

Sygn. akt: KIO/UZP 1475/09

**WYROK**  
z dnia 1 grudnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek**

**Członkowie: Luiza Łamejko**  
**Jolanta Markowska**

**Protokolant: Magdalena Pazura**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 listopada 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Kopex - Przedsiębiorstwo Budowy Szybów S.A., Przedsiębiorstwo Robót Górniczych ROW Sp. z o.o.; 41-900 Bytom, ul. Katowicka 18** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Jastrzębska Spółka Węglowa S.A., 44-330 Jastrzębie-Zdrój, ul. Armii Krajowej 56** protestu z dnia 10 września 2009 r.

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: MWM ELEKTRO Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Produkcyjno Górnicze "ROW-JAS" Sp. z o.o., SzSK DONIECKSHAHTOPROHODKA Sp. z o.o.; 32-540 Trzebinia, ul. Słowackiego 49** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Kopex - Przedsiębiorstwo Budowy Szybów S.A., Przedsiębiorstwo Robót Górniczych ROW Sp. z o.o.; 41-900 Bytom, ul. Katowicka 18 i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4462 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Kopex - Przedsiębiorstwo Budowy Szybów S.A., Przedsiębiorstwo Robót Górniczych ROW Sp. z o.o.; 41-900 Bytom, ul. Katowicka 18,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Kopex - Przedsiębiorstwo Budowy Szybów S.A., Przedsiębiorstwo Robót Górniczych ROW Sp. z o.o.; 41-900 Bytom, ul. Katowicka 18,** na rzecz **Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A., 44-330 Jastrzębie-Zdrój, ul. Armii Krajowej 56** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 10 538 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Kopex - Przedsiębiorstwo Budowy Szybów S.A., Przedsiębiorstwo Robót Górniczych ROW Sp. z o.o.; 41-900 Bytom, ul. Katowicka 18.**

### **U z a s a d n i e**

Zamawiający - Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest opracowanie dokumentacji technicznej, szczegółowej technologii wykonywania prac, dostawę materiałów i urządzeń oraz pogłębienie i zazbrojenie szybu VI od poziomu 1050 do nowego poziomu 1290 dla JSW S.A. KWK „Budryk”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 4 kwietnia 2009 roku pod poz. 2009/ S 66 - 095416.

Pismem z dnia 9 września 2009 roku, doręczonym zamawiającemu w dniu 10 września 2009 roku, odwołujący - wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia wykonawcy: Kopex - Przedsiębiorstwo Budowy Szybów S.A. (Lider Konsorcjum) oraz Przedsiębiorstwo Robót Górniczych ROW Sp. z o.o. złożył protest, a następnie odwołanie na czynność zamawiającego z dnia 4 września 2009 roku polegającą na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wspólnie ubiegających się wykonawców: MWM Elektro Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) oraz Przedsiębiorstwo Produkcyjno Górnicze ROW - JAS Sp. z o.o. oraz Donieckshahtoprohodka Sp. z o.o. (zwane dalej konsorcjum MWM Elektro Sp. z o.o.).

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podtrzymał następujące zarzuty podniesione w proteście:

1. oferta MWM Elektro Sp. z o. o w zakresie określenia w pkt 5 treści oferty 30 - dniowego terminu płatności jest niezgodna z treścią siwz i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Niedopuszczalne jest uwzględnienie przez zamawiającego wyjaśnień w tym zakresie, gdyż zmiana ta nie mieści się w kategorii oczywistej omyłki pisarskiej, a jej poprawienie wywołuje zmianę treści oświadczenia woli;
2. w załączniku nr 3 do siwz harmonogram rzeczowo - finansowy, w pkt 8 poz. kołowroty i poz. koła linowe podano niewłaściwe wartości netto i brutto, co oznacza, że oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny. W pkt II.7 tiret 2 i 3 podano identyczną kwotę jednostkową wartość netto oraz wartość netto całej pozycji harmonogramu wynikającą z pomnożenia zakresu i jednostkowej wartości netto. W pkt II.7 tiret 2 jednostkowa wartość netto kołowrotu, tj. 325 000 zł odpowiada wartości netto całej pozycji, która powinna stanowić iloczyn zakresu (11 sztuk) i jednostkowej wartości netto. Analogiczna sytuacja występuje w pkt II.7 tiret 3 odnośnie kół liniowych. Zamawiający dokonał nieprawidłowego poprawienia omyłki rachunkowej. Omyłka ta nie ma charakteru oczywistego, nie jest bezsporna, widoczna na pierwszy rzut oka i wymaga przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego, aby można stwierdzić, która z wartości jednostkowych jest prawidłowa. W przypadku uznania, że prawidłowa jest wartość jednostkowa uległaby zmianie wartość netto oraz cena brutto, co w konsekwencji spowodowałoby wzrost ceny oferty o kwotę 5 519 280 zł;
3. załączony do oferty opis technologii wykonania przedmiotu zamówienia został sporządzony niezgodnie z wymaganiami Specyfikacji technicznej, która w pkt IV.1.8. wymaga zaprojektowania na poziomie 900 przejścia dla pracowników obsługi szybu po likwidacji istniejącego pomostu. Zaproponowany sposób rozwiązania tej kwestii polegający na przyjęciu lokalizacji pomostu ochronnego z warstwą amortyzacyjną poniżej poziomu 900 jest błędem technologicznym, gdyż pomost ochronny z warstwą amortyzacyjną nie zabezpiecza pracowników pracujących na poziomie 900 jest

niezgodny z przepisami prawa geologicznego i górniczego oraz rozporządzeniami.

Opis technologii wykonania zamówienia ma wpływ na cenę ofertową.

Zamawiający w dniu 23 września 2009 roku protest oddalił. W uzasadnieniu odnośnie zarzutów podtrzymanych w odwołaniu, zamawiający wskazał:

1. w dniu 10 sierpnia 2009 roku w związku z wezwaniem zamawiającego do złożenia wyjaśnień MWM Elektro Sp. z o. o. powołując się na oświadczenia złożone w pkt 14 i 15 formularza oferty, oświadczył, że przyjmuje warunki płatności określone przez zamawiającego, tj. płatność w formie przelewu w terminie do 60 dni od daty dostarczenia faktury zamawiającemu.
2. w dniu 27 lipca 2009 roku zamawiający poinformował MWM Elektro Sp. z o. o. o poprawieniu oczywistych omyłek rachunkowych w pkt 8 tiret 2 i 3 harmonogramu rzeczowo-finansowego, na dokonaną czynność wykonawca nie wniósł protestu, w związku z czym poprawienie omyłki jest obowiązujące.
3. załączony do oferty opis technologii wraz z opisem technicznym urządzeń ma charakter poglądowy i służy do poznania sposobu realizacji zamówienia oraz sprzętu. Opis nie jest równoznaczny z dokumentacją techniczną i szczegółową technologią wykonywania zamówienia, które wymagają przed rozpoczęciem prac zatwierdzenia Kierownika Ruchu Zakładu Górniczego.

Nie zgadzając się z decyzją zamawiającego, odwołujący wniósł odwołanie w dniu 30 września 2009 roku, wskazując na naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp oraz § 526 ust.1 i 2 Rozporządzenia Ministra Gospodarki w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy, prowadzenia ruchu oraz specjalistycznego zabezpieczenia przeciwpożarowego w podziemnych zakładach górniczych poprzez zaakceptowanie technologii, która nie zabezpiecza pracowników przed skutkami ewentualnego wypadnięcia do szybu transportowanych elementów konstrukcyjnych lub urządzeń mocowanych do zawiesia kubłowego. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w ustawowym terminie.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosiło swoje przystąpienie konsorcjum MWM Elektro Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) oraz Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Górniczne ROW - JAS Sp. z o.o. oraz Donieckshahtprohodka Sp. z o.o.

***W oparciu o dokumentację przedmiotowego postępowania, w szczególności treść złożonych ofert oraz postanowienia siwz, a także biorąc pod uwagę stanowiska pełnomocników stron i uczestnika postępowania złożone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:***

Odwołanie podlega oddaleniu.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przeszkody do merytorycznego rozpoznania zarzutów podniesionych w proteście i odwołaniu, a odwołujący posiada interes prawy, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem ewentualne uwzględnienie odwołania stwarza mu szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia publicznego.

Na wstępie, Izba wskazuje na niezasadność twierdzeń zamawiającego co do rozszerzenia przez odwołującego zakresu zarzutów zgłoszonych w odwołaniu w stosunku do zarzutów podniesionych w proteście. Istotnie Izba zauważa, podnoszony przez zamawiającego i przystępującego brak wskazania w proteście na naruszenie przepisów art. 87 ust. 1 oraz art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, niemniej jednak, należy wziąć pod uwagę, że w proteście odwołujący podniósł zarzut dotyczący czynności polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej, która to czynność jako dalej idąca w skutkach prawnych nie może być rozpatrywana w oderwaniu od czynności ją poprzedzających i zmierzających do wyboru oferty najkorzystniejszej, w tym poprawienia omyłek i wyjaśnień.

Niezasadne jest również stanowisko zamawiającego, że zarzuty dotyczące poprawienia omyłki w harmonogramie rzeczowo-finansowym w ofercie odwołującego są zarzutami spóźnionymi na tym etapie postępowania, bowiem odwołujący nie wniósł w ustawowym terminie protestu na czynność zamawiającego polegającą na poprawieniu tej omyłki. Zdaniem Izby, sam fakt poprawienia oczywistej omyłki nie powodował jeszcze naruszenia interesów odwołującego, gdyż nie doszło jeszcze do wyboru oferty najkorzystniejszej, zatem nie istniała podstawa do skorzystania ze środka ochrony prawnej jakim jest protest. Dodatkowo należy wskazać, że zgodnie z dyspozycją art. 87 ust. 2 in fine informacja o poprawieniu oczywistej omyłki jest przekazywana jedynie wykonawcy, którego oferta została poprawiona.

Izba ustaliła także, że w postępowaniu złożono dwie oferty:

1. oferta odwołującego z ceną 77 932 604,11 zł
2. oferta przystępującego z ceną 67 812 541,00 zł.

Odnosząc się merytorycznie do zarzutu dotyczącego złożonego przez konsorcjum MWM Elektro Sp. z o.o. oświadczenia w pkt 5 formularza oferty o terminie płatności faktury, Izba ustaliła, że:

Pismem z dnia 2 czerwca 2009 roku (sygn. ZZ.216-717/09) zamawiający dokonał modyfikacji treści siwz w ten sposób, że pkt 5 oferty otrzymał brzmienie „przyjmujemy warunki płatności w formie przelewu w terminie do 60 dni od daty złożenia faktury do Zamawiającego”. Jednocześnie § 10 ust. 2 istotnych postanowień umowy (załącznik nr 9) otrzymał brzmienie o treści „zapłata należności nastąpi na podstawie wystawionych przez wykonawcę faktur VAT w formie przelewu w terminie do 60 dni od daty dostarczenia faktury”. Izba ustaliła, że zamawiający przekazał wykonawcom modyfikację powyższej treści, pismem z dnia 2 czerwca 2009 roku, nie załączając jednocześnie nowego formularza oferty oraz projektu istotnych postanowień umowy, uwzględniających dokonane zmiany.

W formularzu oferty złożonej przez konsorcjum MWM Elektro Sp. z o.o. w pkt 5 znajduje się oświadczenie nie uwzględniające dokonanej modyfikacji o treści „przyjmujemy warunki płatności w formie przelewu w terminie 30 dni od daty złożenia faktury do zamawiającego”.

W dniu 10 sierpnia 2009 roku (sygn. 888/MWM Elektro/RR/2009) konsorcjum MWM Elektro Sp. z o.o. w związku z wezwaniem zamawiającego z dnia 23 lipca 2009 roku (sygn. ZZ.216 - 890/09) w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień, wskazało, że w oświadczeniu złożonym w punkcie 5 oferty występuje oczywista omyłka polegająca na wpisaniu liczby „30” zamiast liczby „60”. Powyższe potwierdza treść dalszych oświadczeń konsorcjum złożonych w punktach 1, 14, i 15 oferty. Z oświadczenia złożonego w pkt 15 oferty o treści „oświadczamy, że zapoznaliśmy się z istotnymi postanowieniami umowy, jaka zostanie zawarta z wybranym Wykonawcą. Zobowiązujemy się, w przypadku wyboru naszej oferty do zawarcia umowy zgodnej z niniejszą ofertą i siwz wraz z załącznikami”, wynika, że konsorcjum przyjmuje warunki płatności w formie przelewu w terminie 60 dni od daty złożenia faktury do zamawiającego.

Biorąc pod uwagę tak ustalony stan faktyczny, Izba zważyła, co następuje:

Należy zgodzić się co do zasady z odwołującym, że w zaistniałym stanie faktycznym działanie zamawiającego polegające na uwzględnieniu wyjaśnień złożonych przez konsorcjum MWM Elektro Sp. z o.o. narusza przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem Izby, nie można mówić o sprzeczności pomiędzy złożonym w pkt 5 oferty oświadczeniem o przyjęciu 30 – dniowego terminu płatności a oświadczeniami ujętymi w pkt 1, 14 czy 15 oferty. Oświadczenia typu „zapoznaliśmy się z treścią siwz i postanowieniami umowy, jaka

zostanie zawarta z wybranym Wykonawcą” czy „w przypadku wyboru naszej oferty zobowiązujemy się do zawarcia umowy zgodnej z siwz i ofertą” są oświadczeniami o charakterze ogólnym i nie zmieniają one innych szczegółowych oświadczeń złożonych w ofercie. Ogólne oświadczenia odnoszą się do akceptacji pozostałych, nie wyartykułowanych wprost w formularzu oferty, wymogów zawartych w siwz czy projekcie umowy. Omyłki polegającej na odmiennym, niż wymagał to zamawiający zadeklarowaniu terminu płatności faktury nie można również uznać za oczywistą omyłkę pisarską, jak to wskazał przystępujący. W oparciu o ugruntowane stanowisko doktryny i orzecznictwa za oczywistą omyłkę pisarską należy uznać niezamierzone opuszczenie wyrazu, błąd logiczny, przypadkową niedokładność, która jest widoczna dla każdego, bez przeprowadzania dodatkowej analizy. Zdaniem Izby, należy zgodzić się z odwołującym, że niezgodność w podaniu terminu płatności nie mieści się w pojęciu oczywistej omyłki pisarskiej.

Niezależnie od powyższych rozważań, w ocenie Izby, w rozpatrywanych okolicznościach faktycznych sprawy, sporna omyłka polegająca na niezgodnym ze zmienionymi przez zamawiającego wymaganiami siwz, zadeklarowaniu terminu płatności faktury, mieści się w kategorii omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający poprawia w ofercie „inne omyłki” polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Wprowadzenie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zmieniło de facto zakres stosowania i rozumienia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez ograniczenie konieczności odrzucenia oferty ze względu na niezgodność oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia wyłącznie do niezgodności powodujących istotne zmiany w treści oferty. Jednocześnie posłużenie się przez ustawodawcę w cytowanym przepisie nieostrym zwrotem „omyłki niepowodujące istotnych zmian w treści oferty” powoduje, iż możliwość poprawienia omyłki nie może zmieniać treści oświadczenia woli w sposób znaczący. Ustawodawca zrezygnował z określenia katalogu zmian w treści oferty, które mogą nastąpić w wyniku poprawienia omyłek, uznając, że dopuszczalność zastosowania przepisu art. 87 ust. 2 ustawy Pzp należy oceniać w konkretnych okolicznościach sprawy, biorąc pod uwagę istotność zmian wprowadzonych w treści oferty, a także intencje wykonawcy, składającego oświadczenie woli.

W świetle przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp za „dopuszczalne wydaje się dokonanie zmian w sytuacji, jeżeli z okoliczności wynika zamiar złożenia przez wykonawcę oferty zgodnie z wymaganiami zamawiającego oraz poprawienie omyłki nie ingeruje w sposób istotny w treść oferty, tj. nie powoduje konieczności znaczącej ingerencji ze strony zamawiającego lub nie dotyczy jej istotnych postanowień” (podobnie KIO w wyroku z dnia 3 lutego 2009 r. sygn. akt: KIO/UZP 88/09, KIO/UZP 89/09). Mając na uwadze zaistniałe

okoliczności sporu oraz fakt, że zamawiający dokonał zmiany terminu płatności nie przekazując wykonawcom nowego zmienionego formularza oferty, a także biorąc pod uwagę intencje i zamiar składającego ofertę, a przede wszystkim istotność wprowadzonych zmian w treści oferty w stosunku do całego zobowiązania, Izba uznała, że zamawiający był zobligowany do poprawienia spornej omyłki w oparciu o dyspozycję art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Okoliczności sprawy wskazują, że działanie konsorcjum MWM Elektro Sp. z o.o. i złożenie oświadczenia w pkt 5 formularza oferty jest działaniem niezamierzonym, popełnionym pod wpływem błędu, a poprawienie omyłki jest zgodne z intencją wykonawcy, składającego ofertę. Zdaniem Izby, biorąc pod uwagę całokształt złożonej oferty dokonanie zmiany w zakresie oświadczenia dotyczącego terminu płatności faktury nie spowoduje istotnej zmiany w treści oferty, nie sprzeciwia się naturze stosunku umownego i nie pozostaje w sprzeczności z istotą zobowiązania wykonawcy składającego ofertę, jakim jest wykonanie dokumentacji technicznej, szczegółowej technologii wykonania prac oraz materiałów i urządzeń, a także pogłębienie i zazbrojenie szybu. Dodatkowo, wskazać należy, że popełniona omyłka może być poprawiona przez zamawiającego właściwie bez udziału wykonawcy, poza obligatoryjnym zawiadomieniem o jej poprawieniu. Sposób jej poprawienia nie daje zamawiającemu żadnych arbitralnych decyzji i nie wymaga konsultacji z wykonawcą, tym bardziej, że zamawiający nie dopuścił możliwości dowolnego zaproponowania terminu płatności, a wymagał jedynie akceptacji wprowadzonego modyfikacją 60 - dniowego terminu płatności faktury.

Uwzględniając powyższe Izba uznała, że pomimo, iż zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zasługuje na uwzględnienie, bowiem zamawiający nie był uprawniony do zmiany w oparciu o dyspozycję tego przepisu złożonego przez wykonawcę w pkt 5 oświadczenia woli, nie zachodzi konieczność nakazania zamawiającemu ponownego poprawienia omyłki w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3, gdyż czynność taka byłaby w ocenie Izby zbędna i prowadziłyby w efekcie do tego samego skutku.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego poprawienia omyłek w harmonogramie rzeczowo – finansowym, Izba zważyła, co następuje:

W dziale XV „Opis sposobu obliczenia ceny oferty”, zamawiający wskazał, że cenę należy ustalić za wykonanie całego zakresu robót objętych przedmiotem zamówienia, cena podana w ofercie musi wynikać z harmonogramu rzeczowo – finansowego, który należy opracować przez wypełnienie każdej pozycji załącznika nr 3 do siwz. Zamawiający określił wzór harmonogramu rzeczowo – finansowego, który załączył do siwz.

Konsorcjum MWM Elektro Sp. z o.o. w poz. 8 „Roboty związane z likwidacją wszystkich zbędnych urządzeń zabudowanych w celu realizacji zadań wchodzących w zakres przetargu na poziomach i powierzchni” tiret 3 „kołowroty” w kolumnie C „zakres” wskazano na 11 sztuk,



w kolumnie D „jednostkowa wartość netto” podano 325 000 zł, zaś w kolumnie E „wartość netto” podano również 325 000 zł.

Analogicznie w odniesieniu do poz. 8 tiret 4 „koła liniowe” w harmonogramie rzeczowo-finansowym podano: kolumna C „zakres” - 15 kpl, kolumna D „jednostkowa wartość” 91 000 zł, zaś w kolumnie E „wartość netto” 91 000 zł.

Tymczasem w poz. 2 a tiret 3 i 4 „kołowroty” i „koła linowe” podano w kolumnie „zakres” odpowiednio 11 szt. oraz 15 kpl.

Pismem z dnia 23 lipca 2009 roku zamawiający poinformował konsorcjum MWM Elektro Sp. z o.o. o poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp oczywistych omyłek rachunkowych, zmieniając w kolumnie „zakres” odpowiednio dla „kołowrotów” – 11 szt. na 1 kpl a dla „kół liniowych” – 15 kpl na 1 kpl.

Izba zważyła, co następuje:

Bezspornym między stronami jest okoliczność, że ilość kołowrotów i kół liniowych zdemontowanych musi być identyczna z ilością zamontowanych elementów.

W ocenie Izby okoliczność ta została potwierdzona w treści złożonego przez konsorcjum MWM Elektro Sp. z o.o. harmonogramu rzeczowo – finansowego, gdzie w poz. 2 a tiret 3 i 4 oraz w poz. 8 tiret 3 i 4 wykonawca wskazał na identyczną ilość 11 szt. kołowrotów oraz 15 kpl kół liniowych.

Dopiero dokonana przez zamawiającego poprawa omyłki doprowadziła do niezgodności w ilościach zamontowanych i zdemontowanych elementów.

W ocenie Izby, omyłka w podaniu spornych poz. 8 tiret 3 i 4 harmonogramu rzeczowo-finansowego złożonego przez konsorcjum MWM Elektro Sp. z o.o. polegała, nie jak wskazał to zamawiający, na podaniu niewłaściwej ilości elementów w kolumnie C, ale na wpisaniu tej samej kwoty w kolumnie D i E, tj. podaniu identycznej jednostkowej ceny netto danego elementu oraz wartości netto danej pozycji. Zatem poprawienie oczywistej omyłki winno polegać, w ocenie Izby, na poprawnym wpisaniu jednostkowej ceny netto (kolumna D), którą można uzyskać z prostego dzielenia wartości netto przez ilość elementów. W zaistniałych okolicznościach sporu istotne jest to, że niezależnie od sposobu poprawienia przez zamawiającego oczywistej omyłki rachunkowej, wartość brutto wskazana w poz. F odpowiednio dla kół liniowych jak i kołowrotów nie ulega zmianie i została wskazana poprawnie jako wartość netto powiększona o należny podatek VAT. Na skutek poprawienia oczywistej omyłki nie ulegnie zmianie nie tylko cena brutto danej pozycji harmonogramu rzeczowo – finansowego ale również cena całkowita oferty. Zatem sporna omyłka jest nie tylko oczywista, bowiem nasuwa się każdemu na pierwszy rzut oka, ale przede wszystkim nie ma ona charakteru istotnego, nie wpływa bowiem w żaden sposób na treść złożonej oferty i zaproponowane wynagrodzenie.

Pomimo, że zdaniem Izby dokonana przez zamawiającego poprawa oczywistej omyłki doprowadziła do niezgodności w ilości elementów, podlegających zdemontowaniu i została dokonana w sposób błędny, Izba nie widzi podstaw do nakazania zamawiającemu powtórnego dokonania poprawy oczywistej omyłki, wskazując jednocześnie, że ponowne jej poprawienie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp w sposób określony wyżej jest zbędne, bowiem nie wpływa na wynik postępowania.

W zakresie zarzutu dotyczącego niezgodności technologicznej opisu technologii wykonania zamówienia z postanowieniami Specyfikacji technicznej, stanowiącej załącznik nr 1 do siwz, Izba ustaliła, że:

W pkt III Opis stanu istniejącego, „na poziomie 900 w świetle przedziału południowego zabudowane jest przejście dla załogi oraz pomost z torem przejezdny, a w piwnicy wysuwany pomost do kontroli lin wyrównawczych dla przedziału północnego. Pod poziomem 900 znajduje się sztuczne dno szybu wyłożone warstwą amortyzującą, do którego zejście z poziomu 900 umożliwi krótki przedział drabinowy zlokalizowany w zachodniej części szybu”.

W pkt IV Opis zadań oraz wymagania szczegółowe zamawiający wymagał w zakresie opracowania dokumentacji technicznej oraz szczegółowej technologii wykonania prac związanych z pogłębieniem i zazbrojeniem szybu VI z poziomu 1050 do poziomu 1290 wykonania:

Pkt 8 projektu likwidacji istniejących pomostów oraz toru przejezdnego na poziom 900 w przedziale południowym,

Pkt 9 projektu przejścia dla obsługi szybu na poziom 900 po likwidacji istniejącego pomostu.

W pkt VII zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą opisu technologii wykonania przedmiotu zamówienia wraz z opisem technicznym urządzeń zastosowanych do realizacji zadań określonych w pkt I.1 (opracowanie dokumentacji technicznej oraz szczegółowej technologii wykonywania prac związanych z pogłębieniem i zazbrojeniem szybu VI z poziomu 1050 do poziomu 1290) oraz zadań określonych w pkt I.2 (opracowania dokumentacji technicznej oraz szczegółowej technologii wykonania docelowego odwodnienia i wentylacji rzepia pogłębionego szybu VI).

Na stronach 147 – 148 oferty konsorcjum MWM Elektro Sp. z o.o. zamieszczono Opis technologii, gdzie w poz. 3 tiret 4 wskazano na demontaż pomostów na poz. 900 a w tiret 5 na montaż pomostu przejściowego, daszka ochronnego i przegrody na poz. 900.

Biorąc pod uwagę tak ustalony stan faktyczny, Izba wskazuje na zasadność twierdzeń zamawiającego i przystępującego, że załączony do oferty opis technologii ma charakter poglądowy, określa jedynie wstępną koncepcję wykonania zamówienia, a konkretne

rozwiązania wraz z ich precyzyjnym opisem zostaną umieszczone w sporządzanych w ramach przedmiotu zamówienia dokumentacjach technicznych oraz szczegółowej technologii wykonania prac, co wynika wprost z postanowień zawartych w Specyfikacji technicznej. Zgodnie z postanowieniami pkt II. 1 i 4 Specyfikacji technicznej warunkiem rozpoczęcia prac jest zatwierdzenie przez Kierownika Zakładu Ruchu Górniczego opracowanych dokumentacji i technologii wykonania prac, a proponowane w dokumentacjach rozwiązania winny być w trakcie wykonywania dokumentacji konsultowane z upoważnionymi do realizacji umowy przedstawicielami kopalni. Zatem nie zachodzi również niebezpieczeństwo, na jakie wskazywał odwołujący, że roboty będą prowadzone niezgodnie z ustawą z dnia 4 lutego 1994 roku prawo geologiczne i górnicze (Dz. U. 2005 nr 228 poz. 1947) oraz wydanymi na podstawie tej ustawy rozporządzeniami, w tym wskazywanym przez odwołującego Rozporządzeniem Ministra Gospodarki z dnia 28 czerwca 2002 roku w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy, prowadzenia ruchu oraz specjalistycznego zabezpieczenia przeciwpożarowego w podziemnych zakładach górniczych (Dz. U. 2002 nr 139, poz. 1169 ze zm.)

Wobec powyższego, biorąc pod uwagę ogólny charakter zaproponowanych w Opisie technologii rozwiązań oraz okoliczność, że całość dokumentacji zatwierdzona będzie przez Kierownika Zakładu Ruchu Górniczego, Izba uznała za zbędne i pozostające poza kognicją Izby odnoszenie się do oceny zgodności technologicznej propozycji rozwiązania przejścia dla obsługi szybu na poziom 900 z ustawą prawo geologiczne i górnicze oraz przywołanym wyżej Rozporządzeniem.

Ponadto Izba wskazuje, że zamawiający nie określił żadnych wymogów, zakresu informacji czy danych, jakie mają być określone w załączonym do oferty opisie technologii. Wskazywane przez odwołującego pkt IV 8 i 9 Specyfikacji technicznej odnoszą się do wymogów projektów, jakie mają być sporządzone w terminie późniejszym, w ramach realizacji zamówienia.

Izba nie stwierdziła naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 82 ust. 3 oraz art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Ponieważ stwierdzone przez Izbę naruszenie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, nie ma wpływu na wynik postępowania, bowiem jak Izba wskazała wyżej istnieje obowiązek poprawienia omyłki z innej podstawy prawnej, jaką wskazuje przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, Izba, mając na względzie dyspozycję art. 191 ust. 1 a ustawy Pzp nakazującą uwzględnienie odwołania jedynie w razie stwierdzenia wpływu lub potencjalnego wpływu naruszenia przepisów ustawy na wynik postępowania, postanowiła odwołanie oddalić.

Uwzględniając powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz na podstawie Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....