

WYROK

z dnia 25 kwietnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 kwietnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 kwietnia 2017 r. **przez odwołującego:** Konsorcjum wykonawców: M.E. Sp. z o.o. z siedzibą w T. (...) – Lider; E. S.A. z siedzibą w C. (...)w postępowaniu prowadzonym **przez zamawiającego:** P.G.G. Sp. z o.o. (...)

**przy udziale** wykonawcy O.R. sp. z o.o. z siedzibą w R. (...) zgłaszających przystąpienie po stronie zamawiającego

orzeka

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności zaproszenia przystępującego O.R. sp. z o.o. z siedzibą w R. do udziału w aukcji elektronicznej, unieważnienie czynności przeprowadzonej aukcji elektronicznej w dniu 5 kwietnia 2017 roku oraz nakazuje zamawiającemu dokonanie powtórnej oceny ofert złożonych w postępowaniu po uprzednim odrzuceniu oferty przystępującego O.R. sp. z o.o. z siedzibą w R. i nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności zaproszenia wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej.
2. kosztami postępowania obciąża P.G.G. Sp. z o.o. (...)  
i
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Konsorcjum wykonawców: M.E. Sp. z o.o. z siedzibą w T. (...) – Lider; E. S.A. z siedzibą w C. w (...)tytułem wpisu od odwołania,
3. zasądza od P.G.G. Sp. z o.o. (...)

kwotę 18.750 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy siedemset pięćdziesiąt złotych zero groszy) na rzecz Konsorcjum wykonawców: M.E. Sp. z o.o. z siedzibą w T. (...) – Lider; E. S.A. z siedzibą w C. w (...) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego i kosztu dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm. z 2016r. poz.831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Przewodniczący: .....

### Uzasadnienie

W dniu 10 kwietnia 2017 roku odwołujący w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego w przedmiocie „Modernizacja górniczego wyciągu szybowego szybu III przedziałachodni w Oddziale K.R.R.M.” Nr postępowania: (...) ogłoszenie w Dzienniku Urzędowym UE nr (...) z dnia 31.01.2017r. wniósł odwołanie na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku -Prawo zamówień publicznych [dalej: „PZP”].

Odwołanie zostało złożone na:

[a] czynność zamawiającego, polegającą na przeprowadzeniu niedozwolonych negocjacji z przystępującym oraz zaakceptowaniu niedopuszczalnej zmiany treści oferty przystępującego co do zakresu udzielonej gwarancji, dokonanej po upływie terminu na składanie ofert w niniejszym postępowaniu;

[b] zaniechanie zamawiającego, polegające na nie odrzuceniu oferty przystępującego, mimo, iż była ona sprzeczna z wymogiem określonym w pkt VIII Załącznika nr 1 do SIWZ tj. wymogiem udzielenia gwarancji na cały przedmiot zamówienia;

[c] czynność zamawiającego, polegającą na poprawie niezgodności oferty przystępującego z pkt VIII Załącznika nr 1 do SIWZ, której poprawa spowodowała istotną zmianę treści oferty przystępującego;

[d] czynność zamawiającego, polegającą na zaproszeniu przystępującego do udziału w aukcji elektronicznej, mimo, iż oferta tego wykonawcy podlegała odrzuceniu jako niezgodna z pkt VIII Załącznika nr 1 do SIWZ;

[e] czynność zamawiającego, polegającą na przeprowadzeniu aukcji elektronicznej z udziałem przystępującego, mimo, iż oferta tego wykonawcy podlegała odrzuceniu jako niezgodna z pkt VIII Załącznika nr 1 do SIWZ.

W tym stanie rzeczy, odwołujący zarzucił:

[1] naruszenie art. 87 ust. 1 PZP, poprzez przeprowadzenie negocjacji z przystępującym i zaakceptowanie przez zamawiającego zmiany treści oferty przystępującego co do zakresu udzielonej gwarancji, która została dokonana po upływie terminu na złożenie ofert w niniejszym postępowaniu;

[2] naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP, poprzez jego bezpodstawne niezastosowanie w przypadku, w którym oferta przystępującego narusza wymóg SIWZ odnośnie udzielenia gwarancji na cały przedmiot zamówienia tj. pkt VIII Załącznika nr 1 do SIWZ;

[3] naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP, poprzez zmianę treści oferty przystępującego w sytuacji, w której niezgodność w pkt 1.4 Formularza ofertowego z pkt VIII Załącznika nr 1 do

SIWZ nie stanowiła omyłki, a nawet, gdyby przyjąć, że stanowiła omyłkę, to poprawa spowodowała istotną zmianę treści oferty przystępującego;

[4] naruszenie art. 7 ust. 1 PZP, poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równości wszystkich wykonawców w postępowaniu, do czego doszło poprzez przeprowadzenie negocjacji i akceptację zmiany treści oferty O.R. [co do zakresu udzielonej gwarancji] dokonanej po upływie terminu na złożenie ofert w niniejszym postępowaniu i nie odrzucenie oferty O.R., która była sprzeczna z wymogiem określonym w pkt VIII Załącznika nr 1 do SIWZ;

[5] naruszenie art. 91b w zw. z art. 91a ust. 3 PZP, poprzez ich błędne zastosowanie, a - w konsekwencji - zaproszenie przystępującego do udziału w aukcji elektronicznej tj. mimo tego, iż oferta tego wykonawcy podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 [jako sprzeczna z pkt VIII Załącznika nr 1 do SIWZ];

[6] naruszenie art. 91b w zw. z art. 91a ust. 3 PZP, poprzez ich błędne zastosowanie, a - w konsekwencji - przeprowadzenie w dniu 5 kwietnia 2017 roku aukcji elektronicznej w sposób sprzeczny z warunkami określonymi w art. 91b PZP i SIWZ tj. z udziałem wykonawcy przystępującego, którego oferta podlegała odrzuceniu;

W tym stanie rzeczy wnoszą o dopuszczenie dowodów wnioskowanych poniżej przez odwołującego i uwzględnienie odwołania oraz:

[A] nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności zaproszenia przystępującego do udziału aukcji elektronicznej;

[B] nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności przeprowadzenia aukcji elektronicznej z dnia 5 kwietnia 2017 roku;

[C] nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności poprawy niezgodności w trybie art. 87 ust. 2 pkt [3] PZP;

[D] nakazanie zamawiającemu dokonania powtórnej oceny ofert złożonych w postępowaniu i odrzucenia oferty przystępującego;

[E] nakazanie zamawiającemu dokonania powtórnej czynności zaproszenia wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej;

[F] obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania wraz z kosztami zastępstwa radcowskiego, które będą wynikać z faktury VAT, która zostanie złożona do akt postępowania podczas rozprawy.

Odwołujący przedstawił następujące uzasadnienie.

[A] Przesłanki z art. 179 ust. 1 PZP

[1] W dniu 31 marca 2017 roku odwołujący otrzymał informację o zaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej, której termin zamawiający wyznaczył na dzień 5 kwietnia 2017 roku.

Dowód: [1] e-mail z dnia 31.III.2017 roku z godz. 13:31 [w aktach

postępowania przetargowego - przedłożonych przez zamawiającego na żądanie KIO];

[2] Z tej informacji nie wynikało, jakoby któryś z wykonawców nie został dopuszczony do udziału w aukcji elektronicznej, co oznacza, że zamawiający zaprosił wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu, w tym przystępującego, którego cena była - na tym etapie postępowania - najniższą w postępowaniu.

Dowód: [2] ofertaprzystępującego [w aktach postępowania przetargowego - przedłożonych na żądanie KIO];

[3] Kolejną ofertą w rankingu była oferta odwołującego z ceną, która wynosiła 36 789 300,00 PLN [słownie: trzydzieści sześć milionów siedemset osiemdziesiąt dziewięć tysięcy trzysta złotych 00/100].

Dowód: [3] ofertaodwołującego [w aktach postępowania przetargowego - przedłożonych przez zamawiającego na żądanie KIO];

[4] W dniu 5 kwietnia 2017 roku odbyła się aukcja elektroniczna, w której przystępujący pomniejszył swoją cenę do kwoty 25 500 000,00 PLN [słownie: dwadzieścia pięć milionów pięćset złotych 00/100]. Drugą ofertą w rankingu po licytacji elektronicznej jest oferta Odwołującego.

Dowód: [4] ranking ofert po licytacji elektronicznej [w aktach postępowania przetargowego - przedłożonych przez zamawiającego na żądanie KIO];

[5] Mając to na względzie, odwołujący podnosi, że ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż doszło do naruszenia przepisów PZP, wskutek którego odwołujący utracił szansę na realizację zamówienia i osiągnięcie korzyści ekonomicznych z jego

realizacji.

[6] W tym świetle należy przyjąć, że odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia, a wskutek naruszeń przepisów PZP przez zamawiającego może ponieść szkodę tj. spełnienie obu przesłanek, o których mowa w art 179 ust. 1 PZP.

[B] Termin do wniesienia odwołania

[7] Odwołujący wskazał, że informację o nieodrzczeniu oferty przystępującego otrzymał w dniu 31 marca 2017 roku tj. wraz z zaproszeniem do udziału w aukcji elektronicznej.

[8] Z zaproszenia wynikało, że pozycja odwołującego w aktualnym na dzień wysłania zaproszenia rankingu ofert, to pozycja nr 2. Z uwagi na to, iż jedynym wykonawcą, którego cena była na tym etapie niższa, niż cena oferowana przez odwołującego był przystępujący, oznaczało to, iż przystępujący również został zaproszony do udziału w aukcji elektronicznej.

[9] Z tej informacji wynikało również, że oferta przystępującego została oceniona przez zamawiającego, jako spełniająca wymagania SIWZ, więc od daty jej przesłania odwołującemu należy liczyć termin na wniesienie odwołania w niniejszej sprawie.

Dowód: [5] e-mail z dnia 31.III.2017 roku z godz. 13:31 [w aktach postępowania przetargowego - przedłożonych przez na żądanie KIO];

[10] Z uwagi natomiast na to, że odwołujący złożył, odwołanie u Prezesa KIO w dniu 10 kwietnia 2017 roku, termin do wniesienia odwołania został zachowany.

[C] Zarzuty naruszenia art. 87 ust. 1 PZP i art. 7 ust. 1 PZP oraz art. 89 ust. 1 pkt [2] PZP  
[C. 1] Treść zarzutów

[11] Odwołujący zarzuca, iż zamawiający naruszył art. 87 ust. 1 PZP, gdyż przeprowadził niedozwolone negocjacje z przystępującym i zaakceptował zmianę oferty przystępującego, która została dokonana poprzez oświadczenie z dnia 15 marca 2017 roku, w konsekwencji czego doszło również do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i podważenia równej pozycji wszystkich wykonawców w postępowaniu.

[12] Odwołujący zarzuca również - w konsekwencji - naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP, poprzez jego bezpodstawne nie zastosowanie w przypadku, w którym oferta przystępującego narusza wymóg SIWZ odnośnie udzielenia gwarancji na cały przedmiot zamówienia tj. pkt VIII Załącznik nr 1 SIWZ.

[C.2] Uzasadnienie zarzutów [C.2.1] Wymóg SIWZ

[13] Należy podkreślić, że zamawiający żądał od wykonawców, by zaoferowali gwarancję na cały przedmiot zamówienia w wymiarze minimum 36 miesięcy.

[14] W pkt VIII Załącznika nr 1 do SIWZ wprost wskazano, że zamawiający wymaga udzielenia na przedmiot zamówienia gwarancji na okres min. 36 miesięcy od daty uzyskania pozwolenia na eksploatację wydanego przez organ nadzoru górniczego.

[C.2.2] Stan faktyczny

[15] Przystępujący złożył ofertę, w której w pkt 1.4 Formularza ofertowego wskazano, że udzielamy gwarancji na zabudowane maszyny/system sterowania oraz prace montażowe na okres 60 miesięcy od daty odbioru technicznego przedmiotu zamówienia.

[16] W dniu 9 marca 2017 roku przystępujący został wezwany przez zamawiającego do udzielenia wyjaśnień oferty przystępującego. Zamawiający trafnie zauważył bowiem, że oświadczenie z pkt 1.4 Formularza ofertowego nie obejmuje w swoim zakresie całości inwestycji.

[17] W dniu 15 marca 2017 roku przystępujący przesłał zamawiającemu oświadczenie o zakresie udzielonej gwarancji, w którym stwierdził, że:

Oświadczamy, że udzielamy gwarancji na całość robót objętych zadaniem [tj. całość dostaw i robót objętych przedmiotem zamówienia] na okres 60 miesięcy. Jednocześnie oświadczamy, że akceptujemy wszystkie pozostałe warunki wynikające z udzielonej przez nas 60 miesięcznej gwarancji, które zostały określone przez zamawiającego w pkt VIII Załącznika nr 1 do SIWZ (z uwzględnieniem wyjaśnień i zmian SIWZ przekazanych przez Zamawiającego).

Dowód: [6] oświadczenie przystępującego z dnia 15.03.2017 roku [załącznik nr 5] ;

[18] W dniu 31 marca 2017 roku Zamawiający przesłał do Odwołującego zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej, z którego wynikało, że oferta przystępującego została uznana za zgodną z wymogiem z pkt VIII Załącznika nr 1 do SIWZ.

[19] Z oceną zamawiającego nie sposób się jednak zgodzić.

[C.2.3] Argumentacja prawna

[20] Odwołujący zarzuca, że zamawiający pominął, iż przystępujący nie zaoferował udzielenia gwarancji na cały przedmiot zamówienia, wobec czego oferta przystępującego jest niezgodna z wymogiem z pkt VIII Załącznika nr 1 do SIWZ i winna ulec odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP].

[21] Po pierwsze, z pkt 1.4 Formularza ofertowego przystępującego jednoznacznie wynikało, że przystępujący zaoferował udzielenie gwarancji wyłącznie na zabudowane maszyny/system sterowania oraz prace montażowe na okres 60 miesięcy od daty odbioru technicznego przedmiotu zamówienia.

[22] Po drugie, z żadnego innego elementu oferty przystępującego nie wynikało, jakoby oświadczenie, co do zakresu gwarancji było szersze, niż to, które ujęto w pkt 1.4 Formularza ofertowego, a które było ograniczone wyłącznie do zabudowanych maszyn/systemu sterowania oraz prac montażowych.

[23] Po trzecie, fakt, iż pierwotna oferta przystępującego nie zawierała gwarancji na cały przedmiot zamówienia wynika, również z treści oświadczenia przystępującego z dnia 15 marca 2017 roku.

[24] Należy podkreślić, iż przystępujący - wezwania do udzielenia wyjaśnień, co do zakresu gwarancji - nie potwierdziła, że z treści jej pierwotnej oferty wynika, że gwarancja obejmuje cały przedmiot zamówienia i nie wskazała takiego oświadczenia w treści swojej pierwotnej oferty, lecz złożyła odrębne oświadczenie, co do zakresu udzielonej gwarancji.

[25] W oświadczeniu z dnia 15 marca 2017 roku przystępujący jednoznacznie wskazał bowiem, że udzielamy gwarancji na całość robót objętych zadaniem, co oznacza, że doszło w przedmiotowej sprawie do uzupełnienia [zmiany] treści oferty przystępującego po upływie terminu do jej złożenia, co jest niedopuszczalne i co stanowi naruszenie zarówno art. 87 ust. 1 PZP, jak i art. 7 ust. 1 PZP.

[26] Gdyby bowiem pierwotna oferta przystępującego przewidywała udzielenie gwarancji na cały przedmiot zamówienia, to należało się spodziewać, że przystępujący odniesie się - w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego - do treści swojej pierwotnej oferty i wskaże z jakiego oświadczenia przystępującego to wynika. Tymczasem, to nie nastąpiło, a przystępujący złożył odrębne [nie ujęte w pierwotnej ofercie] oświadczenie o zakresie gwarancji, którą udziela, przez co doszło do zmiany treści pierwotnej oferty przystępującego.

[27] Co więcej, należy podkreślić, że zamawiający wymagał minimum 36 miesięcznej gwarancji i z żadnej części oferty przystępującego nie wynikało, jaki okres gwarancji dotyczy pozostałych elementów zamówienia [poza tymi, które wprost wskazano w pkt 1.4, Formularza ofertowego]. Jedyna informacja, co do tego płynęła z oświadczenia z dnia 15 marca 2017 roku, w którym przystępujący wprost oświadczył, że udziela 60 miesięcznej gwarancji również na pozostały zakres zamówienia. To potwierdza, że oświadczenie z dnia 15 marca 2017 roku stanowiło niedopuszczalne uzupełnienie treści oferty przystępującego.

[28] Warto podkreślić, iż KIO stoi na stanowisku, zgodnie z którym uzupełnienie przedmiotowo istotnych elementów oferty w odpowiedzi na wezwanie stanowiłoby naruszenie przepisów PZP, gdyż oznaczałoby w istocie zmianę treści oferty w wyniku przeprowadzenia niedozwolonych negocjacji z wykonawcą [por. wyrok KIO z dnia 30.05.2016 roku, KIO 828/16, LEX nr 2054663].

[29] Zamawiający tą okoliczność pominął, przez co naruszył art. 87 ust. 1 PZP i art. 7 ust. 1 PZP, a - w konsekwencji - art. 89 ust. 1 pkt [2] PZP, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, która naruszała wymóg z pkt VIII Załącznika nr 1 do SIWZ.

[D] Zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt [3] PZP

[30] Odwołujący zarzuca naruszenie art. 87 ust. 2 pkt [3] PZP, poprzez zmianę treści oferty przystępującego w sytuacji, w której niezgodność w pkt 1.4 Formularza ofertowego z pkt VIII Załącznika nr 1 do SIWZ nie stanowiła omyłki, a - nawet, gdyby przyjąć, że stanowiła omyłkę - to jej poprawa spowodowała istotną zmianę treści oferty przystępującego.

[31] Odwołujący podkreśla, iż nie sposób niezgodności oświadczenia z pkt 1.4 Formularza ofertowego traktować za omyłkę, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt [3] PZP. Jest ono jednoznaczne i brak jakichkolwiek argumentów przemawiających za przyjęciem, że zostało złożone omyłkowo.

[32] Jedynie z ostrożności, odwołujący podkreśla, iż nawet, gdyby przyjąć, że zostało ono złożone omyłkowo, to poprawa tej omyłki spowodowała istotną zmianę treści oferty przystępującego. Zakres gwarancji stanowi bowiem istotną treść oferty i wpływa na jej wycenę.

[33] W obu powyższych przypadkach doszło do naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP, gdyż Zamawiający nie mógł zmienić treści oferty O.R. w omawianym względzie.

[£] Zarzuty naruszenia art. 9 1 b w zw. z art. 9 1 a ust. 3 PZP

[1] Odwołujący zarzuca naruszenie art. 9 1b w zw. z art. 91a ust. 3 PZP, poprzez ich błędne zastosowanie, a - w konsekwencji - zaproszenie przystępującego do udziału w aukcji elektronicznej tj. mimo tego, iż oferta tego wykonawcy podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 [jako sprzeczna z pkt VIII Załącznika nr 1 SIWZ] i - w konsekwencji - przeprowadzenie w dniu 5 kwietnia 2017 roku aukcji elektronicznej z udziałem wykonawcy, którego oferta podlegała odrzuceniu.



[2] Zarzuty te są jedynie konsekwencją zasadności zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP, gdyż gdyby zamawiający zachował się zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP i odrzucił ofertę przystępującego, to nie zaprosiłby przystępującego do udziału w aukcji elektronicznej, a - w konsekwencji - nie naruszyłby norm określonych w art. 91b w zw. z art. 91a ust. 3 PZP. Wszak, zgodnie z art. 91b PZP, zamawiający zaprasza drogą elektroniczną do udziału w aukcji elektronicznej wyłącznie wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu.

[3] Co więcej, uzasadnia to również zarzut naruszenia art. 91b w zw. z art. 91a ust. 3 PZP, gdyż zamawiający przeprowadził w dniu 5 kwietnia 2017 roku aukcję elektroniczną w sposób sprzeczny z art. 91b i postanowieniami SIWZ, gdyż z udziałem podmiotu przystępującego, którego oferta podlegała odrzuceniu.

W tym stanie rzeczy odwołujący wnosi o uznanie odwołania za zasadne.

Załączniki do odwołania stanowiły:

- [1] pełnomocnictwo konsorcjalne z dnia 15.02.2017 roku wraz z potwierdzeniem uiszczenia opłat skarbowych w kwocie 17,00 PLN;
- [2] odpis z KRS-u M.E. z dnia 16.02.2017 roku;
- [3] odpis z KRS-u E. S.A. z dnia 14.02.2017 roku;
- [4] potwierdzenie uiszczenia wpisu od odwołania w kwocie 15 000,00 PLN;
- [5] oświadczenie przystępującego z dnia 15.03.2017 roku;
- [6] potwierdzenie przesłania kopii odwołania zamawiającemu;

**Zamawiający** pismem z dnia 24.04.2017 roku niósł odpowiedź na odwołanie wnosząc o: oddalenie odwołania w całości; zwrot kosztów zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu przedstawił następującą argumentację prawną:

Odwołujący zarzucił zamawiającemu zaakceptowanie niedopuszczalnej zmiany treści oferty przystępującego dokonanej po upływie terminu na składanie oferty, poprawieniu niezgodności oferty przystępującego, której poprawa spowodowała istotną zmianę treści oferty, nieodrzućenie oferty przystępującego, a w konsekwencji przeprowadzenie aukcji elektronicznej z udziałem przystępującego pomimo, iż jego oferta podlegała odrzuceniu.

W ocenie zamawiającego wszystkie postawione przez odwołującego w odwołaniu zarzuty są chybione.

W pierwszej kolejności należy stwierdzić, że oferta przystępującego została sporządzona zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej SIWZ) o czym świadczą oświadczenia wykonawcy zawarte w formularzu ofertowym potwierdzające, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wszystkie wymagania określone w SIWZ, jak również potwierdzające, że przystępujący zaakceptował wszystkie wymagania określone przez zamawiającego w SIWZ z uwzględnieniem zmian i wyjaśnień SIWZ i zobowiązał się do podpisania umowy na warunkach określonych w SIWZ.

Dla właściwej oceny złożonej przez przystępującego oferty należy szczegółowo przypatrzeć się treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej SIWZ) w zakresie dotyczącym wymagań odnośnie gwarancji. Wymagania te zostały określone w SIWZ w następujący sposób:

1)w części XXIII SIWZ zamawiający ustalił kryteria oceny ofert, gdzie jednym z ocenianych kryteriów była gwarancja „na zabudowane maszyny i system sterowania oraz wykonane prace montażowe”;

2)w części VIII załącznika nr 1 do SIWZ określono ogólne wymagania gwarancji jako: „Zamawiający wymaga udzielenia na przedmiot zamówienia gwarancji na okres min. 36 miesięcy od daty uzyskania pozwolenia na eksploatację: wydanego przez Urząd Nadzoru Górniczego”.

Po analizie tych zapisów można zauważyć, że treść SIWZ wprowadziła dwie różne definicje gwarancji:

1)jedna definicja została określona w miejscu opisującym sposób oceny ofert i odnosi się do zabudowanych maszyn/systemów sterowania oraz wykonanych prac montażowych;

2)druga definicja, odnosząca się do całości przedmiotu zamówienia, została określona w załączniku nr 1 do SIWZ.

Intencją Zamawiającego nie było jednakże wprowadzenie różnych gwarancji dla poszczególnych zakresów zamówienia. Świadczy o tym chociażby spójny minimalny okres gwarancji określony w części XXIII SIWZ oraz pkt VIII załącznika nr 1. W obydwu tych miejscach SIWZ minimalny wymagany i oceniany okres gwarancji został określony na 36 miesięcy. Utożsamienie gwarancji dotyczącej „zabudowanych maszyn/systemów sterowania oraz wykonanych prac montażowych” z pełnym zakresem rzeczowym zamówienia, wydaje się sprawą dość naturalną, ponieważ zakres ten stanowi zasadniczą część zamówienia, co zostało wyartykułowane w części II załącznika nr 1, zaś roboty budowlane stanowią jedynie element uzupełniający zakresu rzeczowego. W toku badania ofert zamawiający spostrzegł możliwość różnego rozumienia wymaganych warunków gwarancji w związku z różnymi jej definicjami określonymi w SIWZ. W tym stanie rzeczy, w celu jednoznacznego potwierdzenia spełnienia wymagań określonych w SIWZ Zamawiający postanowił wezwać przystępującego do wyjaśnienia oferty jaki jest okres oferowanej gwarancji na pełny zakres zamówienia. W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca potwierdził, że akceptuje 60-miesięczny okres gwarancji.

Nie bez znaczenia jest również fakt, że Zamawiający w załączniku nr 2 do SIWZ w ust. 1 pkt 4 nie sprecyzował, szczegółowej formuły (zapisów) warunków gwarancji, pozostawiając miejsce na jej wpisanie w dowolny sposób przez wykonawców. Stąd też uzasadnionym jest zastosowanie w tym przypadku wykładni restryktywnej wobec proponenta, a życzliwej dla adherenta, która prowadzi do oczywistej konkluzji, że niejasności wymagań SIWZ nie mogą

być rozstrzygane na niekorzyść wykonawców, i nie mogą stanowić o niezgodności oferty z treścią SIWZ. Podobny pogląd został potwierdzony w spójnej linii orzecniczej Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonej m.in. w wyrokach KIO 430/15, 605/14, 2260/13, 1487/15, 1524/15, 17/15.

Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, że w wyniku wezwania do uzupełnienia oferty nie doszło do niedozwolonej zmiany oferty, a jedynie do dookreślenia pewnych nieistotnych elementów oferty O.R.. Dlatego postawione w tym zakresie zarzuty Odwołującego są całkowicie bezzasadne, a przywołany przez niego wyrok KIO 828/16 na potwierdzenie jego tezy tyczy się zupełnie odmiennego stanu faktycznego.

Mając na względzie powyższą argumentację Zamawiający wnosi jak w petitum.

Również stanowisko w sprawie przedstawił przystępujący przedstawiając argumentację jak poniżej. Pismem z dnia 25 kwietnia 2017 r. przystępujący wniósł pismo zawierające replikę na zarzuty odwołującego wskazane w jego odwołaniu z dnia 10 kwietnia 2017 roku, jak i wnioski przystępującego. „W imieniu Przystępującego wnoszę o oddalenie odwołania Odwołującego w całości. Z uzasadnienia pisma przystępującego wynika jak poniżej.

Przystępujący wnosi o oddalenie odwołania w całości jako nieuzasadnionego pod względem faktycznym i prawnym. W odwołaniu z dnia 10 kwietnia 2017 roku Odwołujący podniósł niezgodność czynności Zamawiającego z ustawą Prawo zamówień publicznych (dalej: „p.z.p.”), zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 87 ust. 1 p.z.p., art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., art. 87 ust. 2 pkt. 3 p.z.p., art. 7 ust. 1 p.z.p., oraz art. 91b w zw. z art. 91a ust. 3 p.z.p. Bezpośrednim źródłem wszystkich zarzutów stawianych przez Odwołującego są następujące fakty. W pkt. 1.4 Formularza ofertowego Przystępujący wskazał, iż udziela gwarancji na zabudowane maszyny/system sterowania oraz prace montażowe na okres 60 miesięcy od daty odbioru technicznego przedmiotu zamówienia. W dniu 9 marca 2017 roku Przystępujący został wezwany przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień dotyczących zakresu udzielonej gwarancji. W dniu 15 marca 2017 roku Przystępujący złożył stosowane wyjaśnienia. Przystępujący został następnie zaproszony do wzięcia udziału w aukcji elektronicznej. Z powyższego Odwołujący wywodzi, iż doszło w postępowaniu do niedozwolonych negocjacji (art. 87 ust. 1 p.z.p.), oraz istotnej zmiany treści oferty Przystępującego (87 ust. 2 pkt. 3 p.z.p.) czym naruszono zasady uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 p.z.p.), czego dalszą konsekwencją miało być naruszenie art. 91b w zw. z art. 91a ust. 3 p.z.p. Odnosząc się do uzasadnienia odwołania należy wskazać, iż Odwołujący nadinterpretuje przywołane fakty i wyciąga z nich błędne wnioski. Całość zarzutów opiera się na koncepcji, iż oświadczenie o udzieleniu gwarancji zawarte w ofercie Przystępującego było niezgodne z wymogami SIWZ oraz, że zostało w skutek prowadzonych negocjacji zmienione. Z interpretacją taką nie sposób się zgodzić. Zgodnie z art. 65 Kodeksu cywilnego

(dalej: k.c), który ma zastosowanie również w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, tłumacząc oświadczenia woli należy wziąć pod uwagę nie tylko ich literalne brzmienie, ale również okoliczności w jakich zostało złożone. Do okoliczności tych niewątpliwie należy zaliczyć dokumenty pozostające w związku ze złożonym oświadczeniem. Przystępujący zwraca więc uwagę, iż w treści SIWZ postanowienia dotyczące gwarancji pojawiają się m. in.: 1. w części XXIII SIWZ, gdzie znajdują się kryteria oceny oferty i gdzie wskazano, iż oceny dokonuje się w zależności od okresu gwarancji udzielonej na: „zabudowane maszyny/system sterowania oraz wykonane prace montażowe”; 2. w pkt VIII załącznika nr 1 do SIWZ, gdzie w wymaganiach dotyczących gwarancji wskazano, iż Zamawiający wymaga udzielenia na przedmiot zamówienia gwarancji na okres min. 36 miesięcy od daty uzyskania pozwolenia na eksploatację wydanego przez organ nadzoru górniczego; postanowień Zamawiający pisał o gwarancji obejmującej cały przedmiot zamówienia. Przeciwna interpretacja prowadziłaby do uznania, iż gwarancja o jakiej mowa w kryteriach oceny ofert jest inną gwarancją, niż gwarancja sprecyzowana w pkt VIII załącznika nr 1 do SIWZ. Nie można uznawać, że stosowanie pojęć, istotnych wedle Zamawiającego, a przyjętych przez niego dla potrzeb oceny oferty względem okresu gwarancji, jest sprzeczne z SIWZ. Takie założenie prowadziłoby do paradoksalnej sytuacji, w której Zamawiający miałby oceniać ofertę niezgodną z SIWZ - przyznawać punkty za gwarancję dotyczącą niepełnego przedmiotu zamówienia. Z powyższego należy wysnuć wniosek, iż stosując w części XXIII SIWZ określenie „udzielenie gwarancji na: zabudowane maszyny/system sterowania oraz wykonane prace montażowe” Zamawiający miał na myśli udzielenie gwarancji na cały przedmiot zamówienia. Jest to jedyny racjonalny wniosek płynący z zastosowania w SIWZ dwóch różnie brzmiących sformułowań odnośnie przedmiotu gwarancji. Brak odniesienia się przez Odwołującego do tych rozbieżności (pomimo, iż Przystępujący wskazywał na nie w swym wyjaśnieniu) można rozumieć jedynie w ten sposób, iż on również traktował zapis części XXIII SIWZ jako obejmujący całość zamówienia. Wskazawszy w jaki sposób zakres gwarancji wskazany w SIWZ rozumiał Zamawiający i Przystępujący podnieść należy, iż Przystępujący w swej ofercie posłużył się literalnym brzmieniem treści gwarancji zastosowanym przez Zamawiającego w części XXIII SIWZ. Skoro więc użyte tam przez Zamawiającego określenie przedmiotu gwarancji odnosiło się, zgodnie z powyższym wywodem, do całego przedmiotu zamówienia, to logiczne jest, iż użycie tego samego sformułowania przez Przystępującego również miało na celu objęcie gwarancją całego przedmiotu zamówienia. Ponadto wskazać należy, iż o takim rozumieniu treści udzielanej gwarancji przez Przystępującego świadczą pozostałe elementy jego oferty, nota bene zawarte w tym samym punkcie oferty co oświadczenie o gwarancji, a więc: 1. oświadczenie, że przedmiot zamówienia spełnia wszystkie wymagania określone w SIWZ (a więc i te dotyczące przedmiotu gwarancji) 2. oświadczenie, że przystępujący zapoznał się z

postanowieniami SIWZ, wyjaśnieniami i zmianami w SIWZ przekazanymi przez Zamawiającego oraz Istotnymi postanowieniami umowy i nie wnosi w stosunku do nich żadnych uwag, a w przypadku wyboru jego oferty podpisze umowę na warunkach określonych w SIWZ (a więc z uwzględnieniem gwarancji na cały przedmiot zamówienia). Tak samo więc jak postanowienia SIWZ należy odczytywać jako całość, tak i złożone przez Przystępującego oświadczenie trzeba badać w kontekście pozostałych złożonych przez niego oświadczeń (jak również z uwzględnieniem treści SIWZ). Warto w tym miejscu wskazać, iż wątpliwości Zamawiającego dotyczyły objęcia oświadczeniem o gwarancji robót budowlanych. Tymczasem roboty budowlane, określone w części II ust. 1 pkt 1.1. ppkt 8 Załącznika nr 1 do SIWZ, mieszczą się w zakresie części zamówienia: „Dostawa zabudowa, uruchomienie i przekazanie do ruchu maszyny wyciągowej wraz z układem zasilania” (tytuł części II ust 1 Załącznika nr 1 do SIWZ). Zatem sformułowanie oferty Przystępującego, że udziela gwarancji - między innymi - „na zabudowane maszyny/system sterowania” jest równoznaczne, z objęciem nią również tych robót budowlanych, wchodzących w skład wskazanej części zamówienia (opisanej w części II ust 1 Załącznika nr 1 do SIWZ). Powyższe w sposób niezbity świadczy o tym, iż oświadczenie Przystępującego w przedmiocie gwarancji już w momencie złożenia oferty spełniało wymogi SIWZ i obejmowało cały przedmiot<sup>3</sup>.w § 5 załącznika nr 7 do SIWZ, gdzie wśród istotnych postanowień które zostaną wprowadzone do umowy wskazano, iż „wykonawca gwarantuje, że przedmiot zamówienia (...)” Jak wynika z powyższego, Zamawiający przygotowując SIWZ sam różnie formułował postanowienia dotyczące przedmiotu gwarancji. Nie ma jednak wątpliwości, iż w każdym z tych zamówienia. Sprzeczności oferty z SIWZ należy bowiem upatrywać w takich sytuacjach, w których treść oświadczenia woli wykonawcy wyraża *expressis verbis* zamiar takiego odstępstwa<sup>1</sup>. Pomimo tego, dążąc do eliminacji możliwych wątpliwości, Zamawiający pismem z dnia 9 marca 2017 roku wezwał Przystępującego do założenia wyjaśnień dotyczących zakresu udzielonej gwarancji. Uwagę Izby kieruję na redakcję przedmiotowego wezwania, w którym to Zamawiający wezwał do wyjaśnienia oferty, poprzez złożenie oświadczenia, czy wykonawca udziela gwarancji na całość robót objętych zadaniem. Wobec postawionego przez Zamawiającego wymogu złożenia oświadczenia, nie sposób czynić Przystępującemu zarzutu z tego powodu, że jego wyjaśnienia złożone zostały w formie oświadczenia. W stanie faktycznym niniejszej sprawy, po otrzymaniu przez Zamawiającego stosownych wyjaśnień przystąpił on do zaproszenia wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej. Takie zachowanie Zamawiającego, wbrew argumentacji Odwołującego, nie świadczy ani o prowadzeniu z przystępującym negocjacji, ani o dokonaniu zmiany oferty. Ta część argumentacji Odwołującego stanowi znaczącą nadinterpretację zachowania Zamawiającego. W rzeczywistości bowiem sytuacja ta nie wymaga żadnej interpretacji, a jedynie zaakceptowania faktów: oferta Przystępującego od momentu jej złożenia spełniała

wymogi SIWZ. Zamawiający powziął jednak wątpliwość co do jej treści, i wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień. Spójne wyjaśnienia Przystępującego pozwoliły na wyeliminowanie wszelkich wątpliwości co do treści jego oferty, nie powodując żadnej jej zmiany.

Takie zachowanie Zamawiającego, zmierzające do wyjaśnienia jego wątpliwości było wielokrotnie wskazywane jako wzorcowe w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej<sup>2</sup>. Warto dodać, iż w niniejszym przypadku Zamawiający miał pełne prawo wezwać Przystępującego do złożenia wyjaśnień. Jak wskazuje się w orzecznictwie<sup>3</sup>, „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 niedopatrzaniem, 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 tym przypadku w ofercie znalazła się informacja odnośnie gwarancji, a Zamawiający powziął jedynie wątpliwości co do jej zakresu (a nie np. co do jej okresu, co było istotne pod względem oceny ofert).

Przystępujący wskazuje również, że w swych wyjaśnieniach wprost wskazał, iż jego oświadczenie było zgodne z treścią SIWZ. „Oświadczenie” złożone dnia 15 marca 2017 roku traktować należy nie jako oświadczenie woli, ale jako oświadczenie wiedzy, w którym przystępujący wskazał, że zawarte w jego ofercie oświadczenie obejmuje swoją treścią cały przedmiot zamówienia. Wracając do wcześniejszej argumentacji należy wskazać, iż Zamawiający przyjął wyjaśnienia Przystępującego za wystarczające. Również w jego opinii, treść gwarancji wskazanej w części XXIII SIWZ była tożsama z treścią wskazaną w pkt VIII załącznika nr 1 do SIWZ. Z tego też względu powołanie się na taką redakcję treści gwarancji przez Przystępującego spełniało wymogi SIWZ.<sup>1</sup> Por. wyrok z dnia 9 lutego 2015 r. KIO 175/15.<sup>2</sup> Por. w szczególności wyrok z dnia 12 kwietnia 2016 r. sygn. KIO 469/16, wyrok z dnia 25.10.2010 r. sygn. KIO 2220/10. Por. wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 30 marca 2010 r. sygn. X Ga 7/10.

Odnosząc się do twierdzenia Odwołującego, jakoby Zamawiający miał dokonać zmian w treści oferty Przystępującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 p.z.p., to stwierdzić należy, iż w swym zarzucie nie pozostaje on konsekwentny. Dokonanie zmian w tym trybie wiąże się bowiem z koniecznością przeprowadzenia określonej procedury. W myśl art. 87 ust. 2 pkt. 3 in fine p.z.p. zamawiający zobowiązany jest niezwłocznie po dokonaniu poprawki w ofercie zawiadomić o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Z art. 89 ust. 1 pkt 7 p.z.p. wynika z kolei, iż gdyby w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia wykonawca nie zgodził się na poprawienie omyłki jego oferta powinna podlegać odrzuceniu. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie przeprowadził tej procedury, a mimo to

Odwołujący zarzucając mu naruszenie przywołanego przepisu, nie zarzuca jednocześnie niedopełnienia związanej z nim procedury. W opinii Przystępującego odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. W uzasadnieniu Odwołujący wskazał szereg naruszeń, lecz nie wykazał zaistnienia żadnego z nich. Nie wykazano, że złożone w ofercie oświadczenie o udzieleniu gwarancji nie było zgodne z SIWZ. Nie wykazano, że wzywając do udzielenia wyjaśnień Zamawiający w rzeczywistości prowadził negocjacje. Nie wykazano, że wyjaśnienia złożone przez Przystępującego było w rzeczywistości elementem negocjacji. Nie wykazano, że na skutek udzielonych wyjaśnień doszło do jakiegokolwiek zmiany oferty. Nie wykazano, by Zamawiający w ogóle skorzystał z procedury przewidzianej w art. 87 ust. 2 pkt. 3 p.z.p. Nie wykazano również, by zachodziły przesłanki do odrzucenia oferty Przystępującego.

Jak wskazano powyżej, okoliczności na które powołuje się Odwołujący w rzeczywistości nie miały miejsca. Czynności Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu nie wymagają pogłębionej interpretacji. Oferta Przystępującego od momentu jej złożenia spełniała wymogi SIWZ. Zamawiający powziął jednak wątpliwość co do jej treści i wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień do czego był uprawniony i zobowiązany. Spójne wyjaśnienia Przystępującego pozwoliły na wyeliminowanie wszelkich wątpliwości co do treści jego oferty, nie powodując żadnej jej zmiany. Powyższe czynności znajdują pełne oparcie w przepisach p.z.p.

Biorąc pod uwagę powyższą argumentację, przystępujący wnosi jak w petitum pisma to jest o oddalenie odwołania.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła**

#### **Izba ustaliła**

Powyżej przedstawiono zarzuty oraz żądania odwołującego jak i argumentację prawną co do przywołanych przez niego okoliczności faktycznych w odwołaniu.

Również powyżej przedstawiono stanowisko zamawiającego o oddalenie odwołania w całości wynikające z odpowiedzi na odwołanie jak i stanowiskoprzystępującego w sprawie po stronie zamawiającego popierającego stanowisko zamawiającego.

Na podstawie przeprowadzonego na rozprawie postępowania dowodowego z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej przez zamawiającego do akt sprawy, w związku ze zgłoszonymi z niej dowodami, Izba ustaliła stan rzeczy jak poniżej.

Zamawiający prowadzi postępowanie którego przedmiotem jest „Modernizacja górniczego wyciągu szybowego szybu III przedział zachodni w Oddziale K.R.R.M.” o numerze postępowania: (...).

Ogłoszenie o tym zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym UE pod poz. (...)w dniu 31.01.2017r.

Odwołujący wniósł odwołanie w związku z zaproszeniem do aukcji elektronicznej i jej przeprowadzeniem z udziałem wykonawcy/przystępującym w sprawie, którego oferta w ocenie odwołującego powinna być odrzucona z postępowania na podstawie art.89 ust.1 pkt 2 pzp w związku z naruszeniem przez zamawiającego dyspozycji zawartej art.87 ust.1 pzp. Powyższy zarzut odwołujący sformułował w związku z wezwaniem zamawiającego do wyjaśnienia przez przystępującego zakresu gwarancji wynikającej z formularza ofertowego oraz złożonego w związku z tym wezwaniem oświadczenia przystępującego.

Jako podstawę do formułowania zarzutu naruszenia art.87 ust.1 w zw. z art.89 ust.1 pkt 2 pzp odwołujący przywołał postanowienia SIWZ (Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia) odnoszące się do opisu przedmiotu zamówienia (OPZ), który to opis został sformułowany w Załączniku Nr 1 do SIWZ pod nazwą „Szczegółowy Zakres Przedmiotu Zamówienia”. Ze szczegółowego uregulowania OPZ wynika, że w Części VIII Wymagania dotyczące gwarancji pkt 1 Zamawiający wymaga udzielenia na przedmiot zamówienia gwarancji na okres minimum 36 miesięcy od daty uzyskania pozwolenia na eksploatację wydanego przez organ nadzoru górniczego.

Zamawiający w części III SIWZ wskazał nazwę przedmiotu zamówienia „Modernizacja górniczego wyciągu szybowego szybu III przedział zachodni w Oddziale K.R.R.M.” i zaznaczył w pkt 2 tej części, że „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia określono w Załączniku nr 1 do SIWZ”.

Z kolei w Części VI pod nazwą „Okres i warunki gwarancji” stwierdza się, że „Wymagana gwarancja: zgodnie z pkt VIII Załącznika nr 1 do SIWZ.”

W przywoływanej Części XXIII SIWZ Kryterium oceny oferty przewidziano kryterium – okres udzielonej gwarancji –G – udzielenie gwarancji na zabudowane maszyny/system sterowania oraz wykonane prace montażowe.

Przechodząc do przywołanego załącznika nr 1 do SIWZ z jego części II pod nazwą „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia” wynika, że „Zakres modernizacji górniczego wyciągu szybowego obejmuje następujące zadania:

1. Opracowanie Projektu Wielobranżowego dla całego zakresu zadania.



2. Dostawę, zabudowę, uruchomienie i przekazanie do ruchu nowej maszyny wyciągowej wraz z układem zasilania.
3. Dostawę, zabudowę i przekazanie do ruchu nowych kół linowych na wieży.
4. Dostawę, zabudowę, uruchomienie i przekazanie do ruchu układu sygnalizacji i łączności szybowej.
5. Modernizację układu zasilania maszyny.
6. Dostawę, zabudowę i przekazanie do ruchu wyciągu awaryjnego.
7. Wykonania modernizacji zsuwni urobku oraz dostawa i zabudowa wrót szybowych dla naczynia wschodniego.

Tak więc w załączniku Nr 1 szczegółowy zakres wymieniony jest w części I i II. W części II wymienia się między innymi: wykonanie niezbędnych robót budowlanych zgodnie z projektem. Zamawiający wymaga po zakończeniu robót budowlanych: wykonania (uzupełnienia ubytków) posadzki w hali maszyny wyciągowej dla przykładu podjęcie I.1.1 pkt VIII wykonanie niezbędnych robót budowlanych, wykonanie posadzki (uzupełnienie ubytków) w hali maszyny wyciągowej, malowanie hali maszyny wyciągowej górniczego wyciągu szybowego, wymiana instalacji oświetleniowej i oświetlenia awaryjnego w budynku maszyn wyciągowych i hali przetwornic szybu.

Z kolei w punkcie 4 zał. nr 1 Modernizacja układu zasilania maszyny ppkt 2 przewiduje „wykonanie prac w zakresie branży budowlanej związanych z modernizacją stacji transformatorowo-rozdzielczej.”

W przywoływanym pkt VIII Wymagania dotyczące gwarancji w ppkt 1 znajduje się postanowienie o treści 1. „Zamawiający wymaga udzielenia na przedmiot zamówienia gwarancji na okres minimum 36 miesięcy od daty uzyskania pozwolenia na eksploatację wydanego przez organ nadzoru górniczego”.

Kolejno przywołując formularz ofertowy Przystępującego gdzie w pkt I ppkt 4 str. 4 oferty stwierdza się: „Udzielamy gwarancji na zabudowane maszyny/ system sterowania oraz prace montażowe na okres 60 miesięcy od daty odbioru technicznego przedmiotu zamówienia”.

3. Zamawiający pismem z dn. 09.03.2017 r. skierowanym do Przystępującego w pkt II tego pisma na podstawie art. 26 ust. 3 PZP wzywa do wyjaśnienia oferty w następującym zakresie: w części VIII zał. 1 do SIWZ zamawiający określił wymagania dotyczące gwarancji oraz w części II w ust. 1 pkt 1.1 określił wymagany zakres zadania w którego wchodzi również roboty budowlane ppkt 8. Wykonawca w formularzu ofertowym str. 4 w ust. 1 pkt 4) oświadczył, że udziela gwarancji na zabudowane maszyny/system sterowania oraz prace montażowe, co ze względu na inne prace (w tym budowlane) nie obejmuje on w swoim

zakresie całości inwestycji. Wobec powyższego Zamawiający wzywa do złożenia oświadczenia, czy Wykonawca udziela gwarancji na całość robót objętych zadaniem.

4. Przystępujący w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień pismem z dn. 15.03.2017 r. w załączniku nr 2 do tego pisma złożył dokument pn. "Oświadczenie wykonawcy o zakresie udzielonej gwarancji" o treści: "Oświadczamy, że udzielamy gwarancji na całość robót objętych zadaniem (tj. całość dostaw i robót objętych przedmiotem zamówienia) na okres 60 miesięcy". W oświadczeniu tym jednocześnie Przystępujący na wstępie złożonego oświadczenia stwierdza, że formułę gwarancji na zabudowane maszyny i system sterowania oraz prace montażowe wziął z części XXIII kryteria oceny ofert pkt B kryterium G - ocena techniczna (okres udzielonej gwarancji).

Co do treści formularza ofertowego to Izba ustaliła, że Wzór formularza ofertowego w ust. 1 pkt 4 zawiera postanowienie o następującej treści: "udzielamy gwarancji ....."

Formularz ofertowy zawiera treści przywoływane przez zamawiającego jak i przystępującego „Oświadczamy, że:

2. oferowany przedmiot zamówienia spełnia wszystkie wymagania określone w SIWZ.

5. zapoznaliśmy się z postanowieniami SIWZ, wyjaśnieniami i zmianami SIWZ, przekazanymi przez Zamawiającego oraz istotnymi postanowieniami umowy, i nie wnosimy w stosunku do nich żadnych uwag, a w przypadku wyboru naszej oferty podpiszemy umowę na warunkach określonych w SIWZ.

### **Izba zważyła**

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w SIWZ ustalił dwa rodzaje gwarancji to jest gwarancja na przedmiot zamówienia, której czas trwania nie mógł być krótszy niż 36 miesięcy (pkt VIII zał. Nr 1 szczegółowy opis przedmiotu zamówienia). Z kolei na użytek kryterium oceny ofert zamawiający ustalił zakres gwarancji na zabudowane maszyny/system sterowania oraz wykonane prace montażowe (pkt XXIII SIWZ). Porównując obydwie zakresy gwarancji w kontekście przedmiotu zamówienia zakres gwarancji w kryterium oceny ofert jest węższy niż zakres gwarancji ustalony w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia to jest na przedmiot zamówienia.

Zamawiający ustalił w SIWZ, że minimalnym okresem gwarancji jest 36 miesięcy. W związku z tym do dyspozycji wykonawcy należało określenie czasu trwania gwarancji ale nie krócej niż 36 miesięcy. Powyższe znalazło wyraz w formularzu ofertowym gdzie w ust. 1 pkt 4 do dyspozycji wykonawców zamawiający pozostawił okres udzielenia gwarancji. Natomiast

przystępujący w formularzu ofertowym przekroczył uprawnienie co do określenia gwarancji i oprócz wskazania jej okresu wskazał, że udziela gwarancji na zabudowane maszyny/system sterowania oraz wykonane prace montażowe a nie na przedmiot zamówienia. Przez to sformułowanie zawężył udzieloną gwarancję, która miała obejmować przedmiot zamówienia. Przedmiot zamówienia został określony w zał. Nr 1 do SIWZ dotyczący szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia, który oprócz dostawy, montażu maszyn i urządzeń (system sterowania) przewidywałmi. opracowanie dokumentacji technicznej inwestycji, demontaż dotychczasowych maszyn, urządzeń, przygotowanie obiektów w których miały być montowane maszyny i urządzenia, roboty budowlane, po uruchomieniu przygotowanie eksploatacji i odbiór przez Urząd Dozoru Górniczego. Z SIWZ nie wynikają przyczyny różnych zakresów gwarancji na przedmiot zamówienia w związku z jego wykonaniem jak i gwarancji na użytek kryteriów oceny ofert. Na rozprawie zamawiający oświadczył, że jego zamiarem nie było określenie dwóch rodzajów to jest zakresów gwarancji. Z ustaleń Izby na rozprawie wynika, że jednak w SIWZ obowiązują dwa zakresy gwarancji (węższy) w kryterium oceny ofert i szerszy w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia – Zał. Nr 1 do SIWZ.

Tak ustalone zakresy gwarancji różnią się i nie są tożsame. Zamawiający zdecydował się na wyjaśnienie zakresu gwarancji przez zastosowanie trybu art.87 ust.1 pzp. Wykonawca przystępujący na wezwanie zamawiającego skorygował swoje oświadczenie stwierdzając, że jego gwarancja obejmuje zadanie a nie jak w ofercie na zabudowane maszyny/system sterowania oraz wykonane prace montażowe. Wyjaśnił, że sugerował się w ofercie zapisem wynikającym z postanowień odnoszących się do kryterium oceny ofert.

Wystąpienie zamawiającego do wykonawcy i udzielona przez wykonawcę odpowiedź stanowią negocjacje, których efektem jest zmiana oferty co do zakresu udzielonej gwarancji (na przedmiot zamówienia a nie na zabudowane maszyny/system sterowania oraz wykonane prace montażowe). Nie zmieniają zaistniałego stanu rzeczy znajdujące się sformułowania w formularzu oferty, że wykonawca wykona i zawrze umowę zgodnie z SIWZ, ponieważ oświadczenie w ust.1 pkt 4 formularza SIWZ stanowi ich zaprzeczenie.

W tym stanie rzeczy Izba stwierdza naruszenie art.89 ust.1 pkt 2 ustawy pzp w związku z art.87 ust.1 pzp jak również pozostałych podniesionych w odwołaniu poza art.87 ust.2 pkt3 pzp, ponieważ zamawiający nie stosował powyższej procedury.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji, ponieważ naruszenie wskazanych przepisów ma wpływ na wynik postępowania. Tym samym spełniła się dyspozycja art. 192 ust.2 ustawy pzp. umożliwiająca uwzględnienie odwołania.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy oraz § 3 pkt 1 w związku z § 5 ust.2 pkt 1) 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. 2010r. nr 41 poz.238 zm. Dz.U. 2017r.) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 15.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 15.000,00 złotych jako koszty obejmujące uiszczony wpis odwołującego oraz wynagrodzenie dla pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600,00zł według załączonej faktury VAT oraz koszty dojazdu na rozprawę na podstawie złożonego biletu wydruk internetowy na kwotę 150złoty.

Przewodniczący: .....