

WYROK

z dnia 13 lutego 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **12 lutego 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego 30 stycznia 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **FAMAK S.A. z siedzibą w Kluczborku**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Modernizacja wywrotnicy wagonowej nr 2 w TAURON Wytwarzanie Spółka Akcyjna – Oddział Elektrownia Łagisza w Będzinie* (nr postępowania 012/ZC/01/DPZ/2014)

prowadzonym przez zamawiającego: **TAURON Wytwarzanie S.A. z siedzibą w Katowicach**

orzeka:

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu – TAURON Wytwarzanie S.A. z siedzibą w Katowicach unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, a także, w toku powtórzonych czynności: po pierwsze – wykluczenie z postępowania **Financing & Manufacturing & Know-how sp. z o.o. z siedzibą w Kraśkowie** za niewykazanie spełniania warunku dotyczącego posiadania uprawnień do modernizacji i naprawy specjalistycznych urządzeń transportu bliskiego w zakresie wywrotnic wagonów, przenośników taśmowych, suwnic i dźwigów, z uwagi na wyłączenie z zakresu przyznanych uprawnień wykonywania prac spawalniczych, obróbki plastycznej i cieplnej, po drugie – odrzucenie oferty złożonej przez tego wykonawcę jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z uwagi na zaoferowany okres rękojmi oraz zaniechanie sprecyzowania wykazu części szybkozużywających się, po trzecie – odrzucenie oferty tego wykonawcy jako niezgodnej z ustawą, z uwagi na zmianę treści oferty w zakresie części zapasowych (szybkozużywających i zamiennych) w części mechanicznej. Oddala odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów.**

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego – **TAURON Wytwarzanie S.A. z siedzibą w Katowicach** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego – FAMA S.A. z siedzibą w Kluczborku** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **zamawiającego – TAURON Wytwarzanie S.A. z siedzibą w Katowicach** na rzecz **odwołującego – FAMA S.A. z siedzibą w Kluczborku** kwotę **18735 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy siedemset trzydzieści pięć złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenia pełnomocnika oraz koszty przejazdu na wyznaczone posiedzenie.

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, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Tauron Wytwarzanie S.A. z siedzibą w Katowicach prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych {tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”}, postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego na dostawę pn. *Modernizacja wyrotnicy wagonowej nr 2 w TAURON Wytwarzanie Spółka Akcyjna – Oddział Elektrownia Łagisza w Będzinie* (nr postępowania 012/ZC/01/DPZ/2014).

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane jako obligatoryjne w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2014/S_170-302311 z 5 września 2014 r., z tym że 4 września 2014 r. Zamawiający przekazał to ogłoszenie Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, a także zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej {www.tauron-wytwarzanie.pl}, na której udostępnił również od tego dnia specyfikację istotnych warunków zamówienia {dalej również w skrócie: „SIWZ”, „s.i.w.z.” lub „specyfikacja”}

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 13.600.000,00 zł, co stanowi równowartość 3.219.011,10 euro.

21 stycznia 2015 r. Zamawiający przesłał faskem Odwołującemu: FAMAK S.A. z siedzibą w Kluczborku {dalej również w skrócie: „Famak”} zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Financing & Manufacturing & Know-how sp. z o.o. z siedzibą w Kraśkowie {dalej również w skrócie: „FMK”}.

30 stycznia 2015 r. Odwołujący wniósł, w formie pisemnej, od powyższej czynności Zamawiającego, któremu zarzucił następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 22 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 26 ust. 1 i 2a w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 w zw. z art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 – przez zaniechanie wykluczenia FMK, po ewentualnym uprzednim przeprowadzeniu procedury z art. 26 ust. 3, gdyż wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 3.1.1.1 SIWZ (uprawnienia); ewentualnie przez zaniechanie wykluczenia FMK na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3, gdyż: *Nie można również wykluczyć, iż działanie FMK polegające na zaniechaniu złożenia załącznika do decyzji było zamierzone i przy jednoczesnym złożeniu oświadczenia o spełnieniu wszystkich warunków z art. 22 ust. 1 Pzp, miało na celu pozyskanie zamówienia pomimo braku stosownych uprawnień, ...*
2. Art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 26 ust. 1 i 2a w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26

ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 – przez zaniechanie wykluczenia FMK, po ewentualnym uprzednim przeprowadzeniu procedury z art. 26 ust. 3, gdyż wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 3.1.1.2 SIWZ (wiedza i doświadczenie).

3. Art. 82 ust. 1 i ust 3 w zw. z art. 84 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 3 – przez zaniechanie odrzucenia oferty FMK pomimo jej sprzeczności z treścią SIWZ w zakresie terminu rękojmi należytego wykonania umowy oraz w zakresie części zamiennych i szybkozużywających się, a dokonanie jej zmiany po terminie składania ofert jest sprzeczne z ustawą pzp. Ponadto działania FMK w zakresie zmiany i uzupełnienia pkt 18 części technicznej oferty mogą nosić również znamiona czynu nieuczciwej konkurencji.
4. Art. 87 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 7 ust 1 i 3 w zw. z art. 82 ust. 1 w zw. z art. 84 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 – przez zaniechanie odrzucenia oferty FMK, a zamiast tego uznanie za oczywistą omyłkę pisarską okresu gwarancji podanego w ofercie FMK w części technicznej i poprawienia tego okresu na korzyść FMK (z 36 miesięcy na 60 miesięcy), podczas gdy sprzeczność w ofercie FMK nie stanowi oczywistej omyłki pisarskiej, a jej zmiana ma istotny wpływ na treść oferty i ranking wykonawców w przetargu.
5. Art. 41 pkt 5 w zw. z art. 36 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 – przez zaniechanie odrzucenia oferty, która w swej treści zawiera wariantowość w zakresie terminu gwarancji (kryterium oceny ofert), pomimo braku możliwości składania ofert wariantowych, przy czym po otwarciu ofert wariantowość ta została rozstrzygnięcia na korzyść FMK, gdyż przez to, że Zamawiający dokonał poprawy terminu gwarancji z 36 miesięcy na 60 miesięcy, a nie odwrotnie, FMK zajęło najwyższą pozycję w rankingu ofert kosztem Odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Cofnięcia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Powtórzenia etapu badania i oceny ofert.
3. Odrzucenia oferty FMK, *a w razie oddalenia przez Izbę zarzutów odwołania w zakresie konieczności odrzucenia oferty FMK – wykluczenia FMK z postępowania.*
4. Dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący ponadto sprecyzował zarzut przez wskazanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania {w dalszej części uzasadnienia przyjęto systematykę zarzutów wg uzasadnienia odwołania, a nie powyższej listy zarzutów}.

{zarzut nr 1}

Odwołujący zrelacjonował, że Zamawiający w pkt 3.1.1.1. SIWZ opisał warunek

udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1 pzp w ten sposób, że wymagał od wykonawców wpisania do rejestru Transportowego Dozoru Technicznego i posiadania uprawnień do modernizacji i naprawy specjalistycznych urządzeń transportu bliskiego w zakresie wywrotnic wagonów, przonośników taśmowych, suwnic, i dźwigników zgodnie z rozporządzeniem Ministra Transportu z dn. 20.09.2006 r. w sprawie warunków technicznych dozoru technicznego w zakresie projektowania, wytwarzania, eksploatacji, naprawy i modernizacji specjalistycznych urządzeń transportu ciągłego i bliskiego, i posiadania aktualnego certyfikatu lub innego dokumentu poświadczającego powyższe. Zgodnie z pkt 3.2.1.1. SIWZ w celu wykazania spełnienia przez wykonawcę warunków, o których mowa w pkt 3.1.1.1. wykonawca powinien przedłożyć aktualny certyfikat lub inny dokument poświadczający powyższe.

Odwołujący podał również, że FMK złożył (na s. 9 oferty) decyzję nr TDT-M/N- 21/13 wydaną 14 marca 2013 r. przez dyrektora TDT, jednakże bez załącznika, o którym mowa w pkt II decyzji.

Zdaniem Odwołującego załącznik do decyzji TDT jest jej integralną częścią i zawiera istotne dla realizacji zamówienia informacje o szczegółowym zakresie i warunkach przyznanych uprawnień. W oparciu o wybiórczo złożoną przez FMK dokumentację, nie można zbadać, czy FMK posiada uprawnienia w zakresie koniecznym do należytego wykonania zamówienia.

Odwołujący zarzucił, że Zamawiający zaniechał wezwania FMK uzupełnienia kompletnej decyzji, czym naruszył art. 26 ust. 3 pzp. Jednocześnie Odwołujący wniósł o zobowiązanie przez Izbę FMK do przedłożenia załącznika do ww. decyzji.

Odwołujący ponadto powziął informację, że uprawnienia nadane FMK przez dyrektora TDT nie obejmują spawalniczych prac obróbki plastycznej i cieplnej, co w konsekwencji uniemożliwia FMK realizację zamówienia w zakresie przewidzianym przez Zamawiającego w SIWZ, gdyż prace spawalnicze są konieczne do należytego wykonania zamówienia na warunkach SIWZ.

Zdaniem Odwołującego okoliczność zadeklarowania przez FMK podzlecenia prac konstrukcyjnych podwykonawcy (s. 55 oferty) pozostaje bez wpływu na obowiązek spełnienia przez FMK samodzielnie warunku posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania. ,

Odwołujący powołał się na to, że takie stanowisko znajduje potwierdzenie w utrwalonej linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej. W szczególności w wyroku z 24 lipca 2012 r. (sygn. akt KIO 1461/12) Izba orzekła, że *to wykonawca musi dysponować stosownymi uprawnieniami i nie może oprzeć się w tym zakresie na potencjale innego podmiotu*. Natomiast w wyroku z 12 lutego 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 124/09) skład

orzekający przesądził, że *wykonawca nie może powoływać się na uprawnienia podwykonawcy, gdyż przepis art. 22 ust. 1 pkt 1 P.z.p. wyraźnie stanowi o uprawnieniach przysługujących wykonawcy.*

Niezależnie od powyższego Odwołujący zwrócił uwagę, że FMK złożyło oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu (załącznik nr 2, s. 7 oferty), które stoi w sprzeczności z informacjami powziętymi przez Odwołującego o zakresie nadanych decyzją uprawnień.

Odwołujący podsumował, że FMK nie spełniło warunków udziału w postępowaniu, co skutkować winno wykluczeniem FMK na zasadzie art. 24 ust. 2 pkt 3 lub 4 pzp, po ewentualnym wcześniejszym wezwaniu do uzupełnienia decyzji TDT.

{zarzut nr 2}

Odwołujący zrelacjonował, że w pkt 3.1.1.2. SIWZ Zamawiający w następujący sposób opisał warunek posiadania wiedzy i doświadczenia: *Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia warunki udziału w Postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, jeżeli: Wykonawca wykaże, że wykonał lub wykonuje co najmniej jedną modernizację wywrotnic wagonowych, w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie. Łączna wartość tego zamówienia brutto zrealizowanego przez Wykonawcę w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, musi być nie mniejsza od: 7 500 000,00 zł.* Na potwierdzenie spełnienia ww. warunku wykonawcy mieli przedłożyć wykaz wykonanych lub wykonywanych zamówień oraz dowody, że zamówienia zostały wykonane należycie (pkt 3.2.1.2 SIWZ).

Zdaniem Odwołującego z powyższego opisu warunku wynika, że wykonawcy mieli się wykazać doświadczeniem w wykonaniu lub wykonywaniu co najmniej jednej modernizacji wywrotnic wagonowych. Choć Zamawiający nie podał liczby wywrotnic wagonowych, z samego faktu zastosowania liczby mnogiej dla słowa „wywrotnic” (wywrotnice) wynika, że wykonawcy musieli posiadać doświadczenie w modernizacji co najmniej dwóch wywrotnic wagonowych, a doświadczenie to miało zostać zebrane w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, który przypadł na 31 października 2014 r.

Odwołujący zrelacjonował dalej, że FMK złożyło wykaz usług (na s. 41 oferty), z którego wynika, że wykonało dwie usługi modernizacji obejmujące każdorazowo jedną wywrotnicę wagonową. Jednakże wykaz wraz z załącznikami nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu z następujących powodów.

Z referencji załączonych dla poz. nr 1 wykazu, wystawionych przez Zamawiającego przy okazji innego zamówienia publicznego, wynika, że modernizowany był cały węzeł rozładowniczy węgla, co jednakże nie potwierdza, że modernizowana była wywrotnica

wagonowa.

Zdaniem Odwołującego kwestia ta wymaga co najmniej wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 pzp. Odwołujący dodał, że stosowne wyjaśnienia miały miejsce w jego przypadku (pismo Zamawiającego z 7.11.2014 r. i odpowiedź z 20.11.2014 r.), w których wykazał ponad wszelką wątpliwość, że ma doświadczenie w modernizacji wywrotnic.

Z kolei usługa z poz. 2 wykazu – modernizacja węzła rozładowczego węgla w Elektrowni Łagisza – została ukończona 20 czerwca 2009 r., to jest w szóstym roku przed terminem składania ofert w niniejszym postępowaniu, a nie w przeciągu ostatnich 5 lat. Tym samym nie może być brana pod uwagę przy ocenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący podsumował, że FMK nie spełniło warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, gdyż nie wykazało wykonania ani jednej modernizacji wywrotnicy, podczas gdy Zamawiający wymagał doświadczenia w wykonaniu modernizacji co najmniej dwóch wywrotnic. Winno to skutkować jego wykluczeniem na zasadzie art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp, po uprzednim ewentualnym wezwaniu w trybie art. 26 ust. 3 pzp do złożenia prawidłowego wykazu.

{zarzut nr 3}

Odwołujący zarzucił, że Zamawiający dopuścił się naruszenia m.in. art. 82 ust. 1 zw. z art. 84 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 pzp, zezwalając FMK na zmianę ofert już po terminie składania ofert, podczas gdy oferta powinna podlegać odrzuceniu.

Odwołujący zrelacjonował, że FMK na s. 69 oferty (załącznik nr 9) oświadczyło – wbrew postanowieniu pkt 3.3.1. SIWZ, zgodnie z którym Zamawiający żądał udzielenia rękojmi na okres 12 miesięcy licząc od daty podpisania protokołu przekazania przedmiotu umowy do eksploatacji, a na potwierdzenie spełniania powyższego wymagania wykonawcy mieli załączyć do formularza oferty oświadczenie, którego wzór stanowił załącznik nr 9 do SIWZ – udziela Zamawiającemu rękojmi na okres 1 miesiąca.

Odwołujący zarzucił, że powyższe stanowi jednoznacznie o niezgodności oferty FMK z treścią SIWZ i winno skutkować odrzuceniem oferty FMK. Tymczasem Zamawiający dopuścił zmianę merytorycznej treści oferty FMK przez złożenie nowego oświadczenie (pismo z 17 listopada 2014 r.) i zaproponowanie – w miejsce rękojmi na okres 1 miesiąca – rękojmi na okres 12 miesięcy, co jest sprzeczne z przepisami pzp. Odwołujący powołał się na to, że jego stanowisko znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok z 14.02.2014 r., sygn. akt 401/14; wyrok z 27.03.2013 r., sygn. akt 540/13).

{zarzut nr 4}

Odwołujący zarzucił, że Zamawiający naruszył m.in. art. 87 ust 2 pkt 1 w zw. z art. 7

ust 1 i 3 pzp, poprawiając w treści oferty FMK (pkt 21.3 części technicznej oferty) oświadczenie o udzieleniu gwarancji na okres 36 miesięcy, uznając, iż treść oświadczenia FMK musi stanowić omyłkę, a prawidłowe brzmienie oferty technicznej powinno obejmować 60 miesięczny okres gwarancji.

Zdaniem Odwołującego sprzeczność oświadczeń FMK (w treści formularza ofertowego podano 60 miesięcy, a w dalszej części oferty – 36 miesięcy) nie może zostać uznana za oczywistą omyłkę pisarską (możliwą do poprawy w prosty, jednoznaczny sposób). Okres gwarancji był bowiem jednym z kryteriów oceny ofert – im dłuższy, tym wyższa liczba punktów. Gdyby przyjąć, odwrotnie niż dokonał tego Zamawiający, że sprzeczność oferty FMK powinna zostać rozstrzygnięta przez zmianę formularza oferty w ślad za pkt 21.3 części technicznej oferty, FMK w rankingu ofert zajęłoby drugą pozycję, co miałoby wpływ na wynik postępowania. W konsekwencji dalece idąca ingerencją Zamawiającego w treść SIWZ skutkowałą wygraną FMK w przetargu, a dokonana przez Zamawiającego poprawa jest ewidentnie, acz bez podstawy prawnej, z korzyścią dla FMK. Zamawiający powinien był odrzucić ofertę FMK.

{zarzut nr 5}

Odwołujący zrelacjonował, że Zamawiający w załączniku nr 1 do projektu umowy (załącznik do SIWZ) określił w pkt 20 ppkt 18 *Wymagania odnośnie zawartości oferty* i przyjął, że część techniczna pn. *OFERTA – CZĘŚĆ TECHNICZNA* ma składać się m.in. z *Wykaz części zamiennych i szybkozużywających*.

Odwołujący zarzucił, że oferta FMK nie spełniła wymagań SIWZ, gdyż w pkt 18 oferty – części technicznej FMK pominięto wykaz części szybkozużywających się oraz części zamiennych, co zdaniem odwołującego oznacza brak merytorycznej treści oferty.

Odwołujący zarzucił również, że w piśmie z 27 listopada 2014 r. (pkt 5 i 6) Zamawiający, naruszając art. 82 ust. 1 w zw. z art. 84 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 87 ust. 1 ustawy pzp, zwrócił się do FMK z wnioskiem o wyjaśnienie niewykazania w pkt 18.1 i pkt 18.2 części zamiennych i szybkozużywających się. W odpowiedzi FMK (pismo z 02.12.2014 r.) dokonało zmiany oferty przez jej uzupełnienie, czemu Zamawiający się nie sprzeciwił.

Co więcej, Odwołujący zarzucił, że obok wprowadzenia nowej treści do oferty FMK dokonało zmiany dotychczasowej treści, modyfikując zakres (liczbę, rodzaj i parametry) części zamiennych pierwotnie wykazanych.

W konsekwencji zdaniem Odwołującego FMK dokonało zmiany oferty, w części – przez ograniczenie i zmodyfikowanie dotychczas oferowanego Zamawiającemu świadczenia, ograniczając tym samym również koszty FMK wykonania przedmiotu zamówienia (mniejszy zakres i ilość zapewnionych w okresie gwarancji części zamiennych objętych ceną oferty,

co stanowi o pogorszeniu oferowanego świadczenia), przy jednoczesnym braku zmiany ceny oferty, a w części – przez uzupełnienie, a tym samym również zmianę pierwotnej treści oferty.

Zdaniem Odwołującego utrwalona linia orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej potwierdza, że powyższe czynności Zamawiającego i FMK zostały dokonane z naruszeniem przepisów ustawy pzp.

W wyroku z 25.05.2011 r. (sygn. akt 999/11), Izba orzekła, że: *Oferta taka nie została w żadnym nawet minimalnym zakresie złożona przez Przystępującego do upływu terminu składania ofert. Tym samym na skutek wezwania Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów wykonawca ten, dysponując dodatkowym w stosunku do innych wykonawców czasem na sporządzenie tej oferty, oraz potencjalną wiedzą o treści ofert złożonych przez innych wykonawców w wyznaczonym terminie składania ofert skorzystał ze szczególnej sytuacji, którą Zamawiający doprowadził do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. (...) brak złożenia w ustalonym terminie składania ofert żądanej w SIWZ oferty technicznej świadczy o niezgodności treści oferty Przystępującego z treścią SIWZ, która nie da się usunąć. W tym przypadku zatem Zamawiający dokonując ponownie czynności badania i oceny ofert powinien ofertę Przystępującego odrzucić.*

Z kolei w uzasadnieniu wyroku z 3 stycznia 2013 r. (sygn. akt 2772/12) Izba zajęła następujące stanowisko: *Art. 82 ust. 1 P.z.p. stanowi, że wykonawca może złożyć jedną ofertę. W konsekwencji art. 84 ust 1 P.z.p. stanowi, że wykonawca może zmienić lub wycofać swoją ofertę wyłącznie przed upływem terminu składania ofert. Komplementarnie w stosunku do tej regulacji art. 87 ust. 1 zdanie drugie P.z.p. nie pozwala na prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących treści oferty oraz jakkolwiek zmianę treści oferty za wyjątkiem sytuacji opisanych w art. 87 ust. 1 a i 2 P.z.p. Ustawodawca dozwala zatem zmianę treści oświadczenia woli stanowiącego ofertę samodzielnie przez wykonawcę wyłącznie przed upływem terminu składania ofert. Ingerencja w treść oferty po upływie tego terminu może nastąpić wyłącznie przez zamawiającego i to w wyjątkowych sytuacjach spełnienia przesłanek zawartych w art. 87 ust. 2 P.z.p. Opisany stan prawny nie prowadzi do oceny, jak twierdzi odwołujący, że wykonawca po upływie terminu składania ofert nie może zmienić swojej oferty, lecz do ustalenia, że ustawodawca nie zezwala poza wyjątkowymi sytuacjami na zmianę treści oferty w ogóle, a zmiana dokonana przez wykonawcę zmiana wiąże się zawsze z negatywnymi skutkami. Zmienione oświadczenie woli stanowi w istocie nową ofertę, co jako naruszające art. 82 ust. 1 P.z.p. prowadzi do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 P. z.p. (...) Wyjaśnienia treści oferty – co jednolicie przyjmuje piśmiennictwo i orzecznictwo – stanowią rodzaj wykładni autentycznej oświadczenia woli wykonawcy – oferty. Służą wyjaśnieniu nieścisłości, niejasności zaistniałych w treści oferty. Wyjaśnienia w żadnym razie nie mogą prowadzić do wytworzenia*

nowej treści oświadczenia woli, która nie znajduje oparcia w jej treści dotychczasowej. Przyjęcie przez zamawiającego wyjaśnień kreujących nową treść oferty nie jest – zgodnie ze stanowiskiem orzecznictwa – dozwolonym wyjaśnieniem oferty przez wykonawcę, lecz negocjacjami jej treści zakazanymi art. 87 ust. 1 in fine P.z.p. (...) Należy pamiętać, że pojęcie treści oferty nie posiada definicji legalnej. Jednak zgodnie z dorobkiem orzecznictwa, treści oferty stanowi o merytorycznym aspekcie zaoferowanego przez wykonawców świadczenia adekwatnego do merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Tym samym elementy istotne treści oferty, to nie tylko jej elementy przedmiotowo istotne, ale również elementy istotne podmiotowo – podniesione do takiej rangi wolą stron umowy. (...) Izba uznała, że dopuszczenie do zmiany opłacalności przedsięwzięcia przez podanie nowych istotnych z uwagi na naturę stosunku prawnego danych służących obliczeniu ceny oferty – po upływie terminu składania ofert – godziłoby w zasady uczciwej konkurencji.

12 lutego 2015 r. na posiedzeniu Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie w której wniósł o oddalenie odwołania, w następujący sposób uzasadniając swoje stanowisko.

{ad zarzutu nr 1}

Zamawiający opisał treść pkt 3.1.1.1 w sposób zbieżny z zaprezentowanym w odwołaniu.

Zamawiający podał ponadto, że wykonawca FMK wraz z ofertą złożył decyzję Dyrektora Transportowego Dozoru Technicznego, a także certyfikat Urzędu Dozoru Technicznego. W osnowie decyzji określono, że jej adresat uprawniony jest do modernizacji i naprawy m. in. wywrotnic wagonów, przenośników taśmowych i suwnic.

Zamawiający podniósł, że przy opisie warunku posłużył się formułą zaczerpniętą z funkcjonujących w obrocie (i ustandaryzowanych) decyzji Dyrektora Transportowego Dozoru Technicznego i treść decyzji FMK tej formule odpowiada. Ponieważ decyzja, którą przedstawiło FMK językowo wprost odpowiada postawionemu warunkowi, zdaniem Zamawiającego sytuacja ta nie wymaga żadnej dalszej interpretacji.

Zamawiający stwierdził, że nie wprowadził żadnych dodatkowych wymogów, które mogłyby być uszczegółowione w załączniku do decyzji. Zamawiającemu wiadomo, że załączniki do tego rodzaju decyzji w ogóle nie zawężają, ani nie rozszerzają zakresu uprawnień wynikających z decyzji, lecz wskazują (bardzo ogólnikowo), jak od strony technicznej winny być wykonywane określone czynności przez uprawnionego z decyzji. Zamawiający argumentował, że Odwołujący jest tego w pełni świadomy, chociażby w oparciu

o treść załącznika do swojej decyzji.

{ad zarzutu nr 2}

Zamawiający opisał treść pkt 3.1.1.2 w sposób zbieżny z zaprezentowanym w odwołaniu.

Zdaniem Zamawiającego rozumowanie przedstawione w odwołaniu jest błędne, gdyż wprost określił, że wymaga legitymowania się co najmniej jedną wykonaną modernizacją, a występująca dalej liczba mnoga wskazuje na klasę obiektów, których dotyczy wymóg wykonania jednej modernizacji. Takie sformułowanie jest w pełni zgodne z regułami gramatyki języka polskiego. Oznacza ono wymóg, by wykonawca zmodernizował chociażby jedną z klasy wywrotnic wagonowych.

Zamawiający podniósł, że analogiczny (co do zasady) problem był już przedmiotem orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej. W wyroku z 30 września 2010 r. (sygn. akt. 2007/10) wskazano: (...) *przede wszystkim z użycia liczby mnogiej nie wynika wprost konieczność wykazania wykonania projektu zawierającego kilka (więcej, niż jeden) oddziałów szpitalnych i sal operacyjnych. In initio warunku zamawiający wskazał wprost, że wymaga wykonania „jednego projektu”. Skoro więc w dalszej części postanowienia zaniechał określenia ilości oddziałów i sal operacyjnych, uznać należy, że dopuścił możliwość wykazania wymaganego doświadczenia przez wykonanie projektów szpitali wielooddziałowych lub posiadających jeden oddział.* Zamawiający stwierdził, że powyższe rozumowanie jest analogiczne do prezentowanego przez niego

Uzupełniająco Zamawiający podniósł, że również w orzecznictwie z zakresu innych dziedzin prawa, w tym tak restrykcyjnych w zakresie interpretacji jak prawo karne, podnosi się, że użycie liczby mnogiej w treści przepisu nie może być równoznaczne ze zwrotem „co najmniej dwa”. W uchwale z 21 listopada 2001 r. (sygn. akt I KZP 26/2001) Sąd Najwyższy wskazał: (...) *samo tylko użycie w treści normy prawnej liczby mnogiej dla określenia przedmiotu bezpośredniej ochrony, przedmiotu czynności sprawczej lub środka służącego do popełnienia przestępstwa nie oznacza, że ustawodawca używa jej w znaczeniu zwrotu: „co najmniej dwa”, a więc w celu ograniczenia podstawy odpowiedzialności.*

Zdaniem Zamawiającego należy także mieć na względzie, że określony przez niego opis sposobu dokonywania oceny powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do niego. Określenie warunków winno nastąpić w sposób uwzględniający wielkość i stopień skomplikowania zamówienia, tak by nie prowadziło to do ograniczenia równej konkurencji. Ponieważ w prowadzonym postępowaniu przedmiotem zamówienia jest: *Modernizacja wywrotnicy wagonowej nr 2 w TAURON Wytwarzanie S.A. – Oddział Elektrownia Łagisza w Będzinie*, tym samym wymaganie przez Zamawiającego doświadczenia w modernizacji co najmniej dwóch wywrotnic wagonowych, jak próbuje

wykazać Odwołujący, naruszałoby zasadę adekwatności stawianego warunku do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający nadmieniał również, że wywrotnica wagonowa jest samodzielnym urządzeniem, niepowiązanym z innymi wywrotnicami i nie stanowi wspólnego ciągu wywrotnic, które musiałyby być wspólnie modernizowane.

Zamawiający podsumował, że interpretacja Odwołującego jest sprzeczna nie tylko z zasadami gramatyki języka, zasadami prawidłowego formułowania warunków ale także z obowiązującymi standardami, przejawiającymi się tym, że zwyczajowo każda wywrotnica podlega samodzielniej modernizacji.

Biorąc pod uwagę powyższe Zamawiający ocenił, czy *Modernizacja węzła rozładawczego węgla – Elektrownia Jaworzno*, na którą powołał się FMK w swym oświadczeniu (wykazie), wystarcza do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia.

Zamawiający zauważył, że ponieważ zgodnie z § 1 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane {Dz. U. poz. 231; dalej w skrócie: „rozporządzenie o dokumentach”} usługa ta nie wymagała przedstawienia referencji, gdyż była świadczona dla Zamawiającego, ale mimo to wykonawca FMK przedstawił list referencyjny z 22 września 2011 r.

Zamawiający podał, że w treści tego dokumentu, wystawionego przez niego samego, wskazano wyraźnie, że wykonywana usługa *Modernizacji węzła rozładawczego węgla (...)* obejmowała swym zakresem m.in. wywrotnicę wagonową WW2.

Ponadto z uwagi na fakt, że w skład komisji przetargowej Zamawiającego wchodził przedstawiciel Departamentu Zarządzania Majątkiem (departament odpowiedzialny za nadzór, odbiory i rozliczenie umów), mając na względzie § 1 ust. 5 rozporządzenia o dokumentach (pozwalający zamawiającemu, w przypadku gdy dane zawarte w wykazie lub dowodach potwierdzających należyte wykonanie zamówienia budzą wątpliwości lub gdy z poświadczenia albo z innego dokumentu wynika, że zamówienie nie zostało wykonane lub zostało wykonane nienależycie, zwrócić się do właściwego organu o przedłożenie dodatkowych informacji lub zaświadczeń, bezpośrednio zamawiającemu), komisja przetargowa zobowiązała przedstawicieli DPM do potwierdzenia, czy w ramach wykonanej przez wykonawcę FMK usługi modernizacji podlegała wywrotnica wagonowa. Zamawiający oświadczył, że zgodnie z przekazanymi w tym trybie informacjami umowa, którą wykonawca FMK wskazał w wykazie usług obejmowała swym zakresem modernizację wywrotnicy wagonowej.

Zamawiający wyjaśnił, że drugiej z wykazanych przez FMK usług nie rozpatrywał

z uwagi na fakt, że była realizowana w okresie wcześniejszym niż ostatnie pięć lat przed upływem terminu składania ofert, a tym samym nie spełniała warunku postawionego w pkt 3.1.1.2 SIWZ.

{ad zarzutu nr 3}

Zamawiający podał, że w formularzu oferty FMK, obok oświadczenia w przedmiocie ceny za jaką zostanie zrealizowane zamówienie, złożył również cały szereg oświadczeń, zapewnień oraz zobowiązań, które były niezbędne do prawidłowej realizacji zamówienia, w tym potwierdził, że: podana przez niego cena zawiera koszty niezbędne do zrealizowania zamówienia wynikające z zakresów i warunków określonych w SIWZ, zapoznał się z treścią SIWZ i nie wnosi do niej zastrzeżeń, ponadto jest zdolny do wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami podanymi w SIWZ, a także akceptuje treść załączonego do SIWZ wzoru umowy wraz z załącznikami.

Zamawiający podał również, że w wymaganiach stawianych w stosunku do dostaw/usług, w pkt 3.3.1.3. SIWZ wskazał, że wymaga, aby na dostawę/usługę udzielono rękojmi na okres 12 miesięcy licząc od daty podpisania protokołu przekazania przedmiotu umowy do eksploatacji, a na potwierdzenie spełnienia powyższego wymagania wykonawca załączy do formularza oferty oświadczenie, którego wzór stanowił załącznik do SIWZ.

Odwolujący podniósł, że w związku z różnymi oświadczeniami FMK w treści złożonej przez niego oferty (z jednej strony FMK potwierdził, że wykona zamówienie zgodnie z wymaganiami zawartymi w SIWZ tj. m.in. udzieli rękojmi na okres 12 m-cy oraz uwzględnił wszystkie koszty wynikające z warunków zawartych w SIWZ, a z drugiej w załączniku do formularza oferty oświadczył, że udziela rękojmi na okres jednego miesiąca) – Zamawiający, w celu usunięcia wskazanych wyżej rozbieżności, wezwał FMK do uzupełnienia dokumentu (załącznika nr 9 do oferty). Złożony przez FMK dokument potwierdził, że oferta jest zgodna z SIWZ.

W ocenie Zamawiającego powoływane przez Odwołującego orzecznictwo Izby nie ma znaczenia dla tej sprawy, gdyż wyrok w sprawie o sygn. akt KIO 401/14 dotyczy problemu zatrzymania wadium, a wyrok w sprawie o sygn. akt KIO 540/13 warunków udziału w postępowaniu.

{ad zarzutu nr 4}

Zamawiający zrelacjonował, że w wymaganiach stawianych w stosunku do dostaw/usług, w pkt 3.3.1.1. SIWZ wskazał, że wymaga aby na dostawę/usługę udzielona była gwarancja na cały przedmiot zamówienia na okres nie mniej niż 36 miesięcy od daty protokółarnego przekazania instalacji wywrotnicy wagonowej nr 2 do eksploatacji, a maksymalny okres gwarancji nie może przekroczyć zakładanej przez Zamawiającego

żywołności urządzeń tj. 25 lat. Na potwierdzenie spełnienia powyższego wymagania wykonawca załączyć miał do formularza oferty oświadczenie, którego wzór stanowił załącznik do SIWZ.

Zamawiający opisał również, że w formularzu oferty FMK, obok oświadczenia w przedmiocie ceny za jaką zostanie zrealizowane zamówienie, złożył w pkt. 2.1 oświadczenie, że udziela na produkt/usługę gwarancji na okres 60 miesięcy od daty protokolarnego przekazania instalacji wywrotnicy wagonowej nr 2 do eksploatacji. Również w załączniku do formularza oferty (załącznik nr 9) FMK oświadczył, że udziela gwarancji na okres 60 miesięcy od daty protokolarnego przekazania instalacji wywrotnicy wagonowej nr 2 do eksploatacji. Natomiast w pkt 21.3 części technicznej oferty FMK umieścił zapis: *Po zatwierdzeniu przez Zamawiającego Protokołu Zakończenia Ruchu Próbnego i Protokołu Przekazania do Eksploatacji rozpoczyna się 36-miesięczny okres gwarancyjny.*

Zamawiający stwierdził, że tym samym w treści oferty FMK znalazły się różne oświadczenia dotyczące okresu, na który udzielona będzie gwarancja na przedmiot zamówienia. Jednocześnie dla Zamawiającego jasne było, że oświadczenie zawarte w treści formularza oferty oraz załącznika nr 9, które to dokumenty stworzone (wypełnione) zostały w celu złożenia oferty w niniejszym postępowaniu i tylko do tego celu mogą być przydatne, obrazują rzeczywistą wolę FMK. Część techniczna oferty jest bowiem opracowaniem, które ma charakter wzorca dostosowywanego do realiów konkretnych postępowań. Naturalną i często spotykaną w praktyce jest sytuacja, gdy dokumentu takiego nie udaje się w pełni poprawić (dostosować do realiów danego postępowania) i występują w nim omyłki.

W związku z powyższym Zamawiający uznał, że konieczne jest usunięcie omyłki, czego dokonał w trybie sprostowania omyłek pisarskich. Zamawiający dodał, że ponieważ FMK w terminie 3 dni od dnia doręczenia mu pisma o dokonanej przez Zamawiającego poprawki w jego ofercie, nie sprzeciwił się tej czynności, uznać należało, że jego oświadczenie w zakresie udzielenia gwarancji na okres 60 miesięcy było właściwe.

{ad zarzutu nr 5}

Zamawiający potwierdził, że zgodnie z pkt 20 ppkt 18 opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do umowy) wymagał, aby wykonawca przedłożył wykaz części zamiennych i szybkozyszywających się.

Zdaniem zamawiającego wykaz ten nie ma jednak wpływu na zakres zobowiązania wykonawcy do dostarczenia części zamiennych i szybkozyszywających się na okres gwarancji.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z §1 ust. 1 pkt 6 wzoru umowy (będącego częścią SIWZ) wykonawca zobowiązuje się do dostarczenia Zamawiającemu części zapasowych na okres gwarancji. Obowiązek ten uszczegółowiony jest w opisie przedmiotu zamówienia

(załącznik nr 1 do umowy). Zgodnie z pkt 3.8.5. tego dokumentu wyrotnica podlega szczegółowo opisanym tam przeglądom. Dalej wskazano, że: *Wykonawca w okresie obowiązywania gwarancji będzie przeprowadzał na swój koszt przeglądy okresowe w tym będzie ponosił koszty części zamiennych i szybkozużywających się (bez ponoszenia kosztów materiałów eksploatacyjnych tj.: olejów, filtrów, innych płynów) w zakresie wszystkich czynności kontrolnych, pomiarowych, regulacyjnych i konserwacyjnych zgodnie z wytycznymi zawartymi w Dokumentacji Techniczno-Ruchów ej urządzenia oraz zgodnie z wymaganiami Rozporządzenia Ministra Transportu z dnia 20 września 2006 r. w sprawie warunków technicznych dozoru technicznego w zakresie projektowania, wytwarzania, eksploatacji, naprawy i modernizacji specjalistycznych urządzeń transportu ciągłego i bliskiego (Dz. U. Nr 178. Poz, 1320).*

Zamawiający podsumował, że niezależnie od tego co wykonawca wskaże w składanym wraz z ofertą wykazie części zamiennych i szybkozużywających, zobowiązany jest do wymiany tych części na własny koszt w zakresie wynikającym z obowiązujących przepisów.

Ponadto zdaniem Zamawiającego: *Wszelkie uchybienia w zakresie wykazu FMK, czy też złożenie nowego wykazu przez FMK, mają charakter jedynie uchybień w zakresie formy oferty, a pozostają bez wpływu na jej treść, tj. na zakres zobowiązania FMK względem Zamawiającego.*

Zamawiający powołał się również na wyrok Izby z 21 sierpnia 2013 r. (sygn.. akt KIO 1902/13), w którym podkreślono: *„Izba wskazuje, że o niezgodności treści oferty z treścią s.i.w.z. można mówić wyłącznie w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, w ten sposób że nie zapewnia jego całościowej realizacji, zgodnej z wymaganiami zamawiającego.*

Pismem z 3 lutego 2015 r. Zamawiający poinformował, że 2 lutego 2015 r. przekazał faksem kopię odwołania pozostałym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu.

Izba ustaliła, że do Prezesa Izby nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia w tej sprawie.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłoszono również w tym zakresie odmiennych wniosków.

Izba nie miała podstaw do umorzenia postępowania odwoławczego, gdyż zgodnie

z art. 186 ust. 2 ustawy pzp jest możliwe wyłącznie w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący i Zamawiający podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby Odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, w którym złożył ofertę, która została sklasyfikowana na drugim miejscu. Jednocześnie Odwołujący może ponieść szkodę w związku z zarzucanym Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż zaniechanie wykluczenia z postępowania Przystępującego uniemożliwia mu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie, gdyż potwierdziły się niektóre z zarzutów odwołania dotyczące naruszeń przepisów ustawy pzp, które miały wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

W pierwszej kolejności Izba zważyła, że za niezasadne, bo polegające jedynie na wskazaniu tych przepisów, należy uznać zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp, art. 89 ust. 1 pkt 3 oraz art. 7 ust.1 pzp.

Spośród zarzutów dotyczących niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących, po pierwsze – posiadania uprawnień {zarzut nr 1}, po drugie – posiadania wiedzy i doświadczenia {zarzut nr 2} – Izba uznała za zasadny pierwszy z nich.

Zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące: 1) posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich

posiadania; 2) posiadania wiedzy i doświadczenia; 3) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia; 4) sytuacji ekonomicznej i finansowej. Z art. 22 ust. 3 pzp wynika, że opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1, zamieszcza się w ogłoszeniu o zamówieniu. Według art. 22 ust. 3 pzp opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. W art. 22 ust. 5 zd. 1 pzp zastrzeżono, że warunki, o których mowa w ust. 1, oraz opis sposobu oceny ich spełniania mają na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia.

Według art. 26 ust. 2a ustawy pzp wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać, nie później niż na dzień składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pzp.

Izba ustaliła, że postanowienia s.i.w.z. w zakresie pkt 3.1.1.1 i 3.2.1.1 {warunek dotyczący posiadania uprawnień} zostały adekwatnie zaprezentowane w odwołaniu {w takim samym brzmieniu zostały również zaprezentowane w odpowiedzi na odwołanie}.

Izba ustaliła, że postanowienia s.i.w.z. w zakresie pkt 3.1.1.2 {warunek dotyczący posiadania wiedzy i doświadczenia} zostały adekwatnie zaprezentowane w odwołaniu {w takim samym brzmieniu zostały również zaprezentowane w odpowiedzi na odwołanie}.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 9 ust. 1 ustawy z dnia 21 grudnia 2001 r. o dozorcze technicznym (t.j. Dz.U. z 2003 r. poz. 963, z późn. zm.) urządzenia techniczne oraz materiały i elementy stosowane do ich wytwarzania, naprawy lub modernizacji mogą być wytwarzane, naprawiane lub modernizowane przez wytwarzającego, naprawiającego lub modernizującego, który posiada uprawnienie, wydane w formie decyzji administracyjnej, do ich wytwarzania, naprawiania lub modernizacji, zwane dalej „uprawnieniem”, wydane przez organ właściwej jednostki dozoru technicznego, chyba że przepisy szczególne stanowią inaczej.

Zgodnie z § 18 ust. 1 rozporządzenia Ministra Transportu z dnia 20 września 2006 r. w sprawie warunków technicznych dozoru technicznego w zakresie projektowania, wytwarzania, eksploatacji, naprawy i modernizacji specjalistycznych urządzeń transportu ciągłego i bliskiego (Dz. U. Nr 178, poz. 1320) naprawa lub modernizacja SUT powinny być przeprowadzane przez podmiot posiadający uprawnienia wydane przez TDT oraz na podstawie uzgodnionej przez TDT dokumentacji technicznej i technologicznej.

Potwierdził się zarzut niewykazania przez FMK spełniania warunku dotyczącego

posiadania wymaganych uprawnień.

Zamawiający wymagał od wykonawców posiadania uprawnień do modernizacji i naprawy specjalistycznych urządzeń transportu {tzw. SUT} bliskiego w zakresie wywrotnic wagonów, przenośników taśmowych, suwnic i dźwigów, zgodnie z przywołanym powyżej rozporządzeniem wykonawczym do również powyżej przywołanej ustawy o dozorze technicznym, co należało potwierdzić aktualnym certyfikatem lub innym dokumentem.

Izba ustaliła, że do oferty FMK załączono certyfikat Urzędu Dozoru Technicznego {wspomniany w odpowiedzi na odwołanie}, który, po pierwsze – potwierdza uprawnienie do dokonywania modernizacji układnic magazynowych, suwnic, żurawi stałych, żurawi szynowych, wciągników i wciągarek, po drugie – odnośnie szczegółowego zakresu i warunków uprawnienia odsyła do załącznika do decyzji uprawniającej {uprawnienia nadane 10.02.2006 r., zarejestrowane pod nr UD-16-47-P/1-06}, który nie został załączony.

Następnie Izba ustaliła, że w odwołaniu adekwatnie przedstawiono, że FMK załączył do oferty decyzję Dyrektora Transportowego Dozoru Technicznego nr TDT-M/N-21/13 z 14 marca 2013 r., w której treści wskazano, że szczegółowy zakres i warunki uprawnienia zostały określone w załączniku do tej decyzji, bez tego załącznika.

Ponadto Izba ustaliła na podstawie przedstawionego na rozprawie przez Odwołującego załącznika do tej decyzji {którego autentyczność i aktualność nie była kwestionowana}, że z zakresu przyznanych FMK uprawnień do modernizacji i naprawy specjalistycznych urządzeń transportu bliskiego i ciągłego oraz urządzeń transportu bliskiego: wywrotnic wagonów, ładowarek, zwałowarek, ładowarko-zwałowarek, urządzeń wygarniających, przenośników taśmowych, przeciągarek do przemieszczania wagonów, suwnic, żurawi i dźwigów – wyłączone jest wykonywanie prac spawalniczych, obróbki plastycznej i cieplnej {pkt 1}. Spawanie, obróbka plastyczna i cieplna mogą być wykonywane przez podwykonawców posiadających w tym zakresie uprawnienie Transportowego Dozoru Technicznego {pkt 4.5}

Izba ustaliła również na podstawie opisu przedmiotu zamówienia {załącznik nr1 do umowy na dostawę urządzeń, która to umowa stanowi z kolei załącznik nr 10 do s.i.w.z.}, że modernizacja wywrotnicy wagonowej nr 2 w Elektrowni Łagisza w Będzinie wymaga czynności związanych z pracami spawalniczymi, obróbki plastycznej i cieplnej {pkt 3.8.5 – lit. d; pkt 4.1.6 – pierwsze wypunktowanie; pkt 4.1.10 – w całości; pkt 10.4 – przedostatnie wypunktowanie oraz przedostatnie zdanie; pkt 14.3 – w całości; pkt 16.1 – testy na miejscu montażu, pierwsze wypunktowanie}.

Wykonawca FMK w załączniku nr 6 do s.i.w.z {oświadczenie dotyczące

podwykonawców} oświadczył, że zamówienie będzie realizować z udziałem podwykonawców, a zakres zamówienia, jaki zamierza im powierzyć obejmuje: po pierwsze – wykonanie konstrukcji stalowej, po drugie – wykonanie części budowlano-instalacyjnej, a także dopisał następującą uwagę: *wg listy kwalifikowanych wykonawców*.

Izba zważyła w tych okolicznościach, że wykonawca FMK nie wykazał posiadania uprawnień wymaganych przez Zamawiającego.

Po pierwsze – skoro Zamawiający w treści opisu sposobu oceny warunku odwołał się do uprawnień regulowanych powyżej przywołanymi przepisami o dozorcze technicznym, ich zakres musi umożliwiać wykonawcy realizację przedmiotu zamówienia zgodnie z tymi przepisami. Również dla warunku dotyczącego uprawnień obowiązuje reguła z art. 22 ust. 4 pzp, że opis sposobu oceny jego spełniania ma być związany z przedmiotem zamówienia. Skoro przedmiot zamówienia obejmuje prace spawalnicze, obróbki plastycznej i cieplnej, nie ma podstaw do przyjęcia, że uprawnienia w tym zakresie nie były wymagane i nie podlegały weryfikacji.

Po drugie – wykonawca FMK nie wykazał spełnienia warunku ze względów formalnych, gdyż złożył dokument niekompletny, bez załącznika stanowiącego integralną część decyzji. Wbrew stanowisku Zamawiającego, decyzja załączona do oferty FMK wprost stanowi, że zakres uprawnień określony jest w załączniku. Zamawiający zaniechał w tym zakresie wezwania do uzupełnienia tego dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 pzp. Ponieważ wiadomo już, że załącznik ten potwierdza ograniczenie uprawnień FMK, nakazywanie wzywania do uzupełnienia decyzji jest bezcelowe.

Po trzecie – treść tego załącznika jednoznacznie wskazuje, że zakres uprawnień wykonawcy FMK nie obejmuje prac spawalniczych, obróbki plastycznej i cieplnej, które wchodzi w zakres przedmiotu zamówienia. Nie potwierdziły się zatem przypuszczenia Zamawiającego, że załącznik nie zawęży uprawnień.

Po czwarte – wykonawca FMK wskazał w ofercie, że zamierza powierzyć podwykonawcy m.in. prace związane z konstrukcjami stalowymi, co może dotyczyć prac spawalniczych, obróbki plastycznej i cieplnej, które załącznik do decyzji nakazuje mu powierzyć podwykonawcy posiadającemu w tym zakresie uprawnienia. Jednakże Zamawiający nie zapewnił sobie możliwości weryfikacji tych uprawnień, co wymagałoby w pierwszym rzędzie podania danych identyfikujących podwykonawcę, a w następnej kolejności przedstawienia posiadanych przez niego uprawnień.

Natomiast nie potwierdził się zarzut niewykazania przez FMK spełniania warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia.

Zamawiający wymagał doświadczenia w co najmniej jednej modernizacji wywrotnic wagonowych, przy czym użycie liczby mnogiej wskazuje na rodzaj urządzenia, którego ma dotyczyć taka modernizacja.

Izba ustaliła ponadto, że w referencji dotyczącej poz. 1 wykazu usług załączonego do oferty FMK {s. 53 oferty} wskazano, że modernizacja węzła rozładowczego węgla wraz z wózkami wygarniającymi w elektrowni Jaworzno III obejmowała m.in. wywrotnicę wagonową WW2.

Izba w całej rozciągłości podziela stanowisko Zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie odnośnie interpretacji warunku i uznaje je za własne.

Uzupełniająco można jedynie dodać, że również przywołane powyżej akty prawne dotyczące dozoru technicznego posługują się liczbą w odniesieniu do poszczególnych rodzajów urządzeń, w tym wywrotnic.

Nie bez znaczenia dla prawidłowego odczytania opisu sposobu spełniania tego warunku jest również wynikająca z art. 22 ust. 4 pzp reguła, że taki opis ma powinien być proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Przedmiot zamówienia w tym postępowaniu obejmuje modernizację jednej wywrotnicy, a zatem wymaganie wykonania w ramach jednej modernizacji co najmniej dwóch wywrotnic byłoby nadmierne. Wbrew twierdzeniom Odwołującego Zamawiający tego nie napisał i nie ma podstaw, aby taką interpretację uznać za właściwą.

Z kolei zarzut, że nie wiadomo, czy w ramach usługi z poz. 1 wykazu była modernizowana wywrotnica, jest oczywiście niezasadny w świetle powyżej ustalonej treści referencji, która wprost na to wskazuje. Dodatkowo dowód przedstawiony przez Zamawiającego na rozprawie potwierdził twierdzenia Zamawiającego co do przebiegu badania tej pozycji wykazu zawarte w odpowiedzi na odwołanie.

Reasumując, wykonawca FMK wykazał należyte wykonanie jednej modernizacji wywrotnic, co było wystarczające dla potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Spośród zarzutów dotyczących niezgodności treści oferty FMK z treścią s.i.w.z., względnie niedopuszczalnej zmiany treści oferty w zakresie: po pierwsze – okresu rękojmi {zarzut nr 3}, po drugie – okresu gwarancji {zarzut nr 4}, po trzecie – części zamiennych i szybko zużywających się {zarzut nr 5} – Izba uznała za zasadny pierwszy i ostatni.

Zgodnie z art. 82 ust. 3 pzp treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Z art. 84 ust. 1 pzp wynika, że wykonawca może, przed upływem terminu składania ofert, zmienić lub wycofać ofertę.

Natomiast według art. 87 ust. 1 pzp 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.

Art. 87 ust. 2 pzp stanowi, że 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.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 1) jest niezgodna z ustawą {ppz}; 2) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 {ustawy pzp}.

Skład orzekający Izby podziela utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd, że zarówno treść s.i.w.z., jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia oświadcza jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego – co do zasady – porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z. – jest z nią zgodna.

Przy czym rozumienie terminu *oferta* należy przede wszystkim wywodzić z art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Nie budzi przy tym wątpliwości, że z uwagi na odpłatny charakter umów w sprawie zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty jest zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie.

W pozostałym zakresie zamawiający określa w s.i.w.z. wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia. W szczególności jeżeli zamawiający wymaga od wykonawców składających oferty – poza potwierdzenia ogólnym oświadczeniem o zgodności z opisem przedmiotu zamówienia – podania konkretnych parametrów, nazwy, modelu, typu etc., pozwalających na jednoznaczną

identyfikację przedmiotu oferty – porównanie tak skonkretyzowanej treści oferty z treścią wymagań opisu przedmiotu zamówienia zawartego w s.i.w.z. jest podstawą do stwierdzenia ich wzajemnej zgodności albo niezgodności.

Jednakże nieskonkretyzowanie przez wykonawcę treści oferty w sposób lub w zakresie wymaganym przez zamawiającego, również może być podstawą do stwierdzenia niezgodności oferty z treścią s.i.w.z., gdyż – co do zasady – niedopuszczalne jest precyzowanie i poprawianie treści złożonej oferty, w szczególności z uwagi za naczelną zasadę równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

I tak w doktrynie prezentowanej jest stanowisko, że w zakresie zastosowania przesłanki odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp mieści się również sporządzenie oferty w inny sposób, niż żądał tego zamawiający, o ile niezgodność taka dotyczy elementów treści oferty w aspekcie formalnym i materialnym, choć nie może tu chodzić wyłącznie o niezgodność sposobu spełnienia tych aspektów {por. J. Pieróg w: *Prawo zamówień Publicznych. Komentarz*, wyd. C.H. Beck, Warszawa 2009}. Z kolei w judykaturze podobnie wskazuje się, że niezgodność treści oferty z treścią s.i.w.z. może polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami specyfikacji, z zaznaczeniem, że chodzi tu o wymagania s.i.w.z. 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 zamieszczane są w s.i.w.z. {por. np. uzasadnienie wyroku Izby z 13 listopada 2013 r., sygn. akt KIO 2478/13}.

Niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, musi być możliwe uchwycenie na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi postanowieniami s.i.w.z.

Jednakże nawet wystąpienie tak skonkretyzowanego stanu niezgodności treści oferty z treścią s.i.w.z. nie zawsze będzie podstawą do odrzucenia oferty, gdyż art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp wprost odsyła do art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią s.i.w.z. w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż w pierwszej kolejności obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z s.i.w.z. niemających istotnego charakteru.

Przedmiotem zamówienia w tym postępowaniu jest modernizacja wyrotnicy wagonowej nr 2 w elektrowni Łagisza w Będzinie. Pkt 2.1.2 s.i.w.z. odsyła w zakresie szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia do wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 10 do s.i.w.z.

Zgodnie z § 1 ust. 1 wzoru umowy {podkreślenia pochodzą od Izby} *Wykonawca*

zobowiązuje się do przeniesienia na Zamawiającego własności elementów niezbędnych do modernizacji wywrotnicy wagonowej nr 2 (...) zwanych dalej „Urządzeniami”, a także do: 1) montażu Urządzeń, 2) uruchomienia Urządzeń i doprowadzenia ich do pełnej zdolności technologicznej i zakładanej wydajności oraz dyspozycyjności, 3) dostarczenia Zamawiającemu narzędzi potrzebnych do uruchomienia, bieżącej eksploatacji i remontów Urządzeń, o ile będą wymagane, 4) zapewnienia obecności przedstawiciela Wykonawcy przy rozruchu mechanicznym, rozruchu technologicznym i próbach eksploatacyjnych Urządzeń, 5) przekazania Zamawiającemu wszelkich niezbędnych dokumentów, (...), 6) dostarczenia Zamawiającemu części zapasowych na okres gwarancji, 7) przeprowadzenia okresowych przeglądów serwisowych, konserwacji i napraw Urządzeń, przy czym wykonywanie tych usług nie zwalnia Wykonawcy z obowiązków wynikających z rękojmi i gwarancji jakości, 8) przeszkolenia personelu Zamawiającego w zakresie uruchomienia, eksploatacji, konserwacji lub naprawy Urządzeń, zwanych dalej łącznie „Przedmiotem Umowy” – zgodnie z ofertą Wykonawcy z dnia, a Zamawiający zobowiązuje się do odbioru Urządzeń oraz usług objętych Przedmiotem Umowy i zapłaty wynagrodzenia określonego zgodnie z postanowieniem § 6 Umowy.

§ 1 ust. 2 wzoru umowy odsyła w zakresie szczegółowego opisu przedmiotu umowy do załącznika nr 1 do umowy, który zawiera część techniczną opisu przedmiotu zamówienia, w tym: opis stanu istniejącego w różnych aspektach (pkt 1), zakres i granice zamówienia (pkt 2), podstawowe wymagania dla modernizowanego układu i urządzeń pomocniczych (pkt 3), podstawowe wymagania techniczne (pkt 4), wymagania ochrony środowiska (pkt 5), wymagania dla prac budowlanych i obiektów (pkt 6), wymagania dla izolacji termicznej i dźwiękochłonnej (pkt 7), wymagania dla zabezpieczeń antykorozyjnych i malowania (pkt 8), wymagania BHP i przeciwpożarowe (pkt 10), wymagania dotyczące części zapasowych, narzędzi i materiałów (pkt 14), wymagania odnośnie montażu, rozruchu i ruchu próbnego (pkt 15), wymagania odnośnie testów, odbiorów i pomiarów gwarancyjnych (pkt 16), wymagania odnośnie dokumentacji technicznych (pkt 17). W tej części opisano również wymagania odnośnie obowiązujących przepisów i norm (pkt 12) oraz obowiązujące symbole i skróty (pkt 13), a także zamieszczono wymagania odnośnie gwarancji wykonania (pkt 11).

W szczególności pkt 3, w pkt 3.8 dotyczącym zakresu modernizacji wywrotnicy wagonowej nr 2, w pkt 3.8.5 dotyczącym konserwacji i przeglądów, zawiera następującą treść {podkreślenia dokonane przez Izbę}: *Wywrotnica wagonowa jest Specjalistycznym Urządzeniem Transportowym określanym w skrócie jako SUT, które podlega rejestracji w Terenowym Oddziale Transportowego Dozoru Technicznego na podstawie wymagań zawartych w Rozporządzeniu Ministra Transportu z dnia 20 września 2006 r. w sprawie warunków technicznych dozoru technicznego w zakresie projektowania, wytwarzania,*

eksploatacji, naprawy i modernizacji specjalistycznych urządzeń transportu ciągłego i bliskiego (Dz. U. 2006 nr 178 poz. 1320). Objęcie wywrotnicy wagonowej nadzorem TDT wymusza potrzebę wykonywania obowiązkowych przeglądów i okresowych badań technicznych. W związku z powyższym przewiduje się potrzebę wykonania przeglądów bieżących, których zakres i harmonogram będzie określony przez producenta SUT w Dokumentacji Techniczno –Ruchowej, w tym dokonanie sprawdzenia: a) stanu technicznego mechanizmów napędowych, układów hamulcowych oraz cięgien nośnych i ich zamocowań, g) prawidłowości obsługi SUT. WYKONAWCA w okresie obowiązywania gwarancji będzie przeprowadzał na swój koszt przeglądy okresowe w tym będzie ponosił koszty części zamiennych i szybkozużywających się (bez ponoszenia kosztów materiałów eksploatacyjnych tj.: olejów, filtrów, innych płynów) w zakresie wszystkich czynności kontrolnych, pomiarowych, regulacyjnych i konserwacyjnych zgodnie z wytycznymi zawartymi w Dokumentacji Techniczno-Ruchowej urządzenia oraz zgodnie z wymaganiami Rozporządzenia Ministra Transportu z dnia 20 września 2006 r. w sprawie warunków technicznych dozoru technicznego w zakresie projektowania, wytwarzania, eksploatacji, naprawy i modernizacji specjalistycznych urządzeń transportu ciągłego i bliskiego (Dz. U. Nr 178. Poz.1320) (...)

Natomiast w pkt 14.1 dotyczącym części zapasowych określono, że w ofercie należy podać wykaz części szybkozużywających się i zamiennych. Jednocześnie zastrzeżono, że części zapasowe (zamiennie i szybkozużywające się) na okres gwarancyjny wchodzi w zakres zamówienia.

Pkt 18 załącznika nr 1 do umowy zawiera również wytyczne do opracowania planu realizacji inwestycji w zakresie oferowanych dostaw i usług. Odnośnie zawartości oferty wskazano, że wymaga się opracowania i przedstawienia w ofercie wstępnego planu realizacji przedmiotowej inwestycji, który powinien zawierać co najmniej kroki planowane przez wykonawcę dla wykonania całego zakresu inwestycji, obejmującego następujące etapy: projektowanie, wytwarzanie, kompletację dostaw urządzeń i materiałów, wysyłkę i transport, obsługę geodezyjną, inspekcję budowy, montaż i budowę, odbiory, ruch próbny, przekazanie obiektu do eksploatacji.

W pkt 20 załącznika nr 1 do umowy zbiorczo sprecyzowano wymagania odnośnie zawartości części technicznej oferty, wskazując, że w jej skład mają wchodzić następujące elementy {podkreślenia dokonane przez Izbę}: 1. *Wstępny plan realizacji inwestycji*. 2. *Podstawowe dane i założenia wyjściowe*. 3. *Opis techniczny przedmiotu zamówienia*. 4. *Opis i charakterystyka urządzeń i instalacji, schematy technologiczne, dyspozycje urządzeń*. 5. *Zagadnienia elektryczne*. 6. *Zagadnienia AKPiA*. 7. *Zagadnienia BHP*. 8. *Zagadnienia p.poz.* 9. *Gospodarka remontowa i urządzenia pomocnicze (w tym urządzenia dźwigowo-*

transportowe). 10. Wpływ nowej wywrotnicy wagonowej nr 2 na istniejącą infrastrukturę (wyburzenia, przekładki). 11. Opis realizacji zabezpieczeń ruchu istniejącej elektrowni w czasie budowy nowej wywrotnicy wagonowej nr 2. 12. Zabezpieczenia antykorozyjne, izolacja termiczna i dźwiękochłonna. 13. Zużycie surowców i energii. 14. Osady ściekowe i sposób ich zagospodarowania. 15. Dane dotyczące robót budowlanych. 16. Informacje o sposobie realizacji prac budowlano-montażowych, wymagania w stosunku do Zamawiającego. 17. Zakres dostaw. 18. Wykaz części zamiennych i szybkozużywających się. 19. Zakres Robót Montażowych i Usług. 20. Program Zapewnienia i Kontroli Jakości. 21. Procedury Rozruchu, Ruchu próbnego i Pomiarów Gwarancyjnych. 22. Wstępny Schemat organizacyjny budowy. 23. Zasady organizacji budowy modernizacji sposobu rozładunku węgla, zasady bezpieczeństwa i higieny pracy, bezpieczeństwa przeciwpożarowego oraz ochrony środowiska w Elektrowni. 24. Harmonogram Realizacji (czasowe określenie poszczególnych etapów prac bez wskazywania konkretnych dat). 25. Rysunki (zgodnie z pkt. 6.5.) Plan zagospodarowania terenu, Rysunki dyspozycyjne, Przekroje, Schematy). 26. Załączniki.

Ponadto poza tym wyliczeniem w załączniku nr 1 odnośnie zawartości oferty:

- w pkt 9 wyrażono oczekiwanie, aby wykonawca wyspecyfikował w ofercie wszystkie środki wymagające zastosowania w celu bezawaryjnej pracy urządzeń technologicznych;
- w pkt 19 wskazano, że wykonawca ma podać informacje o usługach pogwarancyjnych, które będą wymagane lub zalecane po okresie gwarancyjnym.

Pkt 18 części technicznej oferty FMK wg nazwy dotyczy wykazu części zamiennych i szybkozużywających się. Zawiera pkt 18.1 wykaz części zamiennych – część mechaniczna oraz pkt 18.2 wykaz części zamiennych – część elektryczna. W żadnym z tych punktów nie wymieniono żadnych części szybkozużywających się. Pkt 18.1 zawiera tabelę, w której wyszczególniono części zamienne dla {w nawiasie liczba typów części}: konstrukcji beczki (1) , podpory (3), kołyski (16), stołu wywrotnicy (14), mechanizmu obrotu (7), zespołu wibracyjnego (3) i blokady wywrotnicy (2), a także podano liczbę sztuk i masę każdej części. Natomiast pkt 18.2 zawiera tabelę wymieniającą 14 typów części zamiennych, dla których podano liczbę sztuk.

Pismem z 27 listopada 2014 r. Zamawiający na podstawie art. 87 ust. 1 pzp wezwał FMK do udzielenia wyjaśnień m.in. w następującym zakresie: 5. *Prosimy o wyjaśnienie nie wykazania w pkt 18.1 Części technicznej Oferty części zamiennych do zespołu hamulca torowego.* 6. *Prosimy o wyjaśnienie nie wykazania w pkt 18 Części technicznej Oferty części szybkozużywających się, pomimo brzmienia punktu „Wykaz części zamiennych i szybkozużywających się”.*

W zakreślonym terminie pismem z 2 grudnia 2014 r. FMK udzielił w powyższym zakresie następujących wyjaśnień: *Ad. 5, 6 Pkt 18 został uzupełniony o listę części zapasowych (zamiennych i szybkozużywających się) dotyczącej wywrotnicy oraz hamulca torowego. Zaktualizowano pkt. 18. Części Technicznej oferty.*

Do wyjaśnień załączono ponownie ofertę techniczną, w rewizji 1 z 1 grudnia 2014 r., którą opisano: *Zaktualizowanie pkt. 4.1, 4.2, 10, 18, 23.1, 24 Dodano rysunek hamulca torowego nr 14.728.M.002.OF. Zmiany w pkt 18 polegają na:*

- zmianie nazwy na *Wykaz części zapasowych (zamiennych i szybkozużywających się)*
- dodaniu następujących uwag: *Części zapasowe wchodzą w zakres dostawy urządzenia. Części zapasowe zostaną uzupełnione po zakończonym okresie gwarancji w przypadku ich wymiany w tym okresie. Części zapasowe nie ulegają uzupełnieniu, w przypadku ich uszkodzenia z winy Zamawiającego lub uszkodzenie nastąpiło w wyniku niewłaściwej konserwacji.*
- nowa tabela z pkt 18.1 zawiera jako części zamienne, bez bliższego określenia do jakiego elementu, wykaz 10 typów części, w tym 9 typów z poprzedniej tabeli, ale w kilkakrotnie mniejszej liczbie sztuk, oraz nowy typ części (wkładka elastyczna poliuretanowa do sprzęgła hamulcowego);
- nowa tabela z pkt 18.1 zawiera nową rubrykę dotyczącą części szybkozużywających się, w której wyszczególniono płożę hamulcową – 8 sztuk;
- w pkt 18.2 pod niezmienną zawartością tabeli dopisano uwagę: *Części szybkozużywających się w części elektrycznej nie przewiduje się.*

Wzór umowy zawiera w § 7 postanowienia dotyczące odpowiedzialność z tytułu rękojmi i gwarancji. Uregulowano tam szczegółowo warunki gwarancji, przy czym rozrózniono jako *Przedmiot objęty Gwarancją*: 1) urządzenia, 2) konstrukcje budowlane, 3) wykładziny chemoodporne i zabezpieczenia antykorozyjne, 4) izolację termiczną i akustyczną. Odnośnie rękojmi wskazano, że uprawnienia z tytułu rękojmi za wady fizyczne przysługują Zamawiającemu na zasadach ogólnych i mogą być wykonywane niezależnie od uprawnień wynikających z gwarancji (ust. 16). Ponadto według brzmienia ust. 20: *Wykonawca przenosi przysługujące mu uprawnienia z tytułu rękojmi za wady fizyczne Przedmiotu objętego Gwarancją na Zamawiającego i gwarantuje, że przeniesienie to jest skuteczne. Powyższe nie uchybia uprawnieniom z rękojmi przysługującym Zamawiającemu względem Wykonawcy.*

W pkt 3.3 s.i.w.z. pn. *Wymagania dla dostaw/usług oraz dokumenty i oświadczenia na potwierdzenie spełniania tych wymagań*, pkt 3.3.1 dotyczy wymaganego okresu gwarancji i rękojmi, przy czym:

- w pkt 3.3.1.1 określono, że na cały przedmiot zamówienia wymagane jest udzielenie gwarancji na okres nie mniej niż 36 miesięcy od daty protokolarnego przekazania instalacji wywrotnicy wagonowej nr 2 do eksploatacji, przy czym maksymalny okres gwarancji nie może przekroczyć zakładanej przez Zamawiającego żywotności urządzeń tj. 25 lat;
- w pkt 3.3.1.2 określono, że na roboty budowlane, wykładziny chemoodporne i zabezpieczenia oraz izolację termiczną i akustyczną wymagana jest udzielenie gwarancji na okres 60 miesięcy od daty oddania instalacji do eksploatacji;
- w pkt 3.3.1.3 określono, że na dostawę/usługę wymagane jest udzielenie rękojmi na okres 12 miesięcy od daty protokolarnego przekazania instalacji wywrotnicy wagonowej nr 2 do eksploatacji.
- na potwierdzenie spełniania tych wymagań należało załączyć do oferty oświadczenie, którego wzór stanowi załącznik nr 9 do SIWZ.

Wzór ten w pkt 2 nie obejmuje deklarowania okresu gwarancji, o którym mowa w pkt 3.3.1.2, który jako jedyny okres jest już wpisany we wzorzec umowy.

Z kolei zawarte w pkt 11.2 części technicznej opisu przedmiotu zamówienia zostały powtarzają postanowienia z pkt 3.3.1.1 i 3.3.1.2, jednak nie wspominają o rękojmi.

Z pkt 4.5.1. wynika, że okres gwarancji, o którym mowa w pkt 3.3.1.1 stanowi kryterium oceny ofert o wadze 15%. Stąd w formularzu ofertowym sprecyzowanie okresu udzielanej gwarancji zostało przewidziane jako drugi obok ceny parametr oferty stanowiący kryteria oceny ofert.

Jak to opisano w odpowiedzi na odwołanie, a co pominięto w odwołaniu, wykonawca FMK w dwóch miejscach oferty wykonawca FMK złożył analogiczne oświadczenie, że udziela na produkt/usługę (przedmiot zamówienia) gwarancji na okres 60 miesięcy od daty protokolarnego przekazania instalacji wywrotnicy wagonowej nr 2 do eksploatacji, czyli wpisał odręcznie liczbę „60” w przeznaczone do tego miejsce gotowego tekstu oświadczenia przygotowanego przez Zamawiającego. Po pierwsze – w pkt 2 {pkt 1 dotyczy sprecyzowania ceny oferty} części B formularza oferty {załącznik nr 1 do s.i.w.z.} dotyczącej parametrów oferty stanowiących kryteria oceny ofert {s 3 oferty}. Po drugie – w pkt 2.1 tzw. oświadczenia wykonawcy dotyczącego produktu {załącznik nr 9 do s.i.w.z.; s. 69 oferty}. Z kolei w pkt 2.2 tego druku wykonawca FMK wpisał odręcznie liczbę „1” w miejsce przeznaczone na sprecyzowanie liczby miesięcy okresu rękojmi udzielanej na przedmiot zamówienia od daty protokolarnego przekazania instalacji wywrotnicy wagonowej nr 2 do eksploatacji.

Ponadto na początku pkt 21.3 części technicznej oferty FMK dotyczącego pomiarów gwarancyjnych zamieszczono następujące zdanie: *Po zatwierdzeniu przez Zamawiającego*

„Protokołu Zakończenia Ruchu Próbnego” i „Protokołu Przekazania do Eksploatacji” rozpoczyna się 36-miesięczny okres gwarancyjny.

Pismem z 7 listopada 2014 r. Zamawiający zawiadomił FMK zawiadomił o poprawieniu w trybie określonym w art. 87 ust. 2 pzp stwierdzonej oczywistej omyłki pisarskiej polegającej *na wpisaniu w pkt. 21.3. części technicznej oferty „36-miesięczny okres gwarancji podczas gdy powinno być 60-miesięczny okres gwarancji.*

Innym pismem z 7 listopada 2014 r. Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 pzp wezwał FMK do złożenia m.in. {pozostałe pkt wezwania dotyczą dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału lub braku podstaw do wykluczenia wykonawcy} oświadczenia wykonawcy dotyczącego produktu, potwierdzającego udzielenie rękojmi na wymagany okres 12 miesięcy, którego wzór stanowi załącznik nr 9 do s.i.w.z. Jako przyczynę wezwania Zamawiający wskazał, że załączone do oferty oświadczenie nie potwierdza warunków określonych w pkt 3.3.1.3 s.i.w.z., *gdyż w pkt 2.1 Oświadczenia dotyczącego produktu (Załącznik nr 9 do SIWZ) w polu w którym należy podać ilość miesięcy rękojmi udzielanej na przedmiot zamówienia Wykonawca wpisał „1”, podczas gdy Zamawiający wymaga udzielenia rękojmi na okres 12 miesięcy.*

W zakreślonym terminie jako załącznik do pisma z 17 listopada 2014 r. FMK złożył m.in. ponownie wypełniony druk załącznika nr 9 do s.i.w.z., tym razem określając okres gwarancji na 12 miesięcy od daty protokolarnego przekazania instalacji wywrotnicy wagonowej nr 1 do eksploatacji.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia faktyczne Izba stwierdziła, że niezasadny jest zarzut niedopuszczalnej zmiany treści oferty FMK w zakresie okresu gwarancji {zarzut nr 4}, gdyż Zamawiający nie naruszył w tym zakresie żadnego z zarzucanych w odwołaniu przepisów ustawy pzp.

W pierwszej kolejności zauważyć należy, że w odwołaniu przemilczano istotną okoliczność, że wykonawca FMK wprost sprecyzował na 60 miesięcy okres gwarancji jako parametr oferty stanowiący kryterium oceny ofert w formularzu ofertowym, co następnie powtórzył w analogicznie sformułowanym oświadczeniu zawartym w załączniku nr 9 do s.i.w.z. Wbrew temu, co zasugerowano w odwołaniu, wykonawca FMK jednoznacznie wyraził w ten sposób wolę zaoferowania Zamawiającemu 60-miesięcznego okresu gwarancji, ze świadomością, że, obok ceny, będzie to miało znacznie w kontekście oceny złożonej oferty w świetle przyjętych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert.

Z kolei pkt 21.3 części technicznej oferty FMK dotyczy pomiarów gwarancyjnych, a nie określenia długości okresu gwarancji. Pierwsze zdanie podaje po zatwierdzeniu jakich

dokumentów przez Zamawiającego rozpoczyna się okres gwarancji, który niefortunnie został tu wpisany jako 36-miesięczny.

Odwołujący zupełnie bezpodstawnie dopatrywał się w tym przejawu złożenia oferty wariantowej, czego jednak szerzej nie uzasadnił, ograniczając się do wskazania licznych przepisów, w tym dotyczących zawartości ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji.

W ocenie Izby Zamawiający prawidłowo uznał, że ten ostatni zapis jest wynikiem omyłki, a pierwszeństwo mają jednoznaczne i jednobrzmiące oświadczenia złożone w ofercie w miejscach przeznaczonych do sprecyzowania oferowanego okresu gwarancji. Nie ma wątpliwości, że poprawienie tej omyłki mieściło się w zakresie obowiązków i uprawnień Zamawiającego wynikających z art. 87 ust. 2 pzp.

Natomiast za zasadne należało uznać zarzuty związane z okresem rękojmi {zarzut nr 3} oraz wykazem części zamiennych i szybkozużywających się {zarzut nr 5}, gdyż treść oferty FMK w tym zakresie jest niezgodna z treścią s.i.w.z. w sposób definitywny, wobec czego czynności dokonane przez Zamawiającego i wykonawcę FMK były niedopuszczalne w świetle art. 87 ust. 1 zd. 2 pzp.

Izba zważyła, że każdorazowo treść oświadczenia woli składanego w postępowaniu w ramach oferty należy rozpatrywać przez pryzmat zamiaru wykonawcy, wyrażającego się wolą uczestnictwa w postępowaniu, a w konsekwencji – złożenia oferty zgodnej z s.i.w.z. {tak m.in. wyroki Izby z: 3 kwietnia 2012 r. (sygn. akt KIO 556/12), 9 listopada 2012 r. (sygn. akt: KIO 2343/12, KIO 2346/12), 22 listopada 2012 r. (sygn. akt: KIO 2396/12, KIO 2416/13), 10 czerwca 2013 r. (sygn. akt KIO 1266/13)}. W postępowaniu o zamówienie publiczne nie została wyłączona ogólna, charakterystyczna dla prawa cywilnego zasada ustalania treści złożonego oświadczenia woli w sposób odzwierciedlający zamiar strony i cel złożenia oświadczenia. Ustawa Prawo zamówień publicznych przewiduje wręcz instrumenty służące odczytaniu treści złożonego oświadczenia woli – jeśli jest ono niejednoznaczne (instytucja wyjaśnień z art. 87 ust. 1 pzp), a także służące poprawieniu oferty – jeśli wprost nie odpowiada ona treści s.i.w.z. (instytucja poprawiania omyłek z art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp). Opisane instytucje służą jak najwierniejszemu odtworzeniu intencji wykonawcy w zakresie złożonego zamawiającemu oświadczenia woli, odczytaniu jego treści.

Kluczowe znaczenie ma, czy w konkretnym stanie faktycznym możliwe jest ustalenie treści oświadczenia woli objętego ofertą w sposób nienaruszający nadrzędnej zasady zachowania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 pzp), której wyrazem jest również niedopuszczalność w toku badania i oceny ofert prowadzenia między zamawiającym a wykonawcą negocjacji

dotyczących złożonej oferty, a także – co do zasady – dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści (art. 87 ust. 1 zd. 2 pzp). Dlatego, aby możliwe było właściwe odczytanie treści oświadczenia woli, jego istotne elementy – jak skonkretyzowany w sposób wymagany przez zamawiającego przedmiot oferowanego świadczenia – powinny się jednak w ofercie znaleźć, w przeciwnym razie nie sposób ustalić treści tego oświadczenia bez jego istotnej zmiany lub prowadzenia ustaleń z wykonawcą już po terminie składania ofert.

Zdaniem Izby sytuacja niezastosowania się do treści s.i.w.z. w zakresie sprecyzowania treści oferty stwarza dużo większe zagrożenie naruszenia zasad z art. 7 ust. 1 pzp oraz naruszenia zakazu z art. 87 ust. 1 pzp niż stany faktyczne dotyczące wystąpienia niezgodności pomiędzy sprecyzowanym już przedmiotem oferty a parametrami opisu przedmiotu zamówienia, gdyż takie niezgodności podlegają ocenie w płaszczyźnie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Ilekroć wykonawcy zaniedbali konkretyzacji oferowanego przedmiotu oferty w zakresie wymaganym przez zamawiającego, a nie jest ona możliwa do otworzenia na podstawie innych dokumentów złożonych wraz z ofertą, taką ofertę należy uznać za niezgodną z s.i.w.z. w sposób definitywny.

W ocenie Izby wykonawca FMK zaniechał wymaganego przez Zamawiającego sprecyzowania oferty w zakresie części szybkozużywających się. Wezwanie w tym zakresie do wyjaśnień doprowadziło w rezultacie do niedopuszczalnego uzupełnienia oferty o element, którego uprzednio w ofercie w ogóle nie było. Natomiast w zakresie części zamiennych dla części mechanicznej doszło do niedopuszczalnej zmiany treści oferty, zarówno co do rodzajów tych części, jak i ich liczby. Należy zauważyć, że Zamawiający zaakceptował te zmiany, choć w oczywisty sposób wykraczały one poza treść skierowanego wezwania do wyjaśnienia treści oferty. W obu przypadkach Zamawiający przyjął alternatywną w stosunku do złożonej przed upływem terminu składania ofert wersję oferty technicznej wykonawcy FMK, co wprost narusza art. 87 ust. 1 zd. 2 pzp.

Zamawiający nie był w stanie wskazać w trybie jakiego przepisu pzp dopuścił zmianę części technicznej oferty FMK. Zachowanie Zamawiającego kontrastuje z drobiazgowością badania oferty w zakresie okresu gwarancji.

Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego, że braki i zmianę wykazu części zapasowych (zamiennych i szybkozużywających się) należy uznać za uchybienia w zakresie formy oferty, bez wpływu na jej treść.

Zamawiający w dwóch miejscach opisu technicznego przedmiotu zamówienia wprost zażądał sprecyzowania oferty w tym zakresie, przy czym z postanowienia zawartego w pkt 14.1 wynika, że części zapasowe na okres gwarancji, których wykaz wykonawca ma podać w ofercie, wchodzi w zakres zamówienia. Z kolei w pkt 20 wykaz części zamiennych

i szybkozużywających się nie został zaliczony do elementów wstępnego planu realizacji inwestycji, który wg pkt 18 ulegnie sprecyzowaniu przed podpisaniem umowy. Istotność ustalenia treści oferty odnośnie części zamiennych i szybkozużywających się potwierdzają również późniejsze czynności Zamawiającego, który w tym zakresie uznał za konieczne skierowanie wezwania do wyjaśnienia.

Z kolei wykonawca FMK wprost w nowej wersji części technicznej oferty zastrzegł, że tylko części zapasowe objętych wykazem wchodzi w zakres dostawy urządzenia. Jednocześnie nie ma wątpliwości, że zakres tej dostawy znacząco zmienił w stosunku do wersji oferty złożonej przed upływem terminu składania ofert.

W tych okolicznościach generalne klauzula umowna, na którą powołał się Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie nie może zastąpić sprecyzowania treści oferty, którego wymagał od wykonawcy składającego ofertę.

W ocenie Izby również zmianę treści oferty FMK w zakresie zaoferowanego okresu rękojmi należy uznać za niedopuszczalną, choć z innych powodów.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że sprecyzowanie przez wykonawcę oferowanego okresu gwarancji i rękojmi należało do elementów treści oferty. Nie ma przy tym znaczenia, że tylko gwarancja (w pewnym zakresie) była kryterium oceny ofert, a rękojmia została ustalona przez Zamawiającego sztywno. Nie znajduje zatem uzasadnienia próba Zamawiającego usunięcia niezgodności zaoferowanego przez FMK okresu rękojmi z treścią s.i.w.z. w trybie art. 26 ust. 3 pzp, który znajduje zastosowanie do dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pzp, czyli dokumentów potwierdzających spełnianie, po pierwsze – warunków udziału w postępowaniu, a po drugie – przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. Przy czym do pierwszej kategorii zaliczają się wyłącznie dokumenty dotyczące spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1-4 ustawy pzp, a także dokumenty dotyczące braku postaw do wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 2-11) pzp. Druga kategoria obejmuje dokumenty dotyczące potwierdzania przez oferowane, a więc już sprecyzowane w ofercie, dostawy, usługi lub roboty budowlane pod względem wymagań zamawiającego.

Natomiast jedyną podstawą prawną usunięcia stwierdzonej niezgodności mógł być art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, który znajduje zastosowanie dla poprawienia omyłek innych niż oczywiste pisarskie i rachunkowe, polegających właśnie na niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji, o ile nie powodują one istotnej zmiany treści oferty. Zdaniem składu orzekającego Izby zmiana okresu rękojmi z 1 na 12 miesięcy, czyli 12-krotne wydłużenie jej okresu, stanowiłaby istotną zmianę treści oferty złożonej przez FMK.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz art. 87 ust. 1, a w konsekwencji art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, wobec czego – działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w związku z § 3 pkt 1 i 2 lit. a i b oraz § 5 ust. 2 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) – obciążając Zamawiającego tymi kosztami, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego oraz jego uzasadnione koszty w postaci wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na wyznaczone posiedzenie Izby, które uwzględniono na podstawie rachunków złożonych do zamknięcia rozprawy, z tym że wysokość wynagrodzenia pełnomocnika ograniczono do kwoty 3600 zł, czyli maksymalnej kwoty wynikającej z § 3 pkt 2 lit. b przywołanego rozporządzenia.

Przewodniczący: