

Sygn. akt: KIO 2893/24

WYROK

Warszawa, dnia 11 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Monika Banaszkiewicz

Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 sierpnia 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia IWENT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rybniku, PATENTUS spółka akcyjna z siedzibą w Pszczynie, PRZEDSIĘBIORSTWO HYDROMEL spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Siemianowicach Śląskich i REMONTEX spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rybniku w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Południowy Koncern Węglowy spółka akcyjna z siedzibą w Jaworznie

przy udziale uczestników po stronie zamawiającego – wykonawców wspólnie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego: BECKER-WARKOP spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świerklanach, HYDROTECH spółka akcyjna z siedzibą w Rybniku, GRENEVIA spółka akcyjna z siedzibą w Katowicach i Elgór+Hansen spółka akcyjna z siedzibą w Chorzowie

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia IWENT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rybniku, PATENTUS spółka akcyjna z siedzibą w Pszczynie, PRZEDSIĘBIORSTWO HYDROMEL spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Siemianowicach Śląskich i REMONTEX spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rybniku tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego Południowy

Koncern Węglowy spółka akcyjna z siedzibą w Jaworznie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

2.2 zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia IWENT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rybniku, PATENTUS spółka akcyjna z siedzibą w Pszczynie, PRZEDSIĘBIORSTWO HYDROMEL spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Siemianowicach Śląskich i REMONTEX spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rybniku na rzecz zamawiającego Południowego Koncernu Węglowego spółka akcyjna z siedzibą w Jaworznie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca: .....

Sygn. akt: KIO 2893/23

Uzasadnienie

Zamawiający Południowy Koncern Węglowy spółka akcyjna z siedzibą w Jaworznie (dalej: „Zamawiający”), prowadzi z zastosowaniem przepisów ustawy z 11 września 2019 r. prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320 dalej: „ustawa Pzp”) w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie w celu udzielenia zamówienia na dostawy pod nazwą „Modernizacja oraz dostawa urządzeń układu kompleksu ścianowego dla Południowego Koncernu Węglowego S. A. - Zakład Górniczy Janina” (nr postępowania PZP/TWD/00922/2024/33/P/MNO). Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 14 marca 2024 r. pod nr 154197-2024

Dnia 12 sierpnia 2024 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w przedmiotowym postępowaniu, na podstawie art. 505 ust. 1 oraz art. 513 pkt 1 i pkt 2 ustawy Pzp odwołanie złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia IWENT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rybniku, PATENTUS spółka akcyjna z siedzibą w Pszczynie, PRZEDSIĘBIORSTWO HYDROMEL spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Siemianowicach Śląskich i REMONTEX spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rybniku (dalej: „Odwołujący”).

Odwołanie złożono od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz zaniechań czynności, do których Zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy:

1.) wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu, oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, to jest: BECKER-WARKOP sp. z o.o., GRENEVIA S.A., HYDROTECH S.A. ELGOR+HANSEN S.A. (dalej jako: Konsorcjum BECKER-WARKOP), pomimo faktu, że oferta ta winna zostać odrzucona [a z daleko posuniętej ostrożności (ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia zarzutu nr 6), że w postępowaniu złożono dwie oferty niepodlegające odrzuceniu, a zatem winna zostać przeprowadzona aukcja elektroniczna, a zatem zaniechania przeprowadzenia aukcji elektronicznej] (ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia zarzutów 2-5, postępowanie winno zostać unieważnione, ponieważ obie oferty podlegają odrzuceniu na takich samych zasadach, a zatem zaniechania unieważnienia postępowania);

2.) odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, pomimo faktu, że oferta Odwołującego jest zgodna z warunkami zamówienia, a istniejące w niej braki i

omyłki winny zostać uzupełnione, poprawione i/lub wyjaśnione, bądź poddane wykładni na podstawie art. 65 § 1 w zw. z art. 651 KC i nie powinny skutkować odrzuceniem oferty Odwołującego;

3.) zaniechania poprawienia omyłek w ofercie Odwołującego na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp (względnie art. 223 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp), pomimo faktu, że omyłki w ofercie Odwołującego są nie tylko oczywiste i łatwe do wykrycia, a nadto z pozostałej części oferty wynika wiedza w jaki sposób dokonać ich poprawy, ale również że ich poprawa nie prowadzi do istotnych zmian w treści oferty;

4.) zaniechania wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty oraz treści przedmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp lub art. 107 ust. 4 ustawy Pzp, pomimo faktu, że Zamawiający powinien nabrać wątpliwości co do treści oferty oraz przedmiotowych środków dowodowych, co najmniej tych które zostały mu zasygnalizowane w piśmie Odwołującego z dnia 28 maja 2024 roku;

5.) zaniechania wezwania Odwołującego do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, pomimo faktu, że sygnalizowane przez Zamawiającego braki w przedmiotowych środkach dowodowych winny podlegać uzupełnieniu, które Zamawiający przewidział w dokumentach zamówienia;

6.) zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum BECKER-WARKOP na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, pomimo faktu, że w ofercie Konsorcjum BECKER-WARKOP (przedmiotowym środkiem dowodowym – załączniku nr 9b do SWZ) znajdują się niezgodności z warunkami zamówienia (pozycje: VI.3.18; IX.3.34; IX.4.4, IX.4.5).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez jego błędne zastosowanie, a w konsekwencji błędny wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, a to oferty złożonej przez Konsorcjum BECKER-WARKOP pomimo faktu, że oferta ta winna zostać odrzucona [a z daleko posuniętej ostrożności (w przypadku nieuwzględnienia zarzutu nr 6), że w postępowaniu złożono dwie oferty niepodlegające odrzuceniu, a zatem winna zostać przeprowadzona aukcja elektroniczna, a zatem również art. 227 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji nieprzeprowadzenie aukcji elektronicznej [zarzut naruszenia art. 227 ust. 1 ustawy Pzp jest zarzutem ewentualnym, w przypadku nieuwzględnienia zarzutu nr 6] (względnie, w przypadku nieuwzględnienia zarzutów 2-5, postępowanie winno zostać unieważnione, ponieważ obie oferty podlegają odrzuceniu na takich samych zasadach a zatem również art. 255 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji nieunieważnienie postępowania w sytuacji, gdy nie zostały złożone żadne oferty niepodlegające odrzuceniu) [zarzut naruszenia art. 255 pkt 2 ustawy Pzp jest zarzutem ewentualnym, w przypadku nieuwzględnienia zarzutów nr 2-5];

2) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez jego błędne zastosowanie, a w konsekwencji błędne odrzucenie oferty Odwołującego, podczas gdy oferta Odwołującego nie jest niezgodna z warunkami zamówienia, a istniejące w niej braki i omyłki winny zostać uzupełnione, poprawione i/lub wyjaśnione bądź poddane wykładni na podstawie art. 65 § 1 w zw. z art. 651 KC i nie powinny skutkować odrzuceniem oferty Odwołującego (w tym zakresie Odwołujący zarzuca Zamawiającemu również naruszenie art. 65 § 1 w zw. z art. 651 KC poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji niedokonanie prawidłowej wykładni oświadczeń własnych Odwołującego zawartych w załączniku nr 9B do SWZ);

3) art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp (względnie art. 223 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp), poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji niepoprawienia omyłek w ofercie Odwołującego, podczas gdy omyłki takie winny zostać poprawione, mając na uwadze, że omyłki w ofercie Odwołującego są nie tylko oczywiste i łatwe do wykrycia, a nadto z pozostałej części oferty wynika wiedza w jaki sposób dokonać ich poprawy, ale również że ich poprawa nie prowadzi do istotnych zmian w treści oferty;

4) art. 223 ust. 1 ustawy Pzp (względnie art. 107 ust. 4 ustawy Pzp), poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji niewezwanie Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty oraz treści przedmiotowych środków dowodowych, podczas gdy Zamawiający powinien nabrać wątpliwości co do treści oferty oraz przedmiotowych środków dowodowych, co najmniej tych które zostały mu zasygnalizowane w piśmie Odwołującego z dnia 28 maja 2024 roku

5.) art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji niewezwanie Odwołującego do

uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, podczas gdy sygnalizowane przez Zamawiającego braki w przedmiotowych środkach dowodowych winny podlegać uzupełnieniu, które Zamawiający przewidział w dokumentach zamówienia;

6) art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji nieodrzućenie oferty Konsorcjum BECKER-WARKOP, podczas gdy w ofercie Konsorcjum BECKER-WARKOP (przedmiotowym środku dowodowym – załączniku nr 9b do SWZ) znajdują się niezgodności z warunkami zamówienia (pozycje: VI.3.18; IX.3.34; IX.4.4, IX.4.5), zarówno podobne do niezgodności, które spowodowały odrzućenie oferty Odwołującego – co powoduje naruszenie zasady równego traktowania wykonawców, bowiem Zamawiający przykłada do wykonawców różne miary i w tożsamej sytuacji (podobnych omyłek w ofertach), jedną ofertę odrzuca, a drugą wybiera jako najkorzystniejszą ale również dalej idące, które nie nadają się konwalidowania w taki sposób, w jaki konwalidowane powinny być omyłki w ofercie Odwołującego.

Odwołujący wnosil o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości;
- 2) przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania, a w szczególności dokumentów wskazanych w treści odwołania;
- 3) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 4) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzućenia oferty Odwołującego;
- 5) nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
- 6) nakazanie Zamawiającemu poprawienia omyłek w ofercie Odwołującego;
- 7) nakazanie Zamawiającemu wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty oraz przedmiotowego środka dowodowego;
- 8) nakazanie Zamawiającemu wezwania Odwołującego do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych;
- 9) nakazanie Zamawiającemu odrzućenia oferty Konsorcjum BECKER-WARKOP z powodu jej niezgodności z warunkami zamówienia;

z daleko posuniętej ostrożności procesowej:

- 10) na wypadek nieuwzględnienia zarzutu nr 6 – nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia aukcji elektronicznej.
- 11) na wypadek nieuwzględnienia zarzutów nr 2-5 – nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania

w każdym przypadku - obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania.

Odwołujący wskazał, iż posiada interes prawny we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 505 ust.1 ustawy Pzp. Wskazał on, że złożył prawidłową ofertę (niepodlegającą odrzućeniu) przed terminem wyznaczonym przez Zamawiającego na składanie ofert oraz nie podlega wykluczeniu. W wyniku błędnego odrzućenia oferty Odwołującego, podał on, że może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, bowiem możliwość uzyskania zamówienia została Odwołującemu odebrana. Pokłosiem powyższego jest z kolei utrata szansy Odwołującego na osiągnięcie zysku, który mógłby zostać osiągnięty w wyniku realizacji zamówienia (lucrum cessans).

Odwołujący wskazał, że bez znaczenia dla rozstrzygnięcia odwołania pozostaje fakt, że obecnie cena oferty Odwołującego jest wyższa od ceny oferty Konsorcjum BECKER-WARKOP, skoro po pierwsze Odwołujący formuluje zarzuty pozwalające na odrzućenie oferty Konsorcjum BECKER-WARKOP, a po drugie – nawet w przypadku nieuwzględnienia tych zarzutów i pozostawienia dwóch ofert w toczącym się obecnie postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w postępowaniu przewidziana jest aukcja elektroniczna, a zatem ceny do porównania ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej (ceny ostateczne) będą znane dopiero po aukcji elektronicznej.

Ponadto Odwołujący wskazał, że w związku ze zmianą linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej oraz w związku z dostrzegana przez Krajową Izbę Odwoławczą zmianą brzmienia przepisu art. 505 ust. 1 ustawy Pzp dopuszczalne jest obecnie domaganie się unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, bowiem interes prawny nie obejmuje „danego” zamówienia, rozumianego jako „dane” (obecne) postępowanie, ale jako zamówienie w rozumieniu oderwanym od konkretnej procedury (postępowania).

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu wynikającego z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a). Informację stanowiącą podstawę dla wniesienia odwołania Odwołujący uzyskał 2 sierpnia 2024 r. (Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz odrzućeniu oferty Odwołującego). W związku z powyższym odwołanie wniesione w dniu 12 sierpnia 2024 r. należy uznać za wniesione w wymaganym zgodnie z ustawą Pzp terminie.

Wpis od odwołania w kwocie 15 000,00 złotych (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) został uiszczony przelewem na

rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący podał, że w związku z nieprawidłowymi czynnościami i zaniechaniami Zamawiającego, opisanymi w uzasadnieniu odwołania, Zamawiający podjął błędną decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego, a w konsekwencji o nieprzewodzeniu aukcji elektronicznej celem wyboru oferty najkorzystniejszej, a dalej o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum BECKER-WARKOP. Odwołujący wskazał, że Zamawiający odrzucił jego ofertę, zarzucając mu rzekome trzy niezgodności oferty z warunkami zamówienia, które wynikać miałyby z przedmiotowego środka dowodowego – załącznika nr 9B do SWZ, a to:

1. rzekomą niezgodność prędkości manewrowej z wymaganiami SWZ (zob. pozycja VI.3.18 załącznika nr 9B do SWZ)
2. rzekomą niezgodność wysokości geometrycznej sekcji obudowy zmechanizowanej z wymaganiami SWZ (zob. pozycja IX.3.3 załącznika nr 9B do SWZ)
3. podanie wyłącznie jednej wartości w pozycji, w której Zamawiający wymagał podania dwóch wartości (zob. pozycja VI.3.17 załącznika nr 9B do SWZ).

Odwołujący wskazał, że dodatkowo Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego podał również inne punkty, niemniej jednak opatrzył je stwierdzeniem, że stanowią one braki, które podlegałyby uzupełnieniu na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, niemniej jednak Zamawiający od procedury tej odstąpił, ponieważ stwierdził (z czym Odwołujący zauważył, że się nie zgadza), że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu, a zatem

Zamawiający powołał się na przepis art. 107 ust. 3 ustawy Pzp, dla uzasadnienia braku wezwania Odwołującego do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych w zakresie punktów 1-19 informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Odnosnie pozycji VI.3.18 tabeli Odwołujący wyjaśnił, że z podstawowej wiedzy inżynierskiej wynika, że prędkość robocza jest mniejsza niż manewrowa. Logicznym i naturalnym, wynikającym z zasad wiedzy i doświadczenia życiowego, bez konieczności posiadania wiedzy specjalnej, jest według Odwołującego to, że wykonywanie dodatkowych czynności spowalnia maszynę. Odwołujący wskazał, że kombajn nie może poruszać się szybciej pracując, niż porusza się jadąc swobodnie. Z wypełnienia przez Odwołującego tabeli zawartej w załączniku nr 9B do SWZ wynikałyby właśnie takie wnioski, które są całkowicie sprzeczne z logiką i wiedzą oraz doświadczeniem życiowym (a tym bardziej wiedzą inżynierską, którą posiada Zamawiający). Zdaniem Odwołującego logicznym i naturalnym jest, że w załączniku nr 9B do SWZ po prostu omyłkowo wpisał on obie wartości krzyżowo – tzn. w prędkości manewrowej wpisał prędkość roboczą i na odwrot – w prędkości roboczej wpisał prędkość manewrową. Zdaniem Odwołującego doszło do oczywistej omyłki, która polega na przestawieniu wartości zamianie ich miejscami.

Odnosnie pozycji IX.3.3 Odwołujący wyjaśnił, że z podstawowej wiedzy inżynierskiej, a także z powszechnej i ugruntowanej praktyki inżynierskiej wynika, że wysokość geometryczna sekcji obudowy zmechanizowanej, do której odnosi się parametr zakwestionowany przez Zamawiającego, uwidoczniona jest w nazwie samej sekcji obudowy zmechanizowanej. Tak też jak zauważył Odwołujący jest w jego ofercie, w której w załączniku nr 1a podano nazwę sekcji obudowy zmechanizowanej. Odwołujący wskazał, że w wyniku ludzkiej omyłki przy wprowadzaniu danych do załącznika nr 9b (który składa się z ponad stu pozycji na dwudziestu ośmiu stronach), w niewyjaśniony sposób musiało dojść do omsknięcia palca na klawiaturze, i zamiast „4,1” wpisano „4,0” (przy wysokości geometrycznej). Nie ulega wątpliwości według Odwołującego, że prawidłowa informacja znajduje się wprost w ofercie, w nazwie samego urządzenia. Odwołujący zauważył, że Zamawiający jest w posiadaniu wielu obudów beznadstawkowych, których wielkość geometryczna jest zakodowana w nazwie, a zatem Zamawiający ma wiedzę o tym, jak odczytać wysokość geometryczną sekcji obudowy zmechanizowanej wyłącznie na podstawie samej nazwy tej sekcji.

Odnosnie pozycji VI.3.17 Odwołujący wyjaśnił, że niezrozumiałym jest dla niego zakwalifikowanie przez Zamawiającego tego braku jako braku powodującego odrzucenie oferty, a nie braku powodującego wezwanie Odwołującego do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego, poprzez wskazanie drugiej mocy (brakującej). Skoro w wierszu należało podać dwie wartości, a podano jedną, to Zamawiający winien zdaniem Odwołującego wezwać do podania drugiej wartości.

Odwołujący wskazał, że stanowczo i konsekwentnie prezentuje ww. stanowisko od momentu, w którym sam wykrył niedoskonałości w swojej ofercie, informując o nich Zamawiającego w swoim piśmie z dnia 28 maja 2024 roku oraz wnosząc o poprawę tych omyłek. W związku z powyższym Odwołujący stoi na stanowisku, że Zamawiający winien sprostować ww. omyłki na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 (względnie art. 223 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp jako inne omyłki niepowodujące istotnych zmian w treści oferty lub względnie jako oczywiste omyłki pisarskie, jako że sposób ich poprawy jest oczywisty i/lub dane dotyczące ich poprawy wynikają z pozostałej treści oferty. Poprawa omyłek nie spowoduje zdaniem Odwołującego żadnej istotnej ingerencji w treść jego oferty, ponieważ treść ta pozostanie stała i niezmienna, gdyż dostawie podlegać będą urządzenia w całości zgodne z ofertą oraz wymogami Zamawiającego i warunkami zamówienia.

Odwołujący wskazał na fakt, że Załącznik nr 9B do SWZ – jako oświadczenie własne Odwołującego – podlega wykładni zgodnie z art. 65 § 1 w zw. z art. 651 KC, a zatem pierwszorzędne znaczenie ma nie wykładnia literalna tego oświadczenia, ale okoliczności, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. W przypadku gdyby Zamawiający nie potrafił odtworzyć rzeczywistej treści oświadczenia Odwołującego lub jakiegokolwiek kwestie powodowały dalsze wątpliwości Zamawiającego, winien on wezwać Odwołującego w jego ocenie do wyjaśnień na podstawie art. 223

ust. 1 ustawy Pzp lub na podstawie art. 107 ust. 4 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że doszło do naruszenia naczelnej zasady zamówień publicznych, a to przepisu art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, statuującego zasadę równego traktowania wykonawców, bowiem oferta Konsorcjum BECKER-WARKOP, przy podobnych, a nawet dalej idących błędach w treści Załącznika nr 9B do SWZ nie została przez Zamawiającego odrzucona z powodu jej niezgodności z warunkami zamówienia, ale wręcz przeciwnie, oferta ta została wybrana jako oferta najkorzystniejsza. Błędy w ofercie Konsorcjum BECKER-WARKOP powinny prowadzić zdaniem Odwołującego do odrzucenia oferty tego wykonawcy ze względu na jej niezgodność z warunkami zamówienia.

Odwołujący wskazał, że w pozycji VI.3.18 – Zamawiający wymagał podania prędkości manewrowej oraz roboczej. Konsorcjum BECKER-WARKOP podało maksymalną prędkość manewrową oraz „maksymalną prędkość posuwu”. W ofercie Konsorcjum BECKER-WARKOP występuje zdaniem Odwołującego nie tylko wewnętrzna sprzeczność, ale również niezgodność z warunkami zamówienia odnośnie wymagania, aby prędkość manewrowa była nie mniejsza niż 20 m/min, podczas gdy Konsorcjum BECKER-WARKOP podaje w swojej ofercie, że prędkość ta będzie wynosiła 12 m/min. Odwołujący wskazał, że jedna ze wskazanych przez Konsorcjum BECKER-WARKOP wartości wskazuje na niespełnianie warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający, jak zauważył Odwołujący, otrzymał dwie wartości opisujące jedną i tę samą prędkość (manewrową), a zatem samodzielnie musiałyby dokonać wyboru, do której

prędkości przyporządkować podane przez Konsorcjum BECKER-WARKOP wartości oraz w jaki sposób zmienić oświadczenie Konsorcjum BECKER-WARKOP, aby wykazywało spełnianie warunków zamówienia. W tym stanie rzeczy błędy wydają się analogiczne do omyłek Odwołującego.

Odnośnie pozycji IX.3.3.34 – Odwołujący wskazał, że Zamawiający jasno sprecyzował jaki jest wymagany zakres ciśnienia (25-32 MPa) liczby te nie są opisane jako „min” lub „max”, a zatem oferenci winni wskazać wartości dokładnie takie same (25-32 MPa). Tymczasem Konsorcjum BECKER-WARKOP wskazuje na zakres 25-35 MPa, co stanowi według Odwołującego jaskrawą niezgodność z warunkami zamówienia.

Odnośnie pozycji IX.4.4 – Zamawiający jasno sprecyzował, że połączenie ma nastąpić przy pomocy przewodu DN 38, a tymczasem Konsorcjum BECKER-WARKOP oświadczyło, że zamierza dostarczyć przewód DN 51, co stanowi według Odwołującego jaskrawą niezgodność z warunkami zamówienia. Zdaniem Odwołującego nie wiadomo w jaki sposób Zamawiający miałby poprawić taki błąd.

Odnośnie pozycji IX.4.5 – Zamawiający jasno sprecyzował, że połączenie ma nastąpić przy pomocy przewodu DN 51, a tymczasem Konsorcjum BECKER-WARKOP oświadczyło, że zamierza dostarczyć przewód DN 63, co stanowi według Odwołującego jaskrawą niezgodność z warunkami zamówienia. Błędu tego nie da się zdaniem Odwołującego konwalidować, nie wiadomo w jaki sposób Zamawiający miałby poprawić taki błąd.

Odwołujący wskazał, że w przypadku, gdyby Izba uznała, że oferta Konsorcjum BECKER-WARKOP nie kwalifikuje się do odrzucenia, ale obie oferty powinny pozostać w postępowaniu, Odwołujący zarzuca Zamawiającemu nieprzeprowadzenie aukcji elektronicznej, jako że w postępowaniu pozostają dwie niepodlegające odrzuceniu oferty. Dalej Odwołujący podał, że gdyby Izba uznała, że omyłki w Załączniku nr 9B do SWZ, w ofercie Odwołującego kwalifikują ofertę Odwołującego do odrzucenia, to pociąga to za sobą jako naturalną konsekwencję konieczność odrzucenia oferty Konsorcjum BECKER-WARKOP, jako że w ofercie Konsorcjum BECKER-WARKOP znajdują się zarówno podobne błędy, o takim samym ciężarze gatunkowym, ale również błędy o większym ciężarze gatunkowym. W konsekwencji odrzucenia oferty Konsorcjum BECKER-WARKOP niezbędne staje się również według Odwołującego unieważnienie postępowania, ponieważ w takiej konfiguracji nie pozostaje w postępowaniu żadna oferta niepodlegająca odrzuceniu, a zatem postępowanie winno podlegać unieważnieniu.

W dniu 30 sierpnia 2024 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

W dniu 5 września 2024 r. Odwołujący złożył pismo procesowe wraz z dowodami.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk stron i uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Interes we wniesieniu odwołania wynika z faktu, iż w przypadku uwzględnienia zarzutów podniesionych w odwołaniu Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia (w przypadku unieważnienia przez Izbę odrzucenia oferty Odwołującego, ponownego przystąpienia do badania i oceny ofert, a następnie odrzucenia oferty Przystępującego; w przypadku unieważnienia przez Izbę odrzucenia oferty Odwołującego i konieczności przeprowadzenia przez Zamawiającego aukcji elektronicznej; w przypadku odrzucenia oferty Przystępującego i utrzymaniu odrzucenia oferty Odwołującego – unieważnienia postępowania).

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili wspólnie wykonawcy: BECKER-WARKOP spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świerklanach, HYDROTECH spółka akcyjna z siedzibą w Rybniku, GRENEVIA spółka akcyjna z siedzibą w Katowicach i Elgór+Hansen spółka akcyjna z siedzibą w Chorzowie. Strony nie zgłosiły zastrzeżeń co do skuteczności przystąpienia tych wykonawców do postępowania odwoławczego, nie

zgłosiły również opozycji. Izba postanowiła dopuścić wykonawców wspólnie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego: BECKER-WARKOP spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świerklanach, HYDROTECH spółka akcyjna z siedzibą w Rybniku, GRENEVIA spółka akcyjna z siedzibą w Katowicach i Elgór+Hansen spółka akcyjna z siedzibą w Chorzowie (dalej również: „Przystępujący”) do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego.

W dniu 30 sierpnia 2024 r. Przystępujący złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołania wraz z załącznikami, odpowiedzi na odwołanie złożonej przez Zamawiającego wraz z załącznikami, pisma procesowego z dnia 30 sierpnia 2024 r. złożonego przez Przystępującego wraz z załącznikami, pisma procesowego z dnia 5 września 2024 r. złożonego przez

Odwołującego wraz z załącznikami oraz dowodów złożonych przez Zamawiającego podczas posiedzenia przed KIO.

Izba odmówiła przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego, o co wnioskował Odwołujący podczas rozprawy, stwierdzając, że fakty będące przedmiotem opinii zostały stwierdzone innymi dowodami, w związku z czym w ocenie Izby wniosek dowodowy został powołany jedynie dla zwłoki.

Izba odmówiła włączenia w poczet materiału dowodowego uzasadnienia orzeczenia wydanego w sprawie o sygn. akt KIO 994/24 stwierdzając, że dowód ten nie ma znaczenia dla sprawy i został powołany jedynie dla zwłoki.

Biorąc pod uwagę stanowiska Stron i uczestnika postępowania odwoławczego oraz zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie i podlegało oddaleniu.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający prowadzi o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie w celu udzielenia zamówienia na dostawy pod nazwą „Modernizacja oraz dostawa urządzeń układu kompleksu ścianowego dla Południowego Koncernu Węglowego S. A. - Zakład Górniczy Janina”.

Zgodnie z rozdziałem 12 SWZ (zmiana SWZ z dnia 25 kwietnia 2024 roku), Zamawiający przewidział, że wybór oferty najkorzystniejszej zostanie poprzedzony aukcją elektroniczną w przypadku, jeśli w postępowaniu zostaną złożone co najmniej dwie oferty.

Zamawiający wraz z ofertą wymagał złożenia przedmiotowego środka dowodowego – załącznika nr 9B do SWZ – stanowiącego oświadczenie własne wykonawcy, w formie tabelarycznego potwierdzenia spełniania wymagań Zamawiającego i określającego przedmiot dostawy (przedmiot oferty).

W rozdziale 6 pkt 6.5 SWZ Zamawiający przewidział uzupełnienie przedmiotowych środków dowodowych.

W postępowaniu oferty złożyły dwóch wykonawców: Odwołujący i Przystępujący.

28 maja 2024 r. Odwołujący złożył Zamawiającemu pismo, w którym poinformował go o:

- a) krzyżowym przestawieniu dwóch wartości (prędkość jezdnią wpisano w miejscu prędkości pracy i na odwrót – prędkość pracy wpisano w prędkości jezdnej) = omyłka była oczywista, ponieważ logicznym i naturalnym jest, że maszyna szybciej jeździ niż porusza się wykonując dodatkowo pracę, a nie na odwrót (całkowicie nielogicznym i wręcz absurdalnym byłoby, żeby maszyna szybciej poruszała się wykonując pracę, niż jadąc „na pusto”),
- b) omyłkowym wciśnięciu klawisza „0” zamiast „1” przy podawaniu wysokości geometrycznej, która to omyłka również była widoczna na pierwszy rzut oka, ze względu na podaną nazwę urządzenia, w której to nazwie wpisana jest właściwa wartość „4,1”.

W dniu 2 sierpnia 2024 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty z powodu rzekomej niezgodności oferty z warunkami zamówienia oraz o wyborze – jako najkorzystniejszej – oferty Przystępującego, bez przeprowadzenia aukcji elektronicznej (w postępowaniu została złożona jedna oferta niepodlegająca odrzuceniu).

Zamawiający jako podstawę prawną odrzucenia oferty Odwołującego wskazał art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp.

W uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający podał, że:

1. W pkt VI.3.18 załącznika 9b do SWZ Wykonawca w ofercie podał oferowane parametry techniczne niezgodne z wymaganiami Zamawiającego opisanymi w SWZ, Zamawiający zgodnie Tabelą pkt. VI.3.18 w załączniku 9b do SWZ wymagał:

„Mieć prędkość posuwu:

- a) manewrową - od 0 do minimum 20 m/min,
- b) roboczą - od 0 do minimum 10 m/min.

oraz:

„Podać max. prędkość manewrową i roboczą kombajnu”

Wykonawca podał prędkość manewrową max. 10,7 m/min, Robocza max. 25,7 m/min.

Podana przez Wykonawcę prędkość manewrowa max. 10,7 m/min nie spełnia wymagań Zamawiającego podanych w Załączniku nr 5 do SWZ Opis przedmiotu zamówienia.

VI.3.18.	Meć prędkość posuwu:  a) manewrową - od 0 do min. 20 m/min,  b) roboczą - od 0 do min.10 m/min.	Podać max. prędkość manewrową i roboczą kombajnu	Prędkość manewrowa max. 10,7m/min Robocza max 25,7m/min
----------	---	--	---

2. W pkt IX.3.3 załącznika 9b do SWZ Wykonawca zaoferował urządzenie o parametrach niezgodnych z wymogami SWZ,

Zamawiający zgodnie z Tabelą pkt. IX.3.3 w załączniku 9b do SWZ wymagał:

„Sekcje posiadać będą wysokość:

- geometryczną w zakresie 2,0 ÷ 4,1 m,
- roboczą pracy w zakresie 2,6 ÷ 4,0 m,
- transportową nie większą niż 2,0 m.

oraz

„TAK Podać wysokość:

- geometryczną
- roboczą
- transportową

sekcji

Wykonawca podał Wys. geom. 2,0 ÷ 4,0 m; Wys. rob. 2,6 ÷ 4,0 m; wys. trans. 2,0 m.”

Podana przez Wykonawcę wysokość geometryczna w zakresie 2,0 ÷ 4,0 m nie spełnia wymagań Zamawiającego podanych w Załączniku nr 5 do SWZ Opis przedmiotu zamówienia.

IX.3.3.	Sekcje posiadać będą wysokość: geometryczną w zakresie 2,0 +4,1 m, - roboczą pracy w zakresie 2,6 + 4,0 m, - transportową nie większą niż 2,0 m.	TAK Podać wysokość: - geometryczną - roboczą - transportową sekcji	TAK Wys. geom. 2,0+4,0 m Wys. rob. 2,6+4,0 m Wys. transp. 2,0 m
---------	--	---	--

3. W pkt VI.3.17 załącznika 9b do SWZ Wykonawca w ofercie nie podał żądanych przez Zamawiającego parametrów urządzenia tj:

Zamawiający zgodnie z Tabelą pkt. VI.3.17 w załączniku 9b do SWZ wymagał:

„Moc silnika elektrycznego w głowicy kombajnu nie mniejsza niż 350 kW, przy czym sumaryczna moc silników elektrycznych na kombajnie nie większa niż 1000 kW. Podać moc silnika w głowicy i sumaryczną moc silników na kombajnie”.

Wykonawca podał tylko moc 350 kW nie wskazując czy to moc silnika elektrycznego w głowicy kombajnu czy sumaryczna moc silników elektrycznych na kombajnie.

Ponadto Zamawiający wskazał, że stwierdził braki opisane szczegółowo w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego. Zamawiający zauważył, że odstąpił od wezwań do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych w związku z art. 107 ust. 3 ustawy Pzp, ponieważ oferta podlega odrzuceniu jak w pkt 1+3 uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty. Zamawiający wskazał, że Odwołujący nie wskazał wymaganych przez Zamawiającego oznaczeń typów, oznaczeń lub producentów oferowanych elementów wchodzących w skład przedmiotu zamówienia (19 pozycji). Zamawiający wskazał również, że Odwołujący nie załączył do oferty Oświadczenia Użytkownika wydanego dla

Wykonawcy lub Producenta przedmiotowego sterowania.

VI.3.17.	Moc silnika elektrycznego w głowicy kombajnu nie mniejsza niż 350 kW, przy czym sumaryczna moc silników elektrycznych na kombajnie nie większa niż 1000 kW.	Podać moc silnika w głowicy i sumaryczną moc silników na kombajnie	350 kW
----------	---	--	--------

Z decyzją Zamawiającego z dnia 2 sierpnia 2024 r. nie zgodził się Odwołujący składając odwołanie.

Przystępujący wypełniając pozycje VI.3.18; IX.3.34; IX.4.4; IX.4.5 Załącznika nr 9B do SWZ wskazał:

VI.3.18.	Meć prędkość posuwu: a) manewrową - od 0 do min. 20 m/min, b) roboczą - od 0 do min. 10 m/min.	Podać max. prędkość manewrową i roboczą kombajnu	Max. prędkość manewrowa: 29 m/min Max. prędkość posuwu: 12 m/min
IX.3.34.	Sekcje będą wyposażone w układ hydrauliczny i sterowanie elektrohydrauliczne, umożliwiające automatyczną przekładkę sekcji za przemieszczającym się kombajnem, w zakresie ciśnienia zasilania emulsją olejowo-wodnej na poziomie 25 * 32 MPa. Układ sterowania winien umożliwiać również bezpośrednie sterowanie sekcją przez obsługę ściany.	TAK Podać zakres ciśnienia zasilania sekcji obudowy zmechanizowanej	TAK Zakres ciśnienia zasilania sekcji obudowy zmechanizowanej: 25-35 MPa
IX.4.4.	Magistrala ciśnieniowa dosilająca, o której mowa w punkcie IX.4.1.a) OPZ winna być połączona z zespołem filtra wysokociśnieniowego, o którym mowa w punkcie IX.8.1. OPZ przewodem DN 38 o długości 60 m. składającym się z odcinków nie dłuższych niż 10 m z zaworów odcinających zabudowanych na obu końcach węża.	TAK Podać średnicę przewodu łączącego magistralę ciś. z zespołem filtra	TAK Średnica przewodu łączącego magistralę ciś. z zespołem filtra: DN 51
IX.4.5.	Magistrala spływowa, o której mowa w punkcie IX.4.1. b) winna być połączona z rurociągiem spływowym prowadzonym w chodniku przyścianowym przewodem DN 51 o długości 80 m, składającym się z odcinków nie dłuższych niż 10 m i zaworów odcinających zabudowanych na obu końcach węża,	TAK Podać średnicę przewodu łączącego magistralę spł. z rurociągiem spł.	TAK Średnica przewodu łączącego magistralę spł. z rurociągiem spł.: DN 63

Zgodnie z pkt IX.3.34 Załącznika nr 5 do SWZ - Opis przedmiotu zamówienia: „Sekcje powinny być wyposażone w układ hydrauliczny i sterowanie elektrohydrauliczne, umożliwiające automatyczną przekładkę sekcji za przemieszczającym się kombajnem, w zakresie ciśnienia zasilania emulsją olejowo-wodnej na poziomie 25 ÷ 35 MPa. Układ sterowania winien umożliwiać również bezpośrednie sterowanie sekcją przez obsługę ściany.”

Zgodnie z pkt IX. 4.4 Załącznika nr 5 do SWZ - Opis przedmiotu zamówienia: „Magistrala ciśnieniowa, o której mowa w punkcie IX.4.1.a) winna być połączona z zespołem filtra wysokociśnieniowego, o którym mowa w punkcie IX.8.1. przewodem o średnicy dobranej zgodnie z pkt IX.4.1 a) o długości 60 m, składającym się z odcinków nie dłuższych niż 10 m z i zaworów odcinających zabudowanych na obu końcach węża.”

Zgodnie z pkt IX. 4.5 Załącznika nr 5 do SWZ – Opis przedmiotu zamówienia: „Magistrala spływowa, o której mowa w punkcie IX.4.1.b) winna być połączona z rurociągiem spływowym prowadzonym w chodniku przyścianowym przewodem o średnicy dobranej zgodnie z pkt IX.4.1 b) o długości 80m, składającym się z odcinków nie dłuższych niż 10 m i zaworów odcinających zabudowanych na obu końcach węża.”

Zgodnie z pkt IX.4.1 Załącznika nr 5 do SWZ – Opis przedmiotu zamówienia:

„Magistrala ciśnieniowa dosilająca i magistrala spływowa, prowadzone w prowadnicach kablowych przenośnika ścianowego wykonane jako elastyczne węzłowe, dostosowane do długości ociosu ścianowego wynoszącego 300m z systemem przyłączy SuperStecko o następujących parametrach:

- a) magistrala ciśnieniowa na długości ściany - średnica przewodów dobrana przez dostawcę systemu sterowania zapewniający prawidłową pracę elementów sterowania kompleksu, dostosowana do ciśnienia roboczego min. 350 bar, jednak średnica nie mniejsza niż DN 38, b) magistrala spływowa na długości ściany - średnica przewodów dobrana przez dostawcę systemu sterowania zapewniający prawidłową pracę elementów sterowania kompleksu dostosowana do ciśnienia roboczego min. 70 bar, jednak średnica nie mniejsza niż DN 51.”

Przedmiotowe postępowanie dotyczyło tego, czy Zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp poprzez:

- dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu, oferty złożonej przez Przystępującego, pomimo faktu, że oferta ta winna zostać odrzucona ewentualnie zaniechanie przeprowadzenia aukcji elektronicznej, ewentualnie zaniechanie unieważnienia postępowania, ponieważ oferty złożone przez Odwołującego i Przystępującego podlegają odrzuceniu na takich samych zasadach, a zatem zaniechanie unieważnienia postępowania;

- odrzucenie oferty Odwołującego pomimo faktu, że jego oferta jest zgodna z warunkami zamówienia, a istniejące w niej braki i omyłki winny zostać uzupełnione, poprawione i/lub wyjaśnione, bądź poddane wykładni na podstawie art. 65 § 1 w zw. z art. 65<sup>1</sup> kc i nie powinny skutkować odrzuceniem oferty Odwołującego;
- zaniechanie poprawienia omyłek w ofercie Odwołującego, pomimo faktu, że omyłki w ofercie Odwołującego są nie tylko oczywiste i łatwe do wykrycia, a nadto z pozostałej części oferty wynika wiedza w jaki sposób dokonać ich poprawy, ale również że ich poprawa nie prowadzi do istotnych zmian w treści oferty;
- zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty oraz treści przedmiotowych środków dowodowych, pomimo faktu, że Zamawiający powinien nabrać wątpliwości co do treści oferty oraz przedmiotowych środków dowodowych, co najmniej tych które zostały mu zasignalizowane w piśmie Odwołującego z dnia 28 maja 2024 roku;
- zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, pomimo faktu, że sygnalizowane przez Zamawiającego braki w przedmiotowych środkach dowodowych winny podlegać uzupełnieniu, które Zamawiający przewidział w dokumentach zamówienia;
- zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, pomimo faktu, że w jego ofercie znajdują się niezgodności z warunkami zamówienia (pozycje: VI.3.18; IX.3.34; IX.4.4, IX.4.5).

W pierwszej kolejności należy wskazać, że wydając orzeczenie Izba jest związana zakresem zarzutów podniesionych w odwołaniu. Zarzut stanowi wskazanie czynności bądź zaniechania przez Zamawiającego czynności, do których jest obowiązany na podstawie ustawy oraz okoliczności faktyczne wskazujące na naruszenie przepisów prawa. Dodatkowo jak wynika z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych

uzasadniających wniesienie odwołania powinno być zawarte już w odwołaniu. Izba wskazuje, że analiza dotycząca przewodów wskazanych pod lit. c) i d) uzasadnienia faktycznego odwołania odnoszącego się do zarzutu nr 6 (omyłkowo wskazanego w uzasadnieniu przez Odwołującego jako zarzut nr 7) została zaprezentowana dopiero podczas rozprawy.

Izba wskazuje, że nie podziela stanowiska Zamawiającego i Przystępującego zaprezentowanego podczas rozprawy, zgodnie z którym Zamawiający nie byłby uprawniony do dokonania poprawy oczywistych omyłek pisarskich lub innych omyłek polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia niepowodujących zmian w treści oferty, w przypadku ich stwierdzenia w treści załącznika nr 9B do SWZ. Treść tego załącznika stanowi oświadczenie własne wykonawcy określające bardzo szczegółowo przedmiot dostawy. Wskazać należy, że ofertę stanowi nie tylko sam formularz oferty, lecz także dokumenty wymagane przez Zamawiającego w SWZ - składają się one na część oferty sensu largo, tak też zdaniem Izby należy traktować załącznik nr 9B do SWZ.

Odnosząc się do zarzutów nr 2, 3, 4 i 5 Izba wskazuje, że jak wynika z art. 223 ust. 2 pkt 1) i 3) ustawy Pzp „Zamawiający poprawia w ofercie:

1. oczywiste omyłki pisarskie,
2. (...)
3. Inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty (...).”

Jak wynika z orzecznictwa KIO oraz sądów okręgowych możliwość poprawienia oczywistej omyłki w tekście oferty dotyczy wyłącznie takich błędów, które są łatwe do zauważenia, a „oczywistość” omyłki rozumianej jako określona niedokładność nasuwa się każdemu, bez potrzeby przeprowadzania dodatkowych badań czy też ustaleń. Może to być błąd pisarski, logiczny, przypadkowe przeoczenie lub inna niedokładność przypadkowa, która nasuwa się sama przez się każdemu. Inne zaś omyłki to omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Proces poprawiania innych omyłek nie może prowadzić przy tym do konieczności znaczącej ingerencji ze strony Zamawiającego w treść oferty. Wystąpienie takiej omyłki nie może też pozostawiać wątpliwości co do zamierzonej treści oświadczenia wykonawcy (tak też: Komentarz do ustawy Pzp pod redakcją Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza).

W załączniku nr 9B do SWZ Odwołujący w poz. VI.3.18 wskazał zarówno prędkość posuwu manewrową, jak i roboczą. Odwołujący powołując się na pismo z 28 maja 2024 r. wskazuje, że dokonał krzyżowej zamiany podanych wartości. Izba wskazuje, że Zamawiający informacji o tej zamianie, a tym samym prawidłowych wartościach prędkości oferowanego przez Odwołującego kombajnu ścianowego nie mógł wywieść z dokumentacji znajdującej się w jego posiadaniu. Odwołujący wskazuje na złożenie oferty „na serio” oraz konieczność dokonywania oceny złożonego przez niego oświadczenia woli zgodnie z jego intencją, należy jednak

zauważyć, że z żadnego dokumentu złożonego przez Odwołującego ta intencja nie wynikała. Skąd Zamawiający miałby bowiem wiedzieć, że intencją Odwołującego było wpisanie wartości na odwrót, a nie np. wskazanie innych parametrów. Niedokładność powinna być widoczna i możliwa do poprawy dla każdego, w przedmiotowym przypadku nie sposób uznać, abyśmy z taką sytuacją mieli do czynienia.

Podobnie należy ocenić błąd popełniony przez Odwołującego w poz. IX.3.3 załącznika 9B do SWZ. Odwołujący zarówno w piśmie z 28 maja 2024 r., jak i w odwołaniu wskazał, że podana przez niego wysokość geometryczna jest błędna na skutek omsknięcia się palca pracownika. Jak wynika ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego nie można

zgodzić się z Odwołującym, że Zamawiający z łatwością mógł zauważyć omyłkę i ją poprawić, a przynajmniej uznać, że jest to inna omyłka nie powodująca istotnej zmiany treści oferty, ponieważ zakres wysokości geometrycznej sekcji wynika z parametrów zawartych w nazwie samego urządzenia. Bezsprzecznie między stronami, co zostało stwierdzone m.in. dowodami załączonymi do pisma procesowego Odwołującego z dnia 5 września 2024 r. było, że istnieją urządzenia, które w nazwie mogą zawierać wymagane parametry. Nie wynika to jednak z żadnych uregulowań prawnych, które zobowiązywałyby producentów urządzeń do stosowania takiego oznaczenia. Co więcej zarówno Zamawiający, jak i Przystępujący wskazali urządzenia, w których nazwie parametry nie zostały zawarte. Jak słusznie wskazał Przystępujący, gdyby prawidłowością było podawanie wartości geometrycznych w nazwie, to Zamawiający nie żądałby wskazania wysokości w wykazie parametrów, ponieważ wystarczyłaby nazwa produktu. Potwierdzeniem braku konieczności wskazywania parametrów (dolnego i górnego zakresu konstrukcyjnego) w nazwie obudowy zmechanizowanej jest również oświadczenie z dnia 3 września 2024 r. Głównego Instytutu Górniczego – Państwowego Instytutu Badawczego przedłożone przez Zamawiającego. Wyraźnie w nim wskazano, że pod tą samą nazwą można spotkać warianty obudowy o różnym zakresie konstrukcyjnym i/lub pracy.

Odnosząc się do poz. VI.3.17 załącznika nr 9B do SWZ, w której Odwołujący podał moc wyłącznie jednego silnika elektrycznego w głowicy kombajnu Izba wskazuje, że Zamawiający nie miał wiedzy i informacji, jak powinien dokonać poprawy ewentualnej omyłki. Odwołujący wskazał moc silnika 350 kW, podczas gdy powinien on podać dwie wartości. Nie podał on np. sumy obu wartości, z których Zamawiający mógłby wywieść moc drugiego silnika. Wezwanie Odwołującego do podania drugiej wartości prowadziło by w związku z tym do zmiany treści oferty. Zostałby bowiem wskazany element, którego wcześniej w niej nie było, a którego nie dało się wywieść z posiadanych przez Zamawiającego informacji. Zamawiający nie mógł wywieść tej wartości z posiadanych dokumentów, gdyż jak wskazał podczas rozprawy zgodnie z kartą produktową kombajnu Eickhoff SL300 łączna moc silników wynosi 1158 kW, a więc więcej, niż wymagał.

Odnosząc się do ewentualnego uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych Izba wskazuje, że uzupełnienie może dotyczyć wyłącznie:

1) złożenia przedmiotowego środka dowodowego, który nie został złożony, 2) uzupełnienia części złożonego dokumentu o brakującą (niezłożoną) część.

Art. 107 ustawy Pzp nie upoważnia natomiast Zamawiającego do wezwania o poprawienie złożonego dokumentu, jeśli budzi on jego wątpliwości lub nie potwierdza, że dostawy oferowane przez wykonawcę spełniają wymogi zamawiającego. Nie służy on również poprawieniu błędnie wypełnionego przedmiotowego środka dowodowego. Nie można bowiem postawić znaku równości pomiędzy dokumentem niezłożonym lub niekompletnym a błędnie wypełnionym, jak to ma miejsce w przypadku poz. VI.3.18 i IX.3.3. Wezwanie zaś do podania brakującej mocy, która powinna zostać określona w poz. VI.3.17 należałoby uznać za niedopuszczalną negocjację treści oferty i ingerencję w jej treść.

Nie sposób również się zgodzić z Odwołującym, że Zamawiający powinien nabrać wątpliwości co do treści oferty oraz treści przedmiotowych środków dowodowych co najmniej tych, które zostały mu zasygnalizowane w piśmie Odwołującego z dnia 28 maja 2024 r. Zamawiający jest uprawniony bowiem do wyjaśnienia przedmiotowych środków dowodowych, ale bez prawa do ich uzupełniania. Wyjaśnienie treści przedmiotowego środka dowodowego nie może także skutkować zmianą treści oświadczenia lub dokumentu, a z taką sytuacją mielibyśmy do czynienia w przedmiotowej sprawie.

Odnosząc się do zarzutu nr 6 Izba nie zgadza się ze stanowiskiem Odwołującego, że Przystępujący popełnił podobne błędy/omyłki w załączniku nr 9B do SWZ do tych, które popełnił Odwołujący, a nawet, że są one dalej idące. Odnosząc się do pozycji VI.3.18 załącznika 9B do SWZ Izba wskazuje, że Przystępujący był zobowiązany do podania maksymalnej prędkości manewrowej i roboczej kombajnu. Uzupełniając tabelę Przystępujący wskazał, maksymalną prędkość manewrową i maksymalną prędkość posuwu. Nie ulega wątpliwości, że Przystępujący podał dwie różne wartości, z czego jedna odpowiadała nazwą prędkości żądanej przez Zamawiającego tj. prędkości manewrowej. Nie sposób się zgodzić z interpretacją Odwołującego, że skoro posuw oznacza przemieszczanie się maszyny, to Przystępujący podał dwie wartości prędkości manewrowej. Interpretacji takiej przeczy podanie dwóch różnych wartości. Odwołujący nie wykazał, że dwie wartości manewrowe dla tego samego urządzenia nie muszą być jednakowe, co więcej mogą się tak znacznie różnić. Jak wynika z przedłożonego przez Zamawiającego dowodu nr 2 tj. opracowania AGH Wydział Inżynierii Mechanicznej i Robotyki Katedra Inżynierii maszyn i transportu producenci kombajnów w różny sposób nazywają prędkość posuwu roboczą. W niektórych katalogach jest ona nazywana wyłącznie prędkością posuwu. Również z załączonej do odpowiedzi na odwołanie pracy doktorskiej Ł. B. wynika, że prędkość robocza bywa zamiennie nazywana prędkością posuwu. Co więcej Izba wskazuje, że maksymalna prędkość robocza we wskazanej przez Przystępującego wysokości

wynika z dokumentacji technicznej oferowanego przez Przystępującego urządzenia. W ocenie Izby Zamawiający mający niewątpliwie profesjonalną wiedzę w zakresie maszyn górniczych w sposób uprawniony dokonał interpretacji maksymalnej prędkości posuwu kombajnu ścianowego wskazanej przez Przystępującego w pozycji VI.3.18 jako prędkości posuwu roboczej. Nie mamy w związku z tym do czynienia z niezgodnością z warunkami zamówienia, ponieważ wartość do której w odwołaniu odnosił się Odwołujący stanowiła maksymalną prędkość posuwu roboczą, a nie manewrową, jak utrzymywał Odwołujący. Odwołujący nie zakwestionował wartości posuwu roboczej.

Odnosząc się do poz. IX.3.34 załącznika nr 9B do SWZ dotyczącej sekcji obudowy zmechanizowanej wskazać należy, że zakres ciśnienia zasilania sekcji obudowy zmechanizowanej został podany nie tylko w opisie tej pozycji, ale został on również wskazany w załączniku nr 5 do SWZ tj. opisie przedmiotu zamówienia (zgodnie z pkt IX.3.34 Załącznika nr 5 do

SWZ - Opis przedmiotu zamówienia: „Sekcje powinny być wyposażone w układ hydrauliczny i sterowanie elektrohydrauliczne, umożliwiające automatyczną przekładkę sekcji za przemieszczającym się kombajnem, w zakresie ciśnienia zasilania emulsją olejowo-wodną na poziomie 25 ÷ 35 MPa. Układ sterowania winien umożliwiać również bezpośrednie sterowanie sekcją przez obsługę ściany”). Wskazano tam górny zakres ciśnienia na poziomie 35 MPa. Opis przedmiotu zamówienia zawiera wymagania Zamawiającego odnoszące się do poszczególnych urządzeń. Bezsporne między stronami jest to, że w tabeli stanowiącej załącznik nr 9B w poz. IX.3.34 znalazła się niższa wartość górnego zakresu ciśnienia, jednak w ocenie Izby wymagania Zamawiającego zostały określone w OPZ, w związku z czym Przystępujący zaoferował urządzenie zgodne z warunkami zamówienia. Odwołujący w odwołaniu wskazał, że błędu popełnionego przez Przystępującego nie można konwalidować. Izba wskazuje, że wartość, którą wskazał Przystępujący była zgodna z wymaganiem OPZ i przez niego zamierzona, w związku z czym nie było potrzeby ewentualnego rozważania dokonywania jej poprawy. Odnosząc się zaś do niezgodności postanowień opisu tabeli i OPZ Izba wskazuje, że niezgodności w tym zakresie należy rozpatrywać na korzyść wykonawcy.

Odnosząc się do poz. IX.4.4 i IX.4.5 załącznika 9B do SWZ dotyczącego średnicy przewodów sterowania hydraulicznego Izba wskazuje, że podziela stanowisko Zamawiającego zgodnie z którym poz. IX.4.4 należy rozpatrywać łącznie z poz. IX.4.1a) tabeli, zaś poz. IX.4.5 należy rozpatrywać łącznie z poz. IX.4.1b) tabeli, w których średnica przewodów została określona jako minimalna. Oferowane przez Przystępującego przewody spełniają te wymagania. W przypadku więc magistrali ciśnieniowej niezbędne było dobranie średnicy przewodów tak, aby zapewnić prawidłową pracę elementów sterowania kompleksu – nie mniejszą niż DN 38; a w przypadku magistrali sphywowej również zapewniającej prawidłową pracę sterowania i nie mniejszą niż DN 51. Zaoferowane przez Przystępującego wartości spełniają te wymagania tj. dla magistrali ciśnieniowej zaoferował on bowiem przewód DN 51 (więcej niż minimalne

wymagane DN38), a dla magistrali sphywowej DN 63 (więcej niż minimalne wymagane DN51). Izba wskazuje, że powyższe potwierdza załącznik nr 4 do pisma procesowego złożonego przez Przystępującego (schematy magistral ciśnieniowej dosilającej i sphywowej). Odwołujący w tym zakresie poprzestał na goloślovnym stwierdzeniu, nie popartym dowodami, z których wynikałoby, że przewody zaoferowane przez Przystępującego są niezgodne z warunkami zamówienia. Co prawda Odwołujący podjął próbę zobrazowania swojego twierdzenia podczas rozprawy, jednak podniesioną wówczas argumentację należy uznać na spóźnioną, ponieważ nie została ona podniesiona w odwołaniu.

Mając na uwadze powyższe w ocenie Izby Zamawiający nie dopuścił się naruszenia wskazanych przez Odwołującego w zarzutach nr 2-6 przepisów ustawy Pzp, a w konsekwencji również przepisów ustawy Pzp wskazanych w zarzucie nr 1, który jest zarzutem wynikowym w stosunku do pozostałych. W przypadku nie potwierdzenia się zarzutów 2-6 odwołania, należy uznać, że Zamawiający dokonał prawidłowego wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, tj. oferty złożonej przez Konsorcjum BECKER-WARKOP (niepotwierdzenie się zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego). W postępowaniu nie złożono dwóch ofert niepodlegających odrzuceniu, a zatem nie było podstaw do przeprowadzenia aukcji elektronicznej. Z uwagi na niepotwierdzenie się zarzutów odwołania nie było również podstaw do unieważnienia postępowania, ponieważ oferta Przystępującego nie podlegała odrzuceniu.

Reasumując Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, a w działaniach Zamawiającego nie dopatrzyła się naruszenia zasad wynikających z ustawy Pzp.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania odwoławczego stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodnicząca: .....