

Sygn. akt: KIO 788/11

WYROK
z dnia 28 kwietnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 kwietnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 kwietnia 2011 r. przez wykonawcę **KOPEX S.A., ul. Grabowa 1, 40-172 Katowice** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. ul. Armii Krajowej 56, 44-330 Jastrzębie-Zdrój,**

przy udziale wykonawcy **FAMUR Sp. z o.o., ul. Armii Krajowej 51, 40-698 Katowice** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. kosztami postępowania obciąża **Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. ul. Armii Krajowej 56, 44-330 Jastrzębie-Zdrój** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **KOPEX S.A., ul. Grabowa 1, 40-172 Katowice** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. ul. Armii Krajowej 56, 44-330 Jastrzębie-Zdrój** na rzecz **KOPEX S.A., ul. Grabowa 1, 40-172 Katowice** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i 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:

U z a s a d n i e

Zamawiający: Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. w Jastrzębiu Zdroju prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie: „Dostawa fabrycznie nowego zmechanizowanego kompleksu ścianowego wraz z niezbędnym wyposażeniem dla potrzeb JSW S.A. KWK „Borynia-Zofiówka” Ruch Zofiówka”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2010/S 252-388368 w dniu 29 grudnia 2010 r.

W dniu 6 kwietnia 2011 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, złożonej przez FAMUR Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach.

Wykonawca KOPEX S.A. z siedzibą w Katowicach wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej Pzp, w tym:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy FAMUR Sp. z o.o. pomimo, że jej treść jest niezgodna z przepisami ustawy Pzp oraz nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust 3 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty FAMUR Sp. z o.o. i dokonanie wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej, pomimo że jej treść nie odpowiada treści siwz, poprzez zaoferowanie kombajnu nieodpowiadającego wymaganiom zamawiającego, niewystarczającej ilości pilotów kablowych oraz przyjęcie do obliczeń niezgodnej z wymaganiami zamawiającego roboczej prędkości posuwu kombajnu;
- 3) art. 87 ust. 1 Pzp, przez bezprawne i bezzasadne dokonanie zmian w ofercie na skutek wezwania do wyjaśnienia i uzupełnienia oferty;
- 4) art. 24 ust. 2 pkt. 4 Pzp w zw. z § 1 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2010 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich dokumenty te mogą być składane, przez zaniechanie wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy FAMUR Sp. z o.o. pomimo, iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 5) art. 24 ust. 2 pkt. 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt. 2 Pzp, przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy FAMUR Sp. z o.o. pomimo, iż wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia;
- 6) art. 89 ust. 1 pkt. 5 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty FAMUR Sp. z o.o. pomimo,

że oferta została złożona przez wykonawcę, który winien być wykluczony z postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia;

- 7) art. 7 ust. 1 Pzp, przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z zaniechaniem odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści siwz oraz zaniechaniem wykluczenia wykonawcy, który podlega wykluczeniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz, w konsekwencji wykluczenia FAMUR Sp. z o.o. z postępowania i odrzucenia jego oferty, a także powtórzenia wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, co następuje.

Zamawiający w rozdziale IX pkt B siwz (z uwzględnieniem zmian z dnia 4 lutego 2011 r.) na potwierdzenie spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia wymagał: „posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie wykonanej dostawy lub dostaw co najmniej dwóch kompletów urządzeń wchodzących w skład kompleksu ścianowego dla podziemnych zakładów górniczych wydobywających węgiel kamienny, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie. Pod pojęciem dostawy kompletu urządzeń zamawiający rozumie jednorazową dostawę całego kompleksu ścianowego lub osobną dostawę urządzeń wchodzących w skład kompleksu ścianowego, tj. min.:

- a) przenośnik zgrzeblowy ścianowy o szerokości zewnętrznej profilu rynny przenośnika min. 850 mm wraz z kruszarką ścianową,
- b) kombajn ścianowy o górnym zakresie urabiania min. 4,0 m,
- c) komplet (min. 100 sztuk) sekcji obudowy zmechanizowanej przeznaczonej do pracy w wyrobiskach ścianowych o wysokości powyżej 2,4 m,
- d) zmechanizowany kompleks podścianowy o szerokości zewnętrznej profilu rynny przenośnika min. 1000 mm, kruszarka kęsów oraz układ przekładkowy umożliwiający przebudowę całego kompleksu podścianowego”.

Wykonawca FAMUR Sp. z o.o. w wykazie wykonanych zamówień, potwierdzających spełnianie warunku opisanego w pkt. B.1. siwz wskazał w pkt 1 wykonanie dostawy urządzeń niskiego kompleksu ścianowego dla KHW KWK Murcki Staszic. Jednak ani w tabeli ani w referencjach przedstawionych na tronie 52 oferty nie wykazał, że kompleks ten składał się ze wszystkich wymaganych urządzeń (brak kruszarki ścianowej) oraz że urządzenia te cechują się wymaganymi szerokościami przenośników i górnym zakresem urabiania kombajnu. Kompleks ten był przeznaczony do ścian niskich, jego parametry, zwłaszcza w przypadku kombajnu (wymagany zasięg min. 4 m) nie odpowiadają wymaganiom zamawiającego.

W pkt 2 tabeli Wykazu FAMUR Sp. z o.o. wskazał dostawę urządzenia wysokiego kompleksu ścianowego, który został dostarczony przez podmiot udostępniający zasoby – Polskie Maszyny Górnicze S.A. W tabeli nie wykazano wymaganych parametrów, a złożone referencje nie potwierdzają dostawy kruszarki ścianowej oraz układu przekładkowego przenośnika podścianowego.

Obie powyżej wskazane dostawy nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu, tj. dostarczenia całego kompleksu ścianowego zgodnego z wymaganiami zamawiającego.

Dodatkowo, w tabeli „Wykaz wykonanych zamówień” na potwierdzenie spełnienia warunku opisanego w pkt. B.1.a siwz - przenośnik zgrzeblowy ścianowy wraz z kruszarką ścianową- FAMUR Sp. z o.o. w pkt 18 wykazał dostawę przenośnika zgrzeblowego ścianowego PZS 950 wraz z kruszarką ścianową. Dostawa została zrealizowana dla Becker-Warkop Sp. z o.o. w dniu 25 lutego 2011 r., która to firma jest producentem maszyn i urządzeń dla górnictwa. Dostawa ta nie była więc zrealizowana dla „podziemnych zakładów górniczych wydobywających węgiel kamienny”, stąd referencje wystawione przez Becker-Warkop Sp. z o.o. nie potwierdzają spełnienia warunku.

Ponadto, w pkt 16 Wykazu wykonanych dostaw (warunek opisany w pkt. B.1.d siwz - zmechanizowany kompleks podścianowy – FAMUR Sp. z o.o. poinformował, iż w zakres wykonanej dostawy wchodziły: przenośnik podścianowy PPZ-1000 wraz z najazdową stacją zwrotną UPZP oraz kruszarką. Dostawa została zrealizowana dla firmy Polskie Maszyny Górnicze S.A. nie zaś dla „podziemnych zakładów górniczych wydobywających węgiel kamienny”. Co więcej, referencje wystawione przez Polskie Maszyny Górnicze nie obejmują wymaganego układu przekładkowego, a sam wykonawca w wykazie w pkt. 16 nie wpisał tego elementu. Stąd należy uznać, że wykonana dostawa nie obejmowała w całości wymaganych urządzeń i dlatego nie potwierdza spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia.

Odwołujący wskazał także, iż sam zamawiający uznał wykaz dostaw i załączone referencje za niepotwierdzające wymaganej wiedzy i doświadczenia, dlatego pismem z dnia 23 marca 2011 r. wezwał wykonawcę do wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentów. W odpowiedzi wykonawca FAMUR Sp. z o.o. podał jedynie, iż w ofercie załączył cyt. „dokumenty, z których wynika, iż zamówienia zostały wykonane należycie. Dokumenty te w pełni potwierdzają spełnienie warunku udziału w postępowaniu postawionych w SIWZ przez Zamawiającego”. FAMUR Sp. z o.o. nie odniósł się w ogóle do kwestii podkreślonych w wezwaniu. Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, że wykonawca FAMUR Sp. z o.o. podlegał wykluczeniu z postępowania z powodu niespełnienia warunku dotyczącego posiadanej wiedzy i doświadczenia.

Odwołujący podniósł, iż oferta wykonawcy FAMUR Sp. z o.o. nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zamawiający w siwz w rozdziale VI Specyfikacji technicznej w pkt. 6 wymagał zaoferowania

kombajnu ścianowego z osłonami odociosowymi zamkniętymi - o wysokości max. 1850 mm. FAMUR w ofercie oznaczył wysokość kombajnu jako 1850 mm, zaś na rysunku będącym częścią oferty (str. 89) wskazał, że wysokość ta wynosi 2000 mm. Na wezwanie zamawiającego - wyjaśnił zarówno w tabeli z parametrami (str. 15 pkt 6), jak i na rysunku (str. 89), że wysokość oferowanego kombajnu wynosi 2000 mm, co oznacza, że zaoferował kombajn niezgodny z wymaganiami.

O ile na etapie oceny oferty sprzeczne dane mogły budzić wątpliwości, o tyle po złożeniu wyjaśnienia, FAMUR Sp. z o.o. nie pozostawił wątpliwości, że oferuje kombajn niezgodny z wymaganiami. Odwołujący wskazał, iż nie jest to mało istotny parametr, ponieważ koszty opracowania konstrukcyjnego i wykonania kombajnu spełniającego wymagania (czyli dość niskiego ale mającego jednocześnie duży zasięg powyżej 5 m) są znacznie wyższe od kombajnu niespełniającego wymagań.

Ponadto, typ kombajnu, który oferuje FAMUR Sp. z o.o. zgodnie z informacjami ze strony internetowej tej firmy, nie spełnia wymaganych innych parametrów (m.in. wysokości urabiania, mocy silników w ramionach), co wskazuje, że wykonawca ten nie dysponował w momencie składania oferty kombajnem o oferowanych parametrach.

Odwołujący wskazał jednocześnie, że wyjaśnienia oraz uzupełnienie treści oferty nie może prowadzić do zmian w ofercie. Zamawiający, w niniejszym przypadku, wezwał do wyjaśnienia w zakresie liczby oferowanych pilotów kablowych. Wykonawca FAMUR Sp. z o.o. zaoferował w pkt VI.42.d dwa piloty, natomiast w wyniku wyjaśnienia oświadczył, iż oferuje cztery piloty. W ocenie odwołującego, jest to niedozwolona zmiana oferty. Zamawiający w sposób bezprawny zaakceptował dokonanie przez wykonawcę zmiany w ofercie.

Ponadto, w ofercie - pkt VII. 72 lit. b - FAMUR Sp. z o.o. wskazał, że przyjął do obliczeń roboczą prędkość posuwu kombajnu jako 7 m/min, co jest niezgodne z wymaganiami siwz, gdyż zamawiający oczekiwał, aby do obliczeń przyjąć roboczą prędkość posuwu kombajnu 10.0 m/min. Jest to bardzo istotna (30%) różnica, bowiem przyjęcie 7 m/min zamiast 10.0 m/min skutkuje mniejszą wydajnością kompleksu, szczególnie obudowy zmechanizowanej. Zakładając mniejszą prędkość w obliczeniach wykonawca mógł zaoferować gorszą i tańszą obudowę.

Zamawiający również i w tym zakresie zwrócił się o uzupełnienie/wyjaśnienie treści oferty i analogicznie, jak powyżej, wykonawca dokonał istotnej zmiany w treści oferty, oświadczając, że przedmiotowy parametr wynosi 10 m/min, a nie 7 m/min, jak zaoferował początkowo w ofercie. Jest to niedopuszczalna zmiana treści oferty. Zamawiający nie miał prawa zaakceptować takiej zmiany, gdyż oferta podlegała odrzuceniu, jako nieodpowiadająca treści siwz.

Zdaniem odwołującego, zamawiający - nie odrzucając oferty złożonej przez FAMUR Sp. z o.o. pomimo niezgodności treści jego oferty z treścią siwz oraz niezgodną z ustawą Pzp - naruszył zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp. Wskazał, że

tylko prawidłowe stosowanie przepisów ustawy Pzp pozwala na równe traktowanie wykonawców oraz zachowanie konkurencyjności postępowania.

Wykonawca FAMUR Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, którego oferta została uznana przez zamawiającego za najkorzystniejszą, zgłosił w dniu 18 kwietnia 2011 r. swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Zamawiający nie złożył odpowiedzi na odwołanie. Na rozprawie wniósł o oddalenie odwołania w całości jako niezasadnego.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, iż odwołujący wypełnia przesłanki, określone w art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniające do wniesienia odwołania. Odwołujący jest jednym z dwóch wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu i ubiegają się o udzielenie zamówienia.

Izba uznała za skuteczne przystąpienie FAMUR Sp. z o.o. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Stosownie do brzmienia art. 192 ust. 7 Pzp, Izba rozpoznała odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt. 4 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt. 2 Pzp w wyniku zaniechania wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy FAMUR Sp. z o.o., pomimo iż wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia.

Zamawiający w pkt IX B.1 siwz określił sposób oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia. Wymagał od wykonawców „posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie wykonanej dostawy lub dostaw co najmniej dwóch kompletów urządzeń, wchodzących w skład kompleksu ścianowego dla podziemnych zakładów górniczych wydobywających węgiel kamienny, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie.” Zamawiający zdefiniował przy tym pojęcie „dostawa kompletu urządzeń” wskazując, że chodzi o „jednorazową

dostawę całego kompleksu ścianowego lub osobną dostawę urządzeń wchodzących w skład kompleksu ścianowego, tj. min.:

- e) przenośnik zgrzeblowy ścianowy o szerokości zewnętrznej profilu rynny przenośnika min. 850 mm wraz z kruszarką ścianową,
- f) kombajn ścianowy o górnym zakresie urabiania min. 4,0 m,
- g) komplet (min. 100 sztuk) sekcji obudowy zmechanizowanej przeznaczonej do pracy w wyrobiskach ścianowych o wysokości powyżej 2,4 m,
- h) zmechanizowany kompleks podścianowy o szerokości zewnętrznej profilu rynny przenośnika min. 1000 mm, kruszarka kęsów oraz układ przekładkowy umożliwiający przebudowę całego kompleksu podścianowego".

Zamawiający wymagał złożenia w ofercie wykazu wykonanych dostaw według wzoru określonego w załączniku nr 7 do siwz, w którym dla każdej z dostaw należało podać m.in. szerokość zewn. profilu rynny przenośnika ścianowego, górny zakres urabiania kombajnu ścianowego, podziałkę sekcji obudowy, szerokość zewn. profilu rynny przenośnika podścianowego.

Wykonawca FAMUR Sp. z o.o. w Wykazie wykonanych dostaw złożonym w ofercie (str. 48) w celu potwierdzenia spełnianie warunku opisanego w pkt. B.1. siwz podał 18 pozycji. Zamawiający wyjaśnił w toku rozprawy, że spełnienie warunku wiedzy i doświadczenia w odniesieniu do wykonawcy FAMUR Sp. z o.o. oceniał na podstawie pozycji 1 i 2 Wykazu wykonanych dostaw złożonego na str. 48-50 oferty.

W pozycji 1 - dla wskazanej dostawy niskiego kompleksu ścianowego dla KHW KWK Murcki Staszic - wykonawca nie potwierdził spełnienia wymaganych parametrów, tj. aby w skład kompleksu tego, odpowiednio do wymagania określonego w pkt B.1.h siwz, wchodziła kruszarka ścianowa, ani że dostarczone urządzenia cechują się wymaganymi w siwz parametrami (szerokościami przenośników i górnym zakresem urabiania kombajnu). Wymagane parametry nie zostały też wskazane w referencjach przedstawionych na tronie 52 oferty (pismo Katowickiego Holdingu Węglowego S.A. KWK „Murcki-Staszic” z dnia 8 lutego 2011 r.).

Natomiast w pkt 2 Wykazu FAMUR Sp. z o.o. wskazał dostawę wysokiego kompleksu ścianowego, który został dostarczony przez podmiot udostępniający temu wykonawcy swoje zasoby – Polskie Maszyny Górnicze S.A. W tabeli w odniesieniu do tej pozycji wykonawca również nie wykazał spełnienia wymaganych przez zamawiającego szczegółowych parametrów tych urządzeń. Złożone w ofercie referencje także nie potwierdzają wykonania dostawy kruszarki ścianowej, ani układu przekładkowego przenośnika podścianowego.

Obie powyżej omówione dostawy nie potwierdzają zatem spełniania warunku z pkt IX.B.1 siwz w żadnym z wyszczególnionych przez zamawiającego wariantów dostaw.

Co prawda w pkt 18 Wykazu wykonanych dostaw FAMUR Sp. z o.o. wskazał dostawę

przenośnika zgrzeblowego ścianowego PZS 950 wraz z kruszarką ścianową, a zatem spełniającą warunek co do przedmiotu dostawy, jednak dostawa ta nie została zrealizowana na rzecz podziemnych zakładów górniczych wydobywających węgiel kamienny lecz - dla Becker-Warkop Sp. z o.o. tj. producenta maszyn i urządzeń dla górnictwa.

Również odnośnie dostawy wskazanej w pkt 16 Wykazu należy stwierdzić, że nie potwierdza ona spełnienia warunku opisanego w pkt. B.1. lit. d siwz (Zmechanizowany kompleks podścianowy). Wykonawca wskazał, że w zakres tej dostawy wchodziły: przenośnik podścianowy PPZ-1000 wraz z najazdową stacją zwrotną UPZP oraz kruszarką. Dostawa została zrealizowana dla firmy Polskie Maszyny Górnicze S.A. czyli dla producenta urządzeń górniczych, a nie dla podziemnych zakładów górniczych wydobywających węgiel kamienny. Złożone referencje Polskich Maszyn Górniczych (str. 70 oferty, pismo z dnia 1 czerwca 2009 r.) nie potwierdzają wykonania dostawy wymaganego układu przekładkowego. Wykonawca nie wpisał tego elementu w złożonym Wykazie. Powyższe pozwala stanowczo i jednoznacznie stwierdzić, że wykonana dostawa nie obejmowała w całości wymaganych w siwz urządzeń. W związku z powyższym należało uznać, że wykonawca FAMUR Sp. z o.o. składając dokumenty w ofercie nie wykazał spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, określonego w siwz.

Zamawiający słusznie uznał zatem w toku badania i oceny ofert, że wykaz dostaw i załączone referencje nie potwierdzają wymaganej wiedzy i doświadczenia. Pismem z dnia 23 marca 2011 r. wezwał wykonawcę FAMUR Sp. z o.o. w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia wykazu i dokumentów potwierdzających należyte wykonanie dostaw, opisując bardzo szczegółowo powyżej wskazane braki w złożonych dokumentach. W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca złożył jedynie oświadczenie, że w ofercie załączył cyt. „dokumenty, z których wynika, iż zamówienia zostały wykonane należycie. Dokumenty te w pełni potwierdzają spełnienie warunków udziału w postępowaniu postawionych w SIWZ przez Zamawiającego”. Wykonawca nie odniósł się w ogóle do kwestii opisanych przez zamawiającego w wezwaniu i nie złożył wymaganego uzupełnionego Wykazu dostaw w określonym w wezwaniu zakresie. Złożył jedynie Protokół kompletnej dostawy kruszarki z dnia 4 lutego 2010 r. dla PKW S.A. ZG „Janina”, który jednak potwierdza tylko, że dostawa została wykonana, a nie potwierdza należytego wykonania tej dostawy.

Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, że wykonawca FAMUR Sp. z o.o. nie wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu. Z uwagi na wyczerpanie procedury określonej w art. 26 ust. 3 Pzp w powyższym zakresie wykonawca nie może być ponownie wezwany do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku, a zatem podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt. 2 Pzp oraz pkt IX.B.1 siwz. Stosownie do art. 24 ust. 4 Pzp ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Izba stwierdziła, że potwierdził się także zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust 2 pkt 3 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty FAMUR Sp.

z o.o., której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia na skutek zaferowania kombajnu nieodpowiadającego wymaganiom zamawiającego w zakresie maksymalnej wysokości, zaferowania niewystarczającej ilości pilotów kablowych oraz przyjęcia do obliczeń niezgodnej z wymaganiami siwz roboczej prędkości posuwu kombajnu. Izba stwierdziła także, że na skutek dokonanego wyjaśnienia treści oferty nastąpiło naruszenie art. 87 ust. 1 Pzp, przez dokonanie przez FAMUR Sp. z o.o. niedozwolonych istotnych zmian w treści złożonej oferty oraz zaakceptowanie tych zmian przez zamawiającego.

Podkreślić trzeba, że niezgodność treści oferty z treścią siwz ma miejsce w szczególności w sytuacji, gdy oferowany przedmiot zamówienia nie odpowiada przedmiotowi opisanemu w siwz co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów dotyczących wykonania przedmiotu zamówienia. Treść oferty jest zobowiązaniem wykonawcy do zrealizowania przedmiotu zamówienia na rzecz zamawiającego na warunkach określonych w siwz, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oferta podlega odrzuceniu jeżeli jej treść nie odpowiada treści siwz z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, tj. jeżeli niezgodność treści oferty z siwz nie może zostać poprawiona jako omyłka niepowodująca istotnych zmian w treści oferty. Niezgodność treści oferty z treścią siwz powinna podlegać ocenie z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 k.c., czyli jako niezgodność treści oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia.

Zamawiający w siwz w rozdziale VI. Specyfikacji technicznej w pkt. 6 wymagał zaferowania kombajnu ścianowego z osłonami odociosowymi zamkniętymi o wys. max 1850 mm.

Wykonawca FAMUR Sp. z o.o. w złożonej ofercie (str. 15, załącznik nr 3 do siwz, pkt. 6 tabeli) oznaczył wysokość tego kombajnu jako 1850 mm, natomiast na załączonym rysunku (str. 89 oferty) wskazał wysokość 2000 mm. W celu wyjaśnienia tej sprzeczności w treści oferty wykonawca został wezwany przez zamawiającego pismem z dnia 23 marca 2011 r. do złożenia wyjaśnień. Wykonawca potwierdził w załączonym do pisma z dnia 4 kwietnia 2011 r. uzupełnionym załączniku nr 3 do siwz (pkt 6, str. 15) oraz na rysunku (str. 89), że wysokość zaferowanego kombajnu wynosi 2000 mm, a zatem że jest wyższa niż dopuszczona przez zamawiającego w siwz.. Powyższe oznacza, że wykonawca jednoznacznie potwierdził, że zaferował kombajn niezgodny z wymaganiami. Wbrew temu oświadczeniu zamawiający bezpodstawnie uznał, że oferta złożona przez FAMUR Sp. z o.o. odpowiada wymaganiu co do wysokości kombajnu. Uznanie to prowadzi faktycznie do niedopuszczalnej zmiany istotnego elementu treści oferty co do przedmiotu zamówienia .

Izba zważyła przy tym, iż fakt, że materiały informacyjne potwierdzają możliwość zaferowania

kombajnu o wymaganej wysokości, nie dowodzi, że taki właśnie kombajn został zaoferowany wobec złożenia przez wykonawcę jednoznacznego oświadczenia w powyższym zakresie.

Oferta wykonawcy FAMUR Sp. z o.o. nie odpowiada także wymaganiu określonymu w pkt VI. 42 d załącznika nr 3 do siwz. Wykonawca w ofercie zaoferował 2 szt. pilotów kablowych, podczas gdy zamawiający wymagał w siwz odpowiednio - 4 szt. Na skutek wezwania do wyjaśnienia (pismo z dnia 23 marca 2011 r.) w powyższym zakresie FAMUR Sp. z o.o. złożył oświadczenie (załącznik do pisma z dnia 4 kwietnia 2011 r. – załącznik nr 3 do siwz), iż oferuje 4 piloty. W ocenie Izby jest to jednak niedozwolona zmiana treści oferty, której jednoznacznie zakazuje przepis art. 87 ust. 1 Pzp. Stosownie do brzmienia art. 87 ust. 1 Pzp wyjaśnienie treści oferty nie może prowadzić do istotnych zmian w złożonej ofercie, co w tym przypadku nastąpiło. Izba nie zgodziła się z twierdzeniem zamawiającego przedstawionym na rozprawie, iż niezgodność treści oferty z siwz w powyższym zakresie jest nieistotna i podlega poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Izba stwierdziła, że zamawiający nie dokonał de facto poprawy treści oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w powyższym zakresie lecz zaakceptował jedynie dokonaną przez wykonawcę zmianę w ofercie na podstawie złożonego oświadczenia.

Ponadto, na stronie 21 oferty - pkt VII. 72 lit. b – wykonawca FAMUR Sp. z o.o. wskazał, że do obliczeń przyjął roboczą prędkość posuwu kombajnu jako 7 m/min, podczas gdy zamawiający wymagał, aby do obliczeń przyjąć roboczą prędkość posuwu kombajnu - 10.0 m/min. Zamawiający zgodził się na rozprawie z odwołującym, iż powyższy parametr ma istotne znaczenie, bowiem przyjęcie do obliczeń prędkości 7 m/min zamiast 10 m/min skutkuje mniejszą wydajnością kompleksu, szczególnie obudowy zmechanizowanej. Zamawiający również i w tym zakresie zwrócił się o uzupełnienie i wyjaśnienie treści oferty (pismo z dnia 23 marca 2011 r.). Wykonawca FAMUR Sp. z o.o. w wyniku wyjaśnień (w uzupełnionym de facto załączniku nr 3 do siwz) dokonał istotnej niedopuszczalnej zmiany w treści oferty, oświadczając, że przedmiotowy parametr wynosi 10 m/min zamiast 7 m/min. Zamawiający również w tym przypadku zaakceptował dokonaną przez wykonawcę zmianę w złożonej ofercie, która w sposób bezprawny oraz sprzeczny z art. 87 ust. 1 Pzp doprowadziła treść złożonej oferty do zgodności z wymaganiami siwz.

Podkreślić należy, że powyższe niezgodności treści oferty z wymaganiami zamawiającego nie mogą podlegać poprawie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, ponieważ bez dodatkowego oświadczenia za strony wykonawcy, stanowiącego ingerencję w treść oferty złożonej w terminie składania ofert, zamawiający nie miał jakichkolwiek przesłanek by uznać, że oferta potwierdza spełnianie tych wymagań. Tym bardziej oferta w powyższym zakresie nie zawierała sprzeczności i niejasności, a wobec tego nie powinna podlegać wyjaśnieniu w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, a w szczególności nie mogła podlegać uzupełnieniu w zakresie załącznika nr 3 do siwz „Charakterystyka techniczna istotnych elementów przedmiotu zamówienia”, który stanowi bez wątpienia element treści oferty co do

oferowanego przedmiotu zamówienia, a nie dokument potwierdzający spełnienie przez oferowany przedmiot zamówienia wymagań zamawiającego, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz. U. z 2010 r. nr 226, poz. 1817).

W związku z powyższym należało uznać, że oferta złożona przez FAMUR Sp. z o.o. podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, ponieważ jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie, który nie podlega poprawie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Z uwagi na powyższe Izba stwierdziła, że zamawiający, nie odrzucając oferty złożonej przez FAMUR Sp. z o.o., pomimo niezgodności treści jego oferty z treścią siwz oraz nie wykluczając wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczącego posiadanej wiedzy i doświadczenia, naruszył w konsekwencji zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp, bowiem jedynie prawidłowe stosowanie przepisów ustawy Pzp pozwala na zachowanie tej zasady w prowadzonym postępowaniu.

Stosownie do art. 192 ust. 2 Pzp, Izba uznała, że stwierdzone naruszenia przepisów ustawy Pzp miały istotny wpływ na wynik postępowania, co stanowi przesłankę uwzględnienia odwołania.

Izba nie stwierdziła naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp w oparciu o zawartą w odwołaniu argumentację, uwzględniając brak przedstawienia przez odwołującego dodatkowego uzasadnienia w powyższym zakresie.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie, orzekając jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: