

**WYROK**

**z dnia 27 maja 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Honorata Łopianowska**

**Protokolant: Przemysław Łaciński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 maja 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 maja 2011 r. przez wykonawcę Elgór + Zamet spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Piekarach Śląskich w postępowaniu prowadzonym przez Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. w Jastrzębiu-Zdroju

przy udziale wykonawców przystępujących do postępowania odwoławczego:

- Compensus spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Bytomiu - po stronie Zamawiającego;
- HYDROTECH S.A. w Rybniku - po stronie Odwołującego

**orzeka:**

**1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert;**

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. w Jastrzębiu - Zdroju i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Elgór + Zamet spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Piekarach Śląskich tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego Elgór + Zamet spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Piekarach Śląskich kwotę 18.600 zł 00 gr (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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 prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „dostawę dwóch fabrycznie nowych kompletnych spagotadowarek tego samego typu wraz z niezbędnym wyposażeniem dla JSW S.A. KWK „Borynia-Zofiówka” Ruch Zofiówka.” z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2010, Nr 113, poz. 759 ze zm.) wymaganych przy procedurze, kiedy wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22 stycznia 2011 r.

Odwołujący w dniu 5 maja 2011 r. otrzymał informację o wyniku postępowania, w tym o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Compensus sp. z o.o. w Bytomiu, zaś w dniu 15 maja 2011r. wniósł odwołanie wobec wyboru najkorzystniejszej oferty oraz od zaniechania czynności, tj. wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy Compensus sp. z o.o. z siedzibą w Bytomiu i zaniechania odrzucenia jego oferty.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

1. niewykluczenie wykonawcy Compensus sp. z o.o. z siedzibą w Bytomiu, który na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych podlegał wykluczeniu jako wykonawca, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu,
2. w konsekwencji zaniechania z pkt 1 dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty w postaci oferty złożonej przez wykonawcę, który podlegał wykluczeniu z udziału w postępowaniu,
3. nie odrzucenia oferty wykonawcy Compensus sp. z o.o. z siedzibą w Bytomiu, która to oferta, jako sprzeczna z postanowieniami SIWZ powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (przy uznaniu, że wykonawca nie podlegał wykluczeniu),
4. w konsekwencji zaniechania z pkt 3 dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty, tj. oferty złożonej przez wykonawcę, którego oferta podlegała odrzuceniu,
5. dokonanie wyboru oferty Compensus sp. z o.o. pomimo tego, że wykonawca po terminie otwarcia ofert dokonał istotnej zmiany treści oferty.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy Compensus sp. z o.o. z siedzibą w Bytomiu i nakazanie

Zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ewentualnie nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Compensus sp. z o.o. z siedzibą w Bytomiu i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dopuszczenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność zmiany przez wykonawcę treści oferty celem ustalenia, czy maszyna zaproponowana w pierwotnej ofercie jest tą samą maszyną, która została opisana w ofercie zmienionej oraz z akt postępowania i oferty Compensus sp. z o.o. na okoliczność treści SIWZ, korespondencji Zamawiającego z Compensus sp. z o.o., wyboru najkorzystniejszej oferty i istnienia podstaw do wykluczenia Compensus sp. z o.o. z udziału w postępowaniu lub odrzucenia jego oferty, oraz zasądzenie kosztów postępowania.

W uzasadnieniu Odwołujący podał, że:

**1. odniesieniu do podnoszonej podstawy wykluczenia Compensus sp. z o.o. w Bytomiu:**

Złożone przez tego wykonawcę dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunku albowiem:

- wykonawca nie wykazał, że osoby podpisujące oświadczenia były umocowane do złożenia tych oświadczeń a ich umocowanie nie wynika z ustawy,
- dokumenty te zawierają jedynie potwierdzenie sprawności technicznej i/lub kompletności elementów dostarczonych maszyn nie odnosząc się w ogóle do należytego wykonania dostawy,
- protokół odbioru przedmiotu zamówienia z 23.11.2010 r. zawiera stwierdzenie o wykonaniu dostawy z 12 dniowym opóźnieniem,
- oświadczenia dotyczą innego rodzaju maszyny niż maszyna oferowana przez wykonawcę.

W świetle powyższego nie można w żaden sposób uznać, że wykonawca wykazał spełnianie warunku. Przez należyte wykonanie dostawy należy rozumieć nie tylko dostarczenie sprawnej technicznie i zgodnej z umową maszyny. Należyte wykonanie dostawy to także dokonanie jej w terminie, dostarczenie wymaganej ustawą i umową dokumentacji itd. Żaden z przedłożonych dokumentów nie zawiera w swojej treści stwierdzenia, z którego można, chociażby domniemywać, że stanowi on oświadczenie potwierdzające należyte wykonanie dostaw. Dodatkowo w jednym z protokołów zawarte jest jednoznaczne stwierdzenie, że dostawa nie została wykonana należycie, skoro w protokole tym zawarte jest stwierdzenie o wykonaniu jej z opóźnieniem z jednoczesnym wnioskiem o wystąpienie o kary umowne z tego tytułu. Dodatkowo jedno z oświadczeń wystawione jest po dniu składania i otwarcia ofert.

Nawet gdyby przyjąć, że treść omawianych dokumentów potwierdza spełnienie warunku, to nie są to dokumenty, które mogą mieć jakąkolwiek moc; tego rodzaju dokumenty muszą być podpisane przez osoby uprawnione do reprezentowania podmiotu, który składa tego rodzaju oświadczenie. Tymczasem wykonawca przedłożył dokumenty bez wykazania, że osoby je podpisujące posiadały prawo do reprezentowania w tym zakresie. Nie uczynił tego także pomimo wezwania o uzupełnienie dokumentów; w wezwaniu o uzupełnienie dokumentów Zamawiający kwestię reprezentacji wskazał wyraźnie, akcentując ją piśmnie poprzez podkreślenie tego wymagania.

Skoro więc wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, podlegał wykluczeniu, czego zaniechał.

## **2. w odniesieniu do podnoszonej podstawy odrzucenia oferty Compensus sp. z o.o. w Bytomiu:**

Wykonawca ten w pierwotnie złożonej ofercie zaproponował maszynę o długości 7520 mm co potwierdza wymiar w punkcie III poz. 12a, Załącznika Nr 3 do SIWZ. W uzupełnieniu zmienił ten parametr na 7175 mm. Nadto, maszyna opisana w uzupełnionej ofercie różni się zasadniczo od maszyny oferowanej w pierwotnej ofercie, mianowicie:

- zastosowano inny węzeł: w uzupełnieniu jest sterowany siłownikami a w ofercie pierwotnej obrotnik.
- obniżono pulpit sterowniczy w uzupełnieniu względem oferty pierwotnej,
- do uzupełnienia załączono inny numer rysunku aniżeli w ofercie pierwotnej, zmieniono typ maszyny: było „WUŁ-2/1 Spagoladowarka” a jest „WUL-002/1” (patrz ramka „nazwa”).

Ponadto w uzupełnieniu oferowana maszyna nie posiada zawiesi transportowych (porównania rysunków). Zabieg pozwolił na wykazanie oczekiwanego przez Zamawiającego wymiaru, tj. 1 200 mm szerokości. W praktyce oznacza to zmianę wyposażenia oferowanej maszyny a nie uzupełnienie dokumentów.

Wykonawca wskazał także w ofercie, że łyżka prosta i bocznie sypiąca mają pojemność po 0,6 m<sup>3</sup> - wniosek ten wynika jednoznacznie z rysunków technicznych złożonych przez wykonawcę. Na podstawie rysunku (wyskalowanego) faktyczne wymiary łyżki są następujące: 834 mm szer. 730 mm dł. i 626 mm wys. Licząc ze wzoru na objętość wynika, że pojemność łyżki to 834x730x626 co daje ok. 0,381 m<sup>3</sup> a tymczasem w tabeli oferent wpisał że łyżka „prosta” będzie miała pojemność 0,6 m<sup>3</sup>.

Nadto, jak wynika z rysunku załączonego do oferty (pierwotnej) zaoferowana maszyna posiadała szerokość przekraczającą oczekiwaną w SIWZ 1 200 mm. Jak wynika z rysunku,

poza granicą 1 200 mm znajdują się bowiem zawiesia transportowe, co powoduje, że maszyna posiada szerokość przekraczająca maksymalną wartość wskazaną w SIWZ. Zamawiający nie dostrzegł tej niezgodności. Zamawiający dostrzegł jedynie przekroczenie wysokości maszyny co znalazło wyraz w wezwaniu do złożenia wyjaśnień. Zamawiający wezwał do uzupełnienia dokumentów w zakresie wskazanym w wezwaniu. W odpowiedzi na to wezwanie wykonawca złożył nowe rysunki i nowy Załącznik Nr 3 do SIWZ. Jednakże wykonawca znacznie wyszedł poza wezwanie Zamawiającego albowiem dokonał zmian w parametrach maszyny polegających na:

- usunięciu zawiesi transportowych,
- obniżeniu pulpitu sterowniczego.

Jednocześnie zmianie „uległy” inne parametry (wyżej opisane) w Załączniku Nr 3. De facto wykonawca pod pozorem wykonania wezwania dokonał zaofiarowania zupełnie innej maszyny.

Dodatkowo wykonawca nie dopełnił wymogu wynikającego z pkt VI Załącznika nr 3 do SIWZ. W punkcie tym Zamawiający wymagał aby do oferty dołączony został szkic poglądowy w trzech rzutach z wysuniętym wysięgnikiem teleskopowym. Ostatecznie uzupełniona oferta nie zawiera szkicu z wysuniętym wysięgnikiem teleskopowym.

Ponadto oferowana maszyna pozbawiona zawiesi służących do transportu nie spełnia wymagań określonych w Rozporządzeniu Ministra Gospodarki z dnia 21 października 2008 r. w sprawie zasadniczych wymagań dla maszyn (Dz. U. Nr 199 z dnia 7 listopada 2008 r. poz. 1228). Zgodnie z § 15 tego rozporządzenia, maszyna lub każda z jej części powinny umożliwiać bezpieczną obsługę i transport a w przypadku gdy masa, wielkość lub kształt samej maszyny lub jej części uniemożliwiają jej ręczne przemieszczanie, maszyna lub każda z jej części powinny być wyposażone w elementy umożliwiające zamocowanie do urządzenia podnoszącego. W uzupełnionej ofercie maszyna oferowana nie posiada zawiesi transportowych, co niewątpliwie narusza wskazany przepis powodując, że tak (sztucznie) zmieniona maszyna nie spełnia wymogów bezpieczeństwa.

Z powyższego wynika, że wykonawca pod pozorem uzupełnienia dokumentów dokonał zmiany oferowanej maszyny albowiem maszyna opisana w pierwotnej ofercie jest zupełnie inną maszyną niż maszyna opisana w ofercie uzupełnionej. Zabieg ten wynika z tego, że wykonawca dokonał sztucznego zabiegu „dostosowania” oferowanej maszyny do wymagań Zamawiającego. De facto doszło do zmiany treści oferty po terminie wyznaczonym na składanie ofert poprzez zaofiarowanie zupełnie innej maszyny. Jeżeli przyjąć (ewentualnie) za wiążącą ofertę pierwotną, to oferta ta nie spełnia wymagań SIWZ, ze względu na przekroczenie maksymalnej wysokości maszyny (patrz wezwanie Zamawiającego pkt 3).

Zamawiający na rozprawie wniósł o oddalenie odwołania, wskazując, iż uznał za wystarczające doświadczenie wykazane w pierwszym rzędzie w pkt. 3 wykazu zamówień (zał. 7 do SIWZ) dotyczące dostawy dwóch spągo-ładowarek dla zamawiającego, zaś dopełniające ten wykaz referencje z dnia 31 marca 2011 r. potwierdzały postawiony warunek w postępowaniu czyli spełniają warunki techniczne; że po otrzymaniu dokumentów, oferty i uzupełnienia na podstawie szkiców poglądowych w ogóle nie brał pod uwagę wymiarów wynikających z tych rysunków co do poszczególnych części urządzenia, ponieważ rysunki te jako szkice poglądowe nie są skalowane i nie oczekiwał, aby to co jest narysowane w pełni odzwierciedlało proporcję poszczególnych elementów, a z doświadczenia w nabywaniu tego rodzaju urządzeń, urządzeń górniczych wynika, że często wykonawcy podają wymiary na rysunkach, dokumentacjach obrazujących przedmioty dostawy w sposób nie oddający rzeczywistości proporcji poszczególnych elementów.

Wykonawca Compensus sp. z o.o. w Bytomiu, przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego do wniósł o oddalenie odwołania, podejmując polemikę z poszczególnymi zarzutami odwołania.

Wykonawca Hydrotech SA w Rybniku, przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego do wniósł o uwzględnienie odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ofertę złożoną przez Compensus spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, a także wyrażone przez Przystępującego w piśmie o przystąpieniu, ustalono i zważono, co następuje.**

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż w razie uwzględnienia zarzutów odwołania oferta Odwołującego mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą.

Przepis art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że uwzględnienie odwołania może mieć miejsce tylko wtedy, gdy zostanie stwierdzone takie naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Oceniając stan faktyczny sprawy oraz kwestionowaną w odwołaniu i w granicach tego odwołania (zgodnie z brzmieniem art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych), czynność Zamawiającego wyboru oferty Compensus spółki z o.o. w Bytomiu uznano, że w analizowanym zakresie doszło do naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, które – w myśl regulacji art. 192 ust. 2 ustawy, mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. I tak, uzasadniając dokonane rozstrzygnięcie, w zakresie podniesionych zarzutów uwzględniono okoliczności:

**1. Nie dopatrzone się zasadności zarzutu podniesionego w odwołaniu wskazującego na zaistnienie podstawy do wykluczenia wykonawcy Compensus sp. z o.o. w Bytomiu.**

Zamawiający sformułował w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (pkt IX) warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków. Zamawiający wymaga m.in. posiadania przez wykonawców wiedzy i doświadczenia. Wymóg ten spełniają wykonawcy, którzy zrealizowali dostawy co najmniej dwóch spagóładowarek do podziemnego zakładu górniczego w okresie ostatnich trzech lat. W specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Zamawiający określił jakie oświadczenia i dokumenty zobowiązani są przedstawić wykonawcy na potwierdzenie spełnienia tego warunku a mianowicie: wykaz zamówień według wzoru oraz dokumenty potwierdzające, że zamówienia zamieszczone w wykazie zostały wykonane należycie.

W ofercie wykonawcy Compensus sp. z o.o. w Bytomiu zawarto następujące dokumenty, na potwierdzenie spełnienia warunku:

- wykaz wykonanych dostaw wymieniający trzy dostawy: wóz urabiająco – ładujący WUŁ – 1 dostarczony w marcu 2010 r. na rzecz KW SA KWK „Halemba – Wirek”, wraz z referencjami dotyczącymi tej dostawy; spagóładowarkę z wiertnicą hyd. WUŁ – 2 dostarczoną w listopadzie 2010 r. na rzecz JSW SA KWK „Borynia”; spagóładowarkę WUŁ – 2/1, 2 szt. dostarczoną w grudniu 2010 r. dla JSW SA KWK „Jas – Mos”;
- oświadczenie Kompanii Węglowej S.A. z 17 czerwca 2010 r.;
- oświadczenie JSW S.A. z 31 marca 2011 r.;
- protokół odbioru technicznego z 30 grudnia 2010 r.;
- protokół zdawczo odbiorczy z 31 grudnia 2010 r.;
- protokół odbioru przedmiotu zamówienia z 23 listopada 2010 r.

Zamawiający pismem z 29 marca 2011 r. wezwał wykonawcę do uzupełnienia dokumentów w zakresie warunku udziału w postępowaniu, wymagając, aby wskazane w *Wykazie*



wykonanych zamówień zamówienia dotyczyły dostaw spagoladowarek i były potwierdzone dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie, wystawionymi przez kopalnie węgla kamiennego i podpisanymi przez osobę/osoby upoważnione do reprezentowania/wystawiania zaświadczeń na zewnątrz kopalni. Zamawiający podał, że należy ponownie przedstawić: Wykaz wykonanych zamówień wraz z dokumentami potwierdzającymi, że zamówienia te zostały należyte wykonane, lub – dokumenty potwierdzające, że zamówienia wskazane w Wykazie przedstawionym w Ofercie – LP 2 i 3 tabeli zostały należyte wykonane, wystawione przez kopalnie węgla kamiennego i podpisane przez osobę/osoby upoważnione do reprezentowania/wystawiania zaświadczeń na zewnątrz kopalni.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca Compensus spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Bytomiu złożył na nowo wykaz wykonanych dostaw wskazujące te same trzy dostawy, które wskazano w wykazie załączonym do oferty, wraz z referencjami wystawionymi w dniu 17 czerwca 2010 r. przez KWK Halemba – Wirek dotyczącymi wozu urabiająco – ładującego WUŁ – 1 dostarczonego w marcu 2010 r., protokołem odbioru przedmiotu zamówienia z 23 listopada 2010 r. dotyczącego dostawy spagoladowarki z wiertnicą hyd. WUŁ – 2 z listopada 2010 r. na rzecz JSW SA KWK „Borynia” a także referencje z dnia 31 marca 2011 r. wystawione przez Jastrzębską Spółkę Węglową SA KWK „Jas – Mos” dotyczące dostawy dwóch spagoladowarek typu WUŁ-2/1 stwierdzającą, że: *„Obydwie spagoladowarki spełniają wymagania techniczne. Kopalnia nie wnosi uwag co do ich eksploatacji”.*

Odnosząc się do podniesionych w odwołaniu zarzutów, zmierzających do wykazania zaistnienia podstawy do wykluczenia wykonawcy Compensus sp. z o.o. w Bytomiu, uznano, iż:

- co do argumentacji, że referencje nie wskazują na prawidłową realizację dostawy a stanowią jedynie potwierdzenie sprawności technicznej i/lub kompletności elementów dostarczonych maszyn, uwzględniono okoliczność – dostrzeżoną przez Zamawiającego że wystarczające dla wykazania doświadczenia, zgodnie z treścią postawionego warunku udziału w postępowaniu jest doświadczenie wykazane w pkt. 3 wykazu zamówień dotyczące dostawy dwóch spagoladowarek WUŁ – 2/1 dokonanej uprzednio na rzecz zamawiającego (JSW SA KWK „Jas-Mos”), zaś dopełniające ten wykaz referencje z dnia 31 marca 2011 r. złożone przez wykonawcę w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdziły spełnienie postawionego warunku w postępowaniu. Referencje z dnia 31 marca 2011 r. wskazują bowiem, że w ocenie ich wystawcy *„Obydwie spagoladowarki spełniają wymagania techniczne. Kopalnia nie wnosi uwag co do ich eksploatacji”.*

Dokument ten, w istocie stanowi referencje zawierające wszystkie niezbędne elementy wymagane przez Zamawiającego, a mianowicie zakres dostawy tożsamy z przedmiotem postawionego w tym postępowaniu warunku, okres wykonania dostawy i odbiorcę. Dokument referencji nie musi wprost zawierać stwierdzenia, że określona dostawa lub usługa została wykonana należycie. Istotne jest bowiem, aby z treści tego dokumentu wynikała prawidłowość wykonania dostawy lub prac. Tak więc każdorazowo oceniając treść przedłożonego dokumentu analizie należy poddać użyte w nim słownictwo. W dokumencie wystawionym przez Jastrzębską Spółkę Węglową SA KWK „Jas-Mos” użycie m.in. sformułowań *„Obydwie spągotłowarki spełniają wymagania techniczne. Kopalnia nie wnosi uwag co do ich eksploatacji”* niewątpliwie oznacza wyrażenie pozytywnej opinii o wykonanej pracy, a zatem potwierdza jej należyte wykonanie. Nie bez znaczenia jest także zatytułowanie tego dokumentu: przez jego wystawcę jako *„dot.: Referencji spągotłówek typu WUŁ-2/1”*. Dokument referencji nie musi zawierać dokładnego zakresu, dat, czy wartości zamówienia, a jedynie potwierdzać należyte wykonanie określonej dostawy lub usługi. W dokumencie referencji nie chodzi zatem o dosłowne powielenie formuły użytej w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia a oddanie celu, jakim jest wykazanie poprawnego i zadowalającego odbiorcę wykonania dostawy. Trzeba w tym miejscu zwrócić uwagę, że zwykle referencje nie są wystawiane na użytek konkretnego postępowania, z uwzględnieniem dosłownego brzmienia warunku, jaki zostanie w nim postawiony, stąd mogą zawierać ogólniejsze formuły potwierdzenia należytego wykonania usług lub dostaw, których dotyczą. Wskazywany w referencjach zakres prac może bowiem zostać określony w sposób ogólny, pozwalający czynić z nich użytek w różnych postępowaniach, bowiem wielokrotnie spotykaną i uzasadnioną jest praktyka, że referencje wystawia się w sposób uniwersalny. Tak więc każdorazowo oceniając treść przedłożonego dokumentu analizie należy poddać zawartą w nim zawartość merytoryczną. Z tego powodu nie podzielono argumentacji Odwołującego, jakoby nie można było uznać doświadczenia wykazanego przez Compensus spółkę z o.o. w Bytomiu na podstawie dostawy wykazanej w poz. 3 wykazu dostaw i potwierdzonej jako należycie wykonana referencjami z dnia 31 marca 2011 r. wystawionymi w imieniu Jastrzębskiej Spółki Węglowej SA KWK „Jas-Mos”.

- co do argumentacji, że wykonawca nie wykazał, by osoby podpisujące oświadczenia były umocowane do złożenia tych oświadczeń a ich umocowanie nie wynika z ustawy – uznano, że z treści warunku udziału w postępowaniu opisanego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia a także wezwania z dnia 29 marca 2010 r. nie wynika obowiązek wykazania umocowania podpisujących te dokumenty osób (złożenia aktualnych, uwierzytelnionych dokumentów bazujących na zasadzie reprezentacji wystawcy, w tym ciągu pełnomocnictw upoważniających do podpisania takich dokumentów) a raczej postawiono tam akcent na

sferę materialną istnienia odpowiedniego uprawnienia do podpisywania tego rodzaju dokumentów w imieniu wystawcy. Nie ma tam wzmianki, by Zamawiający wymagał wykazania (przedłożenia) takich upoważnień, nie zachodzą także wątpliwości co do istnienia umocowania do wskazanej czynności podpisujących referencje osób, szczególnie, że byłyby one w tym wypadku rozstrzygalne przez samego Zamawiającego, skoro to jego jednostka i jego przedstawiciel podpisały jedne, zasadnicze dla oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu referencje (mowa tu o referencjach z dnia 31 marca 2011 r. wystawionych w imieniu Jastrzębskiej Spółki Węglowej SA KWK „Jas-Mos”). Referencje to oświadczenie wiedzy podmiotu posiadającego w dyspozycji informacje z zakresu objętego ich przedmiotem, może je zatem wystawić każdy, kto ma wystarczający zasób wiedzy pozwalający uznać o należytej jakości wykonanych robót czy dostaw. Tym samym nie podzielono argumentacji i wnioskowania zaprezentowanego w odwołaniu w powyższym zakresie.

- bez znaczenia - w kontekście wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu inną dostawą - pozostaje podniesiona w odwołaniu okoliczność, iż protokół odbioru przedmiotu zamówienia z 23 listopada 2010 r. zawiera stwierdzenie o wykonaniu dostawy mającej za przedmiot jednej spagóładowarki wyposażonej w wiertnicę hydrauliczną WUŁ -2 z 12 dniowym opóźnieniem;

- co do zarzutu, że oświadczenia zawarte w referencjach dotyczą innego rodzaju maszyny niż maszyna oferowana przez wykonawcę, podkreślenia wymaga, iż w okolicznościach stanu faktycznego przedmiotowej sprawy, z brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynika, że nie było wymagane, by przedmiotem dostawy wykazywanej na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu była maszyna takiego samego rodzaju (ten sam model) – dokumenty mają – tak jak brzmi wymaganie postawione w treści warunku udziału w postępowaniu w IX.B) pkt 1) specyfikacji istotnych warunków zamówienia – dotyczyć dwóch jakichkolwiek spagóładowarek. Stąd i powyższa argumentacja nie zasługiwała na uwzględnienie.

- odnosząc się do zarzutu, że jedno z oświadczeń potwierdzających postawiony warunek wystawione jest po dniu składania i otwarcia ofert, dostrzeżenia wymagało, że nie ma przeszkód do uznania, że ewentualne uzupełnione dokumenty mogą być wystawione już po upływie wyznaczonego terminu na składanie ofert, jeśli tylko potwierdzają spełnianie warunków na konkretny, wskazany przez ustawodawcę i jednolity dla wszystkich wykonawców termin – najpóźniej na dzień składania ofert. Ustawodawca w art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie wskazał bowiem, iż mogą to być jedynie dokumenty wystawione przed upływem terminu składania ofert. Zarówno z literalnego brzmienia ww. przepisów, jak też z celu, w jakim została wprowadzona regulacja z art. 26

ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych tj. odformalizowania postępowania, dopuszczenia by wykonawcy, którzy złożyli oferty korzystne cenowo i merytorycznie na usunęli uchybienia w oznaczonym ustawą zakresie, wynika, że zaświadczenia uzupełnione w tym trybie mogą być oznaczone datą późniejszą niż termin składania ofert – istotne jest wykazanie spełniania warunku na określony dzień, zatem decyduje treść dokumentu, a nie data jego wystawienia. Oczywiście jest bowiem, że jeżeli wykonawca nie posiadał danego dokumentu na dzień składania ofert i ubiega się o taki dokument w wyniku wezwania przez zamawiającego, to dokument ten będzie oznaczony datą późniejszą niż termin składania ofert. Data ta jednak, jak wskazano powyżej, pozostaje bez znaczenia dla skuteczności uzupełnienia dokumentu, jeżeli potwierdza on w swej treści spełnianie warunku na dzień składania ofert. Przyjęcie odmiennego stanowiska w tym zakresie byłoby sprzeczne z celem ustawodawcy, tj. ograniczenia sytuacji konieczności wykluczenia wykonawców z postępowania z powodów formalnych. (tak też wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 marca 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 31/10, z dnia 26 stycznia 2011 r. KIO 72/11).

Powyższe okoliczności determinowały uznanie, że nie potwierdził się stawiany w odwołaniu zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wykluczenia wykonawcy Compensus spółki z o. o. w Bytomiu z powodu niespełnienia warunku udziału w postępowaniu.

**2. W odniesieniu do podnoszonej w odwołaniu podstawy odrzucenia oferty Compensus sp. z o.o. w Bytomiu stwierdzono, iż argumentacja zawarta w odniesieniu do oceny oferty Compensus sp. z o.o. w Bytomiu, w części znalazła potwierdzenie, co skutkowało uznaniem za zasadne podjęcia przez Zamawiającego dodatkowych czynności w ramach oceny ofert.**

Nie podzielono jednak wniosku odwołania co do zaistnienia podstawy do odrzucenia odwołania, jako na obecnym etapie - przedwczesnego.

Po pierwsze, nie podzielono stanowiska Odwołującego co do niezgodności oferty Compensus sp. z o.o. w Bytomiu ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, w części, w jakiej Odwołujący powyższy wniosek wywodzi z analizy i treści rysunku dołączonego do oferty tego wykonawcy a następnie dodatkowego rysunku złożonego w ramach wyjaśnień oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Podkreślenia na wstępie wymaga, że Odwołujący wywodzi o niezgodności oferty wykonawcy Compensus sp. z o.o. w Bytomiu ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia a także wnioskuje (po części) o niedopuszczalnej w myśl art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zmianie oferty, na podstawie skonfrontowania zmian w

rysunku poglądowym załączonym do oferty wykonawcy, w stosunku do złożonego na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów i wyjaśnienia oferty.

Uznano w powyższym zakresie, że charakter rysunku poglądowego w tym postępowaniu, który – jak przekonująco wyjaśnił Zamawiający - miał jedynie ogólnie prezentować oferowaną maszynę, nie pozwala go traktować jako autonomicznej części oferty, zawierającej w ten sposób (graficzny) wyrażone oświadczenie o zaoferowanym przedmiocie. Istotnie, charakter i znaczenie omawianego rysunku w przedmiotowym postępowaniu jawi się jako niejednoznacznie opisane przez Zamawiającego i wymaga podjęcia zabiegów interpretacyjnych w celu ustalenia jego znaczenia dla tego postępowania.

Uznano, że rysunek poglądowy opisany w załączniku do specyfikacji istotnych warunków zamówienia tytułowanym „*Specyfikacja techniczna na dostawę dwóch fabrycznie nowych kompletnych spągotadwarek tego samego typu wraz z niezbędnym wyposażeniem dla JSW SA KWK „Borynia – Zofiówka” Ruch Zofiówka*” w następujący sposób: „*Dokumenty wymagane wraz z ofertą: Szkic poglądowy w trzech rzutach spągotadwarki z wysuniętym wysięgnikiem teleskopowym*” nie stanowi dokumentu stanowiącego element oferty w aspekcie materialnym, tj. deklarację wykonawcy (oświadczenie) co do rodzaju przedmiotu zamówienia zaoferowanego w przedmiotowym postępowaniu. Podkreślić należy, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie zawarł w specyfikacji jakiegokolwiek postanowienia uprzedzającego wykonawców, iż ten dokument stanowi treść oferty, nie przypisał także w sposób jednoznaczny znaczenia temu dokumentowi.

Uznano, że sporny w sprawie rysunek - szkic poglądowy, nie stanowi oferty w rozumieniu wyżej opisanym. Przemawiają za taką konstatacją poszczególne postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, opracowanej na użytek tego postępowania, niekategoryczna forma wymagania tego rysunku, wskazująca że ma on być „szkic poglądowy”; umiejscowienie go wśród wymaganych dokumentów niejako na marginesie, w ramach załącznika do „*Specyfikacji technicznej na dostawę dwóch fabrycznie nowych kompletnych spągotadwarek tego samego typu wraz z niezbędnym wyposażeniem dla JSW SA KWK „Borynia – Zofiówka” Ruch Zofiówka*”, i to załącznika którego treści postawiono względnie ogólne wymagania i któremu nie przypisano wyraźnie znaczenia i skutku niezłożenia lub niedoskonałości w jego zakresie. Określony przez zamawiającego „szkic” oraz nadanie mu charakteru jako „poglądowy” potwierdza intencję zamawiającego, którą zamawiający na rozprawie artykułował, że rysunek ten ma służyć *w sposób poglądowy zobrazowaniu urządzenia; skoro wymagano szkicu poglądowego to chodziło raczej o obraz urządzenia jako ogólnie pojętego*. Szkic bowiem z natury stanowi o potrzebie ogólnego i

przybliżonego zaprezentowania obiektu, co do którego nie jest niezbędne podawanie dokładnych danych i proporcji a także szczegółowych elementów.

Analiza specyfikacji istotnych warunków zamówienia opracowanej przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu wskazuje, że treść oświadczenia wykonawcy o oferowanym w postępowaniu przedmiocie, w tym o jego właściwościach i parametrach zawarta jest w załączniku do oferty stanowiącym „Charakterystykę techniczną istotnych elementów przedmiotu zamówienia”, zgodnie z załącznikiem nr 3 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wynika to wprost z brzmienia pkt III. Opis przedmiotu zamówienia, gdzie podano, iż „Szczegółowy opis i zakres przedmiotu zamówienia określa Specyfikacja techniczna stanowiąca Załącznik nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej SIWZ. Przedmiot zamówienia winien spełniać wszystkie wymagania ujęte w Specyfikacji technicznej. Parametry i warunki techniczne oferowanego przedmiotu zamówienia Wykonawca winien określić poprzez wypełnienie Załącznika nr 3 do SIWZ. Niniejszy załącznik Wykonawca dołączy do oferty. W niniejszym Załączniku Wykonawca musi opisać oferowany przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości co do zastosowanych rozwiązań technicznych i wyposażenia”. Powyższe przemawiało za uznaniem, że to „Charakterystyka techniczna istotnych elementów przedmiotu zamówienia” składana przez danego wykonawcę zawiera te elementy, które stanowią o treści jego oświadczenia o zamiarze zaoferowania odpowiedniego urządzenia w postępowaniu i treść tego dokumentu podlega ocenie w kategorii zgodności bądź niezgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Na wstępie tego dokumentu wykonawca zawiera bowiem oświadczenia: „oferujemy spągotadowarki typu (...), spełniające poniższe parametry techniczne: (...)”. Nie przyznano zarazem takiego waloru rysunkowi – szkicowi pogładowemu załączanemu do „Charakterystyki technicznej istotnych elementów przedmiotu zamówienia”, uznając – za Zamawiającym – że jest to dokument o znaczeniu pomocniczym, pogładowy i względnie elastyczny jeśli chodzi o jego zawartość i proporcje.

W kontekście powyższego uznano, iż o treści oświadczenia woli wykonawcy zakresie oferowania urządzenia spełniającego takie bądź inne parametry decyduje wskazanie określonych parametrów i wartości w części oferty, jaką jest opracowana według załącznika nr 3 do specyfikacji „Charakterystyka techniczna istotnych elementów przedmiotu zamówienia”, a nie załączony do niej szkic pogładowy. Konsekwencją powyższej oceny jest nieuznanie zasadności argumentów odwołania wskazujących na niezgodność oferty wykonawcy Compensus sp. z o.o. w Bytomiu ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia w części, w jakiej argumentacja ta wynika ze skonfrontowania wymagań Zamawiającego postawionych w „Specyfikacji technicznej na dostawę dwóch fabrycznie

*nowych kompletnych spagłodowarek tego samego typu wraz z niezbędnym wyposażeniem dla JSW SA KWK „Borynia – Zofiówka” Ruch Zofiówka” (załącznik 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia) z rysunkiem – szkicem poglądowym załączonym do oferty wykonawcy Compensus spółki z o.o. w Bytomiu a następnie złożonym w dniu 4 kwietnia 2010 r. w ramach wyjaśnienia oferty i uzupełnienia dokumentów. Jak wskazano wyżej, poglądowy charakter tego rysunku, brak przypisania mu w sposób wyraźny znaczenia jako dokumentu mającego zawierać oświadczenie o parametrach i właściwościach oferowanych spagłodowarek, przy jednoczesnym nadaniu takiego waloru „Charakterystyce technicznej istotnych elementów przedmiotu zamówienia” nie pozwala wnioskować tylko na jego podstawie o zgodności lub niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Wskazany szkic poglądowy (a nie, jak określa to Odwołujący: „rysunek techniczny”) nie musi oddawać pełnych proporcji oferowanego przedmiotu i jego szczegółów technicznych, nie jest więc miarodajne wyciąganie na jego podstawie wniosków co do rzeczywistego wyglądu, wielkości oferowanych urządzeń, w tym także skalowanie umiejscowionych na nim elementów i wnioskowanie na tej podstawie o zgodności lub nie oferowanego przedmiotu ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.*

Powyższe było powodem nieuznania zasadności zarzutów odwołania w zakresie wskazującym na niezgodność oferowanych spagłodowarek ze specyfikacją (a także przepisami Rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 21 października 2008 r. w sprawie zasadniczych wymagań dla maszyn) na podstawie tego szkicu, co dotyczy zastosowania rodzaju węzła; wysokości pulpitu sterowniczego; umiejscowienia zawiesi transportowych oraz ich szerokości wynikającej z rysunku poglądowego; czy też pojemności łyżki prostej i bocznie sypiącej.

Opisany wyżej charakter i znaczenie tego rysunku skutkowało także oddaleniem wniosku o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność zmiany przez wykonawcę treści oferty celem ustalenia, czy maszyna zaproponowana w pierwotnej ofercie jest tą samą maszyną, która została opisana w ofercie zmienionej. Przeprowadzenie powyższego dowodu, poprzez analizę szkiców, których niedefinitywny i poglądowy charakter stanowi o nieuznaniu ich za treść oferty, nie pozwalała uznać wskazanego wniosku za przydatny i mający znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy. Przeprowadzenie tego dowodu w sposób pozytywny dla wnioskodawcy mogłoby prowadzić co najwyżej do wykazania, tezy, że oba szkice – ten złożony w ofercie oraz ten, który Compensus sp. z o.o. w Bytomiu złożyła w ramach uzupełnienia i wyjaśnienia oferty się różnią, co jest okolicznością nie tylko bezsporną ale także neutralną dla tego postępowania. Z powodów wyżej opisanych, nie przypisano wskazanym szkicom znaczenia oświadczenia ofertowego, czego konsekwencją jest brak

podstaw w oparciu o te szkice do miarodajnego wnioskowania o zgodności lub niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Natomiast analiza treści oferty (w tym znaczeniu: zaprezentowanych w ujęciu tabelarycznym danych oraz liczbowo określonych parametrów w złożonej przez Compensus spółkę z o.o. w Bytomiu „Charakterystyce technicznej istotnych elementów przedmiotu zamówienia”) i skonfrontowanie jej z wymaganiami Zamawiającego (tutaj: ujętej w identycznym układzie tabelarycznym „Specyfikacji technicznej na dostawę dwóch fabrycznie nowych kompletnych spągółdowarek tego samego typu wraz z niezbędnym wyposażeniem dla JSW SA KWK „Borynia – Zofiówka” Ruch Zofiówka” - załącznik 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia) wymaga jedynie dokonania analizy porównawczej tych samych parametrów w obu – co trzeba dostrzec – komplementarnych dokumentach, do czego nie są wymagane wiadomości specjalne.

W tym kontekście także bez wpływu dla oceny podstawy do odrzucenia oferty wykonawcy Compensus sp. z o.o. w Bytomiu jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia pozostaje okoliczność, że ponownie złożony przez tego wykonawcę w ramach uzupełnienia dokumentów i wyjaśnienia oferty szkic poglądowy nie obrazuje oferowanego urządzenia z wysuniętym wysięgnikiem teleskopowym.

Podobnie, różnica w nazewnictwie urządzenia opisanego na rysunku w ofercie i rysunku złożonym w ramach uzupełnienia nie przesądza – wbrew stanowisku Odwołującego - że na obu rysunkach zaprezentowano inny oferowany przedmiot, skoro wymagany był tylko szkic, to po nazwie i numeracji rysunku nie ma podstaw by wnioskować, jakie dokładnie urządzenie zaoferowano w postępowaniu, a następnie, że na obu rysunkach zaprezentowano coś innego.

Powyższe okoliczności decydowały o nieuznaniu zasadności zarzutów odwołania odnoszących się do niezgodności oferty Compensus sp. z o.o. w Bytomiu ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Potwierdziła się natomiast zasadność argumentacji odwołania, która wskazywała na bezpodstawne przyjęcie przez Zamawiającego oferty Compensus sp. z o.o. w Bytomiu wykonawcy i jej wybór. Odnosi się to do wymaganego w postępowaniu parametru maksymalnej długości maszyny (gabaryt podany łącznie z ramieniem roboczym w pozycji zsuniętej i czerpakiem prostym), którą Zamawiający określił na 7900 mm maksymalnie (pkt III. 12 a) „Specyfikacji technicznej na dostawę dwóch fabrycznie nowych kompletnych spągółdowarek tego samego typu wraz z niezbędnym wyposażeniem dla JSW SA KWK „Borynia – Zofiówka” Ruch Zofiówka” (załącznik 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia). W ofercie Compensus sp. z o.o. w Bytomiu wskazano powyższy parametr w



wymaganych przez Zamawiającego warunkach, to jest łącznie z ramieniem roboczym w pozycji zsuniętej i czerpakiem prostym jako 7520 mm. Nie bez znaczenia jednak dla oceny oferty tego wykonawcy pozostaje fakt, że wykonawca ten, w ramach uzupełnienia dokumentów i wyjaśnienia oferty dokonanego w dniu 4 kwietnia 2011 r. złożył na nowo załącznik nr 3, to jest „*Charakterystykę techniczną istotnych elementów przedmiotu zamówienia*”, w którym z własnej inicjatywy, wychodząc poza wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień oferty (które dotyczyło tylko wskazanej w tym załączniku a także zobrazowanej na szkicu poglądowym wysokości urządzenia) dokonał zmiany podanego wcześniej parametru, wskazując że długość spągłodowarki łącznie z ramieniem roboczym w pozycji zsuniętej i czerpakiem prostym wynosić będzie 7175 mm.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że wyjaśnienie treści oferty z zastosowaniem regulacji art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nie może stanowić zmiany oferty, musi mieścić się w granicach merytorycznych treści oferty, zawartych w niej oświadczeń i informacji. Nie będzie dopuszczalną sytuacją, że w ramach wyjaśnień udzielonych na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nastąpi zmiana treści oferty. Jak podkreśla się w orzecznictwie, zamawiający nie powinien rezygnować z wyjaśnienia niejasnych części oferty z góry zakładając, iż na pewno zmienią one jej treść. Art. 87 ust. 1 zdanie 2. ustawy Prawo zamówień publicznych należy bowiem interpretować tak, iż dopiero ewentualne próby zmiany treści oferty (ceny, przedmiotu, warunków realizacji itp.) w udzielonych wyjaśnieniach należy uznać za bezskuteczne/nieważne (tak: wyrok Krajowej izby Odwoławczej z dnia 13 sierpnia 2009r. w spr. KIO/UZP-992/09). Powyższe oznacza, że wykonawca wyjaśniając treść oferty w wyniku wezwania Zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych musi zamknąć się w ramach uprzednio złożonych oświadczeń, zaś podawane w ramach wyjaśnień informacje nie mogą skutkować zmianą złożonej uprzednio oferty. Powyższy postulat nie traci na aktualności w sytuacji, gdy wykonawca, nie wezwany przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w danym zakresie, z własnej inicjatywy poda takie informacje, które będą dawały podstawę do jednoznacznego uznania, że treść oferty budzi wątpliwości. Za taką sytuację może być uznany stan, gdy dany parametr wskazany w ofercie ma pewną wielkość a wykonawca samodzielnie, w ramach podejmowanych w postępowaniu czynności wskazuje inną niż uprzednio wartość.

Zestaw przytoczonych wyżej okoliczności prowadzi do wniosku, iż Zamawiający, otrzymując wyjaśnienia i uzupełnienie oferty (pismo wykonawcy Compensus sp. z o.o. w Bytomiu z dnia 4 kwietnia 2011 r.), z których wynika rozbieżność w wielkości jednego parametru, niezależnie od tego, że nie sygnalizował wątpliwości w tym zakresie powinien,

przed dokonaniem ewentualnego wyboru oferty, wyjaśnić powyższą rozbieżność. Dostrzec trzeba w tym miejscu, że jeszcze inną długość spągłodowarki podał wykonawca Compensus sp. z o.o. w Bytomiu w ramach stanowiska procesowego przedstawionego na użytek postępowania odwoławczego, podając w złożonym przystąpieniu, iż *„zapropozowana maszyna jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego i jej maksymalna długość wynosi 7824 mm z maksymalnym osprzętem dołącznym i spełnia wymogi SIWZ. Przedstawiona w ofercie długość 7520 mm to optymalna długość robocza maszyny z wysięgnikiem wysuniętym w najkorzystniejsze położenie robocze”*.

W okolicznościach sprawy, brak jest jednoznacznych podstaw do definitywnego przesądzenia, że zmiana przez Compensus sp z o.o. w Bytomiu parametru długości spągłodowarki w ramach wyjaśnienia oferty i uzupełnienia dokumentów w stosunku po podanej uprzednio w ofercie stanowi o niedopuszczalnej w rozumieniu art. 87 ust. 1 zdanie drugie ustawy Prawo zamówień publicznych modyfikacji treści oferty. Biorąc bowiem pod uwagę fakt, że nie można wykluczyć na gruncie analizowanej sprawy, że w wyniku wyjaśnienia oferty albo w ramach prezentacji stanowiska tego wykonawcy wyrażonej w przystąpieniu do postępowania odwoławczego podano maksymalną długość oferowanego urządzenia w warunkach innych niż wymagane przez Zamawiającego (*„łącznie z ramieniem roboczym w pozycji zsuniętej i czerpakiem prostym”*), na obecnym etapie, przed uzyskaniem wyjaśnień wykonawcy, nie można kategorycznie przesądzić, że dokonano zmiany parametru długości spągłodowarki łącznie z ramieniem roboczym w pozycji zsuniętej i czerpakiem prostym w stosunku do podanego w ofercie.

Powyższe wymaga zatem wyjaśnienia z zastosowaniem regulacji art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co czyniło dokonany wybór Compensus spółki z o.o. w Bytomiu przedwczesnym. Wybór ten będzie bowiem dopuszczalnym dopiero, gdy w ramach procedury wyjaśnienia treści oferty w powyższym zakresie, wykonawca wyjaśni treść złożonej oferty w części dotyczącej długości spągłodowarki łącznie z ramieniem roboczym w pozycji zsuniętej i czerpakiem prostym w taki sposób, że przedstawi ostatecznie i stanowczo, iż podana w ofercie długość (7520 mm) jest długością oferowanego urządzenia w warunkach brzegowych postawionych przez Zamawiającego (to jest: łącznie z ramieniem roboczym w pozycji zsuniętej i czerpakiem prostym). I odwrotnie – oferta tego wykonawcy będzie podlegała odrzuceniu, gdy wykonawca w ramach złożonych wyjaśnień wskaże inne informacje dotyczące długości oferowanej spągłodowarki łącznie z ramieniem roboczym w pozycji zsuniętej i czerpakiem prostym aniżeli podane uprzednio 7520 mm.

Powyższe wnioskowanie przemawiało za uznaniem, że wybór oferty Compensus spółki z o.o. w Bytomiu, przed podjęciem czynności wyjaśnienia opisanej wyżej kwestii

długości maszyny łącznie z ramieniem roboczym w pozycji zsuniętej i czerpakiem prostym, był wyborem przedwczesnym.

Powyższe argumenty przemawiały za uznaniem, że potwierdziły się – w opisanym wyżej zakresie - zarzuty naruszenia ustawy Prawo zamówień publicznych. Naruszenia te mogły mieć wpływ na wynik postępowania, co determinowało uwzględnienie odwołania.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) i 2) *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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). Zasądzono na rzecz Odwołującego – jako strony wygrywającej postępowanie odwoławcze – koszty tego postępowania, w tym wartość wpisu od odwołania oraz wynagrodzenie pełnomocnika, uwzględniając wniosek Odwołującego opiewający na kwotę 4.428 zł jedynie do kwoty 3.600 zł, jako wysokości wynikającej z § 3 pkt 2) powołanego rozporządzenia.

**Przewodniczący:**