

Sygn. akt: KIO/UZP 466/10

WYROK

z dnia 22 kwietnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Członkowie: Honorata Łopianowska

Lubomira Matczuk - Mazuś

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 kwietnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez „Remag” S.A., 40-750 Katowice, ul. Boya – Żeleńskiego 105 od rozstrzygnięcia przez zamawiającego Kompania Węglowa S.A., 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30 protestu z dnia 23 lutego 2010 r.

orzeka:

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej w zadaniu Nr 1, unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty w zadaniu Nr 1, dokonanie powtórnego badania i oceny ofert w zadaniu Nr 1.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Kompania Węglowa S.A., 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **„Remag” S.A., 40-750 Katowice, ul. Boya – Żeleńskiego 105,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 8 044 zł 00 gr (słownie: osiem tysięcy czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Kompania Węglowa S.A., 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30** na rzecz **„Remag” S.A., 40-750 Katowice, ul. Boya – Żeleńskiego 105** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **„Remag” S.A., 40-750 Katowice, ul. Boya – Żeleńskiego 105.**

Uzasadnienie

Zamawiający – Kompania Węglowa S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*Pozyskanie w formie dzierżawy kombajnów chodnikowych o możliwościach wykonania maksymalnego przekroju wyrobiska do 22 m2 z jednego ustawienia kombajnu i mocy organu maksymalnie do 135 kW, dla których rozpoczęcie dzierżawy nastąpi w latach 2010 - 2011 dla Oddziałów KW S.A.*”, w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 grudnia 2009 roku, pod numerem 2009/S 232 – 332551.

Dnia 16 lutego 2010 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach prowadzonego postępowania, tj. o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę, dla zadania Nr 1 i 2 – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia „KFG Miting Group” sp. z o.o., 41-200 Sosnowiec, ul. Ostrogórska 29/60 oraz „Industriemaschinen-Bergbau-Service” GmbH z Bischofsheim/Rhon (Niemcy) (zwane dalej „konsorcjum KFG”) oraz o wykluczeniu, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 w oparciu o art. 24 ust. 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp (w zakresie zadania Nr 2) oferty złożonej przez wykonawcę REMAG S.A., 40-750 Katowice, ul. T. Boya Żeleńskiego 105.

Uzasadniając podał, iż wykonawca wykluczony, nie uzupełnił w trybie wezwania z art. 26 ust. 3 Pzp dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, tj. nie uzupełnił oferty o dokumenty potwierdzające, że przedstawione dostawy zostały wykonane należycie. W zakresie odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp wskazał, że wykonawca przedstawił ofertę wariantową w zakresie udzielonej minimalnej gwarancji.

Wykonawca REMAG S.A.- dnia 23 lutego 2010 roku (pismo z dnia 22 lutego 2010 r.) wniósł do Zamawiającego protest wobec czynności podjętych przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego polegających na:

- 1) wykluczeniu REMAG S.A. oraz odrzuceniu jego oferty z uwagi na fakt, że została złożona przez wykonawcę wykluczonego z postępowania,
- 2) odrzuceniu oferty REMAG S.A. w zakresie zadania Nr 2,
- 3) wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum KFG.

czym, zdaniem Protestującego, Zamawiający naruszył przepisy:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp przez jego niezasadne zastosowanie,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp przez jego niezasadne zastosowanie w danej sytuacji faktycznej,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jego niezasadne zastosowanie,

Wobec powyższych zarzutów Protestujący wniósł o:

- 1) uchylenie decyzji o wykluczeniu Protestującego z postępowania,
- 2) uchylenie decyzji o odrzuceniu oferty Protestującego,
- 3) uchylenie decyzji o odrzuceniu oferty Protestującego w zakresie zadania Nr 2,
- 4) uchylenie decyzji o wyborze oferty jako najkorzystniejszej złożonej przez konsorcjum KFG,
- 5) powtórzenie przez Zamawiającego czynności oceny i wyboru ofert w postępowaniu.

Uzasadniając podniósł, iż

Do przedmiotowego zestawienia Protestujący załączył dokumenty potwierdzające, że dostawy kombajnów wykonane przez niego w okresie ostatnich 3 lat, w tym dostawy wymienione w zestawieniu, wykonane zostały należycie. Dokumenty te miały postać oświadczeń złożonych przez Południowy Końcem Węglowy S.A., Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. KWK Krupiński, Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. KWK „Zofiówka”, Przedsiębiorstwo Robót Górniczych Bytom Sp. z o.o., ale przede wszystkim przez różne Oddziały Zamawiającego, a to Kompanię Węglową S.A. - Oddział KWK Halemba, Kompanię Węglową S.A. Oddział KWK Bolesław Śmiały, Kompanię Węglową S.A. Oddział KWK Chwałowice (strony 57 - 73 oferty Protestującego).

Zamawiający zarzucił Protestujący, bez wskazywania jakichkolwiek podstaw, że załączone do oferty dokumenty nie pozwalają na stwierdzenie, czy wymagany w pkt XI. 1.1 SIWZ warunek udziału w przedmiotowym postępowaniu został przez Protestującego spełniony. Dodatkowo Zamawiający pouczył Protestującego, że zakwestionowane dokumenty, których uzupełnienia zażądał, powinny potwierdzać spełnienia przez Protestującego warunku udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert tj. 22.12.2009 roku.

Jednocześnie, w zakresie drugiej z decyzji podjętych 16 lutego br. tj. o odrzuceniu oferty Protestującego w zakresie zadania nr 2, w tym samym piśmie Zamawiający wezwał Protestującego, w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, o wyjaśnienie treści złożonej oferty w zakresie:

1. jakie kombajny (nowe czy poremontowe) Skarżący oferuje w zadaniu nr 1,
2. jakie kombajny (nowe czy poremontowe) Skarżący oferuje w zadaniu nr 2.

Zamawiający poinformował, że wymagane dokumenty oraz wyjaśnienia do złożenia, których zobowiązał Protestującego w piśmie z dnia 7 stycznia 2010 roku (pismo Z/ZZ/ZZT/204/KS/2009), ten ostatni ma złożyć w nieprzekraczalnym terminie 5 dni od otrzymania wezwania.

Dodatkowo w tym samym piśmie Zamawiający poinformował Protestującego o dokonanych przez siebie - w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprawkach omyłek w ofercie Protestującego, niepowodujących istotnych zmian treści tej oferty i wezwał go do wyrażenia zgody na dokonane poprawki, w terminie 3 dni od daty otrzymania zawiadomienia, pod rygorem odrzucenia oferty w trybie przewidzianym w art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Do pisma tego Protestującego załączył wykaz Oddziałów Zamawiającego, dla których dostarczono w ostatnich trzech latach kombajny wraz z szeregiem przykładowych dokumentów potwierdzających należyte wykonawstwo tych dostaw, w postaci protokołów z przeglądów technicznych kombajnów chodnikowych odbytych w kopalniach Zamawiającego. Jednocześnie w piśmie swym Protestujący wyjaśnił, że kombajny oferowane przez niego w ramach postępowania nr 330902700 (strona 5 oferty Skarżącego) to:

- dla zadania nr 1 - poremontowe kombajny typu AM-50 z-w o mocy organu 100 kW, na które gwarancja minimalna wynosić będzie 6 miesięcy,
- dla zadania nr 2 - kombajny typu R-130 o mocy organu 132 kW będą kombajnami nowymi, a na życzenie Zamawiającego poremontowymi, przy czym w każdym przypadku gwarancja minimalna dla takich kombajnów wynosić będzie 6 miesięcy.

W przedmiotowym piśmie Protestujący wyraźnie wyraził także zgodę na poprawki omyłek w jego ofercie, które zostały dokonane przez Zamawiającego, a o których został poinformowany przez tego ostatniego w piśmie z 8 stycznia br.

Zamawiający, dnia 8 marca 2010 roku rozstrzygnął protest przez jego oddalenie.

Na potwierdzenie, że przedstawione w wykazie dostawy zostały wykonane należycie do oferty załączone zostały dokumenty:

- na str. 57, 61, 65 i 67 oferty dokumenty wystawione przez: Południowy Koncern Węglowy, KWK Krupiński (JSW S.A.), PRG Bytom Sp. z o.o. i KWK Zofiówka (JSW S.A.) nie dotyczą przedstawionych w wykazie na str. 53 i 55 oferty wykonanych dostaw,
- na str. 59 i 69 oferty przedstawiono taki sam dokument wystawiony przez Oddział KWK HALEMBA (z dnia 04.04.2008r. o znakach: TM/MMM/732/2008) przedstawiający tylko typ i ilość dzierżawionych kombajnów,
- na str. 63 i 71 oferty przedstawiono taki sam dokument wystawiony przez Oddział KWK BOLESŁAW ŚMIAŁY (z dnia 08.10.2007r. o znakach: K5/DT/TPP/IRN/952/2007) informujący tylko o należytych wykonaniu dostaw kombajnów chodnikowych typu AM-50zw w ramach umowy z dnia 01.07.2004r.,
- na str.73 oferty dokument wystawiony przez Oddział KWK CHWAŁOWICE (z dnia 24.09.2007r. o znakach: 20/TM/MMM/139/2007) informujący o dzierżawie 6 szt. kombajnów chodnikowych na dzień 24.08.2007r. z terminami rozpoczęcia dzierżaw oraz braku uwag Oddziału co do jakości wykonania dostaw nie pozwalający jednak na ustalenie wartości tych dostaw ani typów kombajnów, które nie pozwalały na stwierdzenie czy wymagany w pkt IX. 1.1. SIWZ warunek udziału w przedmiotowym postępowaniu został przez Wykonawcę spełniony.

Wezwany w oparciu o art. 26 ust. 3 Ustawy Pzp pismem z dnia 07.01.2010r. o znakach: Z/ZZ/ZZT/204/KS/2010 wykonawca REMAG S.A. (pismem z dnia 11.01.2010r. o znakach: BM/12/10) przedstawił uzupełnienie wykazu wykonanych zamówień przedstawionych w ofercie na str. 53 i 55 o szczegółowy wykaz dostaw do Oddziałów KW S.A. kombajnów chodnikowych typu AM-50zw oraz typu R-130 w wymaganym okresie (182 dostawy) oraz 36 szt. Protokołów Przeglądów Technicznych kombajnów po odbiorze pomontażowym na dole kopalni po dostawie (32 - dla kombajnów typu AM-50zw i 4 - dla kombajnów typu R-130). Przedstawione dokumenty w dalszym ciągu nie pozwalały na stwierdzenie czy wymagany w pkt IX. 1.1. SIWZ warunek udziału w przedmiotowym postępowaniu został przez Wykonawcę spełniony.

Wykonawca REMAG S.A. na str. 4 oferty (formularz ofertowy) zaoferował minimalny okres gwarancji (ilość miesięcy objętych gwarancją) wariantowo tj.:

- w zadaniu nr 1 dla kombajnów typu AM-50zw 6 miesięcy dla kombajnów poremontowych lub 12 miesięcy dla kombajnów nowych,
- w zadaniu nr 2 dla kombajnów typu R-130 6 miesięcy dla kombajnów poremontowych lub 12 miesięcy dla kombajnów nowych.

Ponieważ oferowany minimalny okres gwarancji był jednym z kryteriów oceny ofert, a Zamawiający nie określił w SIWZ czy oferowane dostawy kombajnów chodnikowych dotyczą kombajnów nowych lub poremontowych, Zamawiający pismem z dnia 07.01.2010r. o znakach: Z/ZZ/ZZT/204/KS/2010 działając na podstawie art. 87 ust. 1 Ustawy Pzp zażądał wyjaśnienia treści złożonej oferty w następującym zakresie:

1) jakie kombajny (nowe czy poremontowe) Wykonawca oferuje w zadaniu nr 1,

2) jakie kombajny (nowe czy poremontowe) Wykonawca oferuje w zadaniu nr 2.

Wykonawca w piśmie z dnia 11.01.2010r. o znakach: BM/12/10 napisał w tej kwestii:

„2. Wyjaśniamy, że oferowane kombajny (str.5 oferty):

- w zadaniu nr 1 kombajny typu AM-50zw o mocy organu 100 kW, będą poremontowe, dla których gwarancja wynosi min. 6 miesięcy,

- w zadaniu nr 2 kombajny typu R-130 o mocy organu 132kW będą nowe, a na życzenie użytkownika poremontowe, dla których gwarancja wynosi min. 6 miesięcy.”

Z powyższego wynika, że w zadaniu nr 2 okres gwarancji jest okresem wariantowym i nie można go poddać kryterium oceny ofert.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Protestujący i dnia 17 marca 2010 roku wniósł odwołanie do Prezesa UZP, podtrzymując argumentację zawartą w proteście wniósł o:

1. uchylenie decyzji o wykluczeniu odwołującego się z postępowania,
2. uchylenie decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego złożonej w postępowaniu,
3. uchylenie decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego w zakresie zadania nr 2,
4. uchylenie decyzji o wyborze jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum KFG,
5. nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności oceny i wyboru ofert w zakresie zadań nr 1 i 2,
6. przyznanie od zamawiającego na rzecz odwołującego się kosztów postępowania, w tym zastępstwa prawnego, spowodowanych wniesieniem odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby stwierdził, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w załączniku Nr 2 – „Formularz Ofertowy” (wzór) wskazał, iż wykonawcy mają obowiązek podać oferowane warunki gwarancji dla kombajnu chodnikowego – osobno dla zadania Nr 1 i zadania Nr 2.

Odwołujący na stronie 5 oferty podał, iż dla kombajnu chodnikowego typu AM 50 oferuje minimalny okres gwarancji: 6 miesięcy dla poremontowego, 12 miesięcy dla nowego. Analogicznie w zadaniu Nr 2, dla kombajnu chodnikowego typu R-130 oferuje minimalny okres gwarancji: 6 miesięcy dla poremontowego, 12 miesięcy dla nowego.

Zamawiający pismem z dnia 7 stycznia 2010 roku Zwrócił się do Odwołującego o uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia oraz o wyjaśnienie treści oferty.

W odpowiedzi Odwołujący pismem z dnia 11 stycznia 2010 roku wyjaśnił - odnośnie art. 87 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, że oferowane kombajny:

- w zadaniu Nr 1 będą poremontowe, dla których gwarancja wynosi min. 6 miesięcy,
- w zadaniu Nr 2 kombajny będą nowe, a na życzenie użytkownika poremontowe, dla których gwarancja wynosi min. 6 miesięcy.

Zamawiający określił dwa kryteria oceny ofert: cena stawki dobowej brutto – waga 70%, oraz gwarancja – waga 30%.

W ocenie Izby, udzielnie takiej odpowiedzi spowodowało, iż oferta złożona w przedmiotowym postępowaniu, w zakresie zadania Nr 2 stała się ofertą, która przewiduje

możliwość alternatywnej dostawy zamawianych kombajnów z alternatywnym, przypisanym do określonego rodzaju kombajnów (nowe lub poremontowe) okresem gwarancji. Ponadto oferta została w sposób niedopuszczalny zmodyfikowana.

Powyższe, na rozprawie potwierdził Odwołujący wskazując, że faktycznie zostało zmienione oświadczenie zawarte w ofercie, dotyczący oferowanego okresu gwarancji na kombajny nowe, z 12 miesięcy na 6 miesięcy.

Przepis art. 87 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych stanowi, iż Zamawiający w toku badania i oceny ofert może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie pomiędzy zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

W powyższym względzie skład orzekający Izby popiera stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 stycznia 2009 roku, sygn. akt KIO/UZP 11/09, gdzie Izba stwierdziła, iż „*Ewentualne dokonanie wyboru oferty wykonawcy, który swojej woli nie wyraził w ofercie w sposób jednoznaczny, a zgodność jego oferty z treścią SIWZ może być ustalona dopiero na podstawie złożonych wyjaśnień, które zmieniają w istotny sposób treść oświadczenia woli zawartego w ofercie, nie tylko narusza art. 87 ust. 1 p.z.p., ale stanowi również złamanie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji*”.

Na marginesie Izba zauważa, iż Zamawiający, przez czynność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w kwestii zajęcia stanowiska, co do właściwego określenia terminu udzielonej gwarancji naruszył zasadę uczciwej konkurencji, gdyż w ten sposób po terminie otwarcia ofert, kiedy zostały upublicznione dane z oferty, dokonał ich modyfikacji w sposób bezprawny zastępując niejednoznaczne oświadczenie wykonawcy, oświadczeniem, które w istotny sposób może zmienić sytuację w przedmiotowym postępowaniu.

Zachodzi bowiem sytuacja, w której wykonawca, dostosowuje swoją sytuację do sytuacji zastałej po procedurze otwarcia ofert, kreując na nowo swoją w nim pozycję. Zwłaszcza, iż wyjaśnienia, które złożył dotyczą elementu oferty, który będzie podlegał ocenie – kryterium oceny ofert.

Zgodnie z art. 82 ust. 1 Wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę. Ustęp 3 w/w artykułu stanowi, iż treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający w s.i.w.z. nie postawił wykonawcom wymogu minimalnego okresu gwarancji, jaki są zobowiązani objąć oferowany przedmiot zamówienia, Powyższe nie stanowi jednakże o możliwości następczego korygowania błędnych oświadczeń złożonych w ofercie.

Zgodnie z przepisem art. 60 ustawy z dnia 23 kwietnia 1963 roku – Kodeks cywilny (Dz. U. 64 Nr 16, poz. 93) *Z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych, wola osoby dokonującej czynności prawnej może być wyrażona przez każde zachowanie się tej osoby, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny, w tym również przez ujawnienie tej woli w postaci elektronicznej (oświadczenie woli).*

Reguły wykładni oświadczeń woli mogą być stosowane nie tylko do ustalania treści złożonych oświadczeń, lecz także do stwierdzenia, czy dane zachowania stanowią oświadczenie woli. Tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 14 maja 2009 roku, sygn. akt I CSK 401/08.

W przedmiotowym postępowaniu powyższa wykładnia musi być interpretowana w sposób jednoznaczny, tzn. oferta złożona w postępowaniu prowadzonym zgodnie z przepisami ustawy - Prawo zamówień publicznych stanowi wolę zawarcia umowy, czyli stanowi oświadczenie woli o chęci zawarcia z Zamawiającym umowy. Skoro tak, to wola wyrażona w ofercie, kształtująca przyszłe zobowiązania umowne nie może być modyfikowana w wyniku wyjaśnień składanych Zamawiającemu.

Zgodnie z przepisem art. 99 ustawy - Prawo zamówień publicznych Zamawiający może zawrzeć umowę ramową po przeprowadzeniu postępowania, stosując odpowiednio przepisy dotyczące udzielania zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem. Tym samym mają zastosowanie przepisy Pzp w odniesieniu do najkorzystniejszej oferty. Definicja najkorzystniejszej oferty, opisana w słowniczku ustawy Pzp (art. 2) wskazuje, że przez ofertę najkorzystniejszą należy rozumieć ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego (...). Skoro więc Zamawiający, w wyniku prowadzonego postępowania zobowiązany jest do dokonania wyboru ofert najkorzystniejszych, nie więcej niż pięciu (w celu zawarcia umowy ramowej) – dział III pkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, to zabronione jest sanowanie błędów wykonawcy, który niejednoznacznie podał dane (w przedmiotowym przypadku okresu gwarancji), które następnie, po podstawieniu do wzoru stanowiąc będą o zawarciu z tym wykonawcą umowy ramowej, a przyszłości ewentualnie umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego.

Takie zachowanie Zamawiającego ocenić należy negatywnie, zarówno w odniesieniu do zadania Nr 1 jak i zadania Nr 2.

Odnosząc się bezpośrednio do zarzutów odwołania, Izba stwierdziła, iż oferta Odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo

zamówień publicznych, gdyż sprzeczna jest z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż:

- 1) zawierała dane wariantowe/opcjonalne – niedopuszczone przez Zamawiającego w s.i.w.z. – dział IV,
- 2) w wyniku złożonych wyjaśnień, oferta Odwołującego, zmieniła pierwotnie złożone oświadczenie woli – niedopuszczone przepisami ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Tym samym zarzut Odwołującego Izba uznała za niezasadny.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych – Izba uznała ten zarzut za zasadny w odniesieniu do zadania Nr 1, niezasadny w odniesieniu do zadania Nr 2.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia – dział IX postawił następujący warunek udziału w postępowaniu:

„O zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub przedstawią pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia to znaczy: w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia (tj. zamieszczenia ogłoszenia na własnej stronie internetowej www.kwsa.pl co jest równoznaczne z ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej), a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonali dostawy odpowiadające swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia: tj. dla:

- zadania Nr 1, co najmniej 2 dostawy kombajnów chodnikowych o łącznej wartości nie mniejszej niż 2 000 000,00 PLN brutto,
- zadania Nr 2, co najmniej 1 dostawy kombajnu chodnikowego o łącznej wartości nie mniejszej niż 1 500 000,00 PLN brutto zamówienia.

W przypadku składania oferty na więcej niż jedno zadanie wartość brutto wykonanych usług (...) nie może być mniejsza od sumy wartości określonych przez Zamawiającego dla poszczególnych zadań (...).”

W celu potwierdzenia spełniania w/w warunku, Zamawiający żądał złożenia wykazu wykonanych dostaw w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania (...), odpowiadających swoim rodzajem (tzn. dostaw kombajnów chodnikowych, tj. dla zadani Nr 1 w ilości 2 kombajnów, a dla zadania Nr 2 w ilości 1 kombajnu) i wartością dostawom

stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączenie dokumentów potwierdzających, że te dostawy zostały wykonane należycie – zgodnie z załącznikiem Nr 4.

Odwołujący do oferty załączył wykaz, zawierający 16 wykonanych dostaw.

Do wykazu Odwołujący załączył:

- 1) dokumenty wystawione przez: Południowy Koncern Węglowy, KWK Krupiński (JSW S.A.), PRG Bytom Sp. z o.o. i KWK Zofiówka (JSW S.A.) (str. 57, 61, 65 i 67 oferty),
- 2) dokument wystawiony przez Oddział KWK HALEMBA (z dnia 04.04.2008r. o znakach: TM/MMM/732/2008) (str. 59 i 69 oferty),
- 3) dokument wystawiony przez Oddział KWK BOLESŁAW ŚMIAŁY (z dnia 08.10.2007r. o znakach: K5/DT/TPP/IRN/952/2007) (str. 63 i 71 oferty),
- 4) dokument wystawiony przez Oddział KWK CHWAŁOWICE (z dnia 24.09.2007r. o znakach: 20/TM/MMM/139/2007) (str.73 oferty).

Odnosnie powyższych dokumentów Izba stwierdziła, iż:

- ad. 1 – dokumenty nie dotyczą przedstawionych w wykazie na str. 53 i 55 oferty wykonanych dostaw,
- ad. 2 - przedstawiono taki sam dokument przedstawiający tylko typ i ilość dzierzawionych kombajnów,
- ad. 3 - przedstawiono taki sam dokument informujący tylko o należywym wykonaniu dostaw kombajnów chodnikowych typu AM-50zw w ramach umowy z dnia 01.07.2004r.
- ad. 4 – przedstawiono dokument informujący o dzierzawie 6 szt. kombajnów chodnikowych na dzień 24.08.2007r. z terminami rozpoczęcia dzierzaw oraz braku uwag Oddziału, co do jakości wykonania dostaw nie pozwalający jednak na ustalenie wartości tych dostaw ani typów kombajnów.

Zamawiający, pismem z dnia 7 stycznia 2010 roku wezwał Odwołującego, na podstawie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych - do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący, pismem z dnia 11 stycznia 2010 roku uzupełnił wykaz *Oddziałów Kompanii Węglowej S.A., dla których dostarczono w ostatnich trzech latach (str. 53 i 55 oferty) kombajny, oraz przykładowe dokumenty potwierdzające należyte wykonawstwo.*

Uzupełniony wykaz zawierał 182 dostawy kombajnów chodnikowych.

Do uzupełnionego wykazu Odwołujący załączył 36 szt. Protokołów Przeglądów Technicznych kombajnów po odbiorze pomontażowym na dole kopalni po dostawie (32 - dla kombajnów typu AM-50zw i 4 - dla kombajnów typu R-130).

W ocenie Izby Odwołujący, spełnił warunek udziału w postępowaniu w zadaniu Nr 1 gdyż:

- 1) do oferty, strona 53 poz. 8 wykazał dostawę kombajnu chodnikowego typu AM-50z-w o wartości 4 059 955,65 zł dla KW S.A. Oddział KWK „Bolesław Śmiały”. Referencje, strona 63 oferty potwierdzała należyte wykonanie dostawy,
- 2) do uzupełnienia z dnia 11 stycznia 2010 roku załączył wykaz, w którym w poz. 141 przedstawił dostawę kombajnu AM-50zw do KWK Sośnica. Odwołujący w wykazie tym przedstawił numer fabryczny kombajnu 22/K i datę dostawy 30.04.2008 roku. Na potwierdzenie należytego wykonania dostawy Odwołujący załączył protokół z dnia 14 maja 2008 roku, który potwierdzał odbiór techniczny kombajnu chodnikowego AM-50 o numerze fabrycznym 22/K. Protokół zdawczo-odbiorczy środka trwałego z dnia 30 kwietnia 2008 roku, w swojej treści zaświadcza, iż „Kombajn wykonany zgodnie z zamówieniem Kopalni”, podpisany przez przedstawiciela kopalni przyjmującego do eksploatacji – sztygara oddziałowego Pana Jacka B., dotyczy „*Nazwa maszyny lub urządzenia: AM-50z-w, Nr fabr: 22/K, KWK „Sośnica-Makoszowy” Ruch Sośnica*”.

Tym samym, z zakresie zadania Nr 1 Odwołujący wylegitymował się stosownym doświadczeniem, gdyż wykonał, co najmniej 2 dostawy (KWK Bolesław Śmiały, KWK Sośnica), zrealizowane dostawy odpowiadają przedmiotowi zamówienia, a wartość przekracza minimalną kwotę 2 000 000,00 zł (wynosi minimum 4 059 955,65 zł, gdyż brak wartości dostawy dla KWK Sośnica – bez znaczenia dla sprawy).

W zakresie zadania Nr 2, Odwołujący w pierwotnie złożonym wykazie wskazał na wykonanie dostaw do minimum 4 kopalń, odpowiednio poz. 3, 7, 10 i 16 (strony 54 i 55 oferty). Załączony do wykazu dokument, informuje jedynie o dzierżawie 6 szt. kombajnów chodnikowych na dzień 24.08.2007r. z terminami rozpoczęcia dzierżaw oraz braku uwag Oddziału, co do jakości wykonania dostaw. Z dokumentu nie wynikają typy dostarczanych kombajnów (zadanie Nr 1 czy zadanie Nr 2).

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Odwołujący uzupełnił dokumenty.

W wyniku uzupełnienia dokumentów, w ocenie Izby Odwołujący nie spełnił warunku udziału w postępowaniu, dotyczący zadania Nr 2 gdyż:

- 1) w załączonym do oferty wykazie wskazał na dostawę kombajnu chodnikowego R-130, o wartości 4 892 778,13 zł, dla KW S.A. Oddział KWK „Bobrek Centrum”,
- 2) w uzupełnionym wykazie wskazał, iż dostarczony kombajn posiada numer fabryczny 5/04, a data dostawy to dzień 11 sierpnia 2008 roku,
- 3) do uzupełnionego wykazu załączył „Protokół z przeglądu technicznego kombajnu chodnikowego R-130 o Nr fabr. 5/04” z dnia 29 sierpnia 2008 roku, ze wskazaniem, że odbiór dotyczy odbioru pomontażowego, czyli po dostawie i montażu,
- 4) do uzupełnionego wykazu załączył „Protokół zdawczo-odbiorczy środka trwałego”. Nazwa maszyny lub urządzenia: R-130, Nr fabryczny: 5/04, KWK „Bobrek-Centrum”. W uwagach zamawiający podał, iż „Kombajn wykonany zgodnie z zamówieniem kopalni” podpisany, ze strony Zamawiającego przez Inspektora Pana Krzysztofa S.

Powyższe, w ocenie Izby stanowi podstawę, do jedynie wyjaśnienia wartości wykonanej dostawy, gdyż Odwołujący w poz. 16 wykazu wykonanych dostaw, strona 55 oferty wskazał na wykonanie dostaw dwóch rodzajów kombajnów AM-50z-w i R-130. Warunek udziału w postępowaniu postawiony przez Zamawiającego jasno precyzuje, że wartość dostawy dla zadania Nr 2 musi stanowić minimum 1 500 000,00 zł.

Jednakże biorąc pod uwagę fakt, iż oferta Odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych, to zgodnie z przepisem art. 26 ust. 3 Pzp Zamawiający nie jest zobligowany do wzywania do uzupełnienia dokumentów. Co prawda Zamawiający wzywałby wykonawcę do złożenia wyjaśnień na podstawie przepisu art. 26 ust. 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych, a przepis powyższy zastrzeżenia takiego nie stanowi, nie mniej wykładnia przepisu art. 26 ust. 3 Pzp prowadzi do wniosku, iż celem ustawodawcy było dać wykonawcom „drugą szansę”, w przypadku popełnienia błędów lub nie załączenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Wykładnia rozszerzająca tego przepisu znajduje swoje uzasadnienie w zastosowaniu analogicznej sytuacji, dotyczącej jednakże złożenia wyjaśnień.

Po cóż bowiem wykonawca miałby składać wyjaśnienia, skoro i tak jego oferta podlega odrzuceniu. Czynności Zamawiającego, jak i wykonawcy pozostawałyby bez wpływu na stan oferty/wykonawcy w postępowaniu. Dlatego też, w ocenie Izby nie jest konieczne wzywanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie przepisu art. 26 ust. 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych, gdy zachodzi przesłanka do odrzucenia oferty.

W zakresie zaś pozostałych dostaw wymienionych w wykazie załączonym do oferty, jak i w wykazie uzupełnionym, Izba stwierdziła, co następuje:

- poz. 3 wykazu, wartość 9 794 952,54 zł dla KWK Ziemowit – do oferty Odwołujący referencji nie załączył. W ramach procedury uzupełniania dokumentów Odwołujący wskazał na dostawy trzech kombajnów R-130 do KWK Ziemowit, o numerach fabrycznych: 22/06, 23/06 i 8/05, z datami dostawy odpowiednio: 20.10.2006, 10.01.2007, 06.02.2008 r. Odwołujący dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówienia nie przedstawił.
- poz. 7 wykazu, wartość 8 321 762,08 zł dla KWK Jankowice – do oferty Odwołujący referencji nie załączył. W ramach procedury uzupełniania dokumentów Odwołujący wskazał na dostawy trzech kombajnów R-130 do KWK Jankowice, o numerach fabrycznych: 17/06, 9/05 i 20/06, z datami dostawy odpowiednio: 29.05.2006, 29.06.2007, 20.08.2009 r. Do uzupełnionego wykazu Odwołujący załączył „Protokół z przeglądu technicznego kombajnu R-130, nr fabr. 20/06” z dnia 3 września 2009 roku, wraz z „Protokołem zdawczo-odbiorczym środka trwałego” z dnia 20 sierpnia 2009 roku potwierdzający dostawę kombajnu zgodnie z zamówieniem kopalni. W związku z tym, iż Odwołujący w poz. 7 wykazu do oferty wskazał na dostawę również innych kombajnów, winna mieć zastosowanie procedura z art. 26 ust. 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w zakresie wartości dostawy. Jednakże z uwagi, iż oferta podlega odrzuceniu, Izba podtrzymuje stanowisko jw.
- poz. 10 wykazu, wartość 7 493 978,97 zł dla KWK Halemba-Wirek – do oferty Odwołujący referencji nie załączył. W ramach procedury uzupełniania dokumentów Odwołujący wskazał na dostawy sześciu kombajnów R-130 do KWK Halemba-Wirek, o numerach fabrycznych: 14/06, 19/06, 28/08, 10/05, 36/09 i 38/09, z datami dostawy odpowiednio: 12.04.2006, 10.08.2006, 18.08.2008, 23.04.2009, 31.08.2009, 23.11.2009 r. Do uzupełnionego wykazu Odwołujący załączył „Protokół z przeglądu technicznego kombajnu R-130, nr fabr. 10/05” z dnia 11 maja rok nieczytelny, wraz z „Protokołem zdawczo-odbiorczym środka trwałego” z dnia 23 kwietnia 2009 roku potwierdzający dostawę kombajnu zgodnie z zamówieniem kopalni. W związku z tym, iż Odwołujący w poz. 10 wykazu do oferty wskazał na dostawę również innych kombajnów, winna mieć zastosowanie procedura z art. 26 ust. 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w zakresie wartości dostawy. Jednakże z uwagi, iż oferta podlega odrzuceniu, Izba podtrzymuje stanowisko jw.

- dodatkowo, w uzupełnieniu wykazu Odwołujący wskazał na dostawę kombajnu R-130 do KWK Knurów o nr fabr. 6/05 z datą dostawy 29.04.2008 roku. Odwołujący załączył również „Protokół z przeglądu technicznego kombajnu R-130, nr fabr. 6/05” z dnia 5 maja 2008 roku, wraz z „Protokołem zdawczo-odbiorczym środka trwałego” z dnia 29 kwietnia 2009 roku potwierdzający dostawę kombajnu zgodnie z zamówieniem kopalni. Odwołujący nie potwierdził warunku dotyczącego wartości dostarczonego kombajnu.
- Odwołujący w uzupełnionym wykazie wskazał na wykonanie jeszcze dwóch dostaw kombajnów R-130, do KWK Marcel oraz KWK Szczygłowice, jednakże nie załączył dokumentów potwierdzających ich należyte wykonanie.

Dodatkowo, Izba zwróciła uwagę na fakt, iż Odwołującego na rozprawie przyznał, że zarówno z dokumentów pierwotnych, załączonych do oferty (wykazu wykonanych dostaw), jak i uzupełnionych w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów nie można wywieść wartości dostarczanych kombajnów, dla zadania Nr 2 (kombajny chodnikowe R-130), co uniemożliwia Zamawiającemu weryfikację wykonawcy, pod kątem spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia.

Uwzględniając powyższe, jak i brzmienie przepisu art. 191 ust. 1a ustawy Pzp Krajowa Izba Odwoławcza, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego, na podstawie faktury VAT, złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b 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. Nr 128, poz. 886 ze zmianami).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....