

**Sygn. akt: KIO 734/14**

**WYROK**  
**z dnia 29 kwietnia 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 kwietnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 kwietnia 2014 r. przez Kopex Machinery S.A. z siedzibą w Zabrze w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Katowicki Holding Węglowy S.A. z siedzibą w Katowicach,

przy udziale Famur S.A. z siedzibą w Katowicach zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Kopex Machinery S.A. z siedzibą w Zabrze i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Kopex Machinery S.A. z siedzibą w Zabrze tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od Kopex Machinery S.A. z siedzibą w Zabrze na rzecz Katowicki Holding Węglowy S.A. z siedzibą w Katowicach kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

## **UZASADNIENIE**

Zamawiający, Katowicki Holding Węglowy S.A. z siedzibą w Katowicach, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę kompletnego przenośnika zgrzeblowego ścianowego wraz z urządzeniem przesuwającym oraz kompletnego przenośnika zgrzeblowego podśdanowego wraz z urządzeniem przekładkowym i kruszarką kęsów dla KHW S.A KWK „Wujek” Ruch „Śląsk”.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 5 lutego 2014 r. w Dz. Urz. UE Nr 2014/S 025-040129.

W dniu 04.04.2014 r. Zamawiający przesłał (drogą elektroniczną) do trzech wykonawców składających oferty w postępowaniu, zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej.

W dniu 14.04.2014 r. Kopex Machinery S.A. z siedzibą w Zabrze wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem:

1. wyniku badania i oceny oferty złożonej przez Patentus S.A. z siedzibą w Pszczynie - dalej Patentus,
2. zaproszenia Patentus do udziału w aukcji elektronicznej,
3. przeprowadzenia w dniu 9 kwietnia 2014 r. aukcji elektronicznej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art 89 ust 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Patentus z uwagi na fakt, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ;
2. art 91b ust. 1 Pzp poprzez dokonanie czynności zaproszenia do aukcji Patentus w sytuacji, gdy oferta tego wykonawców nie odpowiada treści SIWZ;
3. art 91 a ust 1 Pzp poprzez dokonanie czynności wyznaczenia przez Zamawiającego aukcji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz jej przeprowadzenia pomimo istnienia podstaw do odrzucenia ofert Patentus i braku przesłanek do jej przeprowadzenia,

4. art. 7 ust 1 i 3 Pzp poprzez przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i będzie skutkowało udzieleniem zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami Pzp,

a także z ostrożności naruszenie:

5. art 26 ust 3 i 4 Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wezwania Patentus do wyjaśnienia dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz zaniechanie wezwania do uzupełnienia oferty o brakujące dokumenty w tym zakresie,
6. art 91 a ust 1 Pzp poprzez dokonanie czynności wyznaczenia przez Zamawiającego aukcji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie Zamówienia oraz jej przeprowadzenia pomimo istnienia podstaw do wezwania Patentus do wyjaśnienia dokumentów ewentualnie do uzupełnienia treści oferty.

Odwołujący wniósł o

1. uwzględnienie odwołania,
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności zaproszenia wykonawców do aukcji elektronicznej, czynności jej wyznaczenia przez Zamawiającego oraz jej przeprowadzenia, wobec niespełnienia przewidzianych w Pzp przesłanek ich dokonania,
3. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert oraz odrzucenie oferty Patentus,
4. ewentualnie o nakazanie Zamawiającemu wezwania Patentus do wyjaśnienia dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego w SIWZ oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania wezwania do uzupełnienia ofert o prawidłowe dokumenty w tym zakresie.

Odwołujący wskazał, iż wskutek podniesionych naruszeń Pzp uszczerbku doznał jego interes polegający na konieczności konkurowania z wykonawcą, którego oferta nie spełnia wymagań SIWZ. W przypadku dokonania prawidłowego badania i oceny ofert, oferta Patentus podlegałaby odrzuceniu, co w efekcie skutkowałoby brakiem spełnienia przesłanki określonej w art 91a.1 Pzp tj. istnieniem 3 ofert nie podlegających odrzuceniu. Z uwagi na okoliczność, że Odwołujący składając ofertę w dniu 21 marca 2014 r, zaoferował najniższą cenę, w przypadku

odrzućenia oferty Patentus w postępowaniu istniałyby 2 oferty niepodlegające odrzuceniu i oferta Odwołującego zostałaaby wybrana jako najkorzystniejsza bez przeprowadzania aukcji elektronicznej.

Ewentualne wezwanie Patentus do wyjaśnienia, także mogłoby skutkować odrzuceniem tej oferty i brakiem zaistnienia przesłanek uprawniających Zamawiającego do przeprowadzenia aukcji elektronicznej i w efekcie wyborem oferty Odwołującego bez konieczności przeprowadzania aukcji elektronicznej.

W uzasadnieniu odwołania wskazano m.in.:

„[...]”

W wyznaczonym terminie oferty złożyło 3 wykonawców tj. Odwołujący, Patentus i Famur S.A, z siedzibą w Katowicach - dalej Famur. W dniu 4 kwietnia 2014 r. do Odwołującego wpłynęło [...] zaproszenie od Zamawiającego do udziału w aukcji elektronicznej. Z faktu doręczenia Odwołującemu powyższego zaproszenia wynikała okoliczność, że do udziału w aukcji elektronicznej został zaproszony także wykonawca Patentus. Aukcja została przeprowadzona w dniu 9 kwietnia 2014 r. i najkorzystniejszą ofertę w jej trakcie złożył w Famur.

[...]

Zamawiający w rozdziale 11 pkt XII. 11 SIWZ (str. 25) wskazał „Cennik części zamiennych będzie stanowił załącznik do umowy i będzie zgodny z oferta Wykonawcy. w którym Wykonawca przedstawi godzinowe stawki pracy serwisu: (.»)\*\* Powyższy zapis SIWZ stanowi wymóg załączenia do oferty cennika części zamiennych zawierającego obok stawek roboczogodziny pracy serwisu, także wykazu części zamiennych niezbędnych do prawidłowego funkcjonowania przedmiotu zamówienia. Patentus wskazał w treści oferty wyłącznie stawki roboczogodziny, co nie wypełnia warunku określonego przez Zamawiającego. Należy zwrócić uwagę, że pozostali wykonawcy ubiegający się o niniejsze zamówienie w sposób jednoznaczny zrozumieli treść SIWZ i załączyli do swoich ofert szczegółowy wykaz części zamiennych i tak odwołujący zawarł cennik na stronie 41 „a Famur S.A. na stronach 27-28 oferty.

[...]

3. Patentus w treści złożonej oferty w załączniku nr 12 „Szczegółowe wymagania techniczne” pkt V.2 (str. 26) oraz pkt V1.7 (str. 27) oświadczył, że w oferowanym przenośniku podścianowym zastosuje zgrzebła identyczne jak w przenośniku ścianowym. Odwołujący wskazuje, że nie jest możliwe zastosowanie zgrzebeł dedykowanych do przenośnika o szerokości rynny 850 mm w przenośniku o szerokości 1100 mm. Zgrzebło przenośnika typoszeregu 850 mm nie może współpracować z członami przenośnika typoszeregu 1100 mm

i odwrotnie, Zgrzebło porusza się w górnej i dolnej przestrzeni transportowej członu przenośnika i jest ograniczone na swojej szerokości profilami bocznymi członu, dlatego też nie jest możliwa właściwa współpraca zgrzebeł o innej szerokości niż do dostosowanego typoszeregu.

W związku z powyższym należy uznać, że poprzez zaoferowanie przez Patentus identycznych zgrzebeł, złożona oferta nie odpowiada treści SIWZ, co skutkuje koniecznością jej odrzucenia na podstawie art. 87 ust. 1 pkt 2 Pzp. Przedmiot oferty zaoferowany przez Patentus jest urządzeniem wadliwym, technicznie niesprawnym, uniemożliwiającym jego prawidłową eksploatację. Odwołujący stoi na stanowisku, że także tej rozbieżności pomiędzy wymaganiami SIWZ, a treścią złożonej przez Patentus oferty nie można uznać za inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, która to omyłka mogłaby podlegać poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Odwołujący wskazuje, że Zamawiający pismem z dnia 4 marca 2014 r. (nr 197/03/2014/ZP/025/KM) dokonał modyfikacji treści SIWZ dotyczącej opisu przedmiotu zamówienia w zakresie wymagań dotyczących przenośnika podścianowego. Powyższa modyfikacja polegała na zmianie zapisu Rozdziału II pkt V.1.14 z brzmienia szerokość zewnętrzna rynien 850 mm  $\pm$  5%" na brzmienie szerokość zewnętrzna rynien 1100 mm  $\pm$  5%\ Skutkowało to określeniem wymogu stawianego wykonawcom, aby oferowany przenośnik podścianowy posiadał większą szerokość zewnętrzną rynien aniżeli oferowany przenośnik ścianowy, którego wymagana szerokość zgodnie z rozdziałem II pkt IV. 13.1 tiret pierwszy wynosiła 850 mm  $\pm$  5% i pozostała nie zmieniona. Równocześnie w związku z powyższą zmianą z dnia 4 marca 2014 r. Zamawiający dokonał w dniu 7 marca 2014 r. (nr 962/03/2014/KM/ZP/025) kolejnej modyfikacji SIWZ w zakresie zmiany brzmienia Rozdziału Q pkt V.2 tiret 11, a polegającej na zastąpieniu treści zgrzebła identyczne ze zgrzebłami zastosowanymi w przenośniku ścianowym - 1 kpV' określeniem zgrzebła - 1 kpF. Zmiana ta była logiczna z uwagi na żądanie przez Zamawiającego dostarczenia przenośników ścianowego i podścianowego o różnych szerokościach rynien. Patentus zaoferował dostawę przenośnika podścianowego o szerokości zewnętrznej rynien 1100 mm  $\pm$  5% (tj. 1067 mm - str. 25) oraz przenośnika ścianowego o szerokości zewnętrznej rynien 850 mm  $\pm$  5% (tj. 870 mm \*\* str. 22), przy czym potwierdził na stronie nr 26 i 27 wykonanie identycznych zgrzebeł do obydwu przenośników, co jest rozwiązaniem wadliwym, technicznie niesprawnym

[...]"

**Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Następnie Izba stwierdza, iż stan faktyczny niniejszej sprawy został akuratnie przytoczony w treści odwołania, która została zacytowana powyżej.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, których naruszenie przez zamawiającego zarzucał odwołujący, i które w odniesieniu do podstawy faktycznej zarzutów odwołania, jako jedyne mogą w tym przypadku znaleźć zastosowanie do eliminacji oferty Patentus z postępowania, wskazać należy, iż art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem poprawienia niezgodności oferty i SIWZ wskazanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Natomiast powołany w art. 89 ust. 1 pkt 2 przepis art. 87 ust. 1 stanowi w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Natomiast zgodnie z art. 87 ust. 2 ustawy zamawiający poprawia w ofercie:

- 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

- niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Ponadto Izba wskazuje na formalne podstawy wyrokowania w danej sprawie – zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Według art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są

obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tak samo zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wyrażoną w art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na wywodzącym zeń skutki prawne. Powyższe jest skorelowane z ekonomiką postępowania odwoławczego z założenia realizującego postulat szybkości procesowej (art. 189 ust. 1 Pzp).

Zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy, Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie; tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami siwz (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również tradycyjnie są pomieszczane w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ, ewentualnie uzupełniającymi treść SIWZ modyfikacjami, wyjaśnieniami i odpowiedziami zamawiającego.

Reasumując powyższe, można generalnie przyjąć, iż niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ; ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie. Natomiast zastosowanie ww. przepisu jest możliwe jedynie w sytuacji niemożliwości wyjaśnienia treści oferty i potwierdzenia w ten sposób jej zgodności z treścią SIWZ (na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, z zastrzeżeniem generalnego zakazu zmian w jej treści wynikającym ze zdania drugiego tego przepisu) lub przeprowadzenia dopuszczalnych zmian w treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, ewentualnie uzupełnienia lub wyjaśnienia tzw. dokumentów przedmiotowych, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp (w tym próbek), potwierdzających, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania zamawiającego (na podstawie art. 26 ust. 3 i 4).

Odnosząc powyższe do rozpatrywanej sprawy oraz rozpatrywanych w jej ramach zarzutów, w odniesieniu do zarzutu dotyczącego niezgodności treści oferty Patentus z SIWZ ze względu na brak załączenia do oferty cennika części, stwierdzić należy, iż w tym przypadku w treści SIWZ nie było takiego wymagania, z tego względu nie może być mowy o niezgodności z treścią specyfikacji. W całej treści tego dokumentu brak wskazania, jakoby cennik tego typu miał stanowić część oferty, według cytowanego pkt XII SIWZ ma być jedynie załącznikiem do umowy – wymaganie załączenia ww. dokumentu do oferty stanowi interpretację własną Odwołującego. Ponadto serwis pozagwarancyjny, którego dotyczy rzeczony cennik części wcale nie jest częścią przedmiotu zamówienia. Tym samym brak w tym przypadku jakiegokolwiek postaci niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Odnosząc drugiego zarzutu odwołania dotyczącego wskazania, iż zaoferowane zostały nieodpowiednie zgrzebła dla zamawianego i oferowanego przenośnika podścianowego (właściwe dla przenośnika ścianowego, który ma inną szerokość rynien) Izba wskazuje, w ślad za wyrokiem Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 23 lutego 2007 r., sygn. akt X Ga 23/07/za, że formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest celem samym w sobie, ale służy realizacji celów ogólnych ustawy.

W rozpatrywanym przypadku oczywiste jest, że Patentus omyłkowo przepisał pierwotną wersję wiersza SIWZ dotyczącego zgrzebeł. W podnośniku o szerokości rynien ..... nie można zastosować zgrzebeł ..... – co znajduje potwierdzenie w dowodzie przedłożonym przez Odwołującego. Jednocześnie całokształt treści oferty jednoznacznie wskazuje, iż wykonawca ofertuje zgodne z wymaganiami zamawiającego i działający przenośnik podścianowy.

Dokonywanie formalnych poprawień oczywistych omyłek w treści oferty na tym etapie postępowania należałoby zakwalifikować jako stosowanie prawa, które starożytnik juryści określali krótko i celnie: *summum ius, summa iniuria*.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzeczono jak w sentencji.

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