającym”*, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2013/S 027-399804 z dnia 07.02.2013 r.

W dniu 29.04.2013 r. (faxem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej m.in. dla zadania 1: Konsorcjum Węglokoks oraz odrzuceniu w tej części na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 i 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej: *„Pzp”* oferty COBRA EUROPE Sp. z o.o. – tzn. Konsorcjum Firm: 1) COBRA EUROPE Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum); 2) COBRA EUROPE S.A. (Członek Konsorcjum) z adresem na rzecz siedziby lidera konsorcjum: ul. Graniczna 7, 41-940 Piekary Śląskie zwane dalej: *„Konsorcjum COBRA EUROPE”* albo *„Odwołującym”*. Zgodnie z formularzem ofertowym stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ - Zamawiający wymagał od Wykonawców wypełnienia pełnej nazwy Wykonawcy. Zamawiający w toku badania i oceny złożonej oferty zauważył, że Wykonawca wypełnił nieprawidłowo formularz oferty wpisując w miejscu pełna nazwa Wykonawcy: Cobra Europe Sp. z o.o., jednakże z dokumentów dołączonych do oferty wynika, że oferta została złożona wspólnie przez konsorcjum firm: Cobra Europe Sp. z o.o. - lider konsorcjum, ul. Graniczna 7, 41-940 Piekary Śląskie oraz uczestnika konsorcjum, firmę COBRA EUROPE S.A. 12, rue Henry Guy - 70300 Luxeuil Les Bains, Francja. Zgodnie z formularzem ofertowym stanowiącym załącznik nr 1 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwane dalej: *„SIWZ”* - Zamawiający wymagał od Wykonawcy wypełnienia tabeli zawierającej m.in. określenie maksymalnej wartości netto osobno dla taśmy przenośnikowej jak i dla łączenia odcinków taśmy, maksymalnej wartości brutto osobno dla taśmy przenośnikowej jak i dla łączenia odcinków taśmy oraz łącznej wartości netto przedmiotu zamówienia, oraz łącznej wartości zamówienia brutto. Zgodnie z SIWZ wartość netto dla poszczególnych pozycji powinna wynikać z iloczynu ilości i ceny jednostkowej netto, zaś łączna wartość netto przedmiotu zamówienia, winna wynikać z arytmetycznego zsumowania wartości netto poszczególnych pozycji, a łączna wartość zamówienia brutto winna wynikać

z arytmetycznego zsumowania wartości brutto poszczególnych pozycji czyli taśmy przenośnikowej i łączenia odcinków taśmy. Zamawiający w toku badania i oceny złożonej oferty zauważył omyłkę w wyliczeniu maksymalnej wartości netto dla pozycji: łączenie odcinków taśmy. W tabeli brak jest również łącznej wartości netto oferty oraz łącznej wartości brutto oferty. Zamawiający biorąc pod uwagę powyższe uznał powyższe błędy za błąd w obliczeniu ceny, wobec czego oferta firmy Wykonawcy - Cobra Europe Sp. z o.o., ul. Graniczna 7, 41-940 Piekary Śląskie, zostaje odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp Zgodnie z wymaganiami zawartymi w części III SIWZ pkt. A. I ppkt. 2.6, Zamawiający wymagał od Wykonawców: *„2.6. Okres gwarantowanej bezawaryjnej pracy połączeń wulkanizowanych minimum 24 miesiące od daty protokolarnego odbioru ostatniego (kończącego umowę) połączenia wulkanizowanego taśmy.”* Wykonawca w formularzu ofertowym stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ w pkt 4 podał udzielane okresy gwarancji: *„4. Na dostarczone wyroby udzielamy gwarancji jakości na okres 36 m-cy od daty dostawy, na wykonane połączenia wulkanizowane na okres 12 m-cy od daty odbioru ostatniego (kończącego umowę) połączenia wulkanizowanego taśmy.”* Zamawiający biorąc pod uwagę powyższe uznał, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, wobec czego oferta firmy Wykonawcy - Cobra Europe Sp. z o.o., ul. Graniczna 7, 41-940 Piekary Śląskie, zostaje odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp. Zgodnie z wymaganiami zawartymi w rozdziale V pkt 1 ppkt 3 SIWZ, Zamawiający wymagał od Wykonawców: *„3) którzy w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali dostawy odpowiadające swoim rodzajem i wartością dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia o łącznej wartości netto zamówienia nie mniejszej niż: dla zadania 1 - 7.000.000,00 zł, dla zadania 2 - 8.000.000,00 zł, dla zadania 3 - 350.000,00 zł. W przypadku oferty na więcej niż jedno zadanie łączna wartość wykonanych dostaw netto jw. nie może być mniejsza niż sumaryczna łączna wartość netto wymaganych zamówień dla poszczególnych zadań.”* Na potwierdzenie wykazania spełniania powyższego warunku Zamawiający zgodnie z rozdziałem VI pkt. 1 ppkt 7) SIWZ wymagał: *„7) Wykaz wykonanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zamówień odpowiadające swoim rodzajem i wartością dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia, złożony na druku stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ, wraz z dokumentami potwierdzającymi, że dostawy te zostały wykonane należycie”*. Wykonawca załączył do oferty wykaz wykonanych zamówień (str. 65) wraz z referencjami potwierdzającymi wykonanie (str. 67), w którym Wykonawca wskazał realizacje dostaw na Zadanie nr 1, na które Wykonawca złożył ofertę W ofercie na str. 65 w dokumencie *„Wykaz wykonanych zamówień”* Wykonawca podał złe daty realizacji dostaw. W wierszu pierwszym tabeli jest *„początek 18.06.2010, koniec 9.12.2013”*. Z załączonych do oferty dokumentów

czyli referencji wynika, że w wierszu pierwszym tabeli winno być: „*początek 18.06.2010, koniec 9.12.2010*”. Ponadto, przedstawione przez Wykonawcę referencje (str. 67) dotyczą taśm przenośnikowych polichlorowinyłowych trudno palnych o nieznannej konstrukcji rdzenia, których okładki zbudowane są z tworzywa sztucznego zamiast z gumy. Zgodnie z wymaganiami zawartymi w części III SIWZ pkt. A. I ppkt. 1.7 tabela pkt. 5 Zamawiający wymagał od Wykonawców: „*5.Okładki - guma trudno palna*”. Zgodnie z wymaganiami zawartymi w części III SIWZ pkt. E ppkt. 2, Zamawiający wymagał od Wykonawców: „*2) dokumentację techniczno-ruchową oferowanej taśmy zawierającą w szczególności: - warunki techniczne, dane techniczne, - identyfikację zagrożeń powodowanych przez wyrób w czasie jego stosowania i informację o szczególnych środkach bezpieczeństwa, - instrukcje konserwacji i łączenia oraz przechowywania i rozwijania taśm pod ziemią, - certyfikaty*”, Wykonawca załączył do oferty certyfikat nr B/1905/2008 (str. 157÷159), uprawniający do oznaczenia wyrobu znakiem bezpieczeństwa, którego ważność upłynęła 12.10.2011 r. Zgodnie z wymaganiami zawartymi w części III SIWZ pkt. E ppkt. 2, Zamawiający wymagał od Wykonawców: „*5) oświadczenie odnośnie gwarancji*”, Wykonawca załączył do oferty kartę gwarancyjną dotyczącą taśmy trudnopalnej jednolicie tkanej tkaninowo-gumowej (str. 225), oraz kartę gwarancyjną dotyczącą materiałów połączeniowych do taśmy (str. 227). Brak jest w ofercie oświadczenia odnośnie gwarancji na wykonane połączenia wulkanizowane. Zgodnie z wymaganiami zawartymi w części III SIWZ pkt. E ppkt. 7, Zamawiający wymagał od Wykonawców: „*7) aktualne dokumenty potwierdzające posiadanie systemu zapewnienia jakości*”, Wykonawca załączył do oferty certyfikat ISO dla firmy COBRA EUROPE S.A. - uczestnika konsorcjum, wraz z tłumaczeniem na język polski (str. 91-92). Brak jest w ofercie dokumentu potwierdzającego posiadanie systemu zapewnienia jakości przez lidera konsorcjum firmę Cobra Europe Sp. z o.o. Zgodnie z wymaganiami zawartymi w części III SIWZ pkt. E ppkt. 8, Zamawiający wymagał od Wykonawców: „*8) w celu potwierdzenia opisanego w niniejszej SIWZ warunku posiadania niezbędnej wiedzy i do świadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub przedstawienia pisemnego zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia, Zamawiający wymaga następujących dokumentów: (...) - co najmniej jednej pozytywnej opinii użytkownika dotyczącej należyte wykonanych połączeń palczastych taśm jednolicie tkanych pod ziemią metodą wulkanizacji na gorąco (dotyczy Dostawców składających ofertę w zakresie zadania 1)*”. Wykonawca nie przedstawił dokumentu, potwierdzającego spełnianie ww. wymagań. W związku z powyższym Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, podjął decyzję, że odstąpi od wzywania Wykonawcy, do uzupełnienia brakujących dokumentów ponieważ mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu.

W dniu 08.05.2013 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej) wpłynęło na podstawie art. 180 ust.1 Pzp odwołanie: Konsorcjum COBRA EUROPE na w/w czynności. Kopia odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 08.05.2013 r. (faxem). Podniósł, że wnosi odwołanie wobec: 1) czynność wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum WĘGLOKOKS S.A. w zadaniu nr 1, pomimo że oferta ta nie jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, w szczególności jest droższa o 2.775. 372 zł w cenie taśm, 2) czynność odrzucenia oferty Odwołującego, pomimo że Odwołujący prawidłowo oznaczył wykonawcę, a w formularzu oferty wskazał pełnomocnika wyznaczonego w trybie art. 23 ust. 2 Pzp, 3) czynność odrzucenia oferty Odwołującego, pomimo, że treść jego oferty nie zawiera błędu w obliczeniu ceny i odpowiada treści SIWZ, z ostrożności: 4) zaniechania wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, 5) zaniechania poprawienia w ofercie oczywistej omyłki pisarskiej oraz innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, 6) zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentów podmiotowych i przedmiotowych, bądź wyjaśnienia ich treści. Zarzucił naruszenie: 1) art. 23 ust. 2 i ust. 3 w zw. z art. 2 pkt 11 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo, że Odwołujący prawidłowo oznaczył Wykonawcę w treści Formularza oferty, a z całej jej treści, pełnomocnictwa i dokumentów jasno wynika, że Cobra Europe sp. z o.o. reprezentuje wykonawcę wspólnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego, 2) art. 89 ust. 1 pkt. 6 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo iż oferta nie zawiera błędu w obliczeniu ceny, 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo iż treść jego oferty odpowiada treści SIWZ, 4) art. 87 ust. 2 pkt 1, 2 i 3 Pzp poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie oczywistej omyłki pisarskiej, rachunkowej oraz innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, 5) art. 87 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, 6) art. 26 ust. 3 i 4 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów dla potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, oraz dla potwierdzenia, że oferowane dostawy i usługi odpowiadają wymaganiom stawianym przez Zamawiającego, 7) art. 92 ust. 1 pkt. 2 Pzp poprzez brak uzasadnienia prawnego dla czynności odrzucenia oferty Odwołującego odnośnie nazwy Wykonawcy, 8) art. 7 ust. 1 i art. 91 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia i dokonanie wyboru - jako najkorzystniejszej - oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. Wnosił o: 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia

czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego i w konsekwencji dokonania wyboru, jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego, w tym ewentualnie: 2) nakazanie Zamawiającemu wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, oraz uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz, że oferowane dostawy i usługi odpowiadają wymaganiom stawianym przez Zamawiającego, 3) nakazanie Zamawiającemu dokonania poprawienia w ofercie oczywistej omyłki pisarskiej lub innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, 4) zasądzenie od Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu (według rachunków, które zostaną przedłożone na posiedzeniu bądź na rozprawie).

Odnośnie zarzutu bezprawnego odrzucenia oferty Odwołującego, pomimo że Odwołujący prawidłowo oznaczył wykonawcę. W SIWZ – Rozdz. VII pkt. 2 Zamawiający wymagał, iż w przypadku, o którym mowa w pkt 1, wszyscy Wykonawcy występujący wspólnie ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia, albo reprezentowania ich w postępowaniu i do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Pełnomocnictwo należy dołączyć do oferty. Dodatkowo w SIWZ Rozdz. VII pkt. 5 Zamawiający postanowił, że Wykonawcy występujący wspólnie złożą łącznie Formularz oferty oraz jeden komplet dokumentów, o którym mowa w Rozdz. VI pkt. 1 ppkt. 2, 3, 7. Wykonawcą ubiegającym się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego w niniejszym postępowaniu w zakresie zadania nr 1 są wykonawcy wspólnie ubiegający się o to zamówienie: Cobra Europę Sp. z o.o. ul. Graniczna 7, 41-940 Piekary Śląskie i Cobra Europe S.A. 12, rue Henry Guy - 70300 Luxeuil Les Bains, Francja, reprezentowani przez pełnomocnika w rozumieniu art. 23 ust. 2 Pzp - przez Cobra Europe Sp. z o.o. i działającego w jego imieniu M..... K.....-Dyrektora ds. Sprzedaży Krajowej w Cobra Europe sp. z o.o. Potwierdzeniem powyższego jest treść pełnomocnictwa z dnia 28.02.2013 r. oraz z dnia 22.01.2013 r. udzielonego w trybie art. 23 ust. 2 Pzp załączonego do oferty oraz treść całej oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu, do której zostały załączone dokumenty podmiotowe i przedmiotowe, odnoszące się do obu ww. podmiotów. W treści pełnomocnictwa wyraźnie wskazano wykonawców występujących wspólnie i podstawę prawną udzielenia pełnomocnictwa (art. 23 ust. 2 Pzp). W Formularzu oferty Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie wskazali pełnomocnika wyznaczonego w trybie art. 23 ust. 2 Pzp, a nie Wykonawcę Cobra Europe sp. z o.o. jako samodzielnego Wykonawcę. Oznaczenie w formularzu oferty jedynie pełnomocnika nie przesądza faktu, że ofertę złożyli wykonawcy wspólnie jako konsorcjum. Na podstawie art. 23 ust. 1 Pzp, wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie

zamówienia. W takim przypadku, stosownie do przepisu art. 23 ust. 3 Pzp, przepisy tej ustawy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio (a nie wprost) do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Odpowiednie (a nie wprost) stosowanie przepisów Pzp dotyczących wykonawcy do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oznacza, że w Formularzu oferty można wskazać jedynie pełnomocnika. Tym bardziej, że w treści SIWZ Rozdz. VII pkt. 5 Zamawiający postanowił, że Wykonawcy występujący wspólnie złożą łącznie Formularz oferty. Nadto Odwołujący podnosił, iż odrzucenie oferty Odwołującego w tym przedmiocie nie zawiera uzasadnienia prawnego, a tylko faktyczne, co stanowi naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp. Odnośnie zarzutu bezprawnego odrzucenia oferty Odwołującego, pomimo że treść jego oferty nie zawiera błędu w obliczeniu ceny oraz zarzutu zaniechania poprawy w trybie art. 87 ust. 2 Pzp. Przyczyną odrzucenia oferty, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, jest każdy inny błąd w obliczeniu ceny niż oczywista omyłka rachunkowa podlegająca poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp lub inna omyłka nieistotna podlegająca poprawie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Błąd w rozumieniu omawianego przepisu jest więc błędem co do prawidłowego ustalenia stanu faktycznego, a nie wadliwie od strony „technicznej” wykonaną czynnością obliczenia ceny. (KIO 2647/12). W Rozdz. VIII SIWZ Zamawiający jednoznacznie opisał sposób wyliczenia ceny ofertowej: po pierwsze - dla każdego z zadania Wykonawca miał ustalić ceny jednostkowe netto za metr bieżący taśmy przenośnikowej, a dla zadania nr 1 cenę jednostkową netto na wykonanie połączenia wulkanizowanego na gorąco; po drugie cenę w zł netto i brutto (z VAT) za całość zamówienia. Błąd w wypełnieniu Tabeli w Formularzu oferty na zadanie nr 1 nie jest błędem w obliczeniu ceny, a najwyżej powinien być zakwalifikowany jako oczywista omyłka rachunkowa lub pisarska, czy nawet inna nieistotna omyłka. Wykonawca do dokonania obliczenia przyjął prawidłowe dane co do ilości (kolumna nr 3) oraz co do ceny jednostkowej netto (kolumna nr 4). Jedynie w wierszu drugim dotyczącym cen za łączenie odcinków taśmy wpisał sumę dwóch wierszy ustalając max wartości netto w zł (kolumna nr 5), zamiast wpisać iloczyn ilości i ceny jednostkowej netto za łączenie taśmy. Tak samo ustalił max wartość brutto (kolumna nr 6), zamiast wpisać iloczyn ilości i ceny jednostkowej brutto za łączenie taśmy. Jednak prawidłową kwotę Zamawiający może łatwo wyliczyć, nie dokonując żadnych zmian w treści oferty, mnożąc ilość i cenę jednostkową. Wykonawca - załączył do oferty formularz ofertowy zawierający następujące zapisy: OFERTA - ZADANIE 1 Przedmiot zamówienia - nazwa i oznaczenie taśmy/łączenie Parametry taśmy/rodzaj łączenia Maksymalna ilość [mb/szt.] Cena jednostkowa netto [zł/mb/szt.] Maksymalna wartość netto [zł] Maksymalna wartość brutto [zł] Taśma przenośnikowa trudno palna PVG 1600/ł 1200 4+3 Łączenie: metoda gorącej wulkanizacji 1. Szerokość -1200 mm 2. Liczba przekładek - sw (1) 3. Wytrzymałość nominalna na rozciąganie min. 1600 N/mm 4. Wydłużenie w kierunku wzdłużnym max. 2% 5.

Okładki - guma trudnopalna 6. Grubość okładki bieżnej - 3 mm 7. Grubość okładki nośnej - 4 mm 8. Taśma wykończona gumowymi obrzeżami (krawędziami ochronnymi) 9. Ścieralność okładek i obrzeży max 150 cm³ 13 600 360,00 4 896 000,00 6 022 080,00 Łączenie odcinków taśmy 10. Połączenie - wulkanizowane na gorąco 70 7 500,00 5 421 000,00 6 667 830,00 Razem wartość. Formularz ofertowy po poprawach OFERTA- ZADANIE 1 Przedmiot zamówienia - nazwa i oznaczenie taśmy/łączenie Parametry taśmy/rodzaj łączenia Maksymalna ilość [mb/szt.] Cena jednostkowa netto [zł/mb/szt.] Maksymalna wartość netto [zł] Maksymalna wartość brutto [zł] Taśma przenośnikowa trudno palna PVG 1600/ł 1200 4+3 Łączenie: metoda gorącej wulkanizacji 1. Szerokość -1200 mm. 2. Liczba przekładek - sw (1) 3. Wytrzymałość nominalna na rozciąganie min. 1600 N/mm 4. Wydłużenie w kierunku wzdłużnym max. 2% 5. Okładki - guma trudnopalna 6. Grubość okładki bieżnej - 3 mm 7. Grubość okładki nośnej - 4 mm 8. Taśma wykończona gumowymi obrzeżami (krawędziami ochronnymi) 9. Ścieralność okładek i obrzeży max 150 cm³ 13 600 360,00 4 896 000,00 6 022 080,00 Łączenie odcinków taśmy 10. Połączenie - wulkanizowane na gorąco 70 7 500,00 525.000,00 675.750,00 Razem Wartość 5 421 000,00 6 667 830,00 Kwota podana w wierszu „*łączenie...*” kolumna 5 jest sumą cen netto za taśmy i łączenia: 4.896.000 zł + 525.000 zł = 5.421.000 zł, natomiast kwota podana w wierszu „*łączenie...*”, kolumna 6 jest sumą cen brutto za taśmy i łączenia: 6.022.080 zł + 675.750 zł = 6.667.830 zł. Kwota ta została omyłkowo wpisana w tym wierszu, zamiast w wierszu niżej dotyczącym wskazania wartości RAZEM netto i brutto. Odwołujący podnosi, iż omyłka ta wynikała ze oczywistej omyłki pisarskiej, nie polegała nawet na błędnym działaniu matematycznym. W Formularzu oferty ww. omyłka nie spowodowała żadnej zmiany całkowitej ceny oferty netto czy brutto, tym samym Zamawiający winien dokonać jej poprawy w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 lub 2, czy pkt. 3 Pzp. Zostały bowiem spełnione przesłanki umożliwiające zastosowanie tego trybu poprawiania oferty: po pierwsze - rachunkowe sprawdzenie poprawności wyliczenia ceny oferty umożliwiło wykrycie zaistnienia omyłki, po drugie - na podstawie dostępnych informacji wiadomo było w jaki sposób należy prawidłowo obliczyć cenę oferty. Omyłka jest oczywista, bowiem w Formularzu w rubryce RAZEM brak w ogóle wpisanych kwot netto czy brutto, z kolei w wierszu wyżej ceny netto i brutto nie mogą być cenami dla części zadania nr 1 - łączenie odcinków taśmy. Kwoty tam wpisane nie stanowią prawidłowego wyniku obliczenia wyprowadzonego z cen jednostkowych netto i ilości za część zadania wpisanego w Formularzu oferty „*łączenie odcinków taśmy*”. Jednocześnie, choć ani Zamawiający w SIWZ, ani Przystępujący w ofercie nie wskazali stawki VAT, de facto nie było żadnych wątpliwości, że dla przedmiotu zamówienia wynosi ona 23%. Żadna inna stawka nie była brana pod uwagę przez któregokolwiek z wykonawców, o czym świadczy treść złożonych ofert w zadaniu nr 1. (Wyrok KIO z dnia 15.10.2012 r., sygn. akt: KIO 2111/12. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie naruszył art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp, przez

poprawienie na podstawie tego przepisu stwierdzonej w ofercie Przystępującego omyłki rachunkowej.). Odwołujący na poparcie swojej argumentacji powołał się też na Wyrok KIO z dnia 01.06.2012 r., sygn. akt: KIO 1012/12, w którym Izba podał, że: *„Stwierdzenie, że omyłka popełniona przy obliczeniu ceny oferty nie stanowi oczywistej omyłki pisarskiej (ani oczywistej omyłki rachunkowej) nie prowadzi do automatycznego przyjęcia, że oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny, lecz przede wszystkim aktualizuje oblig zamawiającego do zbadania możliwości poprawy oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych. Zamawiający może odrzucić ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 omawianej ustawy dopiero po ustaleniu, że błąd w cenie oferty ma charakter nieusuwalny.”* W niniejszym stanie faktycznym oczywistym jest, że omyłka ma charakter usuwalny, nie zmienia wartości cen netto czy brutto. Pzp nie podaje definicji pojęcia oczywistej omyłki rachunkowej, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem KIO oczywistą omyłką rachunkową jest widoczny, niezamierzony błąd rachunkowy popełniony przez wykonawcę (wyrok KIO z dnia 21.01.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 20/09). Popełniona omyłka rachunkowa może zostać uznana za mającą charakter oczywisty, gdy jest widoczna na pierwszy rzut oka, bądź jest widoczna w trakcie sprawdzania poprawności wyliczeń, została stwierdzona samodzielnie przez zamawiającego, jest bezsporna i możliwa do poprawienia bez konieczności odwoływania się do innych dokumentów postępowania lub uzyskiwania wyjaśnień wykonawcy (wyroki KIO: z dnia 23.01.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 62/09; z dnia 12.02.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 133/09; z dnia 31.03.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 327/09, sygn. akt: KIO/UZP 341/09). Nadto nadmienić, iż podczas oficjalnego otwarcia kopert z ofertami w dniu 19.03.2013 r. jeden z członków komisji zauważył omyłkę we wpisaniu wartości w inny wiersz niż być powinno. Wziął on kalkulator i dokonał wyliczeń po czym stwierdził na głos, że jest to oczywista omyłka i, albo uzna ją Zamawiający za oczywistą omyłką pisarską i sam ofertę skoryguje, albo zwróci się do Wykonawcy z oficjalnym pismem zawierającym prośbę o wyjaśnienie/ sprostowanie oferty. Powyższe zachowanie przedstawicieli Zamawiającego świadczy o oczywistości omyłki oraz możliwość poprawy nawet bez udziału Wykonawcy. Podsumowując: skoro znane były ceny jednostkowe netto, a stawka podatku VAT jest jedna i niesporna, to Zamawiający miał wszystkie niezbędne dane aby samodzielnie obliczyć cenę oferty i zgodnie z uzyskanym rezultatem poprawić oczywiste omyłki rachunkowe popełnione przez Odwołującego. Zamawiający bezpodstawnie usiłuje doprowadzić do uniemożliwienia wyboru oferty, która po poprawieniu oczywistych omyłek rachunkowych jest najkorzystniejsza, czym narusza art. 7 Pzp. KIO w swoich orzeczeniach podziela pogląd, że aktualnie obowiązujący przepis art. 87 ust. 2 pkt. 2 Pzp dopuszczają możliwość poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych, pisarskich lub innych omyłek nieistotnych w szerokim zakresie, gdyż przepis ten nie wyznacza zamkniętego katalogu ani co do ich rodzaju, ani co do sposobu ich poprawienia.

Odnośnie zarzutu bezprawnego odrzucenia oferty Odwołującego, pomimo że treść jego oferty odpowiada treści SIWZ oraz zarzutu zaniechania wezwania do wyjaśnień lub poprawy w trybie art. 87 ust. 2 Pzp. Zamawiający bezpodstawnie dokonał czynności odrzucenia oferty Konsorcjum Cobra Europe, gdyż złożył on ofertę w pełni zgodną z wymaganiami zamawiającego opisanymi w SIWZ. SIWZ zgodnie z jej zapisami (str. 1) składała się z trzech części (I część - Instrukcja dla Wykonawcy wraz z załącznikami, część II - wzór umowy, część III - opisu przedmiotu umowy). W części III, pkt. A. Zadanie 1 w ppkt 1.6. Zamawiający w SIWZ określił okres bezawaryjnej pracy taśmy- minimum 36 miesięcy od daty dostawy, a w ppkt 2.6 podał - okres gwarantowanej bezawaryjnej pracy połączeń wulkanizowanych minimum 24 miesiące od daty protokolarnego odbioru ostatniego (kończącego umowę) połączenia wulkanizowanego taśmy. W treści oferty Odwołujący złożył jednoznaczne oświadczenie, iż oferuje wykonanie zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ (pkt. 5) *„Oświadczamy, że zapoznaliśmy się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (SIWZ) i uznajemy się za związanych określonymi w niej wymaganiami i zasadami postępowania”*. Oświadczenie to nie stoi w sprzeczności z treścią dokumentów załączonych do oferty, bowiem na karcie gwarancyjnej w pkt. 3 (str. 227 oferty) Odwołujący podał, że okres gwarancji wynosi 36 miesięcy, natomiast na drugiej karcie gwarancyjnej dotyczącej połączeń Odwołujący w pkt. 3 (str. 228 oferty) podał, że okres gwarancji wynosi 24 miesiące. Zatem z treści całej oferty wynika niewątpliwie zamiar złożenia przez Wykonawcę oferty zgodnej z wymaganiami SIWZ, czyli z wymaganymi okresami minimalnej gwarancji - 36 i 24 m-ce. Oczywista niezgodność zapisu w pkt 4 oferty (12 m-cy na połączenia) oraz z karty gwarancyjnej na połączenia (24 miesiące gwarancji) wynikała z omyłki pisarskiej w Formularzu oferty, a nie z zamiaru oświadczenia Konsorcjum Cobra Europe o krótszym okresie gwarancji niż minimalny wymagany SIWZ. Stwierdzona niezgodność przez Zamawiającego w ofercie z zapisami SIWZ może być uznana jako oczywista omyłka pisarska (art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp) lub jako inna omyłka w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Wskazany w Formularzu oferty omyłkowy okres obowiązywania gwarancji na połączenia nie może być uznany jako zamierzony okres udzielenia gwarancji, bowiem w innym dokumencie tj. w karcie gwarancyjnej (str. 228 oferty) Odwołujący wyraźnie wskazał, że udziela gwarancji w okresie 24 miesięcy. Wynikła nieścisłość winna podlegać najpierw procedurze wyjaśnień, zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp (tak też zapis SIWZ, Rozdz. XV pkt 5), a następnie poprawie w trybie art. 87 ust. 1 pkt 1 lub 3 Pzp. Taki tryb postępowania wynika z SIWZ Rozdz. XVI pkt 6 w którym Zamawiający informuje, iż: *„poprawi w ofercie: oczywiste omyłki pisarskie, oczywiste omyłki rachunkowe oraz inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty niezwłocznie zawiadamiając o tym Wykonawcę, którego oferta została poprawiona”*. Tymczasem w niniejszej sprawie Zamawiający ani nie wykonał wezwania o wyjaśnienie treści oferty ani

nie podjął obowiązku poprawy Formularza oferty w zakresie okresu udzielenia gwarancji na połączenia. Należy przy tym zauważyć, że z zaakceptowanych przez oferenta warunków SIWZ jednoznacznie wynikało, że okres gwarancji na połączenia taśm wynosi 24 miesiące. A zatem bezspornym jest, że z treści całej oferty (w tym treść kart gwarancyjnych) oraz warunków realizacji zamówienia wynika, iż Odwołujący złożył oświadczenie woli o okresie gwarancji w oczekiwanym przez Zamawiającego okresie - 36 m-cy na taśmy i 24 m-ce na wykonanie połączeń. Powyższe okoliczności wskazują na zamiar i wolę złożenia oferty z wymaganymi przez Zamawiającego terminami gwarancji. Złożone na formularzu oświadczenie należy zatem oceniać, zgodnie z zasadami wykładni oświadczeń woli, biorąc pod uwagę okoliczności w jakich zostało złożone oraz zamiar wykonawcy. Popelniona przez Wykonawcę pomyłka ma źródło w opisanej wyżej oczywistej omyłce pisarskiej, powstałej przy wypełnianiu Formularza oferty, również spowodowana jest niejasną treścią SIWZ, odmienną ze SIWZ treścią Ogłoszenia (załącznik B pkt. 1.6) oraz niespójną ze SIWZ treścią wyjaśnień Zamawiającego z dnia 04.03.2013 r. W SIWZ, Część III, lit. E, pkt. 5) Zamawiający podał, że Oferta powinna zawierać „*oświadczenie odnośnie gwarancji*”. Odwołujący zapytał, czy wystarczy oświadczenie o gwarancji tylko w części formularza ofertowego, czy w zakresie gwarancji ma być załączony dodatkowy dokument gwarancji? Zamawiający w piśmie z dnia 04.03.2013 r. wyjaśnił, że: „*oświadczenie odnośnie gwarancji powinno być złożone w części Formularza ofertowego oraz jako oddzielny dokument zawierający szczegółowe warunki gwarancji jakości dla oferowanych taśm przenośnikowych. Szczegółowe warunki gwarancji jakości muszą być zgodne z oświadczeniem gwarancji jakości złożonym w formularzu oferty.*” W niniejszej sprawie zaistniała rozbieżność pomiędzy treścią Formularza ofertowego a treścią oddzielnego dokumentu gwarancji, bowiem Zamawiający żądał jedynie oświadczenia w zakresie gwarancji na dla oferowanych taśm, a nie na wykonanie połączeń. Natomiast na wykonanie taśm zarówno Karta gwarancyjna, jak i treść Formularza oferty wskazywały na okres 36 miesięczny okres gwarancji- czyli zgodny z warunkami określonymi w SIWZ. Nadto z ww. wyjaśnienia wynika, że ma być załączony jedynie jeden „*oddzielny dokument zawierający szczegółowe warunki gwarancji jakości dla oferowanych taśm przenośnikowych*”. Dokument taki został złożony i był zgodny z Formularzem oferty. Dodatkowo Odwołujący podnosi, iż w Ogłoszeniu (załącznik B pkt. 1.6) Zamawiający określił tylko „*Okres gwarantowanej bezawaryjnej pracy taśmy - minimum 36 miesięcy od daty dostawy*”. Zatem niezasadne jest obciążanie Odwołującego negatywnymi skutkami niejasnej SIWZ, sprzecznej z treścią Ogłoszenia i jeszcze bardziej zagmatwanych wyjaśnień dokonanych przez Zamawiającego. W przedmiotowym postępowaniu, okoliczność tę Zamawiający powinien był potraktować jako omyłkę podlegającą poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 lub pkt 3 Pzp, zważywszy, że wskazana niezgodność nie jest istotna w świetle treści całej oferty (tak też: Wyrok KIO z dnia

06.12.2012 r., sygn. akt: KIO 2602/12), a niezgodność wynika z działań samego Zamawiającego, jak i dokumentów załączonych do oferty. Odwołujący powołuje się też na wyrok KIO z dnia 23.11.2012 r., sygn. akt: KIO 2478/12, KIO 2481/12, KIO 2488/12, w którym Izba stwierdziła, że *„Niejednoznaczne wymogi Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia interpretuje się na korzyść wykonawców.”*

Odnośnie zarzutu zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów podmiotowych i przedmiotowych, bądź wyjaśnienia ich treści. Na wstępie Odwołujący wskazuje, iż w jego ocenie, przyczyny niespełnienia wymagań podane w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej, co do których Zamawiający odstąpił od wezwania Wykonawcy - Konsorcjum Cobra Europę do uzupełnienia brakujących dokumentów w trybie art. 26 ust. 3, zdanie drugie Pzp - mają charakter uzupełnialny, a Odwołujący oświadczył, iż spełnia wszelkie wymagania podmiotowe i przedmiotowe, choć w niektórych kwestiach jego poglądy różnią się z Zamawiającym.

1) Zamawiający podał, iż *„zgodnie z wymaganiami zawartymi w rozdziale V pkt. 1 ppkt. 3 SIWZ, Zamawiający wymagał od Wykonawców: 3)którzy w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali dostawy odpowiadające swoim rodzajem i wartością dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia o łącznej wartości netto zamówienia nie mniejszej niż: dla zadania 1 - 7.000.000,00 zł, dla zadania 2 - 8.000.000,00 zł, dla zadania 3 - 350.000,00 zł. W przypadku oferty na więcej niż jedno zadanie łączna wartość wykonanych dostaw netto jw. nie może być mniejsza niż sumaryczna łączna wartość netto wymaganych zamówień dla poszczególnych zadań”*. Na potwierdzenie wykazania spełniania powyższego warunku Zamawiający zgodnie z rozdziałem VI pkt. 1 ppkt 7) SIWZ wymagał: *„7) Wykaz wykonanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zamówień odpowiadające swoim rodzajem i wartością dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia, złożony na druku stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ, wraz z dokumentami potwierdzającymi, że dostawy te zostały wykonane należycie”*. Zamawiający podał, że Wykonawca załączył do oferty wykaz wykonanych zamówień (str. 65) wraz z referencjami potwierdzającymi wykonanie (str. 67), w którym Wykonawca wskazał realizację dostaw na Zadanie nr 1, na które Wykonawca złożył ofertę. W ofercie na str. 65 w dokumencie *„Wykaz wykonanych zamówień”* Wykonawca podał złe daty realizacji dostaw. W wierszu pierwszym tabeli jest *„początek 18.06.2010, koniec 9.12.2013”*. Z załączonych do oferty dokumentów czyli referencji wynika, że w wierszu pierwszym tabeli winno być: *„początek 18.06.2010, koniec 9.12.2010”*. Stanowisko i uzasadnienie Odwołującego: Omyłka ta kwalifikuje się do wezwania wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 Pzp lub do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, a Zamawiający bezpodstawnie zaniechał tej czynności. Referencje oraz wykaz dostaw są dokumentami

uzupełnianymi, a wezwanie w trybie cyt. przepisów jest obowiązkiem Zamawiającego, a nie jego uprawnieniem, o czym przesądza treść przepisu: „Zamawiający wzywa wykonawców”.

2) Zamawiający podał nadto, że przedstawione przez Wykonawcę referencje (str. 67) dotyczą taśm przenośnikowych polichlorowinyłowych trudno palnych o nieznannej konstrukcji rdzenia, których okładki zbudowane są z tworzywa sztucznego zamiast z gumy. Zgodnie z wymaganiami zawartymi w części III SIWZ pkt. A. I ppkt. 1.7 tabela pkt. 5 Zamawiający wymagał od Wykonawców: „5.Okładki - guma trudno palna”. Stanowisko i uzasadnienie Odwołującego: Tymczasem warunkiem wymaganym od Wykonawców, zgodnie z SIWZ Rozdz. V pkt. 1, ppkt. 3 jest: którzy w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali dostawy odpowiadające swoim rodzajem i wartością dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia o łącznej wartości netto zamówienia nie mniejszej niż: dla zadania 1 - 7.000.000,00 zł, dla zadania 2 - 8.000.000,00 zł, dla zadania 3 - 350.000,00 zł. Złożone referencje dotyczą rzeczywiście taśm PCV, jednak taśmy PVG są podobnym produktem, tym bardziej, że referencja dotyczy taśm stosowanych w podziemnych wyrobiskach górniczych, a zatem ma spełniać takie same wymagania jak taśmy PVG. Do grupy norm dotyczących bezpieczeństwa pożarowego i elektrycznego taśm, zarówno z rdzeniem tekstylnym, jak i z linkami stalowymi, zalicza się jedną normę PN-EN 14973+A1:2011, która określa właściwości i wymagania w zakresie trudnopalności i antyelektrostatyczności taśm oraz normy z nią związane. Tym niemniej Odwołujący podkreśla, iż posiada referencje na taśmy PVG w kwocie wymaganej przez Zamawiającego i złoży je na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Odwołujący podnosi, iż referencje nie służą do scharakteryzowania zamówienia, jak również nie są wystawiane na potrzeby konkretnego zamówienia. Dlatego też nieuprawnionym byłoby żądanie referencji o określonej treści, zwłaszcza w świetle przepisów Pzp. Referencje nie służą bowiem potwierdzeniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu, ale potwierdzeniu należytego wykonania zamówienia (wyrok KIO z dnia 19.11.2010r., sygn. akt: KIO/2423/10). W tym miejscu nadmienić należy, iż u Zamawiającego pracuje bez zarzutów łącznie 10.229 metrów bieżących taśmy takim samym typie jak w przedmiocie przetargu (PVG) w podziemnych wyrobiskach górniczych dostarczonych do Zamawiającego w roku 2010 i 2011. Jak do tej pory nie było żadnych zastrzeżeń co do jakości tychże taśm przenośnikowych jak i nie było zgłoszonych żadnych reklamacji dotyczących tych taśm.

3) „Zgodnie z wymaganiami zawartymi w części III SIWZ pkt. E ppkt. 2, Zamawiający wymagał od Wykonawców: 2) dokumentację techniczno-ruchową oferowanej taśmy zawierającą w szczególności: - warunki techniczne, dane techniczne, - identyfikację zagrożeń powodowanych przez wyrób w czasie jego stosowania i informację o szczególnych środkach bezpieczeństwa, - instrukcje konserwacji i łączenia oraz przechowywania

i rozwijania taśm pod ziemią, - certyfikaty, Wykonawca załączył do oferty certyfikat nr B/1905/2008 (str. 157÷159), uprawniający do oznaczenia wyrobu znakiem bezpieczeństwa, którego ważność upłynęła 12.10.2011r. Stanowisko i uzasadnienie Odwołującego: Odwołujący podaje, iż omyłkowo załączył dokument już nieważny. Dodatkowo Odwołujący podaje, iż dokumentem (certyfikatem), który określa bezpieczeństwo taśm i jednocześnie dopuszcza pracę taśm w podziemnych wyrobiskach górniczych jest Dopuszczenie Wyższego Urzędu Górniczego, wydawane w formie decyzji administracyjnej, które zamieszczone zostało w ofercie (strona 153-155). Odwołujący również podaje, że posiada inne certyfikaty, które przedstawi na żądanie Zamawiającego.

4) Zamawiający podał również, że: *„Zgodnie z wymaganiami zawartymi w części III SIWZ pkt. E ppkt. 2, Zamawiający wymagał od Wykonawców: 5) oświadczenie odnośnie gwarancji.”* Zamawiający podał, że Wykonawca załączył do oferty kartę gwarancyjną dotyczącą taśmy trudnopalnej jednolicie tkanej tkaninowo-gumowej (str. 225), oraz kartę gwarancyjną dotyczącą materiałów połączeniowych do taśmy (str. 227). Brak jest w ofercie oświadczenia odnośnie gwarancji na wykonane połączenia wulkanizowane. Stanowisko i uzasadnienie Odwołującego: Odwołujący podnosi, iż w przypadku wezwania dokument ten zostanie uzupełniony, bowiem dokument ten należy do kategorii dokumentów uzupełnialnych. Nadto Odwołujący wskazuje, iż Zamawiający nie jest konsekwentny w swoich zarzutach, bowiem z jednej strony odrzuca ofertę Odwołującego z uwagi na fakt, iż na wykonanie połączeń udzielił gwarancji na okres 12 m-cy, zamiast na okres 24 m-cy, a z drugiej strony podnosi, iż Brak jest w ofercie oświadczenia odnośnie gwarancji na wykonane połączenia wulkanizowane. Odwołujący wskazuje na niespójność SIWZ i wyjaśnień Zamawiającego z dnia 04.03.2013 r., w których podał, że Zamawiający wymaga oświadczenia odnośnie gwarancji jakości dla ofertowanych taśm przenośnikowych. Nic nie wspomniał o gwarancji na wykonanie połączeń. Niejasne, a niniejszej sprawie nawet sprzeczne zapisy SIWZ i wyjaśnień Zamawiającego nie mogą obciążać Wykonawcy negatywnymi skutkami.

5) Poza tym podano: *„Zgodnie z wymaganiami zawartymi w części III SIWZ pkt. E ppkt. 7, Zamawiający wymagał od Wykonawców: 7) aktualne dokumenty potwierdzające posiadanie systemu zapewnienia jakości”.* Wykonawca załączył do oferty certyfikat ISO dla firmy COBRA EUROPE S.A. - uczestnika konsorcjum, wraz z tłumaczeniem na język polski (str. 91-92). Brak jest w ofercie dokumentu potwierdzające posiadanie systemu zapewnienia jakości przez lidera konsorcjum firmę Cobra Europę Sp. z o.o. Stanowisko i uzasadnienie Odwołującego: Na podstawie art. 23 ust. 1 Pzp wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. W takim przypadku, stosownie do przepisu art. 23 ust. 3 Pzp, przepisy tej ustawy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio (a nie wprost) do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Odpowiednie (a nie wprost) stosowanie przepisów ustawy Pzp dotyczących wykonawcy do wykonawców

wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, w zakresie warunku dotyczącego posiadania aktualnych dokumentów potwierdzających posiadanie systemu zapewnienia jakości, oznacza, że co najmniej jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia winien posiadać określone przez zamawiającego w opisie sposobu dokonywania oceny spełniania tego warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia posiadanie systemu zapewnienia jakości. Zamawiający w Ogłoszeniu w pkt. III.2.3) Kwalifikacje techniczne podał: Informacje i formalności konieczne do dokonania oceny spełniania wymogów: W celu potwierdzenia posiadania zdolności technicznej Wykonawca musi dołączyć do oferty między innymi następujące dokumenty: 1) Wykaz wykonanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zamówień odpowiadające swoim rodzajem i wartością dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia, złożony na druku stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ, wraz z dokumentami potwierdzającymi, że dostawy te zostały wykonane należycie. 2) Aktualne dokumenty potwierdzające posiadanie systemu zapewnienia jakości. W Ogłoszeniu Zamawiający nie wymagał aby warunek posiadania systemu zapewnienia jakości miał być spełniony przez każdego z członków konsorcjum, pomimo, że w innych punktach wskazał, które warunki mają spełnić wykonawcy występujący wspólnie łącznie. Rozstrzygająca w zamówieniu winna być odpowiednia treść ogłoszenia o zamówieniu, bowiem to na jej podstawie Odwołujący ocenia swoje możliwości udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Niewątpliwie spełnienie tego warunku winno być oceniane łącznie. Zaakceptowanie przeciwnego poglądu prowadziło do znacznego zwielokrotnienia wymogów postawionych wobec konsorcjum w stosunku do wymogu stawianego wykonawcy ubiegającemu się samodzielnie o udzielenie zamówienia publicznego, co byłoby nie do pogodzenia z zasadą równości wykonawców wyrażoną w art. 7 Pzp. W tej sytuacji oraz wobec zapisów Ogłoszenia należy przyznać prymat wynikającej z samej natury konsorcjum zasadzie łączenia potencjałów, które zawiązywane są właśnie w celu łączenia potencjału technicznego, osobowego, ekonomicznego i finansowego wykonawców, którzy samodzielnie nie są w stanie wykazać spełnienia pozytywnego warunku udziału w postępowaniu (wyrok KIO z dnia 21.02.2011r., sygn. akt: KIO 248/11). Żądanie przedstawienia systemu zapewnienia jakości - zgodnie z Ogłoszeniem (III.2.3) jest zdolnością i warunkiem technicznym. A zatem Wykonawcy ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia powinni być traktowani na równych zasadach z wykonawcą działającym samodzielnie. Zgodnie z zasadą zachowania uczciwej konkurencji, zamawiający nie powinien różnicować sytuacji wykonawcy ze względu na to, czy jest to tzw. konsorcjum czy też samodzielny wykonawca, szczególnie zaś przez stawianie dodatkowych warunków udziału w postępowaniu. Celem dopuszczenia konstrukcji konsorcjum było ułatwienie pozyskiwania zamówień wykonawcom nie będącym w stanie ich uzyskać samodzielnie

z uwagi na swoje możliwości finansowe, czy też technologiczne. Z istoty i celu wspólnego ubiegania się o zamówienia publiczne wynika więc dopuszczenie potwierdzenia warunku przez jednego z wykonawców działających wspólnie. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie są zazwyczaj wobec siebie komplementami (np. jeden jest producentem towaru, a drugi świadczy usługi). W takiej sytuacji żądanie od każdego z nich spełnienia wymogów adekwatnych do statusu drugiego nie jest racjonalne, ani też nie wymaga tego interes zamawiającego (wyrok KIO z dnia 03.06.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP/488/08). W niniejszym postępowaniu członkowie Konsorcjum są od siebie zależni, bowiem pod względem kapitałowym prawie całość udziałów w spółce z o.o. należy do spółki francuskiej (dowód: odpis KRS w ofercie), która nie tylko udziela wsparcia w działalności spółki polskiej, ale również przekazuje wiedzę i doświadczenie oraz know-how, jak również pełni kontrolę jej działalności na wszelkich polach działalności gospodarczej, przede wszystkim w celu zachowania standardów produkcji taśm w grupie Cobra Europe.

6) *„Zgodnie z wymaganiami zawartymi w części III SIWZ pkt. E ppkt. 8, Zamawiający wymagał od Wykonawców: 8) w celu potwierdzenia opisanego w niniejszej SIWZ warunku posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub przedstawienia pisemnego zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia, Zamawiający wymaga następujących dokumentów: (...) - co najmniej jednej pozytywnej opinii użytkownika dotyczącej należyte wykonanych połączeń palczastych taśm jednolicie tkanych pod ziemią metodą wulkanizacji na gorąco (dotyczy Dostawców składających ofertę w zakresie zadania 1). Wykonawca nie przedstawił dokumentu, potwierdzającego spełnianie ww. wymagań.”* Stanowisko i uzasadnienie Odwołującego: Odwołujący wyjaśnił, iż na wezwanie Zamawiającego uzupełni ofertę o ww. dokument.

Zamawiający w dniu 09.05.2013 r. wezwał (faxem) w trybie art. 185 Pzp do uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 13.05.2013 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej) wpłynęło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: Konsorcjum Firm: 1) Węglkokoks S.A. (Lider Konsorcjum); 2) Conbelts Bytom S.A. (Członek Konsorcjum) z adresem na rzecz siedziby lidera konsorcjum: ul. Mickiewicza 29, 40-085 Katowice zwane dalej: „Konsorcjum Węglkokoks” albo „Przystępującym”. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO nie wniosło na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, ofertą Odwołującego i Przystępującego, zawiadomieniem o odrzuceniu oferty Odwołującego cz. I, jak i wyborze oferty najkorzystniejszej w cz. I, odwołaniem, przystąpieniem, odpowiedzią na odwołanie złożoną na posiedzeniu przez Zamawiającego, a także referencją z dnia 06.02.2013 r. oraz certyfikatem w j. czeskim číslo 1103/12/TLO złożonymi na rozprawie przez Odwołującego, nadto protokołem z posiedzenia Komisji Przetargowej z dnia 19.03.2013 r. złożonym na rozprawie przez Zamawiającego, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Izba stwierdza, że przedmiotowe odwołanie dotyczy postępowania wszczętego ogłoszeniem o zamówieniu z dnia 07.02.2013 r., czyli przed dniem 20.02.2013 r., tj. wejściem w życie ustawy z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 2012 r., poz. 1271).

Nadto, Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia, przy założeniu potwierdzenia się zarzutów. Odwołujący, którego oferta została odrzucona w cz. I i nie podlegała klasyfikacji w ramach kryterium oceny ofert w cz. I, tj. ceny (100%), w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia w cz. I.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem o sygn. akt: KIO 1085/13, postanowień ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, oferty Odwołującego i Przystępującego, zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego cz. I, jak i wyborze oferty najkorzystniejszej w cz. I, odwołania, przystąpienia, odpowiedzi na odwołanie złożonej na posiedzeniu przez Zamawiającego, a także referencji z dnia 06.02.2013 r. złożonej na rozprawie przez Odwołującego, nadto protokołu z posiedzenia Komisji Przetargowej z dnia 19.03.2013 r. złożonego na rozprawie przez Zamawiającego.

Odnośnie certyfikatu w j. czeskim číslo 1103/12/TLO złożonego przez Odwołującego na rozprawie, Izba z uwagi na brak przedstawienia tłumaczenia na język polski (§ 19 ust.3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22.03.2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2010 r. Nr 48, poz. 280 oraz z 2013 r. poz. 232) nie dopuściła niniejszego certyfikatu jako dowodu w sprawie.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Względem zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 23 ust. 2 i ust. 3 w zw. z art. 2 pkt 11 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo, że Odwołujący prawidłowo oznaczył Wykonawcę w treści Formularza oferty, a z całej jej treści, pełnomocnictwa i dokumentów jasno wynika, że Cobra Europę sp. z o.o. reprezentuje wykonawcę wspólnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego, tudzież zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp wobec braku w tym przedmiocie uzasadnienia prawnego, Izba uznała w/w zarzuty za zasadne z zastrzeżeniem, że w drugim wypadku nie ma niniejsze naruszenie wpływu na wynik postępowania – art. 192 ust. 2 Pzp.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowych zarzutów:

Należy wskazać, że Odwołujący przywołał w treści odwołania stosowne postanowienia SIWZ, które Izba uznaje za miarodajne dla przedmiotu sporu. Nadto, w toku rozprawy, Zamawiający oświadczył, że przywołane kwestie w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego nie były podstawą odrzucenia jego oferty, co nie znaczy że nie stanowiła ona uchybienia co do obowiązujących postanowienia SIWZ. Powyższe stanowisko Zamawiającego, w ocenie Izby było na tyle niejednoznaczne, iż koniecznym stało się odniesienie się do sformułowanych w odwołaniu zarzutów.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

W ocenie Izby, z pełnomocnictwa z dnia 28.02.2013 r. załączonego do oferty (str. 233-234) wynika w sposób niebudzący żadnych wątpliwości, że oferta w niniejszym postępowaniu została złożona przez Konsorcjum Firm składające się z dwóch członków – spółki polskiej COBRA EUROPE Sp. z o.o., jako Lidera Konsorcjum oraz spółki francuskiej COBRA EUROPE S.A., jako drugiego Członka Konsorcjum. Izba podnosi, że pełnomocnictwo stanowi dla zamawiającego istotne źródło informacji nie tylko odnośnie podmiotu uprawnionego do występowania w imieniu grupy wykonawców, ale pozwala także na identyfikację wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Prawidłowo sformułowane pełnomocnictwo i należycie ustanowiony pełnomocnik mają zasadnicze

znaczenie dla ważności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, bowiem oferta złożona w ramach przetargu przez osobę nienależycie umocowaną podlega odrzuceniu, (oczywiście z zastrzeżeniem, że Zamawiający przed odrzuceniem oferty dopełnił obowiązku wynikającego z art. 26 ust. 3) zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy (za wyrokiem SO we Wrocławiu z 29.03.2007 r., sygn. akt: X Ga 65/06). W tym stanie faktycznym Izba uznała, prawidłowy charakter niniejszego pełnomocnictwa, które zostało podpisane przez E..... M..... Prezesa Zarządu oraz Prezesa Dyrektora Naczelnego E..... M..... ujawnionego w dokumentach rejestracyjnych (odpowiednio polskim KRS-ie oraz francuskim KRS-ie Wpisie Głównym do Rejestru Handlu i Spółek) obu członków konsorcjum i umocowanego do samodzielnej reprezentacji. Powyższe potwierdzają również dokumentu podmiotowe załączone do oferty (od str. 7 poczynając i następne). Odnośnie braku podstawy prawnej, Izba nie przeczy, że w tym zakresie ma miejsce naruszenie, przy czym nie uniemożliwiło ono sformułowanie Odwołującemu w tym zakresie stosownego zarzutu, czyli nie miało wpływu na wynik postępowania.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Względem zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo iż oferta nie zawiera błędu w obliczeniu ceny, tudzież zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 1, 2 i 3 Pzp poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie oczywistej omyłki pisarskiej, rachunkowej oraz innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, Izba uznała za zasadny pierwszy z nich oraz zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowych zarzutów:

Należy wskazać, że Odwołujący przywołał w treści odwołania stosowne postanowienia SIWZ – tabeli formularza ofertowego oraz własnej oferty, które Izba uznaje za miarodajne dla przedmiotu sporu. Powyższe zostało także uczynione przez Zamawiającego w ramach zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego cz. I, jak i wyborze oferty najkorzystniejszej w cz. I. Dodatkowo należy przywołać Rozdz. VIII Opis sposobu obliczania ceny oferty pkt 1: *„Wykonawca podaje dla każdego zadania, na które składa ofertę, cenę jednostkową w zł netto za metr bieżący taśmy przenośnikowej wymienionej w Formularzu oferty, a dla zadania 1 dodatkowo cenę jednostkową netto za wykonanie połączenia wulkanizowanego na gorąco, oraz cenę w zł netto i brutto (z VAT) za całość zamówienia”*.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

W pierwszej kolejności należy stwierdzić, że w przedmiotowym stanie faktycznym nie mamy do czynienia z omyłkami o charakterze „oczywistym”. Nie jest więc dopuszczalne ewentualne zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 Pzp. Przy czym bezsprzecznie zaistniała

niezgodność w tabeli formularza ofertowego z postanowieniami z Rozdz. VIII pkt 1 SIWZ. Niewątpliwie co do nakazu podania ceny w zł netto i brutto (z VAT) za całość zamówienia – wobec ich braku. Jednakże, zasadnym jest stwierdzenie w przedmiotowym stanie faktycznym, że skoro pomnożona maksymalna ilość [mb/szt.] przez cenę jednostkową netto [zł/mb/szt.] dla łączenia odcinków taśmy – pkt 10, spowoduje otrzymanie prawidłowej maksymalnej wartości netto [zł] dla łączenia odcinków taśmy – pkt 10, którą otrzymuje się również przy odjęciu wielkości znajdujących się pierwotnie w tabeli formularza ofertowego Odwołującego (str. 3 oferty), tzn. maksymalnej wartości netto [zł] dla pkt 1-9 od omyłkowej maksymalnej wartości netto [zł] dla łączenia odcinków taśmy – pkt 10, to w ten sam sposób otrzyma się prawidłową maksymalną wartość brutto [zł] dla łączenia odcinków taśmy – pkt 10. Według schematu - po odjęciu wielkości znajdujących się pierwotnie w tabeli formularza ofertowego Odwołującego (str. 3 oferty), tzn. maksymalnej wartości brutto [zł] dla pkt 1-9 od omyłkowej maksymalnej wartości brutto [zł] dla łączenia odcinków taśmy – pkt 10. Dodatkowo, Izba wskazuje, że w protokole z posiedzenia Komisji Przetargowej z dnia 19.03.2013 r. Zamawiający jednoznacznie zapisał cenę brutto oferty [zł] – tj. 6.667.830,00 PLN niniejsze niewątpliwie świadczy o tym, że był w stanie samodzielnie dokonać poprawy „innej omyłki” zaistniałej w tabeli formularza ofertowego Odwołującego.

Izba nakazuje Zamawiającemu w ramach nakazanej powtórzonej czynności badania i oceny ofert w cz. I - dokonanie poprawy w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp - w tabeli formularza ofertowego Odwołującego – „innej omyłki” polegającej na niezgodności oferty ze SIWZ (z Rozdz. VIII pkt 1 oraz z treścią przygotowanego przez Zamawiającego formularza ofertowego w tabeli – w pkt 10), niepowodującej istotnych zmian w treści oferty. Po pierwsze poprzez przeniesienie do rubryki „Razem”, czyli podania ceny w zł netto i brutto (z VAT) za całość zamówienia – wartości omyłkowo pierwotnie zapisanej, jako maksymalnej wartości netto [zł] i maksymalnej wartości brutto [zł] dla łączenia odcinków taśmy – pkt 10. Po drugie wpisanie prawidłowej maksymalnej wartości netto [zł] i maksymalnej wartości brutto [zł] dla łączenia odcinków taśmy – pkt 10 wyliczonej w sposób przywołany powyżej. Stosownie Zamawiający niezwłocznie zawiadamia Wykonawcę, w tym wypadku Odwołującego, o dokonanej poprawie, który w terminie 3 dni od dnia doręczenia może nie zgodzić się na poprawienie omyłki, co skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Względem zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo iż treść jego oferty odpowiada treści SIWZ, nadto zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 1, 2 i 3 Pzp poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie oczywistej omyłki pisarskiej, rachunkowej oraz innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty,

jak i zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, Izba uznała za zasadny pierwszy i ostatni z nich oraz zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowych zarzutów:

Należy wskazać, że Odwołujący przywołał w treści odwołania stosowne postanowienia SIWZ – Cz. III Opis przedmiotu zamówienia lit. A pkt 1.6, 2.6 i E pkt 5, formularza ofertowego – pkt 4, odpowiedzi na pytania (pismo z dnia 04.03.2013 r.), tudzież oferty Odwołującego (str. 3, 225 i 227), które Izba uznaje za miarodajne dla przedmiotu sporu.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

W zakresie błędnego oświadczenia złożonego w pkt 4 formularza ofertowego – tzn. okresu gwarancji na połączenia wulkanizowane taśmy, koniecznym jest wskazanie, że wymóg z Cz. III SIWZ Opis przedmiotu zamówienia lit. E pkt 5 – złożenia oświadczenia odnośnie gwarancji - dotyczył tylko oferowanej taśmy spełniającej żądane parametry i warunki dostawy: *„w celu potwierdzenia, że oferowana taśma spełnia żądane parametry i warunki dostawy”*. Podobnie wynikało z odpowiedzi na pytania (pismo z dnia 04.03.2013 r.). W konsekwencji należy uznać, że obowiązek złożenia karty gwarancyjnej w zakresie połączeń wulkanizowanych nie wynikał z postanowień SIWZ, ani z odpowiedzi z dnia 04.03.2013 r., uniemożliwia powyższe ewentualne wezwanie do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, co sugerował na rozprawie Odwołujący (W zakresie braku wymogu złożenia drugiej Karty gwarancyjnej, Izba stwierdziła również, że także Przystępujący podobnie zrozumiał postanowienia SIWZ – Wzór Karty gwarancyjnej oraz warunki gwarancji dotyczą taśm przenośnikowych – str. 162-164 oferty Przystępującego). Izba nie przeczy, że w pkt 4 formularza ofertowego znajduje się miejsce na złożenie oświadczenia w zakresie również okresu gwarancji na połączenia wulkanizowane taśmy, przy czym stanowi to element treści oferty, a nie warunków o których mowa w art. 25 ust.1 pkt 1 i 2 Pzp. W rezultacie wobec złożenia w sposób dobrowolny Karty gwarancyjnej przez Odwołującego na materiały połączeniowe do taśmy, czyli materiały spełniające istotną rolę w zakresie połączeń wulkanizowanych taśmy, Zamawiający winien mając z jednej strony oświadczenie z pkt 4 formularza ofertowego, z drugiej strony przywołaną Kartę gwarancyjną (str. 227 oferty) wezwać Odwołującego na podstawie art. 87 ust.1 Pzp do wyjaśnień w zakresie treści oferty, tj. okresu gwarancji na połączenia wulkanizowane taśmy, aby ustalić, czy owa Karta gwarancyjna obejmuje również usługę połączenia.

W sytuacji pozytywnej odpowiedzi Zamawiający zobligowany jest do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, co wprost wynika z art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp.

Izba zastrzega, że w powyższym stanie faktycznym mamy do czynienia nie tylko i wyłącznie z oświadczeniem w pkt 4 formularza ofertowego dotyczącym okresu gwarancji, ale również złożoną dobrowolnie Kartą gwarancyjną na 24 miesięczny okres gwarancji, która po wyjaśnieniach winna być podstawą ustalenia rzeczowego zamiaru Wykonawcy.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Względem zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 i 4 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów dla potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, oraz dla potwierdzenia, że oferowane dostawy i usługi odpowiadają wymaganiom stawianym przez Zamawiającego, Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowych zarzutów:

Należy wskazać, że Odwołujący przywołał w treści odwołania stosowne postanowienia SIWZ oraz własnej oferty, które Izba uznaje za miarodajne dla przedmiotu sporu. Powyższe zostało także uczynione przez Zamawiającego w ramach zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego cz. I, jak i wyborze oferty najkorzystniejszej w cz. I. W toku rozprawy Odwołujący także podnosił kwestie sprzeczności postanowień ogłoszenia o zamówieniu z postanowieniami SIWZ wnosząc o wzięcie tego pod uwagę na korzyść Wykonawcy w zakresie certyfikatu ISO.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, Izba generalnie stwierdza, że z uwagi na nieprawidłowe zastosowanie art. 89 ust.1 pkt 2 i 6 Pzp, Zamawiający bezsprzecznie naruszyła art. 26 ust. 3 Pzp.

Po drugie, w konsekwencji niezasadności odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający winien wezwać Odwołującego do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp w zakresie jakim zaniechał powyższego, na co wskazywał w ramach zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego cz. I, jak i wyborze oferty najkorzystniejszej w cz. I oraz na rozprawie. Gotowość w tym zakresie wyraził również sam Odwołujący przedkładając na potwierdzenie, iż jest w stanie na ewentualne wezwanie przedłożyć stosowne dokumenty - referencje na taśmy podziemne PVG z dnia 06.02.2013 r.

Przy czym, Izba odniesie się do kwestii braku oświadczenia odnośnie gwarancji na wykonane połączenia wulkanizowane oraz konieczności złożenia przez każdego z członków konsorcjum Odwołującego dokumentu potwierdzającego posiadanie systemu jakości. W pierwszym wypadku, jak Izba podnosiła wcześniej, wobec braku stosownego wymogu załączenia Kart gwarancyjnej odnośnie połączeń wulkanizacyjnych taśmy nie ma potrzeby zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp, czy też art. 26 ust. 4 Pzp, gdyż nie dotyczył ten wymóg dokumentów z art. 25 ust.1 pkt 1 i 2 Pzp. Z kolei zaistniała sprzeczność oświadczenia z pkt 4 formularza ofertowego ze złożoną fakultatywnie Kartą gwarancyjną należy wyjaśnić w trybie

art. 87 ust.1 Pzp, a następnie poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Przy czym, w tym stanie faktycznym mamy do czynienia nie tylko z oświadczeniem woli w pkt 4 formularza ofertowego dotyczącym treści złożonej oferty, ale i złożoną dobrowolnie Kartą gwarancyjną, stąd dopuszczalna jest stosowna wykładnia, po uzyskaniu wyjaśnień w trybie art. 87 ust.1 Pzp. W drugim wypadku, odnośnie certyfikatu ISO, w ocenie Izby nie ma nieścisłości wskazywanej przez Odwołującego, a Zamawiający wymagał jego złożenia przez każdego z podmiotów w wypadku podmiotów wspólnie składających ofertę. W żadnym wypadku przywołane postanowienia ogłoszenia o zamówieniu nie są sprzeczne z Rozdz. VII pkt 4, który powołuje się na Rozdz. VI pkt 1 ppkt m.in. 10. Skoro bowiem w Sekcji III.2.1) ogłoszenia o zamówieniu – dotyczy wykazu względem wymaganej wiedzy i doświadczenia, jak i w Sekcji III.2.2) ogłoszenia o zamówieniu – dotyczy informacji z banku względem wymaganej zdolności ekonomicznej i finansowej określono konieczność spełnienia stosownych warunków wspólnie, a *contrario* brak w Sekcji III.2.3) ogłoszenia o zamówieniu – przy dokumentach potwierdzających posiadanie systemu jakości, takich postanowień świadczy o tym, że każdy z podmiotów składających ofertę wspólna winien spełnić ten warunek (str. 6-7 z 10 ogłoszenia o zamówieniu lub str. 6-8 z 23 formularza standardowego 05 – ogłoszenie o zamówieniu – zamówienie sektorowe).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i art. 91 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia i dokonanie wyboru - jako najkorzystniejszej - oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, Izba uznała, że wobec potwierdzenia się naruszenia przez Zamawiającego art. 23 ust. 2 i ust. 3 w zw. z art. 2 pkt 11 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt. 6 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, art. 87 ust. 1 Pzp, oraz art. 26 ust. 3 Pzp, niniejszy zarzut należy także uznać za zasadny.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 1 i ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b 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). Izba uznała

wniosek Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3.600,00 zł, tj. maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

.....