

Sygn. akt: KIO 2490/14

WYROK
z dnia 11 grudnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 grudnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 listopada 2014 r. przez Odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Kopex Machinery S.A.** z siedzibą w Zabrze przy ul. 3 Maja 89, **Pumar Hydraulika Sp. z o.o.** z siedzibą w Siemianowicach Śląskich przy ul. Wyzwolenia 14 w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Jastrzębska Spółka Węglowa S.A.** z siedzibą w Jastrzębiu Zdrój przy al. Jana Pawła II 4

przy udziale

wykonawcy **MCC Poland Sp. z o.o.** z siedzibą w Katowicach przy ul. Grabowej 2 zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu – Jastrzębskiej Spółce Węglowej S.A. unieważnienie aukcji elektronicznej przeprowadzonej w dniu 1 grudnia 2014 r. z udziałem wykonawcy MMC Poland Sp. z o.o., unieważnienie czynności zaproszenia do aukcji elektronicznej z dnia 24.11.2014 r. (wraz z przesunięciem terminu aukcji pismem z dnia 26.11.2014 r.) i nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert.**
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Kopex Machinery S.A. oraz Pumar Hydraulika Sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądza od Zamawiającego Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. na rzecz Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Kopex Machinery S.A. oraz Pumar Hydraulika Sp. z o.o. kwotę 18.600 zł 00 gr. (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. z siedzibą w Jastrzębiu Zdrój na *zakup i budowę fabrycznie nowego przenośnika taśmowego o szerokości taśmy 1400 mm wraz z demontażem aktualnie pracującego przenośnika w JSW S.A. KWK Borynia-Zofiówka-Jastrzębie Ruch Borynia (nr postępowania: 47/ZZ/14)*, wobec czynności oceny oferty MCC Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, zaproszenia tego wykonawcy do aukcji elektronicznej i jej wyznaczeniu na dzień 01.12.2014 r., wykonawca konsorcjum w składzie Kopex Machinery S.A. z siedzibą w Zabrze oraz Pumar Hydraulika Sp. z o.o. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich (dalej jako Odwołujący) wniósł w dniu 27 listopada 2014 r. odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 2490/14).

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w 19.08.2014 r., 2014/S 157-283451.

Szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia przekracza kwoty określonej w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2013 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz. U. poz. 1735) dla dostaw i usług, stanowiącej o obowiązku prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w pełnej procedurze „unijnej” i wynosi 7.984.165,68 PLN.

W odwołaniu Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów, tj.:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenie oferty MCC z uwagi na fakt, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ;
 2. art. 91b ust. 1 ustawy poprzez dokonanie czynności zaproszenia do aukcji MCC w sytuacji gdy oferty tego wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ;
 3. art. 91a ust. 1 ustawy w zw. z art. 91b ust. 2 pkt 3 ustawy poprzez dokonanie czynności wyznaczenia przez Zamawiającego aukcji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia pomimo istnienia podstaw do odrzucenia oferty MCC i braku przesłanek do jej przeprowadzenia,
 4. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy poprzez przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i będzie skutkowało udzieleniem zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy,
- z ostrożności, także

art. 26 ust. 3 ustawy poprzez bezzasadne zaniechanie wezwania wykonawcy do uzupełnienia oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności zaproszenia wykonawców do aukcji elektronicznej, unieważnienia decyzji o wyznaczeniu terminu aukcji, a w przypadku jej przeprowadzenia w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie, tj. przed rozpoznaniem niniejszego odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą, także unieważnienia decyzji o przeprowadzeniu aukcji elektronicznej i jej wyników wobec niespełnienia przewidzianych w ustawie Pzp przesłanek ich dokonania oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert oraz odrzucenie oferty MMC, a z ostrożności wezwanie wykonawcy do uzupełnienia oferty o prawidłowe dokumenty wskazane w uzasadnieniu.

Naruszenie interesu w uzyskaniu zamówienia Odwołujący wywodził z konieczności konkurencyjności z wykonawcą, którego oferta nie spełnia wymagań SIWZ. W przypadku przeprowadzenia prawidłowej oceny oferty MMC i jej odrzucenia nie została by spełniona przesłanka określona w art. 91a.1, tj. istnienia trzech ofert nie podlegających odrzuceniu. Oferta Odwołującego druga pod względem ceny po ofercie MMC zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza bez przeprowadzenia aukcji elektronicznej.

Odnosząc się do podstaw zarzutów, Odwołujący wskazał na okoliczność zaproszenia wykonawców w dniu 17.11.2014 r. do udziału w aukcji elektronicznej, z którego wynika, że do aukcji zostali zaproszeni wykonawcy: MMC, Linter S.A. i Odwołujący. Przed wyznaczonym terminem aukcji (20.11.2014 r.) Zamawiający pismem z dnia 19.11.2014 r. odwołał bez podania przyczyny aukcję, nie wskazał nowego terminu jak również nie unieważnił zaproszenia wykonawców (w tym MMC) do udziału w aukcji. Zamawiający ponownie w dniu 24.11.2014 r. poinformował o wyznaczeniu aukcji na dzień 27.11.2014 r. zapraszając tych samych wykonawców, a pismem z dnia odwołał ten termin wyznaczając aukcję na 01.12.2014 r. Również w ostatnim piśmie nie było informacji o unieważnieniu czynności zaproszenia wykonawców (w tym MMC) do udziału aukcji.

Zamawiający w załączniku nr 1 do siwz pkt IX.7 (str. 10 załącznika) wskazał Minimalny okres gwarancji dla urządzeń elektrycznych 24 miesiące od daty uruchomienia kompletnego przedmiotu zamówienia na dole Kopalni przez służby Zamawiającego i Wykonawcy, potwierdzonego pozytywnym protokołem z tego odbioru. W formularzu oferty wykonawca MMC (str. 2-5) w pkt 7 zaoferował 12 miesięczny okres gwarancji dla urządzeń elektrycznych. Tak zaoferowany okres gwarancji nie odpowiada treści wymogu ustalonego przez Zamawiającego, co powinno prowadzić do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust.

1 pkt 2 ustawy, jako niezgodnej z treścią siwz. Długość okresu gwarancji nie mogła być uznana za omyłkę, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, gdyż jej poprawienie skutkowałoby istotną zmianą oferty polegającą na wydłużeniu okresu gwarancji o 12 miesięcy.

Z ostrożności, na wypadek, gdyby Izba uznała ofertę MMC za prawidłową lub podlegającą poprawieniu, Odwołujący wskazał na uchybienia w ocenie tej oferty pod kątem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia podmiotów trzecich.

Odwołujący zakwestionował, jako spełniającą warunek udziału w postępowaniu dostawę zrealizowaną przez podmiot trzeci – Corum Ukraine S.A. (str. 33 oferty), która obejmowała sam przenośnik bez taśmy, chociaż przedmiot zamówienia obejmuje dostawę przenośnika wraz z taśmą, a okres gwarancji na taśmę jest parametrem ocenianym przez Zamawiającego. W ocenie Odwołującego Zamawiający zobowiązany był wezwać wykonawcę MMC do uzupełnienia oferty w trybie art. 26 ust. 3 ustawy o prawidłowy wykaz dostaw potwierdzający dostawy przenośników taśmowych wraz z taśmą.

Odwołujący zakwestionował również oświadczenie podmiotu udostępniającego swój potencjał – Corum Ukraine S.A. z uwagi na nieczytelność podpisu osoby i brak pieczęci wskazującej dane osobowe osoby podpisującej oświadczenie, co uniemożliwia stwierdzenie umocowania tej osoby do reprezentowania podmiotu. Powyższe uzasadniać powinno wezwanie MMC do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy oferty o prawidłowe oświadczenie.

Odwołujący zakwestionował oświadczenie podmiotu trzeciego udostępniającego swój potencjał – Wampol Sp. z o.o. z uwagi na brak w nagłówku nazwy i adresu podmiotu, co powinno skutkować wezwaniem MMC do uzupełnienia oferty w trybie art. 26 ust. 3 ustawy o prawidłowe oświadczenie.

W związku z powyższymi wadami czynności oceny oferty MMC zaproszenie tego wykonawcy do aukcji elektronicznej, zarówno w dniu 17.11.2014 r., jak i w dniach 24.11.2014 r. oraz 26.11.2014 r. było bezzasadne i naruszało przepisy art. 91a ust. 1 ustawy i art. 91b ust. 1 ustawy. Działania Zamawiającego i zaniechania stanowią równocześnie naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy.

Izba dopuściła do udziału w sprawie w charakterze uczestnika postępowania wykonawcę zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego – MMC Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach.

Mając powyższe na uwadze, przy braku podstaw do odrzucenia odwołania, Izba rozpoznała zarzuty na posiedzeniu jawnym z uwzględnieniem poczynionych, na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ustaleń faktycznych.

Izba ustaliła i zważyła jak poniżej.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego z możliwością przeprowadzenia aukcji elektronicznej w przypadku złożenia co najmniej 3 ofert nie podlegających odrzuceniu w celu wyboru oferty najkorzystniejszej. (Dowód: ogłoszenie o zamówieniu sekcja IV.2.2)

W postępowaniu złożonych zostało 7 ofert, z których cztery zostały odrzucone. (Dowód: protokół postępowania, druk ZP-PN pkt 11 i 12).

W dniu 01.12.2014 r. przeprowadzona została aukcja elektroniczna z udziałem trzech wykonawców – MMC Poland Sp. z o.o., Odwołującego oraz wykonawcy Linter S.A. W toku rozprawy strony zgodnie oświadczyły, iż wyniki aukcji są korzystne dla Odwołującego, który ostatecznie złożył najniższą ofertę. Z protokołu postępowania wynika, iż Zamawiający nie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w związku z wynikiem aukcji. (Dowód: protokół z postępowania, druk ZP-PN pkt 15).

Przed aukcją ceny ofert nie odrzuconych wynosiły od najtańszej: MMC Poland Sp. z o.o. (9.225.000,00 zł.), konsorcjum KOPEX Machinery S.A. i Pumar Hydraulika Sp. z o.o. (9.471.000,00 zł.) oraz Linter S.A. (9.816.287,00 zł.).

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie zakwestionował, aby czynność przeprowadzenia aukcji elektronicznej z udziałem MMC Poland Sp. z o.o. (dalej jako MMC) mogła naruszać interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia, który złożył najkorzystniejsze postąpienie w aukcji, przez co utracił interes w dążeniu do uzyskania zamówienia. Niewystarczającym dla wykazania naruszenia interesu, zdaniem Zamawiającego, jest wykazywana przez Odwołującego konieczność konkurowania z wykonawcą, którego oferta ma nie spełniać wymagań siwz. Zdaniem Zamawiającego nie można uzasadniać interesu w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy z możliwością uzyskania zamówienia na korzystniejszych warunkach, ze względu na wyższą cenę zaoferowaną w ofercie, która zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza bez przeprowadzania aukcji elektronicznej. Powyższe może bowiem jedynie wskazywać na istnienie interesu w uzyskaniu zamówienia na dogodniejszych dla zainteresowanego warunkach.

Izba nie podzieliła argumentacji Zamawiającego i uznała, że Odwołujący wykazał spełnienie przesłanek materialno prawnych uzasadniających merytoryczne rozpoznanie odwołania wskazanych w art. 179 ust. 1 ustawy. W ocenie składu orzekającego, naruszającą

interes Odwołującego stanowiłaby czynność wadliwej oceny oferty MMC, co w konsekwencji skutkowało zaproszeniem tego wykonawcy do aukcji elektronicznej. Niezależnie od rozstrzygnięcia w przedmiocie zarzutów odnoszących się do oceny oferty MMC, badania naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody (art. 179 ust. 1 ustawy) należy dokonać z uwzględnieniem okoliczności faktycznych, w jakich odwołanie zostało wniesione oraz kierunku rozstrzygnięcia, o jaki wnosi Odwołujący. Odwołujący kwestionuje prawidłowość oceny merytorycznej oferty MMC, co miało wpływ na dalsze czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez zaproszenie trzech wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej. W swoich żądaniach Odwołujący dąży do unieważnienia czynności zaproszenia do aukcji, jej ewentualnego przeprowadzenia oraz odrzucenia oferty MMC. W przypadku powtórzonej czynności badania oferty MMC i jej odrzucenia, oferta Odwołującego byłaby najkorzystniejszą pod względem ceny spośród dwóch pozostałych w ocenie ofert i mogłaby być wybrana bez potrzeby prowadzenia aukcji elektronicznej. W świetle tych okoliczności należało uznać, iż wadliwa czynność oceny oferty wykonawcy zaproszonego do aukcji naruszała interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia oraz mogła prowadzić do poniesienia szkody w postaci utraconych korzyści związanych z obniżeniem ceny oferty w wyniku aukcji elektronicznej. W procedurze przetargowej prowadzonej z wykorzystaniem aukcji elektronicznej, wykonawca ma utrudniony dostęp do informacji o wynikach oceny merytorycznej ofert przeprowadzonej przed przystąpieniem do aukcji, gdyż o tych wynikach zamawiający informuje wykonawców dopiero po wyborze najkorzystniejszej oferty (art. 92 ustawy). Powyższe może wpływać na ustalenie upływu terminu na wniesienie środka ochrony prawnej, ale nie może prowadzić do odmowy uznania, iż czynność błędnej oceny oferty pozostawała bez wpływu na ocenę istnienia potrzeby ochrony interesu wykonawcy zaproszonego do udziału w aukcji. Odwołujący słusznie wskazywał na konsekwencje wadliwej czynności oceny oferty wykonawcy MMC, zaproszonego do udziału w aukcji, w postaci samego przeprowadzenia aukcji z udziałem tego wykonawcy, która niezależnie od wyników nie powinna mieć miejsca z uwagi na brak trzech ofert niepodlegających odrzuceniu. W ocenie Izby, sam fakt zaproszenia wykonawcy, którego oferta podlegała odrzuceniu do udziału w aukcji stanowi dostateczną podstawę do wykazania naruszenia interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia, gdyż wpływa na faktyczną sytuację w postępowaniu przez określenie grona wykonawców pomiędzy którymi miałyby być prowadzona aukcja. Istotnym z punktu widzenia możliwości uzyskania zamówienia przy aukcji elektronicznej jest ustalenie poziomu cen, od których zgłaszane mają być postąpienia. Ponieważ w wyniku przeprowadzonej aukcji ma dojść do ostatecznego wskazania ceny najkorzystniejszej, a tym samym wyboru oferty w postępowaniu, błędy zamawiającego popełnione przy ocenie ofert mogą w konkretnych okolicznościach naruszać interes poszczególnych wykonawców. Niezależnie od samego

wyniku aukcji, Odwołujący ma również interes w tym, aby wynik postępowania został ustalony w oparciu o ceny zaoferowane w ofertach bez przeprowadzania aukcji elektronicznej, które są dla niego bardziej korzystne ekonomicznie i prowadzą, w ustalonym powyżej stanie, do faktycznej możliwości wyboru jego oferty. Zamawiający w tej okoliczności upatrywał przeszkody w przyznaniu Odwołującemu ochrony jego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody. Izba odmiennie niż Zamawiający uznała, iż wynik aukcji (ostatecznie korzystny dla Odwołującego) nie pozbawiał tego wykonawcy interesu w postaci uzyskania korzystnego rozstrzygnięcia i możliwości realizacji zamówienia za wyższą, od ustalonej w wyniku aukcji, cenę. Fakt zaoferowania ceny oferty znacząco wyższej od tej, będącej wynikiem postępień nie może być oceniany przez pryzmat potrzeby ochrony interesu środków publicznych. Wykonawcy świadomi konieczności obniżenia ceny w przypadku przeprowadzenia aukcji kalkulują to ryzyko w cenie oferty, co nie może być oceniane przez pryzmat naruszenia norm prawnych, czy też klauzul generalnych, tj. jak zasady współżycia społecznego. Nie można pozbawić Odwołującego prawa do skorzystania z środków ochrony prawnej tylko dlatego, iż wynik aukcji był dla Zamawiającego zdecydowanie bardziej korzystny pod względem ekonomicznym. Ocena interesu w uzyskaniu zamówienia prowadzona jest pod kątem wykonawcy ubiegającego się o zamówienie, a nie oczekiwań zamawiającego, który dysponuje innymi narzędziami dla ochrony własnego interesu w postępowaniu, w tym ochrony środków publicznych (np. unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego).

Mając powyższe na uwadze, Izba rozpoznała merytorycznie odwołanie w granicach podniesionych zarzutów.

Izba uznała, iż odwołanie zasługiwało na uwzględnienie, choć nie wszystkie zarzuty okazały się być zasadnymi.

Zarzuty, które wpłynęły na rozstrzygnięcie, jako zasadne dotyczyły podnoszonej w odwołaniu podstawy do odrzucenia oferty MMC, jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Izba uznała, iż Zamawiający dopuścił się błędu w toku oceny oferty MMC, co skutkowało bezpodstawnym wyznaczeniem i przeprowadzeniem aukcji elektronicznej w dniu 1 grudnia 2014 r. Powyższe stanowiło o naruszeniu przepisów ustawy mających wpływ na wynik postępowania i na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy prowadziło do uwzględnienia odwołania.

Zamawiający w załączniku nr 1 do siwz (specyfikacja techniczna) określił warunki gwarancji (pkt IX), w tym *minimalny okres gwarancji dla urządzeń elektrycznych 24 miesiące od daty uruchomienia kompletnego przedmiotu zamówienia na dole Kopalni przez służby Zamawiającego i Wykonawcy, potwierdzonego pozytywnym protokołem z tego odbioru.* Zgodnie z opisem sposobu przygotowania oferty (pkt XIV. 3 siwz) pod pojęciem „Oferty”

Zamawiający rozumiał druk „OFERTA” sporządzony według załącznika nr 2 do siwz oraz oświadczenia, wszelkie załączniki i dokumenty składane przez wykonawcę, wymagane przez Zamawiającego. W załączniku nr 2 do siwz Zamawiający wymagał złożenia między innymi oświadczenia w przedmiocie gwarancji (pkt 7) przez wskazanie okresu gwarancji na podzespoły przenośnika (lit. e), taśmy (lit. f), połączenia taśmy (lit. g), urządzenia elektryczne (h). Zamawiający w ramach kryteriów oceny ofert, obok ceny ustalił kryterium: *gwarancja na podzespoły przenośnika za wyjątkiem taśmy i urządzeń elektrycznych – waga 15 % oraz gwarancja na taśmę – waga 5 %*. (opis kryteriów, pkt XVII siwz).

W ofercie na str. 4 formularza wykonawca MMC wskazał okres gwarancji dla urządzeń elektrycznych – 12 miesięcy (lit. h).

Zamawiający pismem z dnia 19.11.2014 r. wezwał wykonawcę MMC na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy o wyjaśnienie rozbieżności wynikającej z oświadczenia z pkt 7 ppkt h oraz oświadczenia ze str. 2: *składamy ofertę na wykonanie zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia stanowiącym pkt III specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej SIWZ. Opis przedmiotu zamówienia, zgodny z załącznikiem nr 3 do SIWZ – „Charakterystyka techniczna istotnych elementów oferowanego przedmiotu zamówienia” – zawarty jest w załączniku nr 6 do oferty*”.

W odpowiedzi z dnia 21.11.2014 r. wykonawca MMC oświadczył, że *okres gwarancji dla urządzeń elektrycznych wynosi: 24 miesiące od daty uruchomienia kompletnego przedmiotu zamówienia na dole Kopalni przez służby Zamawiającego i Wykonawcy, potwierdzonego pozytywnym protokołem z tego odbioru*.

W oparciu o przywołane wyjaśnienia Zamawiający uznał, iż oferta jest zgodna z treścią siwz i nie dokonywał poprawy treści oferty w literze h pkt 7 formularza oferty.

Izba uznała, iż Zamawiający nie miał podstaw do przyjęcia wyjaśnień, jakich udzielił wykonawca MMC, które faktycznie doprowadziły do zmiany treści oferty w zakresie wskazanego okresu gwarancji na urządzenia elektryczne. Treść wyjaśnień, jakie zostały Zamawiającemu przekazane nie uprawniały do przyjęcia, iż wykonawca omyłkowo wskazał krótszy od minimalnego okresu gwarancji wymaganego przez Zamawiającego. „Wyjaśnienia” faktycznie sprowadzały się do zmiany oświadczenia zawartego w ofercie, stanowiącego jej element, bez podania jakiegokolwiek argumentacji, która odnosiłaby się do rzeczywistej woli wyrażonej w ofercie, która w ocenie Izby nie budziła wątpliwości. Zamawiający dopatrywał się niezgodności pomiędzy oświadczeniami zawartymi w formularzu oferty (pkt. 1 i 7 lit. h), które faktycznie odnosiły się do różnych elementów oświadczenia wykonawcy. Oświadczenie z punktu 1 stanowiło ogólną deklarację zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami Zamawiającego, dodatkowo wzmocnionym charakterystyką techniczną istotnych elementów przedmiotu zamówienia, załączoną na str. od 18 do 20 oferty. Zarówno

oświadczenie jak i charakterystyka nie odnoszą się do okresów gwarancji, których podania wymagał Zamawiający w ramach odrębnych oświadczeń, z których część stanowiła element oceny oferty w kryteriach „gwarancja”. Oświadczenie MMC dotyczące okresu gwarancji na urządzenia elektryczne było jednoznaczne i nie pozostawiało żadnych wątpliwości co do wykładni oświadczenia woli wykonawcy. Potwierdza to również odpowiedź MMC, w której brak jest informacji o ewentualnej pomyłce popełnionej w ofercie, a sens odpowiedzi sprowadza się do dostosowania terminu gwarancji do minimalnego wymaganego przez Zamawiającego okresu. W ocenie Izby stanowiło to niedozwoloną w świetle art. 87 ust. 1 ustawy oraz zasad prowadzenia postępowania, zmianę treści oferty i to w niedookreślonym w ustawie trybie. Zamawiający przyjął nowe oświadczenie MMC poza procedurą określoną w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, przez co dopuścił się naruszenia zasad określonych w art. 7 ustawy oraz zasady przejrzystości postępowania.

W świetle powyższego oferta wykonawcy MMC, jako niezgodna z treścią siwz, podlegała odrzuceniu, co czyniło czynność zaproszenia tego wykonawcy do aukcji elektronicznej bezpodstawną (zaproszenia z dnia 24.11.2014 r. wraz ze zmianą terminu w piśmie z dnia 26.11.2014 r.). Zamawiający, przy braku trzech niepodlegających odrzuceniu ofert nie był uprawniony do prowadzenia aukcji elektronicznej, a wynik postępowania powinien zostać ustalony w oparciu o ceny wskazane w ofertach nie podlegających odrzuceniu.

Izba oddaliła zarzuty podniesione z ostrożności procesowej, a dotyczące oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia oraz procedury uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy (oświadczeń podmiotów udostępniających swoje zasoby).

Odnosnie doświadczenia Zamawiający zmodyfikował treść warunku, nadając mu ostateczny kształt treścią pisma z dnia 23.09.2014 r., uwzględniając wytyczne KIO zawarte w wyroku z dnia 12.09.2014 r., sygn. akt KIO 1784/14, Zamawiający wymagał doświadczenia w zakresie *wykonanej (zrealizowanej) dostawy co najmniej jednego fabrycznie nowego przenośnika taśmowego o szerokości taśmy min. 1000 mm i długości przenośnika min. 600 m bezpośrednio do zakładu górniczego wydobywającego węgiel kamienny oraz wykonania co najmniej jednego montażu przenośnika taśmowego o szerokości taśmy min. 1000 mm i długości przenośnika min. 600 m w zakładzie górniczym wydobywającym węgiel kamienny.*

Wykonawca MMC na stronie 33 oferty w wykazie wskazał dostawę przenośnika o szerokości taśmy 1000 mm i długości przenośnika 1600 m, wykonane przez podmiot udostępniający swój potencjał – CORUM UKRAINA S.A. i załączył referencje wraz z tłumaczeniem na str. 34 i 35 oferty. Z treści dokumentu wynika, iż przedmiotem dostawy był przenośnik taśmowy 2LL1000D o długości 1600m, mocy napędu 3x132 kW wraz z

wyposażeniem pomocniczym: aparatura rozruchowa, aparatura automatyzacji, okablowanie. Przenośnik taśmowy był dostarczony jako kompletny, bez taśmy.

Podstawa faktyczna zarzutu wynikała z odmiennej od Zamawiającego interpretacji treści warunku – oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący bezpodstawnie wywodził, iż z przywołanych postanowień siwz wynika, że Zamawiający wymagał doświadczenia w dostawie przenośnika wraz z taśmą. Izba przyjęła wyjaśnienia Zamawiającego jako logiczne i spójne. W toku postępowania nie były do Zamawiającego kierowane jakiegokolwiek zastrzeżenia co do jednoznaczności postanowień siwz w kontekście zakresu wymaganej referencyjnej dostawy. Rozpoznając odwołanie z dnia 28.08.2014 r. Izba rozstrzygnęła na korzyść Odwołującego spór w przedmiocie zasadności zmiany parametru szerokości taśmy do 1000 mm, uwzględniając argumentację, w której podnoszono, że szerokość taśmy nadmiernie ogranicza konkurencję i odnosi się faktycznie do elementu wyposażenia przenośnika. Izba, w ślad za Zamawiającym uznała, iż brzmienie postanowień siwz należy rozumieć w ten sposób, iż parametry dotyczące szerokości taśmy należy odnieść do konstrukcji przenośnika, dostarczonego w sposób należyty do zakładu górniczego i jego montażu. Nie sposób z treści siwz wywieść, iż warunek udziału w postępowaniu dotyczył dostawy taśmy, która stanowi jeden z elementów wyposażenia przenośnika dostosowanego do konkretnych potrzeb zamawiającego. Takie rozumienia siwz pozostaje w zgodzie i jest spójne z treścią załącznika nr 7 do siwz do siwz (*wykaz potwierdzający spełnianie warunku opisanego w pkt IX.B.1 SIWZ*), w którym wyraźnie wymagano wskazania parametrów dostarczonego oraz zamontowanego przenośnika (tj. o wymaganej szerokości taśmy oraz długości przenośnika), a nie dostarczanej taśmy. W świetle powyższego nie zachodziła podstawa do wszczęcia postępowania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy.

W zakresie zarzutów dotyczących zobowiązań podmiotów udostępniających swój potencjał: Corum Ukraine S.A. (str. 32 oferty) oraz Wampol Sp. z o.o. (str. 31 oferty) Izba ustaliła, iż zobowiązanie Wampol Sp. z o.o. zostało uzupełnione za pismem z dnia 7.11.2014 r. (złożone Zamawiającemu w oryginale opatrzone pieczęcią w nagłówku z nazwą i adresem podmiotu). Zobowiązanie Corum Ukraine załączone w oryginale do oferty na str. 32 opatrzone zostało podpisem osoby oraz pieczęcią firmową podmiotu oddającego do dyspozycji niezbędne zasoby. Zamawiający we wzorze wymagał pieczęci imiennej uprawnionego przedstawiciela podmiotu. W nagłówku zobowiązania znajduje się oznaczenie: *PSC <Corum Ukraine> (abbreviated Corum Ukraine) Donetsk, 83003, Ivana Tkachenko str. 189, KRS 25332714, NIP 253327105672*.

W świetle poczynionych ustaleń Izba uznała, iż zarzuty w odniesieniu do obu zobowiązań sprowadzały się do kwestionowania strony formalnej dokumentów, a nie ich

treści, co nie wpływało na prawidłowość oceny merytorycznej oferty. Ponadto to na Odwołującym spoczywał ciężar dowodu wykazania zasadności twierdzeń i ich wpływu na wynik oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący ograniczył się w tym zakresie wyłącznie do wskazania na brak pieczęci w nagłówku zobowiązania Wampol Sp. z o.o. oraz imiennego podpisu osoby składającej oświadczenie w imieniu podmiotu Corum Ukraine. Uzupelnione zobowiązanie Wampol Sp. z o.o. posiadało pieczęć nagłówkową, natomiast odnośnie Corum Ukraine Izba uznała, iż to Odwołujący winien przedstawić dowód, z którego wynikałoby, iż zobowiązanie zostało udzielone bez wiedzy i woli podmiotu trzeciego. Brak imiennego podpisu utrudnia ustalenie danych osobowych osoby składającej podpis, co jednak nie uniemożliwia ustalenia, czy oświadczenie to zostało złożone w imieniu podmiotu trzeciego. Argumentacja Odwołującego w zasadzie sprowadzała się wyłącznie do wskazania na brak formalny, którego uzupełnienie nie zmieniałoby treści zobowiązania. Podanie imienia i nazwiska osoby składającej podpis również nie dawałoby wiedzy, czy działała ona z przekroczeniem umocowania podmiotu trzeciego, a to ewentualnie mogłoby prowadzić do podważenia skuteczności złożonego zobowiązania.

W związku z powyższym nie zachodziły przesłanki do wszczęcia procedury przewidzianej w art. 26 ust. 3 ustawy. Ponadto w świetle uwzględnionego zarzutu zaniechania odrzucenia oferty MMC, wezwanie do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń mających potwierdzać spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie byłoby dopuszczalne w świetle brzmienia art. 26 ust. 3 ustawy, zawierającego przesłankę negatywną uzupełnienia dokumentów i oświadczeń, polegającą na zaistnieniu okoliczności prowadzących do odrzucenia oferty.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy w oparciu o przepisy § 3, § 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 \(Dz. U. Nr 41, poz. 238\)](#). Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego kwotę wpisu wniesioną przez Odwołującego w wysokości 15 tys. zł. oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego stwierdzone przedłożonym na rozprawie rachunkiem w wysokości 3.600 zł. i obciążyła nimi Zamawiającego.

Przewodniczący: