

WYROK
z dnia 13 lutego 2014 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 lutego 2015 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 stycznia 2015 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Kopex Machinery S.A. ul. 3 Maja 89, 41-800 Zabrze (pełnomocnik) oraz Pumar Hydraulika Sp. z o.o. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. z siedzibą w Alejach Jana Pawła II 4, 44-300 Jastrzębie Zdrój

orzeka

1. Uwzględnia odwołanie.

Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie aukcji elektronicznej przeprowadzonej w dniu 23 stycznia 2015 roku z udziałem wykonawcy MMC Poland Sp. z o.o. i wykonawcy Mifama Sp. z o.o. oraz nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności zaproszenia do aukcji elektronicznej z dnia 20 stycznia 2015 roku.

Nakazuje Zamawiającemu odrzucenie oferty MMC Poland Sp. z o.o. oraz odrzucenie oferty Mifama Sp. z o.o..

Nakazuje Zamawiającemu dokonania wyboru oferty zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych z pośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. z siedzibą w Alejach Jana Pawła II 4, 44-300 Jastrzębie Zdrój i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Kopex Machinery

S.A. ul. 3 Maja 89, 41-800 Zabrze (pełnomocnik) oraz Pumar Hydraulika Sp. z o.o. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich tytułem wpisu od odwołania;

- 2.2. zasądza od Zamawiającego Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. z siedzibą w Alejach Jana Pawła II 4, 44-300 Jastrzębie Zdrój na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Kopex Machinery S.A. ul. 3 Maja 89, 41-800 Zabrze (pełnomocnik) oraz Pumar Hydraulika Sp. z o.o. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gliwicach.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie *Zakup i zabudowa 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*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2014 /S 157-283451 z dnia 19 sierpnia 2014 roku.

23 stycznia 2015 roku działając na podstawie art. 180 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), w związku z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Odwołujący wniósł odwołanie wobec:

- wyniku badania i oceny oferty złożonej przez MMC Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach - dalej MMC,
- wyniku badania i oceny oferty złożonej przez Mifama S.A., w następstwie których wykonawca ten został dopuszczony do udziału w aukcji wyznaczonej na dzień 23 stycznia 2015 r.
- decyzji Zamawiającego z dnia 20.01.2015 r. o zaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej spółek MMC Poland Sp. z o.o. (zwanej dalej: MMC) i Mifama S.A. (zwanej dalej: Mifama),
- decyzji o wyznaczeniu na dzień 23.01.2015 r., na godz. 9.30 terminu aukcji elektronicznej.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty MMC i Mifama z uwagi na fakt, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ;
- art. 91b ust. 1 Pzp przez dokonanie czynności zaproszenia do aukcji MMC w sytuacji gdy oferta tego wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ oraz poprzez zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej Mifama, której ofertę w toku jej badania Zamawiający odrzucił, a której prawidłowość nie została w żaden sposób w następstwie później podjętych czynności sanowana,

- art. 91a ust. 1 Pzp w zw. z art. 91b ust 2 pkt 3 Pzp przez dokonanie czynności wyznaczenia przez Zamawiającego aukcji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia pomimo braku przesłanek do jej przeprowadzenia,
- art. 7 ust 1 i 3 Pzp przez przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, co będzie skutkowało udzieleniem zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami Pzp.

Odwołujący wnosi o:

- uwzględnienie odwołania,
- 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 odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą, także unieważnienia decyzji o przeprowadzeniu aukcji elektronicznej i ustalenia jej wyników wobec niespełnienia przewidzianych w Pzp przesłanek ich dokonania, a zatem braku trzech ofert niepodlegających odrzuceniu,
- nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert oraz odrzucenie oferty MMC,
- unieważnienie czynności zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej wyznaczonej na dzień 23. stycznia 2015 r. spółki Mifama.

Zdaniem Odwołującego wskutek podniesionych naruszeń ustawy uszczerbku doznał jego interes polegający na konieczności konkurowania z wykonawcami, których oferta nie spełnia wymagań SIWZ. W przypadku dokonania prawidłowego badania i oceny ofert, oferta MMC podlegałaby odrzuceniu, co w następstwie rozpoznania odwołania konsorcjum spółek Kopex Machinery S.A. i Pumar Hydraulika Sp. z o.o. w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 11 grudnia 2014 r., nakazując unieważnienie aukcji elektronicznej przeprowadzonej w dniu 1 grudnia 2014 r. z udziałem wykonawcy MMC Poland Sp. z o.o. i unieważnienie czynności zaproszenia do aukcji elektronicznej. Z niezrozumiałych względów w zaproszeniu do aukcji z dnia 20 stycznia 2015 r. Zamawiający wskazał również wykonawcę Mifama, którego oferta w toku jej badania została przez Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. odrzucona, a która to czynność w toku następczo podjętych czynności nie została uchylona czy zmieniona.

W efekcie wadliwie dokonanych przez Zamawiającego czynności doszło do naruszenia przesłanki określonej w art. 91a ust.1 Pzp definiującej wymóg istnienia 3 ofert nie podlegających odrzuceniu jako warunku przeprowadzenia aukcji elektronicznej.

Z informacji uzyskanych przez Odwołującego, Zamawiający pierwotnie spośród 7 wykonawców, którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu do udziału zaprosił tylko trzech tj. MMC, Linter S.A. i Odwołującego. Pozostałe oferty (w tym m.in. Mifama) zostały przez Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. odrzucone, jako nieodpowiadające wymogom Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. W następstwie wniesionego przez Odwołującego odwołania, w wyroku z dnia 11 grudnia 2014 r, (sygn. akt: KIO 2490/14) Krajowa Izba Odwoławcza, dzieląc argumentację Konsorcjum uznała, iż oferta MMC winna była również ulec odrzuceniu, jako niespełniająca wymogu SIWZ w zakresie udzielonej gwarancji na urządzenia elektryczne (vide: str. 10 uzasadnienia wyroku KIO sygn. akt: KIO 2490/14: „W świetle powyższego oferta wykonawcy MMC, jako niezgodna z treścią SIWZ podlegała odrzuceniu, co czyniło czynność zaproszenia tego wykonawcy do aukcji elektronicznej bezpodstawną. 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”).

W zaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej z dnia 20 stycznia 2014 r. Zamawiający wskazał również wykonawcę - spółkę Mifama S.A., której ofertę w toku uprzednio dokonanej weryfikacji odrzucił, jako niespełniającą wymogów SIWZ, a której prawidłowość nie została w następstwie później podjętych czynności sanowana, co również należy uznać za czynność sprzeczną z ustawą Prawo zamówień publicznych.

W kontekście powyższego, decyzję Zamawiającego o wyznaczeniu aukcji elektronicznej uznać należy za naruszającą wymóg art. 91 a ust 1 ustawy, albowiem w postępowaniu nie istniały co najmniej 3 niepodlegające odrzuceniu oferty. W następstwie tego zaś, Zamawiający winien był dokonać oceny ofert i udzielić zamówienia na kwotę określoną w najkorzystniejszej z nich, bez przeprowadzania aukcji. Podjęcie wadliwej decyzji o przeprowadzeniu kolejnego etapu udzielenia zamówienia publicznego naruszyło bezsprzecznie interes Odwołującego, albowiem gdyby Zamawiający prawidłowo dokonał oceny ofert, nie byłby uprawniony do przeprowadzenia kolejnego etapu procedury udzielania zamówienia, w konsekwencji czego z Odwołującym zawarta zostałaby umowa wskazująca jako cenę tę wskazaną w ofercie, a zatem kwotę 9 471 000,00 zł brutto. W zaistniałych okolicznościach nie można uznać, że czynność błędnej oceny ofert pozostawała bez wpływu na ocenę istnienia potrzeby ochrony interesu wykonawcy zaproszonego do udziału w aukcji. Stanowisko Odwołującego potwierdzone zostało w

wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11, grudnia 2014 r. (sygn. akt: KIO 2490/14) wydanym na skutek odwołania Konsorcjum od czynności Zamawiającego podjętych w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego 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 47/ZZ/14, w którym to organ orzekający uznał, iż *„sam fakt zaproszenia wykonawcy, którego oferta podlegała odrzuceniu do udziału w aukcji stanowi dostateczną podstawę do wykazania 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 przeprowadzenia aukcji elektronicznej, które są dla niego bardziej korzystne ekonomicznie i prowadzą w ustalonym powyżej stanie, do faktycznej możliwości wyboru jego oferty.”* Bezspornie zatem, Konsorcjum ma interes prawny we wniesieniu niniejszego odwołania.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Termin składania ofert w wyniku modyfikacji Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) wyznaczono ostatecznie na 16 października 2014 r. W wyznaczonym terminie oferty złożyło 7 wykonawców tj. Odwołujący, Vacat Sp. z o.o., Patentus S.A., MMC, Mifama Sp. z o.o., Linter S.A., Famur S.A.

W dniu 17 listopada 2014 r. do Odwołującego wpłynęło za pośrednictwem faksu i poczty elektronicznej na adres przetargi@kmsa.cora.pl zaproszenie od Zamawiającego do udziału w aukcji elektronicznej, z którego wynika, że do aukcji zostali zaproszeni następujący wykonawcy: MMC, Linter S.A. i Odwołujący. Termin aukcji wyznaczono na 20 listopada 2014 r. na godz. 9.00. W dniu 19 listopada 2014 r. Zamawiający poinformował Odwołującego faksem o odwołaniu aukcji wyznaczonej na dzień 20 listopada 2014 r. tj. wskazał, że zaplanowana aukcja nie odbędzie się bez podania przyczyny jej odwołania oraz nowego terminu. Należy wskazać równocześnie, że oświadczenie Zamawiającego o odwołaniu aukcji

nie zawierało informacji o unieważnieniu czynności zaproszenia wykonawców, w tym zwłaszcza zaproszenia MMC do udziału w aukcji. Zamawiający w postępowaniu ponownie, pismem z dnia 26 listopada 2014 r., odwołał aukcję elektroniczną, jak wcześniej wskazano, na dzień 27 listopada 2014 r. i wyznaczył nowy termin aukcji na dzień 01 grudnia 2014 r. Także w tych przypadkach oświadczenie Zamawiającego o odwołaniu aukcji nie zawierało informacji o unieważnieniu czynności zaproszenia wykonawców, w tym zwłaszcza zaproszenia MMC do udziału w aukcji. W odwołaniu z dnia 27. listopada 2014 r. wniesionym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej Odwołujący zakwestionował prawidłowość czynności podjętych przez Zamawiającego, a to: badanie i ocenę oferty złożonej przez MMC, zaproszenie MMC do udziału w aukcji elektronicznej oraz wyznaczenie ostatecznie na dzień 1. grudnia 2014 r. terminu aukcji elektronicznej. W następstwie przeprowadzonej aukcji elektronicznej z udziałem wskazanych powyżej trzech podmiotów, jako najkorzystniejsza oferta oceniona została ta złożona przez konsorcjum firm Kopex Machinery S.A. i Pumar Hydraulika Sp. z o.o. na kwotę 5 725 000,00 zł brutto. Wyrokiem z dnia 11. grudnia 2014 r., Krajowa Izba Odwoławcza, po rozpoznaniu odwołania wniesionego przez Odwołującego, podzielając jego argumentację uwzględniła odwołanie i nakazała 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 listopada 2014 r. (wraz z przesunięciem terminu aukcji pismem z dnia 26 listopada 2014 r.) i nakazała Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert, wskazując wszakże w treści uzasadnienia orzeczenia (vide: str. 10), że oferta MMC jako nieodpowiadająca wymogom SIWZ w zakresie gwarancji na urządzenia elektryczne winna była ulec odrzuceniu.

Zawiadomieniem z dnia 20 stycznia 2014 r. Zamawiający ponownie poinformował o przeprowadzeniu w dniu 23 stycznia 2015 r. o godz. 9.30 aukcji elektronicznej, zapraszając do udziału w niej spółki Linter S.A., Kopex Machinery S.A. oraz - wadliwie - MMC Poland Sp. z o.o. i Mifama S.A., jakkolwiek oferta pierwszej z nich podlegać winna odrzuceniu, natomiast ofertę Mifama Sp. z o.o. Zamawiający w toku jej badania sam odrzucił.

Zamawiający w załączniku nr 1 do SIWZ pkt DC.7 (str. 10 załącznika nr 1) 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". Powyższe stanowi wymóg zaferowania co najmniej 24 miesięcznego okresu gwarancji liczonego od daty uruchomienia kompletnego przedmiotu zamówienia na dole Kopalni przez służby Zamawiającego i Wykonawcy, potwierdzonego pozytywnym protokołem z tego odbioru. Treść oświadczenia wykonawców o długości udzielonej gwarancji określona była w treści Formularza Ofertowego, stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ.

MMC w treści stanowiącej ofertę Formularza Ofertowego (str. 2-5) w pkt 7.h zaferował 12 miesięczny gwarancji dla urządzeń elektrycznych od daty uruchomienia kompletnego przedmiotu zamówienia na dole Kopalni przez służby Zamawiającego i Wykonawcy, potwierdzonego pozytywnym protokołem z tego odbioru. Tak zaferowany okres gwarancji nie odpowiada treści wymogu ustalonego przez Zamawiającego w SIWZ, co Odwołujący podniósł w treści pierwotnie złożonego odwołania (z dnia 27 listopada 2014 r.), wskazując iż powinna ona zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Odwołujący podał, że długości okresu gwarancji nie można uznać za omyłkę, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy tj., za inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty, gdyż jej poprawienie w ten sposób skutkowałoby istotną zmianą oferty polegającą na wydłużeniu okresu gwarancji o 12 miesięcy.

W toku rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą przeprowadzoną w dniu 10 grudnia 2014 r. ujawnione zostało, iż Zamawiający nie tyle poprawił w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy), co dokonał jej wadliwego sanowania w trybie uzyskanych od Wykonawcy wyjaśnień, co spotkało się z krytyką organu orzekającego, zawartą na stronie 9 uzasadnienia orzeczenia: *„Izba uznała, iż Zamawiający nie miał podstaw do przyjęcia wyjaśnień, jakich udzielił wykonawca MMC, który faktycznie doprowadził 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 oświadczeniem i zawartymi w formularzu oferty (pkt I 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 związku z przedstawionymi zarzutami zaproszenie MMC do aukcji elektronicznej, zarówno w dniu 17 listopada 2014 r. jak i w dniach 24 listopada 2014r., 26 listopada 2014 r., 1 grudnia 2014 r., jak i wreszcie 23. stycznia 2015 r. było bezzasadne i naruszało przepisy art. 91a ust. 1 Pzp i art. 91 b ust. 1 Pzp, co Odwołujący uzasadnia poniżej, a które to stanowisko podzieliła Krajowa Izba Odwoławcza. Zarówno zaproszenie w dniu 17 listopada 2014 r. MMC do udziału w aukcji elektronicznej planowanej na dzień 19 listopada 2014 r. jak i zaproszenie w dniu 24 listopada 2014r. do udziału w aukcji elektronicznej planowanej na dzień 27 listopada 2014r., oraz zaproszenie z dnia 26 listopada 2014 r. do udziału w aukcji planowanej na dzień 01 grudnia 2014 r, oraz zaproszenie z dnia 20 stycznia 2015 r. do udziału w aukcji w dniu 23 stycznia 2015 r. są sprzeczne z art. 91 b ust. 1 PZP, gdyż artykuł ten wskazuje jednoznacznie, że „Zamawiający zaprasza drogą elektroniczną do udziału w aukcji elektronicznej wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu. Potwierdza to m.in. W. Dzierżanowski w komentarzu do art, 91 b PZP w: W.

Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak „Prav/o zamówień publicznych. Komentarz” wyd. IV, publ. Lex 2010, w którym wskazuje, że *Zamawiający zaprasza do udziału w aukcji elektronicznej wszystkich wykonawców, którzy złożyli w postępowaniu ważne, tj. niepodlegające odrzuceniu oferty. Zaproszenie do aukcji bezwzględnie musi więc poprzedzać ocena ofert pod kątem przesłanek odrzucenia zawartych w art. 89 ust. 1. Poprzedzać ją musi również ocena ofert pod kątem sposobu spełniania przez nie kryteriów ustalonych dla całego postępowania* Także zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 11 marca 2011 r. (sygn. KIO 411/11) „*Zawiadomienie wykonawców o prowadzeniu aukcji musi i być poprzedzone oceną spełniania warunków podmiotowych przez każdego z wykonawców, jak i oceną każdej oferty, także co do przedmiotu zamówienia, celem ustalenia czy wykonawca nie podlega wykluczeniu czy też jego oferta nie podlega odrzuceniu*” Ocena ofert dokonana przez Zamawiającego musi być prawidłowa tj. nie może rodzić wątpliwości co do ważności ofert poszczególnych wykonawców. W niniejszym postępowaniu ocena ofert nie została dokonana w sposób prawidłowy, gdyż oferta MMC jest ofertą wadliwą. Potwierdzenie się zarzutów w stosunku do oferty MMC skutkuje nałożeniem na Zamawiającego zobowiązania do odrzucenia jego oferty.

Odwołujący wskazał zastrzeżenia wobec dopuszczenia do udziału w aukcji elektronicznej spółki Mifama z dwóch względów.

Po pierwsze: na skutek ogłoszenia o zamówieniu ofertę Jastrzębskiej Spółce Węglowej S.A. złożyła spółka Mifama Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, tymczasem w zaproszeniu do aukcji Zamawiający wskazał, jako podmiot mający w niej uczestniczyć spółkę Mifama Spółka Akcyjna. Biorąc pod uwagę okoliczność, iż wedle informacji z Krajowego Rejestru Sądowego w mieście Mikołowie przy ul. Żwirki i Wigury 4 zarejestrowane są dwa podmioty o firmie Mifama, przy czym jedna z nich jest spółką z ograniczoną odpowiedzialnością, druga zaś spółką akcyjną oraz że w orzecznictwie powszechnie uznawane jest, że oznaczenie formy prawnej jest istotnym elementem oznaczenia podmiotu, nie można przyjąć aby zaproszenie do udziału w aukcji Mifama S.A. było prawidłowe, podczas gdy ofertę złożyła Mifama Sp. z o.o., bowiem oznacza to zaproszenie do udziału w postępowaniu zupełnie innego podmiotu niżli wykazał wolę uczestniczenia w nim.

Niezależnie od przedstawionego zarzutu formalnego, stwierdzić należy, iż cała argumentacja prawna dotycząca wadliwości ofert MMC zachowuje swoją aktualność również w zakresie

dopuszczenia do udziału w aukcji elektronicznej wyznaczonej na dzień 23 stycznia 2015 r. spółki Mifama, której to ofertę Zamawiający sam uznał za nieodpowiadającą sformułowanym przez niego wymogom, w następstwie czego odrzucił ją. Pomimo braku udziału tego wykonawcy w aukcji w dniu 1 grudnia 2014 r. oraz braku możliwości podjęcia jakichkolwiek czynności zmierzających do „naprawienia” oferty, z niewiadomych względów, na potrzeby kolejnego etapu udzielania zamówienia, jaki ma odbyć się w dniu 23 stycznia 2015 r., Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. uznała ją za prawidłową. Podkreślenia również wymaga, iż zdumiewające jest dopuszczenie przez Zamawiającego do udziału w aukcji oferenta, którego oferta została odrzucona, a który to decyzji tej w żaden sposób (choćby przez wniesienie odwołania) nie kwestionował, co oznacza, iż pogładowi Zamawiającego w przedmiocie niezgodności jego oferty z SIWZ przyznał słusność.

Zamawiający naruszył swoim działaniem także art. 91a ust. 1 PZP, gdyż nie zaszły przesłanki do wyznaczenia aukcji elektronicznej. Aukcja elektroniczna zgodnie z art. 91 a ust. 1 PZP może zostać wyznaczona *jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, zamawiający po dokonaniu oceny ofert w celu wyboru najkorzystniejszej oferty przeprowadza aukcję elektroniczną, jeżeli przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu oraz złożono co najmniej 3 oferty niepodlegające odrzuceniu*”, W niniejszym postępowaniu Zamawiający w związku z bezprawnym zaniechaniem odrzucenia oferty MMC i bezpodstawnym dopuszczeniem do udziału w aukcji spółki Mifama, naruszył wymogi statuowane w ustawie, w tym w szczególności w jej art. 9 a ust. 1. Wszystkie działania i zaniechania Zamawiającego stanowią równocześnie naruszenie art.7 ust. 1 i 3 ustawy. Tak przeprowadzone postępowanie powoduje naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, określonej w art. 7 ust. 1 ustawy, a ponadto skutkuje ryzykiem udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy, co jest zakazane zgodnie z art. 7 ust. 3 ustawy.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 23 stycznia 2015 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody. Izba wskazuje, że zgodnie z przedstawionymi dokumentami odwołanie zostało przekazane do Zamawiającego w dniu 23 stycznia 2014 roku (o godzinie 9:10) przez rozpoczęciem aukcji elektronicznej (o godzinie 9:30).

Izba podziela stanowisko prezentowane w uzasadnieniu wyroku z dnia 11 grudnia 2014 roku o sygnaturze akt 2490/14 w zakresie wykazania spełnienia przesłanek dotyczących wykazania interesu w uzyskaniu zamówienia przez Odwołującego. Wadliwa czynność oceny oferty MMC oraz Mifama skutkująca zaproszeniem tych wykonawców do aukcji elektronicznej narusza interes Odwołującego. *Niezależnie od rozstrzygnięcia w przedmiocie zarzutów odnoszących się do oceny (...) ofert MMC i Mifama, 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 (...) ofert MMC i Mifama, co miało wpływ na dalsze czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez zaproszenie (...) wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej.*

Odwołujący wniósł o 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 odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą, także unieważnienia decyzji o przeprowadzeniu aukcji elektronicznej i ustalenia jej wyników wobec niespełnienia przewidzianych w ustawie przesłanek ich dokonania, a zatem braku trzech ofert niepodlegających odrzuceniu. W

przypadku ziszczenia się zarzutów stawianych ofertą MMC i Mifama a w konsekwencji ich odrzucenia oferta Odwołującego byłaby najkorzystniejsza i mogłaby zostać 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 i Mifama, 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 zaofertowane 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. (...) 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 (...).*

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie a także stanowiska i oświadczenia złożone ustnie do protokołu.

Zamawiający złożył pismo z dnia 6 lutego 2015 roku *Odpowiedź na odwołanie*.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), *Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia*. Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Obowiązkiem Zamawiającego jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z poszanowaniem zasad zamówień publicznych oraz w zgodzie z obowiązkami nałożonymi przez ustawę na Zamawiającego. Izba wskazuje, iż ustawa zobowiązując Zamawiających zgodnie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy do odrzucenia oferty o ile jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odrzucenie oferty, biorąc pod uwagę dodatkowo zastrzeżenie jakie uczynił ustawodawca, nie może nastąpić z powodów formalnych, błahych nie wpływających na treść złożonej oferty oraz nie może nastąpić, gdy Zamawiający ma możliwość poprawienia błędów jakie zawiera oferta.

Wskazać należy, iż o zgodności treści oferty z treścią SIWZ przesądza ich porównanie. (porównaj: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 30 marca 2010 roku sygn. akt KIO/UZP 228/10; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 30 marca 2010 roku sygn. akt KIO/UZP 228/10; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 30 stycznia 2013 roku sygn. akt KIO 103/13; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 28 listopada 2014 roku sygn. akt KIO 2387/14). Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy oceniać z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 Kodeksu cywilnego, czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia – w przedmiotowym postępowaniu, w ofertach złożonych przez MMC oraz Mifama brak jest zgodności pomiędzy oświadczeniami jakie złożyli wykonawcy a wymaganiami Zamawiającego.

Izba podkreśla, że należy mieć na uwadze, że niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia – która to stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty z postępowania o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy – zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada pod względem przedmiotu zamówienia albo sposobu wykonania przedmiotu zamówienia ukształtowanym przez Zamawiającego i zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiom. Obowiązkiem wykonawcy przystępującego do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest złożenie oferty zgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 10 lipca 2008 roku sygn. akt V Ca 1109/08). Odzwierciedleniem znajomości wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a tym samym wymagań Zamawiającego co do przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji jest złożona w postępowaniu o udzielenie zamówienia oferta. Wykonawca składający ofertę niezgodną z wymaganiami Zamawiającego, musi brać pod uwagę konsekwencje jakie go spotkają, w szczególności odrzucenie oferty z postępowania. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, stanowi szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu. Choć samo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie powinno być formalizmem samym w sobie a jego głównym zadaniem jest doprowadzenie do zawarcia umowy – to odstępianie od formalizmu nie może być utożsamiane z modyfikacją reguł postępowania określonych ustawą i w konsekwencji prowadzić do wyboru w postępowaniu oferty, która nie jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego. Szczególna regulacja postępowań o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązuje Zamawiających do takiego działania oraz korzystania z praw jakie przypisuje mu ustawa, które to działanie doprowadzi do obiektywnie najkorzystniejszego rozstrzygnięcia postępowania, zgodnego z postanowieniami SIWZ, a działanie takie zapewni jednocześnie poszanowanie zasad prawa zamówień publicznych oraz interesów wszystkich uczestników procesu udzielania zamówień publicznych.

I.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy – Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust.2 pkt 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie

uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz art. 7 ust. 3 ustawy – Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty MMC i Mifama – Izba uznała zarzut za zasadny

W zakresie oferty MMC:

W uzasadnieniu stanowiska zawartym w *Odpowiedzi na odwołanie* jak również w argumentacji przedstawionej na rozprawie Zamawiający wskazywał, że dokona poprawy oferty MMC zgodnie z orzeczeniem z dnia 11 grudnia 2014 roku. Nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, z ww. wyroku, z jego uzasadnienia wynika bowiem jednoznacznie, że oferta MMC jest niezgodna z SIWZ i podlega odrzuceniu.

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. (...)

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. (...)

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.

Zamawiający w SIWZ Załącznik nr 1 do (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.*

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 MMC na stronie 4 podany został okres gwarancji dla urządzeń elektrycznych – 12 miesięcy (lit. h). Zamawiający pismem z dnia 19 listopada 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 listopada 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*. Na podstawie powyższych dokumentów zawierających wyjaśnienia Zamawiający uznał, iż oferta jest zgodna z treścią SIWZ i nie dokonywał poprawy treści oferty w literze h pkt 7 formularza oferty.

W wyniku wydania wyroku z dnia 11 grudnia 2014 roku, Zamawiający poprawił omyłkę zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy polegającą na niewłaściwym wskazaniu okresu gwarancji, zawiadamiając o tym pismem z dnia 7 stycznia 2015 roku – Zamawiający nie otrzymał od MMC informacji, że wykonawca nie zgadza się na poprawienie omyłki w ofercie. Uznał, przy braku sprzeciwu MMC co do poprawy omyłki, że wskazanie pierwotnie w ofercie przez wykonawcę MMC okresu gwarancji wynoszącego 12 miesięcy było omyłkowe, o czym świadczy fakt, że wykonawca MMC zaakceptował dokonaną przez Zamawiającego poprawę omyłki (na 24 miesiące)

Nie można zgodzić się z takim stanowiskiem Zamawiającego.

Izba wskazuje, że w art. 87 ustawy ustawodawca przyznał Zamawiającemu prawo i nałożył na Zamawiającego obowiązek. W art. 87 ust. 1 ustawy zostało ukształtowane prawo Zamawiającego do żądania w trakcie badania i oceny ofert od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Biorąc pod uwagę, iż ustawodawca nie wiąże skutku w postaci konieczności odrzucenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oferty wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień nie można mówić o bezwzględnym obowiązku wzywania wykonawców do składania wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Jednakże nie można pominąć w tym miejscu obowiązku, jaki ciąży na Zamawiającym, czyli rzetelnego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Dokonując zestawienia uprawnień wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty oraz należytej oceny ofert wydaje się słusznym, iż regulacja art. 87 ust. 1 powinna być rozpatrywana w kategoriach kompetencji Zamawiającego – czyli prawa Zamawiającego do żądania wyjaśnień jednakże połączonego z obowiązkiem zażądania tychże wyjaśnień celem wypełnienia obowiązku przeprowadzenia oceny ofert w sposób staranny i należyty.

Zamawiający korzystając z tego uprawnienia (art. 87 ust. 1) wyjaśnia złożone przez wykonawcę oświadczenie woli. Wyjaśnienie treści oferty stanowi swoiste „narzędzie” Zamawiającego, dzięki któremu ma możliwość pozyskania dodatkowych informacji, co w przypadkach wątpliwości pozwala mu na należyłą ocenę sytuacji (oferty). Zamawiający może zwrócić się o wyjaśnienie do wykonawcy nie tylko wtedy gdy ma wątpliwości w zakresie rzetelności złożonej oferty; Zamawiający może skorzystać w każdym przypadku z tego uprawnienia, po to by dokonany wybór był poprawny oraz by dokonanie wyboru było przejrzyste i czytelne. W rozpoznawanej sprawie Zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień, nie mniej na innej podstawie prawnej i w odpowiedzi otrzymał wyjaśnienia. Należy zaznaczyć, że w zakresie uprawnienia Zamawiającego nie mieści się dokonanie jakiegokolwiek zmiany w treści złożonej oferty, z wyłączeniem przypadków uregulowanych w art. 87 ust. 2.

Istotnym i znamionym jest również fakt, iż wyjaśnienia treści złożonej oferty nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty, a ograniczać się mogą jedynie do wskazania sposobu rozumienia treści jakie zawiera złożona oferta. Zamawiający nie może więc na podstawie wyjaśnień złożonych przez Odwołującego dokonywać zmian w treści pierwotnie złożonego przez wykonawcę oświadczenia woli (oferty). Wyjaśnienia muszą ograniczać się wyłącznie do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w ofercie, nie mogą natomiast jej rozszerzać ani ograniczać (porównaj: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 17 czerwca 2010 roku sygn. akt KIO/UZP 1092/09). Nienaruszalność treści złożonej oferty, brak możliwości negocjacji treści oferty przez wykonawcę i Zamawiającego oraz dopuszczalność korekty oferty jedynie w zakresie uchybień enumeratywnie wskazanych w art. 87 ust.2 ustawy stanowi kanon stosowania art. 87 ust.1 ustawy. Jak wskazuje Sąd Okręgowy we Wrocławiu w wyroku z dnia 30 marca 2010 r. (X Ga 7/2010) *Artykuł 87 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych odnosi się do możliwości żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Dotyczy to więc tej części oferty, która jest nieprecyzyjna, niejasna, dwuznaczna, budząca wątpliwości interpretacyjne, jest niedopatrzeniem, lub błędem niezamierzonym, opuszczeniem, lecz wyrażona w treści oferty. Nie dotyczy to tej części oferty, co do której wykonawca powinien był wskazać konkretne dane pozwalające na ocenę oferty lecz tego zaniechał. (...)W przypadku zupełnego braku danych wskazanie ich w terminie późniejszym jest uzupełnieniem oferty o nową treść, która ma istotny wpływ na ocenę oferty wskazującą na standard i jakość materiałów (wyrok Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z dnia 7 kwietnia 2009 r. III CA 88/2009), a nie jej*

poprawieniem (por. też wyrok Sądu Okręgowego w Tarnowie z dnia 25 czerwca 2009 r. V GA 40/2009)”.

Zgonie z art. 87 ust. 2 ustawy *Zamawiający poprawia w ofercie: 1) oczywiste omyłki pisarskie, 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.* Natomiast oferty zawierające inne omyłki, których nie można było poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy podgalają odrzuceniu i stanowi to obowiązek Zamawiającego, który płynie z treści art. 89 ust.1.

Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Zamawiający zobowiązany jest do poprawy w ofercie innych omyłek niż te, o których mowa w art. 87 ust. 1 i 2 ustawy, które polegają na niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i nie powodują istotnych zmian w treści oferty. Szczególny charakter tego przepisu wskazuje, że jego stosowanie musi mieć pewne granice, które są wyznaczone koniecznością zachowania zasady przejrzystości i jawności postępowania oraz konieczności równego traktowania wszystkich wykonawców. Charakter tych omyłek, niezależnie od ich skomplikowania, powinien pozwalać na dokonanie przez Zamawiającego samodzielnej poprawy, w którą to czynność poprawy nie będzie ingerował wykonawca. Na uwagę zasługuje fakt, iż uwzględniając, że oferta stanowi jednostronne oświadczenie woli, które zawiera propozycję zawarcia umowy, to na podstawie przywołanego powyżej przepisu możliwa jest ingerencja w oświadczenie wykonawcy. Nieistotność lub istotność zmiany treści oferty w wyniku dokonania poprawy oceniana powinna być każdorazowo w zakresie danego postępowania i danej oferty, bowiem sam ustawodawca posługując się nieostrym określeniem owych omyłek wskazał na konieczność odniesienia owej czynności do konkretnego stanu faktycznego (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 23 kwietnia 2009 roku sygn. akt XII Ga 102/09). Niewątpliwie treść oferty zawiera istotne postanowienia, które zawierać będzie umowa czyli w szczególności postanowienia dotyczące przedmiotu zamówienia i ceny, okresu gwarancji, ale oczywiście katalog ten jest otwarty i nie ma możliwości jego jednoznacznego zdefiniowania.

W ocenie Izby Zamawiający w sposób nieuprawniony dokonał poprawy oferty a w konsekwencji w sposób nieuprawniony nie odrzucił oferty wykonawcy MMC z postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Z treści oferty jak również z informacji zawartych w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień wynikało bezrocznie, że w ofercie zaoferował

wykonawca inny niż wymagany okres gwarancji. Zamawiający powziął wiadomość o oferowanym okresie gwarancji nie z oferty złożonej w postępowaniu lecz z wyjaśnień jakich dokonał wykonawca MMC. Zgodnie z powołanym wcześniej orzecznictwem sądów powszechnych w zakresie elementów oferty, które dotyczą wskazanie konkretnych danych - w tym wypadku informacji o oferowanym okresie gwarancji, który został określony przez Zamawiającego jako minimalny – a dane te nie zostały podane, lub jak w tym przypadku podane zostały przez zaoferowanie okresu gwarancji niezgodnego z SIWZ tj. nie spełniającego minimalnych wymagań Zamawiającego to ta część oferty nie podlega wyjaśnieniu. Jakakolwiek informacja przedstawiona w wyjaśnieniach powoduje bowiem zmianę oświadczenia woli określonego w ofercie. W tym wypadku wskazać należy, że Zamawiający określił minimalny próg wymagań co do oferowanego okresu gwarancji, jednocześnie z treści oferty w żadnym miejscu nie zostało podane, nie wynikało jaką ilość miesięcy gwarancji zaoferował wykonawca MMC. Wskazanie informacji o oferowanym okresie gwarancji przez podanie go zgodnie z wymaganiami SIWZ i dookreślenie przez precyzyjnie wskazaną ilość miesięcy oferowanej gwarancji (pkt 7 lit. h) na etapie wyjaśnień stanowi nową, niezawartą w ofercie informację. W wyniku powyższych działań Zamawiający nie odrzucił oferty MMC, która była niezgodna z SIWZ, której dokonana poprawa na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy była nieuprawniona i niezgodna z tym przepisem a w konsekwencji Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy ponieważ nie odrzucił z postępowania oferty MMC.

W zakresie oferty Mifama Sp. z o.o.:

W zaproszeniu do aukcji elektronicznej przekazanym wszystkim wykonawcom w dniu 20 stycznia 2015 roku za pośrednictwem operatora aukcji w pkt 7 zostało wskazane MIFAMA S.A. Zaznaczyć należy, że adres mailowy, który został podany w tym zaproszeniu jest adresem MIFAMA Sp. z o.o.; również zaproszenie kierowane przez Zamawiającego w dniu 20 stycznia 2015 r. zostało skierowane na spółkę MIFAMA Sp. z o.o. i wysłane faksem. W ocenie Izby, oznaczenie podmiotu przez podanie nazwy oraz formy prawnej w zaproszeniu do aukcji elektronicznej niewątpliwie stanowi istotny element zaproszenia. Należy mieć jednakże na uwadze, że wszystkie okoliczności w tej sprawie wskazują na to, że samo zaproszenie do aukcji elektronicznej zostało przesłane do Mifama Sp. z o.o. czyli podmiotu, który w postępowaniu złożył ofertę. W postępowaniu nie brał udziału spółka Mifama S.A..

Wykonawca Mifama Sp. z o.o. (dalej: Mifama) nie został zaproszony do udziału w aukcji elektronicznej z dnia 1 grudnia 2014 roku. Oferta wykonawcy podlegała zatem odrzuceniu z postępowania.

Na podstawie argumentacji przedstawionej przez Odwołującego na rozprawie, stanowiącej rozwinięcia argumentacji zawartej w odwołaniu a opartej na udostępnionych po terminie złożenia odwołania dokumentacji postępowania, zgodnie z SIWZ zał. nr 1 Specyfikacja Techniczna, pkt III ppkt 13a Zamawiający wymagał: „Maksymalna gabaryty napędu przenośnika wraz z wysięgnikiem a) wysokość od spągu max 2600 mm”. Mifama na stronie 26 oferty potwierdza, że oferuje napęd przenośnika wraz z wysięgnikiem o wysokości od spągu 2600 mm, natomiast na str. 49 i 50 oferty przedstawia rysunki, na podstawie których od krawędzi napędu przenośnika do górnej krawędzi wysięgnika czyli od podłoża do najwyższej krawędzi wysięgnika przewyższa wymagania Zamawiającego bowiem na str. 50 oferty zawierającej szczegół samego napędu bez wysięgnika wskazana wysokość napędu bez wysięgnika wynosi 2550 mm. Zamawiający pismem z 5 listopada 2014 r. zwrócił się do wykonawcy o wyjaśnienia, z dniem 12 listopada 2014 r. Mifama udzieliła wyjaśnień że całkowita wysokość napędu od spągu wynosi 2600 mm. Zamawiający wskazując na str. 4 odpowiedzi Mifama z dnia 12 listopada 2014 r. tj. rysunek wysięgnika oraz na str. 55 oferty zawierającą również rysunek wysięgnika wyjaśnił, że w kontekście ww. odpowiedzi zawierającej wyjaśnienia i podanych w rysunku identycznym jak w ofercie odrzucił ofertę wykonawcy Mifama z uwagi na to, że ten sam kształt wysięgnika nie może mieć różnych wymiarów. Zaznaczyć należy, że wykonawca Mifama nie odwoływał się od decyzji Zamawiającego. Odwołujący wskazał, że oferta Mifama powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy

Zgodnie z pismem Mifama z 12 listopada 2014 roku zawierającym rysunek wysięgnika (str.4) wykonawca dokonał zmiany parametrów tj. wymiaru pomiędzy osią bębna a osią przegubu tego wysięgnika, który pierwotnie był 7500 mm a został zmieniony na 6900 mm, oraz dodatkowo dopisał wymiar gabarytowy długości wysięgnika 7500mm – co wskazywało na niespełnienie wymagań zał. nr 1 pkt III ppkt 5b „Wysięgnik, typu segmentowego: b) długość max. 7,5 m” (oferta str. 55 rysunek).

Podkreślenia wymaga fakt, że wykonawca Mifama nie kwestionował decyzji Zamawiającego niezaproszenia wykonawcy do aukcji elektronicznej w dniu 1 grudnia 2014 roku.

Zamawiający wyjaśnił na rozprawie, że wymagał podania jedynie wysokości napędu w oparciu o SIWZ zał. nr 1 Specyfikacja Techniczna, pkt III ppkt 13a „*Maksymalne gabaryty napędu przenośnika wraz z wysięgnikiem a) wysokość od spągu max 2600 mm*”.

Z wyjaśnień Zamawiającego wynika, że dokonał on nieuprawnionej na etapie oceny ofert interpretacji SIWZ, bowiem w przedstawionej argumentacji wskazał zupełnie odmienne rozumienie określonego w SIWZ wymagania. Określone w punkcie III podpunkt 13 a zał. nr 1 do SIWZ wymaganie jest jednoznaczne i precyzyjne, nie można dokonywać interpretować tego wymagania w zależności od etapu postępowania w sposób jaki w danym momencie odpowiada Zamawiającemu. Sama argumentacja jaką przedstawił Zamawiający jest niespójna jak również wręcz zaskakująca, bowiem nie sposób rozumieć postanowienia *Maksymalne gabaryty napędu przenośnika wraz z wysięgnikiem a) wysokość od spągu max 2600 mm*” jako wymagania podania wysokości od spągu samego napędu przenośnika. Należy zaznaczyć, że Zamawiający wymagał osobno podania głównych wymiarów (z zaznaczeniem maksymalnych wymiarów gabarytowych) w punkcie VI zał. n1 do SIWZ, gdzie wskazał osobno cały przenośnik i osobno wskazał wysięgnik. Z dokumentów składanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia wynika, że maksymalne gabaryty napędu przenośnika wraz z wysięgnikiem przekraczają 2600 mm dopuszczonych maksymalnie przez Zamawiającego - wymiar wysokości samego wysięgnika (1830mm) oraz wysokości napędu (2600mm).

W zakresie wymagania określonego w SIWZ w zał. nr 1 pkt III ppkt 5b „Wysięgnik, typu segmentowego: b) długość max. 7,5 m”. Pierwotnie wykonawca Mifama wskazał, wymiar pomiędzy osią bębna a osią przegubu wysięgnika wynosił 7500 mm (oferta). Został wymiar ten zmieniony w wyniku udzielonych wyjaśnień (12 listopada 2014 r) na 6900 mm, oraz dodatkowo podany został wymiar gabarytowy długości wysięgnika 7500mm. Zamawiający na tej podstawie odrzucił ofertę i nie zaprosił wykonawcy do aukcji elektronicznej w dniu 1 grudnia 2014 roku. Zamawiający wskazał na rozprawie, że po wyroku z 11 grudnia 2014 r. ponownie przeanalizował odpowiedź z 12 listopada 2014 r. w tym wyjaśnienia zawarte na str. 1 pisma i uznał, że nadinterpretował odpowiedź Mifama w związku z czym wezwał pismem z 7 stycznia 2015 r. wykonawcę do uzupełnienia oferty o rzeczywisty przekrój poprzeczny z podaniem głównych wymiarów z zaznaczeniem maksymalnych wymiarów gabarytowych oferowanego wysięgnika oraz przenośnika. W odpowiedzi Mifama pismem z 12 stycznia 2015 r. wyjaśniła, że rysunki wysięgnika w swym kształcie (rys. str. 55 oferty i rys str. 4 pisma z 12 listopada 2014 r) były jedynie schematyczną bazą do pokazania wymiarów

wysięgніка i Mifama deklaruje, że rzeczywisty wymiar wysięgnika wynosi 7500 mm zgodnie z przedstawionym rysunkiem. Zamawiający argumentował, że rysunek wysięgnika potwierdza 7500 mm na co wskazuje brak jednego z segmentów wysięgnika (na rysunku 3 segmenty) w stosunku do poprzednich rysunków załączonych do oferty i odpowiedzi z 12 listopada 2014 r. (na rysunkach 4 segmenty). Nie można zgodzić się z argumentacją Zamawiającego. Należy mieć na względzie, że w postępowaniu tym wykonawca Mifama nie był zaproszony do aukcji elektronicznej z dnia 1 grudnia 2014 roku, nie kwestionował również takiej czynności Zamawiającego. W ocenie Izby każda czynność Zamawiającego w tym postępowaniu, w zakresie oferty Mifama, stanowi potwierdzenie prawidłowości pierwotnej czynności Zamawiającego nie zaproszenia wykonawcy do aukcji elektronicznej. Jednocześnie wyjaśnienia jakich poczynił wykonawca Mifama wskazują bezsprzecznie na niezgodność złożonej oferty w postępowaniu jak również na zmianę oświadczenia wykonawcy złożonego w ofercie oraz na dowolną interpretację postanowień SIWZ dokonaną przez Zamawiającego, co w efekcie potwierdza wskazane przez Odwołującego naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

W efekcie wykazania powyższych naruszeń naruszone zostały również art. 91b ust. 1 ustawy, art. 91a ust. 1 w zw. z art. 91b ust 2 pkt 3 ustawy oraz art. 7 ust 1 i 3 ustawy dlatego też Izba nakazała unieważnienie aukcji elektronicznej przeprowadzonej w dniu 23 stycznia 2015 roku z udziałem wykonawcy MMC Poland Sp. z o.o. i wykonawcy Mifama Sp. z o.o. oraz nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności zaproszenia do aukcji elektronicznej z dnia 20 stycznia 2015 roku. Wskazać należy również, że żaden z wykonawców, których udział w aukcji kwestionował Odwołujący nie przystąpił do postępowania odwoławczego.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, stanowi szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu. Szczególna regulacja postępowań o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązuje Zamawiających do takiego działania oraz korzystania z praw jakie przypisuje mu ustawa, które to działanie doprowadzi do obiektywnie najkorzystniejszego rozstrzygnięcia postępowania i zapewni jednocześnie poszanowanie

zasad prawa zamówień publicznych oraz interesów wszystkich uczestników procesu udzielania zamówień publicznych.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i 5 ust. 2 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).

Przewodniczący: