

Sygn. akt: KIO 2777/14

Sygn. akt: KIO 2811/14

WYROK

z dnia 15 stycznia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 stycznia 2015 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby odwoławczej:

A. w dniu 24 grudnia 2014 r. przez wykonawcę SEMPERTRANS BEŁCHATÓW SP. Z O.O., ul. Transportowa 2, 97-427 Rogowiec

B. w dniu 29 grudnia 2014 r. przez wykonawcę Konsorcjum: WĘGLOKOKS S.A., Conbelts Bytom S.A., ul. Mickiewicza 29, 40-085 Katowice

w postępowaniu prowadzonym Katowicki Holding Węglowy S.A., ul. Damrota 16-18, 40-022 Katowice

przy udziale wykonawców Konsorcjum: WĘGLOKOKS S.A., Conbelts Bytom S.A., ul. Mickiewicza 29, 40-085 Katowice, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2777/14, po stronie zamawiającego.

Orzeka:

w sprawie o Sygn. KIO 2777/14

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego i dokonanie poprawy w ofercie odwołującego „innej omyłki” o której mowa w przepisie art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp, dotyczącej terminu wykonania zamówienia oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę oferty odwołującego.

2. Kosztami postępowania obciąża Katowicki Holding Węglowy S.A., ul. Damrota 16-18, 40-022 Katowice:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez SEMPERTRANS BEŁCHATÓW SP.Z O.O., ul. Transportowa 2, 97-427 Rogowiec

2.2. zasądza od Katowicki Holding Węglowy S.A., ul. Damrota 16-18, 40-022 Katowice na rzecz SEMPERTRANS BEŁCHATÓW SP.Z O.O., ul. Transportowa 2, 97-427 Rogowiec kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego z tytułu uiszczanego wpisu od odwołania.

w sprawie o sygn. KIO 2881/14

1. oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Konsorcjum: WĘGLOKOKS S.A., Conbelts Bytom S.A., ul. Mickiewicza 29, 40-085 Katowice:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Konsorcjum: WĘGLOKOKS S.A., Conbelts Bytom S.A., ul. Mickiewicza 29, 40-085 Katowice.

2.2. zasądza od Konsorcjum: WĘGLOKOKS S.A., Conbelts Bytom S.A., ul. Mickiewicza 29, 40-085 Katowice na rzecz Katowicki Holding Węglowy S.A., ul. Damrota 16-18, 40-022 Katowice kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty wynagrodzenia pełnomocnika

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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

Sygn. akt KIO 2777/14

Sygn. akt KIO 2611/14

UZASADNIENIE

Katowicki Holding Węglowy S.A., ul. Damrota 16-18, 40-022 Katowice, zwany dalej „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Dostawa taśmy przenośnikowej trudnopalnej do jazdy ludzi i transportu urobku przenośnikiem taśmowym typu PIOMA1400 do KHW S.A. w okresie 4 miesięcy od dnia zawarcia umowy⁷¹ - nr sprawy ZP/M/38/2014.

W przedmiotowym postępowaniu oferty złożyło trzech wykonawców. W dniu 19 grudnia Zamawiający poinformował wykonawców o odrzuceniu ich ofert oraz o unieważnieniu postępowania w oparciu o przepis art. 93 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp. Od takiej czynności Zamawiającego wykonawcy:

C. 1 SEMPERTRANS BEŁCHATÓW Sp. z o.o., ul. Transportowa 2, 97-427 Rogowiec. Sygn. akt KIO 2777/14, oraz

D. Konsorcjum: WĘGLOKOKS S.A., Conbelts Bytom S.A., ul. Mickiewicza 29, 40-085 Katowice KIO 2811/14

zwani dalej „odwołującym Sempertrans” oraz „odwołującym Węglokoks” wnieśli odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zarzucając Zamawiającemu:

- w zakresie odwołania KIO 2777/14

Odwołujący zarzucił naruszenie następujących przepisów:

- art. 89 ust. 1 w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez wadliwe przyjęcie, iż zachodzi którakolwiek z przesłanek odrzucenia oferty Odwołującego,
- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty, której treść odpowiada treści SIWZ,
- art. 93 ust. 1 pkt 1 (najpewniej Pzp., w treści odwołania nie zostało to sprecyzowane), poprzez unieważnienie postępowania z naruszeniem ustawowych podstaw ku temu,
- art. 7 ust. 1 (najpewniej Pzp z naruszeniem zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji,
- art. 87 ust. 2 Pzp., poprzez uznanie, że oferty Odwołującego nie można poprawić.

Podnosząc powyższe zarzuty, Odwołujący domagał się nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności uznania oferty Odwołującego za odrzuconą, kontynuowania postępowania przetargowego z uwzględnieniem oferty Odwołującego oraz dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący podniósł, że w dniu 30.10.2014 do

Odwołującego wystąpiono o uzupełnienie oferty w zakresie technicznym zgodnie z zapisami Protokołu nr ZP/M/38P2014/6 oraz o wyjaśnienie na podstawie art. 97 ust. 1 ustawy z dnia 29.01.2004 Prawo Zamówień Publicznych zaoferowanego 4 miesięcznego terminu wykonania zamówienia. W formularzu „oferta” Zamawiający wymagał wpisania terminu wykonania zamówienia liczonego w dniach kalendarzowych od daty otrzymania zamówienia tj. max. 90 dni zgodnie z zapisem Rozdziału I ust. 4 ppkt. 4.3. W ramach wyjaśnienia oferty Odwołujący poinformował, iż mylnie zaoferował 4 miesięczny termin wykonania zamówienia. Odwołujący poinformował, iż zmienia zapis na „Termin wykonania zamówienia max. 90 dni kalendarzowych od daty otrzymania zamówienia”, co spełnia wymagania Zamawiającego. Jednakże Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Ustawy, jako oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ i nie można jej poprawić zgodnie z art. 67 ust 2 Pzp.

Tym samym Odwołujący uznał, że odrzucenie jego oferty jako podlegającej poprawie omyłki, było niezasadne. Stwierdził, że wraz z unieważnieniem czynności odrzucenia jego oferty odpadnie przesłanka unieważnienia postępowania z art. 93 ust.1 pkt 1 i jako to, że jego oferta jest najkorzystniejsza cenowo winna zostać przez Zamawiającego uznana za najkorzystniejszą.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego nieuwzględnienie, gdyż jego zdaniem podniesione zarzuty są niezasadne. Ponadto podniósł, że odwołanie nie wskazuje okoliczności faktycznych- i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Opisano w nim jedynie w sposób zwięzły przebieg postępowania w zakresie, w jakim wiązał się on z odrzuceniem oferty Odwołującego. Nie wskazano jednak, z jakich przyczyn Odwołujący uznaje, że czynności podjęte przez Zamawiającego są sprzeczne z prawem. Według treści punktu 4.3. Rozdziału I SIWZ w niniejszym postępowaniu, *Termin realizacji zamówienia nie może przekraczać 90 dni od daty jego otrzymania od Zamawiającego*. Jednocześnie, opracowując wzorcowy formularz ofertowy, stanowiący Załącznik nr 1 do SIWZ, Zamawiający przewidział w jego treści punkt 2, o treści *Termin wykonania zamówienia: dni kalendarzowych od daty otrzymania zamówienia*. Każdy z Wykonawców składając ofertę i posługując się opracowanym przez Zamawiającego wzorcem formularza ofertowego, zobligowany był do podania terminu, w ciągu którego będzie w stanie wykonać przedmiotowe zamówienie. Zważywszy na sposób, w jaki ujęto sformułowanie przywołanego wyżej punktu 4.3. Rozdziału I SIWZ, termin ten mógł być określony jako mniej niż 90 dni lub mógł wynosić dokładnie 90 dni, jednak nie mógł być od tego okresu dłuższy. Sporządzając złożoną przez siebie ofertę, Odwołujący posłużył się formularzem ofertowym opracowanym przez Zamawiającego, jednakże w zakresie punktu 2, służącego określeniu terminu wykonania zamówienia, znacząco zaingerował w tenże wzorzec. Mianowicie, podał, że termin wykonania zamówienia wyniesie *4 miesiące od daty otrzymania zamówienia*. Fakt, że

Odwołujący z własnej inicjatywy zastąpił zawarte we wzorcowym formularzu słowa *dni kalendarzowych* słowem *miesiące* ma istotne znaczenie dla oceny świadomości, w jakiej pozostawał Odwołujący składając oświadczenie woli. Zamawiający, stwierdziwszy w treści oferty Odwołującego opisaną wyżej sprzeczność z treścią SIWZ, dążąc do zachowania maksymalnej możliwej staranności w toku prowadzonego przez siebie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zwrócił się w oparciu o art. 87 ust. 1 Pzp do Odwołującego z wnioskiem o wyjaśnienie treści oferty w tym zakresie. Otrzymane wyjaśnienia sprowadzały się jednak praktycznie wyłącznie do wskazania, że termin czteromiesięczny został przez Odwołującego wskazany *mylnie*. Zamawiający nie został jednak poinformowany w żadnym zakresie o przyczynach zaistnienia takiej omyłki. Wykonawca podał w treści sformułowanych przez siebie wyjaśnień, że *zmienia zapis* oferty. Trzeba jednak odnotować, że tego rodzaju działanie nie znajduje żadnego umocowania w przepisach Prawa zamówień publicznych i nie może być uznawane za skuteczne, jako że zmiana treści oferty po upływie terminu przewidzianego na ich składanie jest wprost zakazana mocą przepisu art. 87 ust. 1 Pzp. Zamawiający po otrzymaniu wyjaśnień treści oferty weryfikował te okoliczności przez pryzmat orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, stwierdzając, że uchybienie zawarte w treści oferty Odwołującego nie nadaje się do usunięcia w sposób przewidziany przepisami ustawy. Podniósł także, że Odwołujący określając termin wykonania zamówienia na cztery miesiące, zaingerował w treść wzorcowego formularza, zmieniając *dni kalendarzowe* na *miesiące* - co całkowicie wyklucza możliwość potraktowania takiego działania jako oczywistej omyłki pisarskiej.

Podniósł także iż dodatkową okolicznością uniemożliwiającą zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 w odniesieniu do nieprawidłowo określonego w ofercie Odwołującego terminu wykonania zamówienia jest fakt, że Zamawiający nie jest w stanie samodzielnie, niejako zastępując w tym zakresie Odwołującego, określić w jakim terminie (zgodnym z SIWZ) zostanie wykonane zamówienie. Wszak wedle treści SIWZ termin 90-dniowy określony został jedynie jako termin maksymalny, a poszczególni Wykonawcy uprawnieni byli do oferowania także krótszych terminów. Nie jest więc możliwe proste zastąpienie terminu podanego pierwotnie w ofercie innym „właściwym” w rozumieniu SIWZ terminem wykonania zamówienia - w tym zakresie bowiem Wykonawcy dysponowali swobodą limitowaną jedynie okresem 90-dniowym.

Zamawiający odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp stwierdził, że Nie znajduje także potwierdzenia zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1 Pzp Wszystkie czynności podjęte względem oferty Odwołującego były zgodne z prawem, a Odwołujący nie podjął nawet próby wykazania, jakoby Zamawiający w jakikolwiek sposób faworyzował innych wykonawców w toku niniejszego postępowania, które, co godzi się raz jeszcze wzmiankować, zostało unieważnione w obliczu braku ważnych ofert.

Do tego postępowania po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca- odwołujący Konsorcjum: WĘGLOKOKS S.A, który poparł stanowisko Zamawiającego, w zakresie zasadności odrzucenia oferty odwołującego Sempertrans, gdyż tylko prezentowanie takiego stanowiska, w sytuacji uwzględnienia jego odwołania dawała mu możliwość wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

W zakresie odwołania KIO 2811/14

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp wskutek bezzasadnego podjęcia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 91 Pzp poprzez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
- art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp wskutek bezzasadnego podjęcia czynności unieważnienia postępowania.

Podnosząc powyższe naruszenia Odwołujący domagał się nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, jak też nakazania Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz nakazania Zamawiającemu wykonania czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Uzasadniając podniesione zarzuty podał, że Odwołujący złożył w przewidzianym przez Zamawiającego terminie ofertę, która została przez Zamawiającego zbadana w aspekcie jej zgodności z treścią SIWZ. Następnie pismem z dnia 30.10.2014 r. Odwołujący się został wezwany do uzupełnienia złożonej oferty poprzez dostarczenie między innymi „wyników badań, które zawierać będą badania wytrzymałości połączenia na zerwanie (dla oferowanej taśmy), wydanych przez jednostkę zewnętrzną, zgodnie z zapisem SIWZ Rozdział II, ust. 4 pkt b.” Odwołujący uzupełnił ofertę o wszystkie wymagane przez Zamawiającego dokumenty. Ponownie pismem z dnia 25. 11. 2014 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia treści złożonej oferty, na co Odwołujący odpowiedział pismem z dnia 28.11.2014 r. Następnie Zamawiający poinformował, że na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych odrzucił ofertę Odwołującego, a w efekcie, po odrzuceniu ofert pozostałych wykonawców, unieważnił postępowanie.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał, że nie odpowiada ona treści SIWZ, ponieważ, na skutek uzupełnienia oferty oraz wyjaśniania jej treści, Zamawiający nie otrzymał sprawozdania z wyników badań wytrzymałościowych na zerwanie złączy taśmy oferowanej, a jedynie sprawozdanie LTT/73/13, które dotyczy złączy typoszeregu taśm jedno przekładkowych trudnopalnych, co nie wypełnia zapisu Rozdziału II

ust.4 pkt 4.3. Stwierdził, że nie może zgodzić się z powyższym i stoi na stanowisku, iż odrzucenie jego oferty narusza przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż Zamawiający nie wskazuje w wymaganiach SIWZ na parametry zamawianych taśm, a na ich typoszereg. Ponadto, zgodnie z zapisem Rozdziału II ust.2 pkt. 2.2 SIWZ, wytrzymałość taśmy powinna być zgodna z przeprowadzonym doborem, jednak nie mniejsza niż 3150 kN/m przez cały okres gwarancji. Stwierdził, że oferta Odwołującego zawiera wszelkie niezbędne informacje oraz dokumenty wskazujące, że taśma zamontowana przez niego w ramach wykonania przedmiotu zamówienia będzie posiadała wymaganą wytrzymałość. Zgodnie natomiast z zapisem Rozdziału II ust.2 pkt. 2.2 SIWZ wytrzymałość złącza na zerwanie powinna odpowiadać parametrowi min. 80% wytrzymałości taśmy przez cały okres gwarancji. Oferta Odwołującego również zawiera wszelkie niezbędne informacje oraz dokumenty wskazujące, że taśma zamontowana przez niego w ramach wykonania przedmiotu zamówienia będzie odpowiadać parametrowi min. 80% wytrzymałości taśmy przez cały okres gwarancji.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie stwierdził, że odwołanie w całości zasługuje jednak na oddalenie, jako że żaden z podniesionych w nim zarzutów nie znajduje oparcia w przepisach prawa ani w istniejącym stanie faktycznym. Zamawiający dokonując czynności badania ofert zestawiał ich treść ze zgodną z prawem i niekwestionowaną w toku postępowania treścią SIWZ, co jednoznacznie potwierdziło konieczność odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego. Wskazał, że poza sporem pomiędzy stronami jest fakt, że do oferty złożonej przez Odwołującego pierwotnie nie dołączono *wyników badań, które zawierałyby badania wytrzymałości połączenia na zerwanie (określone w %) oraz wytrzymałości taśmy (w kN/m)*. Złożenie tychże dokumentów było wymogiem jednoznacznie sformułowanym przez Zamawiającego w treści Rozdziału II pkt 4 lit. b) SIWZ (s. 17). Dokumenty te miały potwierdzać spełnianie przez oferowaną taśmę parametrów technicznych odnoszących się do wytrzymałości, określonych w punktach 2.2 oraz 2.3 Rozdziału II SIWZ (s. 15).

Wskazał także, że taśma przenośnikowa montowana jest w przenośniku taśmowym poprzez łączenie ze sobą w określony sposób kilkumetrowych jej odcinków, które razem tworzą ciągłość o długości nawet kilku kilometrów. Przedmiotowa taśma, zabudowana w przenośniku taśmowym, stanowi jedyną drogę transportu urobku i jazdy ludzi z obecnie eksploatowanego poziomu 900m. Z uwagi, iż jazda ludzi odbywa się na taśmie dolnej i górnej przenośnika (na transportowanym urobku), niezbędne staje się zapewnienie bezpieczeństwa jazdy ludzi poprzez utrzymanie rygorów zawartych w Dokumentacji Techniczno-Ruchowej producenta przenośnika taśmowego.

W procesie doboru jak i użytkowania taśmy kluczowe znaczenie ma wytrzymałość samej taśmy (materiału, z którego została wykonana) oraz wytrzymałość połączeń poszczególnych

odcinków taśmy (wytrzymałość złącza).

W wyniku stwierdzenia braku w ofercie ww. dokumentów, Zamawiający na mocy art. 26 ust. 3 Pzp wezwał Odwołującego do złożenia przedmiotowych dokumentów. Odwołujący w wykonaniu wezwania przedłożył *sprawozdanie z badań nr LTT/73/13 sporządzone przez Laboratorium Transportu Taśmowego Politechniki Wrocławskiej* stwierdzające wytrzymałość taśm oraz złącz taśm o różnorodnych nazwach handlowych, z których żadna nie jest zbieżna z nazwą handlową produktu oferowanego przez Odwołującego. Podkreślił, że zgodnie z treścią oferty Odwołującego zobowiązuje się on do dostarczania Zamawiającemu taśmy o nazwie handlowej *SafeCon Extreme 3200*. Żadna z nazw handlowych wymienianych w sprawozdaniu nr LTT/73/13 nie jest z nią tożsama.

Natomiast zgodnie z wymaganiem SIWZ sprawozdanie z badań dołączane do oferty powinno potwierdzać parametry dokładnie tego typu taśmy, który jest przedmiotem oferty, nie zaś jakiegokolwiek innej taśmy, czy też bliżej nieokreślonego typoszeregu taśm. Zamawiający dał temu jasno wyraz w treści punktu 4.3.

Skoro, więc przedmiotem oferty Odwołującego była taśma o nazwie handlowej *SafeCon Extreme 3200*, obowiązkiem Odwołującego, wynikającym wprost z zapisów punktów 2.2 oraz 2.3 Rozdziału II SIWZ było wykazanie, że wytrzymałość tej taśmy wynosi, co najmniej 3150 kN/m, zaś wytrzymałość złącza - co najmniej 80% wytrzymałości taśmy. Wykazanie to miało nastąpić przy pomocy wyników stosownych badań, zgodnie z zapisem punktu 4 lit. b) rozdziału II SIWZ. W obliczu nieprzedstawienia przez Odwołującego dokumentów potwierdzających te okoliczności, w tym także po wezwaniu wystosowanym w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p., Zamawiający zmuszony był stwierdzić niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, co obligowało do jej odrzucenia.

Odnosząc się do stanowiska Odwołującego, że na podstawie treści SIWZ należałoby dojść do wniosku, że *wszelkie wyniki badań taśmy oferowanej zostaną przedstawione Zamawiającemu dopiero po jej zamontowaniu* stwierdził, że Odwołujący posuwa się do twierdzenia, że ważną ofertę w niniejszym postępowaniu może złożyć tylko jeden oferent, to jest ten, którego taśma była wcześniej używana przez Zamawiającego. Wnioskowanie takie stanowi wyraz daleko posuniętej nadinterpretacji, a właściwie niezrozumienia poszczególnych zapisów SIWZ i ich wzajemnych relacji. Zamawiający stwierdził, że już na etapie badania i oceny ofert oczekuje od Wykonawców wykazania spełniania przez oferowaną taśmę określonych w SIWZ parametrów wytrzymałościowych. Ponadto stwierdził, że zgodnie z SIWZ Zamawiający wymaga w odniesieniu do taśmy dostarczonej przez wykonawcę, z którym w wyniku przeprowadzenia niniejszego postępowania zostanie zawarta przedmiotowa umowa, przeprowadzenia dodatkowych badań wytrzymałości połączeń, odnoszące się już do taśmy dostarczonej Zamawiającemu. Badania te, co jasno wynika z przywołanego zapisu SIWZ, służyć będą potwierdzeniu, a nie ustaleniu

wytrzymałości połączeń.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 7 ust.1 ustawy Pzp stwierdził, że nie znajduje potwierdzenia ten zarzut. Wszystkie czynności podjęte względem oferty Odwołującego były zgodne z prawem, a Odwołujący nie podjął nawet próby wykazania, jakoby Zamawiający w jakikolwiek sposób faworyzował innych wykonawców w toku niniejszego postępowania,

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołania na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania i uczestnika, zaprezentowane na piśmie i do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.

Odwołanie o sygn. akt KIO 2777/14 zasługuje na uwzględnienie. Natomiast zarzuty odwołania o sygn. KIO 2811/14 nie znalazły potwierdzenia i odwołanie zostaje oddalone.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Następnie Izba stwierdziła, że obaj Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołania w dostateczny sposób wykazali interes w złożeniu środka ochrony prawnej – odwołania, w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp gdyż uwzględnienie odwołania jednego z nich umożliwiłoby temu wykonawcy uzyskanie zamówienia.

Stan faktyczny wynikający z obu odwołań jest niesporny pomiędzy stronami i zadaniem Izby nie wymaga uzupełnień, dlatego też Izba uznaje za zbędne powielanie wskazanego w części wstępnej uzasadnienia, ustalonego stanu faktycznego. przy orzekaniu. Dodatkowo zaprezentowane zostaną stanowiska odwołujących podane na rozprawie, oraz stanowisko Zamawiającego nie ujęte w treści odpowiedzi na odwołania.

W zakresie odwołanie o sygn. KIO 2777/14 Izba stwierdziła zasadność podniesionego zarzutu dotyczącego niezasadnego odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Wskazać należy, że Odwołujący potwierdza iż w sposób nieprawidłowy wypełnił formularz ofertowy w zakresie terminu realizacji zamówienia. Jednakże tą omyłkę Odwołujący tłumaczy tym, że Zamawiający dokonał zmiany SIWZ wyjaśnieniem zawartym w piśmie z 24 września 2014 roku. W wyniku tej zmiany doszło również do zmiany opisu przedmiotu zamówienia z brzmienia iż zamówienie winno być zrealizowane *od dnia zawarcia umowy w terminie do 31 grudnia 2014 roku* na zapis iż przedmiot zamówienia należy zrealizować *w okresie 4 miesięcy od dnia zawarcia umowy*. Ponadto podał, że ww. piśmie Zamawiający stwierdził, że zmiana ta obejmuje wszystkie postanowienia SIWZ, gdzie termin realizacji był określony w inny sposób. W związku z tym, osoby przygotowujące ofertę wpisały do niego termin 4 miesięcy. Przyznał, że składając ofertę brał pod uwagę powyższą

zmianę terminu i nie zauważył, że, nie uległa zmianie treść pkt 4.3 SIWZ i pozostała w brzmieniu „*termin realizacji zamówienia nie może przekraczać 90 dni od daty jego otrzymania od Zamawiającego*”.

W związku z faktem, że Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego w oparciu o przepis art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp rozpatrzeniu przez Izbę podlega przede wszystkim czy została spełniona przesłanka dopuszczalności odrzucenia tj. czy Zamawiający miał możliwość poprawy tej omyłki w treści oferty w trybie art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp.

W zakresie możliwości poprawy omyłek w trybie art. 87 ust.2 pkt 3 zauważenia wymaga, że zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Stosownie natomiast do treści art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający poprawia w ofercie następujące kategorie omyłek: 1) oczywiste omyłki pisarskie; 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek; 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Intencją ustawodawcy w zakresie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy było umożliwienie brania pod uwagę w postępowaniu o zamówienie publiczne ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty – nie zniekształcają w znaczącym stopniu, niezgodnie z intencją oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Z przepisu tego wynika ogólny zamiar ustawodawcy dopuszczenia do oceny w postępowaniu wszystkich ofert, nawet tych które zawierają różnego rodzaju błędy, nieścisłości, byleby tylko nie prowadziło to do zniekształcenia woli wykonawcy w zakresie istotnej części jego oferty.

Jak wskazuje się w orzecznictwie, „ *czynność odrzucenia ofert wykonawcy jest czynnością ostateczną i zastosowanie instytucji uregulowanej w art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. winno nastąpić dopiero po wyczerpaniu wszystkich dozwolonych prawem możliwości zmierzających do wyjaśnienia lub uzupełnienia oferty w celu ustalenia jej zgodności treścią SIWZ*” [wyrok Sądu Okręgowego w Białymstoku z 24 listopada 2010 r. w spr. o sygn. akt II Ca 803/10]. Wskazane regulacje wyrażają obowiązek zamawiającego ich zastosowania, jeśli zajdą opisane w nich sytuacje.

Ponadto Zamawiający nie powinien mieć obaw, że dokonana poprawa błędu czy omyłki w ofercie doprowadzi do ustalenia oświadczenia woli sprzecznego z wola wykonawcy. Jeśli termin realizacji zamówienia został ustalony przez Zamawiającego jako termin maksymalny – graniczny, to w sytuacji stwierdzenia iż wykonawca zaoferował inny termin realizacji zamówienia, to Zamawiający winien najpierw wystąpić do wykonawcy z wnioskiem o wyjaśnienia w trybie art. 87 ust.1 Pzp.

Jeśli z otrzymanych wyjaśnień wykonawcy wynika, że nastąpiła omyłka w treści oferty to Zamawiający może dokonać poprawy tej omyłki poprzez wpisanie **maksymalnego dopuszczalnego terminu**, na realizację zamówienia, tak aby nie doszło do możliwości negocjacji pomiędzy stronami w tym zakresie.

Reasumując stwierdzić należy, że w przypadku zrodzenia się u Zamawiającego jakichkolwiek wątpliwości co do sformułowań zawartych w treści oferty, Zamawiający jest zobligowany do wyjaśnienia tych wątpliwości. Obowiązek taki należy wywieść między innymi z obowiązku prowadzenia postępowania z należytą starannością i dlatego Zamawiający nie może pozostawić żadnych elementów treści oferty do końca niewyjaśnionych, zwłaszcza że art. 87 ust 1 Pzp przepis pozwala Zamawiającemu na żądanie od wykonawców wyjaśnień wobec wszystkich elementów treści oferty, a nie tylko dotyczących jakichś szczególnych sformułowań. Wobec tego Zamawiający, u którego zrodziły się jakiegokolwiek wątpliwości co do treści oferty jest wprost zobowiązany (ze względu na regułę należytej staranności), a nie tylko uprawniony, do żądania wyjaśnień- por. wyrok KIO/UZP 1327/09.

Podkreślenia wymaga również fakt, że Zamawiający nie musi się obawiać iż wpisanie takiej daty będzie sprzeczne z intencją wykonawcy, gdyż ustawodawca wprowadził zasadę ostatecznego akceptowania dokonywanych przez Zamawiającego poprawek. Zamawiający obowiązany jest niezwłocznie powiadomić wykonawców o dokonanych przez siebie poprawkach na podstawie art. 89 ust. 2 ustawy, natomiast w przypadku, gdy poprawki te dotyczą poprawy niezgodności oferty w trybie art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp to dla skuteczności poprawy Zamawiający musi uzyskać akceptację wykonawcy na poprawienie omyłki. Gdy wykonawca nie wyrazi zgody jego oferta zostanie odrzucona (art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp). Oznacza to tyle, że ewentualne obawy, jakie artykułował Zamawiający na rozprawie i w odpowiedzi na odwołanie, iż wykonawca w sposób świadomy dokonał zmiany formularza nie mają racji bytu, skoro Zamawiający dostrzegając niezgodność oferty z SIWZ dokona jej poprawienia, a na tę poprawę wykonawca musi wyrazić zgodę. Ta zgoda jest oświadczeniem woli wykonawcy zrównanym z treścią oświadczeń zawartych w ofercie.

Izba stwierdza, że poprawianie omyłek nie mających charakteru oczywistego może dotyczyć różnych elementów złożonej oferty. Na podstawie ww. przepisu można poprawić omyłkę, która nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Dopuszczalne jest dokonanie zmian w treści oferty w sytuacji, jeżeli z okoliczności wynika zamiar złożenia przez wykonawcę oferty zgodnie z wymaganiami zamawiającego oraz poprawienie omyłki nie ingeruje w sposób istotny w treść oferty, tj. nie powoduje konieczności znaczącej ingerencji ze strony zamawiającego lub nie dotyczy istotnych postanowień oferty.

Ponadto przyjmuje się, że zmiana oferty dokonana w wyniku poprawy innej omyłki ma charakter istotny, gdy powoduje ona wytworzenie takiego oświadczenia woli wykonawcy, iż gdyby taka możliwość występowała w SIWZ to nastąpiłaby zmiana kręgu potencjalnych

wykonawców mogących wziąć udział w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Przenosząc powyższe rozważania i ustalenia na grunt przedmiotowego odwołania stwierdzić należy, po pierwsze, że mamy tutaj do czynienia z tzw. inną omyłką o której mowa art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, a po drugie, że dokonanie zmiany terminu w wyniku poprawy „innej omyłki” z „4 miesięcy” na „nie może przekraczać 90 dni” nie można uznać za istotną zmianę oferty. Żaden z wykonawców nie mógł zaoferować terminu dłuższego na wykonanie zamówienia, a wskazany termin był terminem maksymalnym. Termin wykonania nie był także elementem kryterium oceny ofert. Tym samym kwestia zaoferowanego terminu wykonania zamówienia nie podlegała punktacji.

Izba uznaje ponadto, że dokonana przez Zamawiającego, odpowiedzią na pytanie wykonawców, zmiana terminu realizacji zamówienia, a w szczególności zwrot iż dokonana zmianę „wprowadza się we wszystkich miejscach SIWZ których ona dotyczy” mogła wprowadzać w błąd wykonawców.

Dlatego też biorąc pod uwagę powyższe ustalenia Izba uwzględniła przedmiotowe odwołania i nakazała Zamawiającemu dokonanie czynności jak w sentencji orzeczenia. Zamawiający wykonując wyrok winien dokonać poprawy omyłki w zakresie terminu realizacji zamówienia z 4 miesięcy na 90 dni i przesłać informacje o poprawie Odwołującemu. Jeśli Odwołujący w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia poinformuje Zamawiającego, że nie zgadza się z dokonana poprawa to Zamawiający winien jego ofertę odrzucić jako niezgodną z treścią art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 7 ust.1 ustawy Pzp oceniając go w świetle uwzględnionego zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp..

Ponadto tak sformułowany zarzut bez wskazania uzasadniającego go stanu faktycznego nie nadaje się do rozpoznania przez Izbę. Art. 7 ust. 1 (przepis zasady) nie może stanowić samoistnej podstawy zarzutów odwołania. Nie jest możliwe wskazywanie jako podstawy zarzutu przepisu samej zasady bez odniesienia go do przepisu szczególnego ustawy Pzp. Tym samym wskazanie naruszenia przepisu zasady winno zawsze następować poprzez połączenie w zarzucie przepisu zasady z przepisem szczególnym, który zdaniem Odwołującego Zamawiający naruszył.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględni odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów – miało miejsce w analizowanej sprawie.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp,

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

W zakresie odwołanie o sygn. KIO 2811/14

Izba stwierdziła niezasadność podniesionego zarzutu dotyczącego niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego. Tym samym odwołanie zostaje oddalone.

Osią sporu pomiędzy stronami, co wynika z treści odwołania, odpowiedzi na odwołanie oraz stanowisk stron prezentowanych na rozprawie, jest kwestia kiedy wykonawca miał obowiązek przedstawić Zamawiającemu rodzaj zaoferowanej taśmy oraz wyniki badań wytrzymałość złącz tej taśmy na zrywanie.

Stanowiska stron w tej kwestii są rozbieżne, Odwołujący stoi na stanowisku, że na etapie składania ofert wykonawca składa tylko oświadczenie co do określonego typoszeregu taśmy, stwierdzającego iż spełnia ona wymagania Polskiej Normy oraz normy Wyższego Urzędu Górniczego. Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie wymagał, przedłożenia wyników badań taśmy, która będzie ostatecznie zaoferowana w postępowaniu, *gdyż być może taśma która zostanie dostarczona w ramach tego zamówienia nie została jeszcze wyprodukowana*. Z tych przywołanych ww. norm miało wynikać i wynikało, że wytrzymałość na zrywanie taśm według norm WUG oraz PN-EN-ISO 22721 nie mogła być mniejsza niż 60% wytrzymałości samej taśmy. Natomiast badania na wytrzymałość połączeń taśmy oferowanej, według Odwołującego miały zostać przedstawione Zamawiającemu dopiero po jej zamontowaniu (a nie dołączone do oferty przed jej zamontowaniem, gdyż nie można zbadać czegoś co nie jest zamontowane na dole kopalni). Dlatego też stwierdził, że wyniki badań dołączonych do oferty mogą dotyczyć tylko typoszeregu taśmy, która ostatecznie zostanie zamontowana. Zdaniem Odwołującego wymóg 80% wytrzymałości połączeń ma zastosowanie do taśmy dostarczonej, a nie do taśmy zaoferowanej. Przy zaoferowaniu wystarczało, aby taśmy i złącza spełniały normy WUG i ww. Polskiej Normy.

Zamawiający odnosząc się prezentowanego stanowiska Odwołującego stwierdził, że jest ono całkowicie niezasadne i nie odpowiada treści wymagań SIWZ. Wskazał, że wykonawca składający ofertę winien wraz z ofertą dołączyć wyniki badań konkretnej taśmy, która będzie zaoferowaną w tym postępowaniu i z tych wyników badań winno wynikać, że

wytrzymałość złącza jest nie niższa niż 80% wytrzymałości taśmy. Zamawiający podkreślił, że badanie wytrzymałości, które będzie następowало po wykonania montażu taśmy, a przed jej dopuszczeniem do użytkowania, będzie miało na celu potwierdzenie czy zaoferowana wytrzymałość złącza na etapie składania oferty, jest wytrzymałością rzeczywistą.

Nadto Zamawiający na potwierdzenie zasadności odrzucenia oferty Odwołującego podał, że Odwołujący w swojej ofercie, w badaniach o których mowa na str. 44 , 45 oferty zaoferował taśmę o szerokości 1200 mm. I wytrzymałości 2650 kN/m, a Zamawiający wymagał żeby zaoferowana taśma miała szerokość 1400 mm wytrzymałość nie niższą niż 3150 kN/m. Tym samym wyniki wytrzymałości złącza takiej taśmy w żaden sposób nie przystają do oczekiwań Zamawiającego, gdyż dotyczą taśmy o innej szerokości, jak i taśmy o innej wytrzymałości.

Izba odnosząc się do ww. spornych stanowisk stron, uznaje zasadność stanowiska Zamawiającego i tym samym odrzucenie oferty Odwołującego uznaje za zasadne. Ponadto uznaje zasadność stanowiska Zamawiającego podanego w odpowiedzi na odwołanie, a wskazanego w ww. opisie stanu faktycznego sprawy. Tym samym stanowi ono w części niezakwestionowanej, podstawę uzasadnienia zajętego stanowiska przez Izbę, bez potrzeby jego powielania w tej części uzasadnienia.

Izba stwierdza, że opierając się na treści postanowień Szczegółowych Wymagań Technicznych pkt 4 a i b. należy potwierdzić zasadność stanowiska Zamawiającego w zakresie stawianych wymogów co do dokumentów składanych wraz z ofertą. Z treści ww. pkt wynika, że cyt. *W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, Zamawiający wymaga do oferty n/w dokumentów: sprawozdanie z dokonanych obliczeń wytrzymałościowych. (doboru typu taśmy), wyniki badań, które zawierać będą badania wytrzymałości połączenia na zerwanie (określone w %) oraz wytrzymałości taśmy (w kN/* Ponadto z treści pkt 4.3 jednoznacznie wynika, że *wszystkie wymagane dokumenty winny mieć zastosowanie do oferowanego produktu. Z powyższego jednoznacznie wynika, że zarówno obowiązek złożenia dokumentów zawierających wskazanie odpowiedniej taśmy- o szerokości 1400 mm i wytrzymałości co najmniej 3150kN/m jak i przedłożenie wyników badań iż oferowany sposób wykonania złącz oferowanej taśmy, zapewnia wytrzymałość złącza nie mniejszą niż 80% wytrzymałości taśmy, winien być spełniony już na etapie składania ofert..*

Za niezasadne Izba uznaje tym samym stanowisko Odwołującego iż wykaże on dopiero na etapie odbioru wykonania zamówienia, że wykonany przedmiot spełnia wymagania Zamawiającego podane w SIWZ. Nie bez znaczenia jest fakt, że przedmiotowa taśma będzie służyła do transportu osób pomiędzy poziomami kopalni. Dlatego też potrzeba wykazanie spełniania postawionych wymagań już na etapie składania ofert jest niewątpliwa. Zamawiający nie może domniemywać, że wykonawca realizując zamówienie na pewno

spełni postawione wymagania. Spełnianie postawionych wymogów winno być wykazane wraz ze złożeniem oferty, a ich potwierdzenie winno być wykazane przez wykonawcę Zamawiającemu w wyniku wykonanych prób i sprawdzeń przy odbiorze wykonanych już robót.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów – nie miało miejsca w analizowanej sprawie.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7 i 8; 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp,

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a i b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący