**Sygn. akt: KIO/UZP 462/10**

**WYROK**
**z dnia 19 kwietnia 2010r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Bartczak-śuraw**

**Członkowie: Bogdan Artymowicz**
**Barbara Bettman**

**Protokolant: Przemysław Śpiewak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 kwietnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Centrala Zaopatrzenia Hutnictwa S.A. (lider), 2. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe DREMEX sp. z o.o. w Rudnej Małej, adres dla lidera: 40-955 Katowice, ul. Józefa Lompy 14** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Kompania Węglowa S.A., 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30** protestu z dnia 25 lutego 2010 r.

przy udziale wykonawcy **Andrzej Konieczka prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe CONSTAL Zakład Pracy Chronionej, 83-210 Zblewo, ul. Kościerska 18** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie;**

2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Centrala Zaopatrzenia Hutnictwa S.A. (lider), 2. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe DREMEX sp. z o.o. w Rudnej Małej, adres dla lidera: 40-955 Katowice, ul. Józefa Lompy 14** i nakazuje:

---

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Centrala Zaopatrzenia Hutnictwa S.A. (lider), 2. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe DREMEX sp. z o.o. w Rudnej Małej, adres dla lidera: 40-955 Katowice, ul. Józefa Lompy 14,**

2) dokonać zwrotu kwoty 10 556 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Centrala Zaopatrzenia Hutnictwa S.A. (lider), 2. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe DREMEX sp. z o.o. w Rudnej Małej, adres dla lidera: 40-955 Katowice, ul. Józefa Lompy 14.**

**Uzasadnienie**

Zamawiający - Kompania Węglowa S.A. - w dniu 13 listopada 2009 r. wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, ze zm.) (dalej ustawa Pzp), publikując ogłoszenie w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w przedmiocie realizacji zadania pod nazwą „Dostawa okładzin siatkowych zgrzewanych zaczepowych i łańcuchowych do Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. w 2010 roku" (nr 2009/S 219-315304).

W dniu 16 lutego 2010 r. Zamawiający poinformował Wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie poszczególnych zadań oraz o odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego w zakresie zadań nr 6-14 oraz 16-19. Jako podstawę

prawną tego ostatniego rozstrzygnięcia podał art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, podkreślając, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ). W ocenie Zamawiającego oferowane okładziny siatkowe są niezgodne z wymaganiami przez niego stawianymi, gdyż uwzględniają pręty poprzeczne o zbyt małej średnicy. W zakresie zadania nr 11 postępowanie zostało unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp, ponieważ nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

---

W dniu 25 lutego 2010 r. Odwołujący wniósł protest wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, w tym odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp i zażądał powtórnego dokonania oceny złożonej oferty w przedmiocie udokumentowania przez Odwołującego, że oferowane produkty odpowiadają wymaganiom SIWZ, a tym samym uznania oferty złożonej przez Odwołującego za zgodną z SIWZ oraz dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego w zakresie zadań nr 6-14 oraz 16-19. Odwołujący wskazywał, że ma interes prawny w złożeniu protestu, gdyż jego oferta złożona w zakresie zadań nr 6-14 oraz 16-19 opiewa na najniższe ceny, a cena stanowi jedyne kryterium wyboru. Odwołujący zarzucał Zamawiającemu brak szczegółowej analizy oferty złożonej przez Odwołującego. Zdaniem Odwołującego, wszystkie zawarte w ofercie dokumenty potwierdzają w sposób nie budzący wątpliwości, że oferowane produkty są zgodne z wymogami stawianymi przez Zamawiającego przedmiotowi zamówienia, to jest odpowiadają treści SIWZ.

Odwołujący argumentował w proteście, że złożył ofertę według wzoru sporządzonego przez Zamawiającego na potrzeby toczącego się postępowania, stanowiącego część SIWZ. W ofercie (str. 4 oferty) złożył oświadczenie, iż oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w SIWZ za ceny wskazane w ofercie w odniesieniu do poszczególnych zadań.

W opinii Odwołującego istota problemu związanego z rozbieżną interpretacją treści oferty złożonej przez Odwołującego sprowadza się do sposobu rozumienia wzoru oferty sporządzonej przez Zamawiającego w części wyliczenia i opisu poszczególnych zadań. We wzorze oferty zamieszczono opis przedmiotu zamówienia dla każdego zadania, pozostawiając miejsca wykropkowane do wypełnienia przez wykonawcę, przy czym Zamawiający nie zamieścił żadnego wyjaśnienia w przedmiocie sposobu uzupełnienia brakującej treści. Odwołujący podkreślał, że było dla niego oczywistym, że należy podać cenę za produkt opisany szczegółowo w SIWZ dla poszczególnego zadania i nie może tego zmienić sposób wypełnienia tabeli przygotowanej we wzorze oferty. Za oczywiste uznano również to, że skoro w opisie poszczególnych zadań (wymienionych na potrzeby podania ceny) powołano się na certyfikat, to w wykropkowane miejsca w zakresie parametrów siatek należy wpisać dane zgodnie z literalną treścią tegoż certyfikatu. W przypadku oferty złożonej przez Odwołującego z treści certyfikatu nie wynika natomiast wprost, że podany parametr odpowiada SIWZ. Dlatego też Odwołujący w swojej ofercie (na str. 194) załączył pismo Instytutu Techniki Górniczej KOMAG: znak DBA/PR/2519/2009 z dnia 10 grudnia 2009 r. w przedmiocie nadzoru nad certyfikatem nr KOMAG/08/B/270 siatki okładzinowej zgrzewanej zaczepowej typu DRG - ciężka oraz certyfikatem nr KOMAG/08/B/271 siatki okładzinowej

---

zgrzewanej łańcuchowej typu DRGŁ - ciężka. Stwierdzono w nim jednoznacznie, że zastosowanie w siatkach okładzinowych zgrzewanych zaczepowych typu DRG - ciężka i łańcuchowych typu DRGŁ - ciężka m.in. prętów poprzecznych gładkich w zakresie średnic 4,5 mm - 6,5 mm nie narusza funkcjonalności oraz parametrów wytrzymałościowych przedmiotowych siatek okładzinowych zgrzewanych. Zaznaczono, że nie jest konieczne rozszerzanie przyznanych certyfikatów, należy natomiast uzupełnić dokumentacje techniczno-ruchowe nr DTR/105/08 oraz DTR/106/08. Na rysunku konstrukcyjnym nr DR.02.1140A.08 stanowiącym załącznik do certyfikatu nr KOMAG/08/B/271 zamieszczono uwagę, iż dopuszcza się stosowanie większych średnic prętów m.in. dla prętów poprzecznych gładkich w zakresie od 4,5 mm do 6,5 mm. Dołączone do oferty dokumentacje techniczno-ruchowe nr DTR/105/08 oraz DTR/106/08 nie pozostawiały, zdaniem Odwołującego, wątpliwości w powyższym zakresie. W opinii Odwołującego z opisanego stanu faktycznego wynikało, że Zamawiający nie miał prawa stwierdzić, że Odwołujący

oferuje produkt niezgodny z treścią SIWZ. Opisane wyżej pismo Instytutu Techniki Górniczej KOMAG nie bez powodu zostało dołączone do oferty Odwołującego, a jego treść powinna była rozwiać wszelkie wątpliwości Zamawiającego w spornym zakresie.

Odwołujący podnosił, że stanowisko Zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego z powodu wyżej opisanego jest tym bardziej niezrozumiałe wobec faktu, iż w roku ubiegłym Odwołujący dostarczał Zamawiającemu oferowane produkty w oparciu o identyczne wymagania i dokumenty jak w niniejszym postępowaniu, przy braku jakichkolwiek zastrzeżeń technicznych czy wątpliwości wobec parametrów dostarczanego produktu.

Odwołujący wskazywał także, że waga jednostkowa zaoferowanych siatek (np. w zakresie zadania nr 18 wyższa niż waga jednostkowa siatek zaoferowanych przez wykonawcę, którego oferta została wybrana) potwierdza, że Zamawiający nie powinien mieć wątpliwości co do parametrów zaoferowanych siatek. Odwołujący podkreślał także, że złożenie przez niego oferty było równoznaczne z akceptacją istotnych postanowień, które zostaną wprowadzone do umowy, w tym § 1 ust. 5, stanowiącego, że przedmiot umowy spełniać będzie wszystkie wymagane parametry techniczne oraz pozostałe wymagania określone w SIWZ.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu po stronie Zamawiającego w zakresie zadań nr 16-19 przyłączył się wykonawca - Andrzej Konieczka, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe CONSTAL Zakład Pracy Chronionej (dalej Przystępujący). W przystąpieniu wskazał on, że zarzuty Odwołującego nie mają oparcia w treści SIWZ. Przystępujący uzasadniał, że w SIWZ Zał. nr 1 pkt 3 „Wymagania prawne i wymagane parametry techniczno-użytkowe przedmiotu

---

zamówienia" ppkt 2 lit. d) Zamawiający jednoznacznie określił średnice prętów, z których należy wykonać przedmiot zamówienia, tj. pręty podłużne spiralnie walcowane miały mieć średnicę 7,0 mm z tolerancją do +0,4 mm i do -0,1 mm, a pręty poprzeczne gładkie średnicę 5,0 mm z tolerancją do +0,4 mm i do -0,1 mm. Z kolei w Zał. nr 2 do SIWZ „Formularz ofertowy" Zamawiający zamieścił zapis „oferujemy wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w SIWZ za cenę (…)", żądając od wykonawcy wskazania ceny, określenia średnicy pręta podłużnego i poprzecznego oferowanego przedmiotu zamówienia oraz wagi, wskazania nr certyfikatu. Dodatkowo Zamawiający zażądał od wykonawcy przedstawienia w ofercie dokumentów potwierdzających spełnienie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego (Zał. nr 1 do SIWZ pkt 4) m.in. dokumentów potwierdzających, że oferowana siatka spełnia oczekiwania Zamawiającego pod względem średnicy prętów. Przystępujący wskazał, że dla profesjonalnego producenta było oczywiste, że należy zaoferować siatkę zgodną z Zał. nr 1 do SIWZ pkt 3 ppkt 2 lit d). Protestujący wskazuje, że Odwołujący w żadnej części oferty nie udokumentował, że jego oferta spełnia wymagania SIWZ, wskazując w formularzu ofertowym siatkę o średnicy prętów: pręt podłużny 7,0 mm i poprzeczny 4,5 mm. Powoływane pismo Instytutu Techniki Górniczej KOMAG z dnia 10 grudnia 2009 r. nie jest wystarczające na potwierdzenie, że oferta spełnia wymagania SIWZ. Wg Przystępującego Zamawiający ustanowił bezwzględny wymóg dotyczący średnicy pręta, z jakiego wykonawca jest zobowiązany wykonać siatki objęte zamówieniem. Na potwierdzenie spełnienia tego warunku Zamawiający żądał odpowiednich dokumentów, m.in. certyfikatów i wyników badań będących podstawą ich wydania. Zdaniem Przystępującego przedłożony certyfikat nr KOMAG/08/B/271 (str. 155-156 oferty) oraz sprawozdanie nr 187/DLB-2/2008 (str. 179-186 oferty) nie spełnia wymogów Zamawiającego, ponieważ dokumenty te potwierdzają parametry siatek wykonanych ze średnicy prętów nieodpowiadającej SIWZ, a złożenie pisma Instytutu Techniki Górniczej KOMAG nie jest wystarczające w tym zakresie. Pismo takie jest tylko i wyłącznie potwierdzeniem realnego stanu rzeczy, ponieważ oczywistym jest, że siatka wykonana z grubszych prętów będzie spełniała parametry wytrzymałościowe siatki wykonanej z cieńszych prętów. Przystępujący wskazał także, że w poprzednich postępowaniach wymogi były odmienne i nie są miarodajne w obecnym postępowaniu. Podobnie co do argumentu o ciężarze siatki, Przystępujący podnosił, że to na wykonawcy spoczywa wykazanie prawidłowego dobrania prętów, a nie na Zamawiającym dociekanie, jaki rodzaj prętów zastosował Odwołujący. Przystępujący twierdził również, że samo zaakceptowanie przez Odwołującego istotnych postanowień umowy nie może być uznane za wystarczające do uznania, że oferta Odwołującego spełnia wymagania

Zamawiającego w SIWZ. Wskazał też na dodatkowe błędy w ofercie Odwołującego.

---

W rozstrzygnięciu protestu z dnia 5 marca 2010 ,r. doręczonym Odwołującemu dnia 8 marca 2010 r., Zamawiający oddalił protest w zakresie zadania nr 6-10 oraz 12 i 13 z uwagi na brak interesu prawnego (oferta Odwołującego nie była najkorzystniejsza). W zakresie zadania nr 6-14 i 16-19 Zamawiający podtrzymał odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, ponieważ treść oferty nie odpowiadała treści SIWZ. Zamawiający podnosił, że w SIWZ – Zał. Nr 1 pkt 3 „Wymagania prawne i wymagane parametry techniczno użytkowe przedmiotu zamówienia" ppkt *2* lit. d) określił jednoznacznie średnice prętów, z jakich winien być wykonany zaoferowany przedmiot zamówienia, tj. dla siatki ciężkiej wykonanej z prętów podłużnych spiralnie walcowanych i z prętów poprzecznych gładkich odpowiednio: pręty podłużne spiralnie walcowane: 7,0 mm z tolerancją do +0,4 mm i do - 0,1 mm, pręty poprzeczne gładkie: 5,0 mm z tolerancją do + 0,4 mm i do - 0,1 mm. Wykonawca w zadaniach nr 6-14 i 16-19 zaoferował siatki o grubościach prętów: pręty podłużne spiralnie walcowane: 7,0 mm z tolerancją do +0,4 mm i do - 0,1 mm, pręty poprzeczne gładkie: 4,5 mm z tolerancją do + 0,5 mm. Wynika z tego, że Odwołujący w zadaniach nr 6-14 i 16-19 zaoferował okładziny siatkowe wykonane z prętów poprzecznych o średnicy niezgodnej z wymaganiami Zamawiającego, tj. o średnicy niższej od wymaganej przez Zamawiającego i dlatego jego oferta została przez Zamawiającego odrzucona. Odwołujący podał średnicę prętów poprzecznych oferowanych siatek w Zał. nr 2 do oferty „Formularz ofertowy" (str. 3-10 oferty) i w Zał. nr 2a „Wykaz parametrów techniczno-użytkowych oferowanego przedmiotu zamówienia oraz załączonych dokumentów" (str. 68-79 oferty). W obydwu zestawieniach określił, iż średnice prętów poprzecznych oferowanych siatek wynoszą 4,5 mm z tolerancją do + 0,5 mm. Również dołączone do oferty dokumenty techniczne (certyfikaty, dokumentacja techniczna, wyniki badań) dotyczyły okładzin siatkowych wykonanych z prętów poprzecznych o średnicy 4.5 mm z tolerancją do +0,5 mm. Oznacza to, że dokumenty te odnosiły się wprawdzie do oferowanego wyrobu, lecz nie potwierdzały wymagań Zamawiającego określonych w SIWZ. Jedynie załączone do oferty pismo Instytutu Techniki Górniczej KOMAG (w rozstrzygnięciu protestu: Centrum Mechanizacji Górnictwa KOMAG) znak DBA/PR/2519/2009 z dnia 10 grudnia 2009 r. (str. 194 oferty) dotyczące nadzoru nad certyfikatem nr KOMAG/08/B/270 wydanym dla siatki okładzinowej zgrzewanej zaczepowej typu „DRG - ciężka" oferowanej w zadaniach nr 6-14 i certyfikatem nr KOMAG/08/B/271 wydanym dla siatki okładzinowej zgrzewanej łańcuchowej typu „DRGŁ - ciężka" oferowanej w zadaniach nr 16-19, zawiera informację, iż zastosowanie w tych siatkach prętów poprzecznych gładkich o średnicy od 4,5 mm do 6,5 mm „nie narusza funkcjonalności oraz parametrów wytrzymałościowych przedmiotowych siatek" i w związku z tym „nie jest konieczne rozszerzenie przyznanych certyfikatów". Jednocześnie w piśmie tym stwierdzono, że dokumentacja techniczno-ruchowa nr DTR/105/08 i DTR/106/08 dotycząca w/w siatek winna zostać uzupełniona o wprowadzone zmiany. Wg Zamawiającego Wykonawca w ofercie takiej dokumentacji nie przedstawił, lecz dołączył do oferty jedynie nowe rysunki siatek, nadając im

---

nazwy i numerację z dokumentacji będącej podstawą wydania ww certyfikatów. W rysunkach (rysunki siatki okładzinowej zgrzewanej zaczepowej typu „DRG - ciężka" oferowanej w zadaniach nr 6-14 - str. 151-154 oferty i rysunki siatki okładzinowej zgrzewanej łańcuchowej typu „DRGŁ - ciężka" oferowanej w zadaniach nr 16-19 - str. 187-190 oferty) zamieszczono uwagę o treści: „dopuszcza się stosowanie większych średnic prętów dla prętów poprzecznych gładkich w zakresie od 4,5 mm do 6,5mm. Zarówno pismo Centrum Mechanizacji Górnictwa KOMAG (Instytutu Techniki Górniczej KOMAG) znak DBA/PR/2519/2009 z dnia 10 grudnia 2009 r., jak i dołączone do oferty rysunki siatek świadczą jedynie o potencjalnej możliwości zaoferowania przez Odwołującego siatek zgodnych z wymaganiami Zamawiającego. Odwołujący w ofercie w zadaniach nr 6-14 i 16-19 nie zaoferował siatek wykonanych z prętów o średnicy prętów poprzecznych gładkich zgodnej z wymaganiami Zamawiającego. Wykonawca nie zaoferował takich siatek zarówno w Zał. nr 2 do oferty „Formularz ofertowy" (str. 3-10 oferty) jak i w Zał. nr 2a „Wykaz parametrów techniczno-użytkowych oferowanego przedmiotu zamówienia oraz załączonych dokumentów" (str. 68-79 oferty). Wykonawca może złożyć w postępowaniu jedną ofertę (art. 82 ust. 1 ustawy Pzp., SIWZ - część XVII „Opis przygotowania oferty" ). W/w dokumenty są oświadczeniem woli wykonawcy, a wola ta wyrażona przez wykonawcę w ofercie zgodnie z art. 82. ust 1 ustawy Pzp nie może być zmieniona. Wola ta jest dla Zamawiającego jednoznaczna i nie wymaga uzupełnienia w oparciu o art. 26 ust. 3 lub wyjaśnienia w oparciu o art. 26 ust. 4 i art. 87 ust 1 ustawy Pzp.

W odwołaniu wniesionym dnia 18 marca 2010 r. Odwołujący podtrzymał zarzuty protestu w zakresie zadań nr 11,14 i 16-19. śądał powtórzenia czynności oceny i wyboru ofert w sposób zgodny z prawem. Odwołujący nie zaprzeczał temu, że oferta przez niego złożona stanowi oświadczenie woli, lecz w jego opinii Zamawiający nie dostrzegł tego, iż wniesiony protest nie miał na celu zmiany tego oświadczenia, a jedynie wyjaśnienie jego treści. Według Odwołującego stało się to konieczne ze względu na błędne odczytanie tej treści przez Zamawiającego. Odwołujący podnosił, że wykonawca nie ma wpływu na formułowanie treści formularza ofertowego sporządzonego na potrzeby toczącego się postępowania, w związku z tym nie może ponosić negatywnych konsekwencji zaniedbań Zamawiającego w tym zakresie, w tym nieprzewidzenia przez niego możliwych do wystąpienia rodzajów dokumentów potwierdzających spełnienie wymagań nałożonych wobec przedmiotu zamówienia. W opinii Odwołującego nieprawdą jest również, jak twierdził Zamawiający, że celem Odwołującego było „uzupełnienie swojej woli", ponieważ wola ta wynikała jasno z przedłożonych przez Wykonawcę dokumentów. Należało je rzetelnie przeanalizować, a nie oprzeć się jedynie na sporządzonych na potrzeby wyliczenia ceny (i to przez Zamawiającego) w ofercie sformułowaniach, wyciągając z tego wnioski, że stanowią one opis oferowanego przedmiotu niezgodnego z SIWZ. Treść oświadczenia woli

---

złożonego przez Odwołującego się jest jasna i czytelna, mając na uwadze treść całej złożonej przez niego oferty.

Odwołujący wskazywał, że podstawą rozstrzygnięcia protestu przez Zamawiającego był zarzut nieprzedstawienia przez Odwołującego dokumentu potwierdzającego spełnienie wymagań przez oferowany przedmiot zamówienia, to jest dokumentacji, a ściślej jej uzupełnienia zgodnie z zaleceniem zawartym w piśmie Instytutu Techniki Górniczej KOMAG znak DBA/PR/2519/2009 z dnia 10 grudnia 2009 r. w przedmiocie nadzoru nad certyfikatem nr KOMAG/08/B/270 siatki okładzinowej zgrzewanej zaczepowej typu DRG - ciężka oraz certyfikatem nr KOMAG/08/B/271 siatki okładzinowej zgrzewanej łańcuchowej typu DRGŁ- ciężka (str. 194 oferty). Stanowisko to w opinii Odwołującego jest oczywiście bezpodstawne. Odwołujący przedstawił w złożonej ofercie prawidłowo uzupełnioną dokumentację techniczną (nr DTR/105/08 i DTR/106/08) odpowiednio na str. 126 i 160 oferty. Takie przeoczenie ze strony Zamawiającego świadczyło, zdaniem Odwołującego, o braku zapoznania się z treścią oferty złożonej przez Odwołującego. Podważa również twierdzenie zawarte w uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu, że Odwołujący wykazał się jedynie „potencjalną możliwością" zaoferowania produktu zgodnego z wymaganiami SIWZ. Odwołujący reprezentował stanowisko, iż gdyby Zamawiający rzetelnie przeanalizował ofertę złożoną przez Odwołującego (w tym przede wszystkim dołączone do niej dokumenty), nie miałby wątpliwości, że produkt oferowany odpowiada wymaganiom opisanym w SIWZ.

W przystąpieniu do postępowania odwoławczego Przystępujący podtrzymał zarzuty i żądania zawarte w przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

**Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając materiał dowodowy zawarty w aktach sprawy, w tym w dokumentacji postępowania, proteście, odwołaniu, przystąpieniach i wyjaśnieniach złożonych przez strony i uczestników w toku postępowania i na rozprawie, zważyła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła następujący stan prawny mający zastosowanie do niniejszego odwołania.

Na podstawie art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591) oraz art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), w zakresie

---

rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu dotychczasowym - sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 ustawy Pzp.

Oceniając istnienie interesu prawnego po stronie Odwołującego, Izba ustaliła, że w

zakresie zadań nr 14 oraz 16-19 Odwołujący posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający go do złożenia protestu i odwołania. Interes prawny wynikający ze wskazanego przepisu sprowadza się do doznania uszczerbku w uzyskaniu zamówienia w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Zdaniem Izby, Odwołujący ma interes prawny, gdyż w przypadku potwierdzenia się zarzucanego naruszenia przepisów ustawy Pzp i uznania, że oferta Odwołującego nie podlegała odrzuceniu jako niezgodna z SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, oferta Odwołującego uznana byłaby za najkorzystniejszą w zakresie zadań nr14 oraz 16-19.

Natomiast w zakresie zadania nr 11 w ocenie Izby Odwołujący nie wykazał istnienia interesu prawnego we wniesieniu odwołania. Zamawiający pismem z dnia 16 lutego 2010 r. powiadomił wykonawców, w tym Odwołującego, o odrzuceniu oferty Odwołującego w zakresie zadań nr 6-14 oraz 16-19 (pkt 1 pisma z dnia 16 lutego 2010 r.), wybranych wykonawcach w zakresie poszczególnych zadań (pkt 2 pisma z dnia 16 lutego 2010 r.) oraz unieważnieniu postępowania w zakresie zadania nr 11 na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp (pkt 3 pisma z dnia 16 lutego 2010 r.). Odwołujący złożył protest na czynność odrzucenia swojej oferty w zakresie zadań nr 6-14 oraz 16-19, a następnie odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty odnośnie odrzucenia jego oferty w zakresie zadań nr 11, 14 oraz 16-19. Odwołujący nie zakwestionował natomiast w proteście ani w odwołaniu czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp wymienionej w pkt 3 pisma z dnia 16 lutego 2010 r. W związku z powyższym czynność unieważnienia postępowania w odniesieniu do zadania nr 11 stała się ostateczna. Zaniechanie złożenia protestu wobec czynności unieważnienia skutkowało zatem pozbawieniem Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia w tym zakresie. Odwołujący nie wykazał zatem w odwołaniu, iż posiada interes prawny we wniesieniu odwołania w tym zakresie.

Odnosząc się do podniesionych w proteście, jak i w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

---

Przede wszystkim należy wskazać, że z treści odwołania oraz wyjaśnień złożonych przez strony na rozprawie wynika, że Zamawiający i Odwołujący rozbieżnie interpretowali przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp. Odwołujący podnosił, że podstawą rozstrzygnięcia protestu na niekorzyść Odwołującego był zarzut nieprzedstawienia przez Odwołującego dokumentu potwierdzającego spełnienie wymagań przez oferowany przedmiot zamówienia, tj. uzupełnienia dokumentacji zgodnie z zaleceniem zawartym w piśmie Instytutu Techniki Górniczej KOMAG znak DBA/PR/2519/2009 z dnia 10 grudnia 2009 r. w przedmiocie nadzoru nad certyfikatem nr KOMAG/08/B/270 siatki okładzinowej zgrzewanej zaczepowej typu DRG–ciężka oraz certyfikatem nr KOMAG/08/B/271 siatki okładzinowej zgrzewanej łańcuchowej typu DRGŁ–ciężka (str. 194 oferty). Tymczasem, wedle ustaleń poczynionych przez Izbę, stanowisko to jest całkowicie niezasadne i nie ma oparcia w dokumentacji postępowania (informacja o rozstrzygnięciu postępowania z dnia 16 lutego 2010 r. oraz rozstrzygnięcie protestu - pismo z dnia 5 marca 2010 r., doręczone Odwołującemu dnia 8 marca 2010 r.), gdzie wyraźnie stwierdzono, iż przesłanką odrzucenia oferty Odwołującego nie były braki w dokumentacji, lecz niezgodność treści oferty w zakresie zadań nr 6-14 i 16-19 z treścią SIWZ. Odwołujący zarówno w formularzu ofertowym (str. 3-10 oferty), jak i Zał. Nr 2a „Wykaz parametrów techniczno-użytkowych oferowanego przedmiotu zamówienia oraz załączonych dokumentów" (str. 71 i 77 oferty). zaoferował okładziny siatkowe wykonane z prętów poprzecznych o średnicy niezgodnej z wymaganiami Zamawiającego wynikającymi z SIWZ (tj. zaoferował pręty o średnicy 4,5 mm z tolerancją +0,5 mm).

Zamawiający w SIWZ Zał. nr 1 pkt 3 „Wymagania prawne i wymagane parametry techniczno-użytkowe przedmiotu zamówienia" ppkt 2 lit. d) określił jednoznacznie średnice prętów, z jakich winien być wykonany oferowany przedmiot zamówienia. Dla zadań nr 6-14 i 16-19 Zamawiający wymagał, aby średnica prętów siatek wynosiła dla siatki ciężkiej wykonanej z prętów podłużnych spiralnie walcowanych i z prętów poprzecznych gładkich odpowiednio: pręty podłużne spiralnie walcowane: 7,0 mm z tolerancją do + 0,4 mm i do - 0,1 mm, pręty poprzeczne gładkie: 5,0 mm z tolerancją + 0,4 mm i do -0,1 mm. Oznacza to zatem, że Zamawiający dopuszczał siatki z prętów poprzecznych o średnicach od 4,9 mm do 5,4 mm. Odwołujący w formularzu ofertowym (str. 3-10 oferty) w zakresie zadań nr 6-14 i 16-

19 zaoferował siatki o grubości prętów: pręty podłużne spiralnie walcowane: 7,0 mm z tolerancją do + 0,4 mm i do -0,1 mm, pręty poprzeczne gładkie: 4,5 mm z tolerancją + 0,5 mm, czyli od 4,5 mm do 5,0 mm, co jest w sposób wyraźny niezgodne z wymaganiami zawartymi w SIWZ. Z powyższego wynika bowiem, że oferowany przedmiot może spełniać wymóg postawiony przez Zamawiającego (tj. gdy średnica wynosić będzie 4,9 mm lub 5,0 mm), ale może także tego wymogu nie spełniać. Z formularza ofertowego wynika bowiem, że

---

oferowany przedmiot może mieć także średnicę 4,5 mm - 4,8 mm, co jest niezgodne ze SIWZ. Podobnie w Zał. Nr 2a „Wykaz parametrów techniczno-użytkowych oferowanego przedmiotu zamówienia oraz załączonych dokumentów" Odwołujący analogicznie wskazał średnice prętów oferowanych siatek (str. 71 i 77 oferty). Odwołujący nie zadeklarował wyraźnie w żadnym miejscu w ofercie, że przedmiot zamówienia będzie posiadał wymaganą średnicę, a Zamawiający nie może poprzestać na oświadczeniu Odwołującego, że wykona przedmiot zamówienia w sposób zgodny z SIWZ, skoro oświadczeniu temu przeczą postanowienia oferty.

Nie można uznać także wyjaśnień Odwołującego, że sposób wypełnienia przez niego formularza ofertowego wynikał z nie dość jasnego sformułowania przez Zamawiającego wzoru oferty. Odwołujący podnosił, że skoro Zamawiający wymagał powołania się na określony certyfikat, w zakresie parametrów siatek należało wpisać dane z certyfikatu, zgodnie z jego literalną treścią. Z tego względu Odwołujący wpisał parametr 4,5 mm wynikający z treści certyfikatu. Odwołujący wskazywał, że załączył pismo Instytutu Techniki Górniczej KOMAG z dnia 10 grudnia 2009 r. na potwierdzenie okoliczności, że zastosowanie średnic w zakresie 4,5 mm – 6,5 mm nie zmienia funkcjonalności oraz parametrów wytrzymałościowych przedmiotowych siatek i nie jest konieczne rozszerzanie przyznanych certyfikatów, należy natomiast uzupełnić dokumentację techniczno-ruchową. Odwołujący podnosił, że uzupełniona dokumentacja została załączona do oferty na str. 126 i 160 oferty. W opinii Izby, powyższej argumentacji nie sposób podzielić. Zamawiający w SIWZ jednoznacznie sprecyzował swoje wymagania w zakresie parametrów siatek. Certyfikat miał jedynie potwierdzać, że oferowany produkt spełnia wymagania Zamawiającego. W formularzu ofertowym wykonawca winien był zatem wskazać parametry produktu, który oferuje oraz nr właściwego certyfikatu. śadne z postanowień SIWZ ani formularza ofertowego nie wskazywały ani nie sugerowały sposobu wypełnienia oferty, na jaki powołuje się Odwołujący. Formularz ofertowy stanowi oświadczenie woli wykonawcy, w którym wskazuje on na oferowany przez siebie przedmiot zamówienia, który powinien być zgodny z SIWZ, a przedmiotowa zgodność winna z niego jednoznacznie wynikać. Stanowi on bowiem zobowiązanie wykonawcy co do sposobu realizacji zamówienia i musi być dla Zamawiającego jednoznaczny. Należy podkreślić, że Odwołujący nie zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SIWZ w zakresie sposobu wypełnienia formularza ofertowego, a sama treść SIWZ w tym zakresie, wbrew stanowisku Odwołującego, nie budzi wątpliwości. Należy zatem uznać, że zarzut o niejasności sformułowań SIWZ nie znalazł potwierdzenia.

---

Izba wskazuje również, że wyjaśnienia Odwołującego odnośnie przesłanek podania przez niego parametru 4,5 mm jako literalnego odzwierciedlenia certyfikatu nie znajdują potwierdzenia w treści formularza ofertowego i tegoż certyfikatu. Formularz ofertowy wymienia bowiem nie tylko parametr 4,5 mm, ale także tolerancję + 0,5 mm. Z kolei certyfikat nr KOMAG/08/B/271 (str. 155-156 oferty) i KOMAG/08/B/270 (str. 121-122 oferty) w swojej treści wskazują na średnicę prętów poprzecznych 4,5 mm bez jakiejkolwiek tolerancji. Tolerancja wynika z dokumentacji dodatkowej (dokumentacja techniczno-ruchowa), a nie literalnej treści certyfikatu, na co powoływał się Odwołujący. Izba podnosi, że załączona do oferty dokumentacja dodatkowa (pismo Instytutu Techniki Górniczej KOMAG znak DBA/PR/2519/2009 z dnia 10 grudnia 2009 r. oraz uzupełniona dokumentacja techniczno-ruchowa nr DTR/105/08 i DTR/106/08) potwierdza, że Odwołujący na podstawie posiadanych certyfikatów mógł zaoferować Zamawiającemu produkt spełniający wymagania SIWZ. W treści formularza ofertowego brak jest jednak takiej deklaracji, toteż Zamawiający nie mógł przyjąć, że ta potencjalna możliwość została zrealizowana, w szczególności, że deklaracja taka nie znalazła się w żadnym innym miejscu oferty, a Zał. 2a „Wykaz parametrów techniczno-użytkowych oferowanego przedmiotu zamówienia oraz załączonych dokumentów" potwierdzał

parametry oferowanego przedmiotu zawarte w formularzu ofertowym. Izba wskazuje ponadto, że w toku postępowania ustalono, że uzupełnienie dokumentacji techniczno-ruchowej budzić warunkujące skuteczność certyfikatu w zakresie średnic 4,5 mm-6,5 mm może wątpliwości. Rysunki, na które powoływał się Odwołujący, miały oznaczenie 2 grudnia 2008 r., podczas gdy pismo Instytutu Techniki Górniczej KOMAG wskazujące na skuteczność dotychczasowych certyfikatów pod warunkiem uzupełnienia dokumentacji techniczno-ruchowej nr DTR/105/08 i DTR/106/08) było datowane na dzień 10 grudnia 2009 r. Powyższe postaje jednak bez znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, ponieważ zarzut Zamawiającego skutkujący odrzuceniem oferty Odwołującego nie dotyczył braków w dokumentacji, lecz niezgodności oferty z treścią SIWZ.

Odwołujący podnosił nadto, że również waga oferowanego produktu wskazywała na to, że oferowana siatka ma prawidłowe parametry. Izba ustaliła, że w SIWZ nie ma wzoru umożliwiającego przeliczenie określonej średnicy siatek na wagę. Waga nie mogła być zatem brana pod uwagę jako oznaczenie prawidłowości dostarczanego produktu, jak tego żądał Odwołujący.

Zdaniem Izby formularza ofertowego w tym zakresie nie można poprawić w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp, czyli jako innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ niepowodującej istotnej zmiany w treści oferty. Gdyby nawet zmianę taką zakwalifikować jako niepowodującą istotnej zmiany treści oferty, to wątpliwości budzi jej

---

charakter jako omyłki. Dokumentacja załączona do oferty wskazywała bowiem na możliwość zaoferowania siatek o parametrach prawidłowych (ewentualne braki czy nieścisłości w dokumentacji podlegałyby uzupełnieniu lub wyjaśnieniu w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp), jednak Odwołujący zaoferował produkt taki, co do którego Zamawiający nie może mieć pewności, że jest zgodny z SIWZ.

Równocześnie Izba podkreśla, iż nie widzi możliwości wyjaśniania treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ nie może to prowadzić do zmiany treści oferty ( z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, które nie mają tu zastosowania).

Izba podkreśla także, że za chybiony należy uznać argument Odwołującego, że w poprzednich postępowaniach Zamawiający określał analogiczne warunki i wówczas oferta Odwołującego była uznawana za prawidłową. Przedmiotem analizy Izby są warunki postawione w niniejszym postępowaniu oraz SIWZ sporządzona na potrzeby tego postępowania. Ponadto Zamawiający i Przystępujący zgodnie wskazywali, że wymogi w zakresie średnic prętów w poprzednich postępowaniach były sformułowane odmiennie, dając wykonawcom większy zakres swobody niż w przedmiotowym postępowaniu.

Biorąc za podstawę stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art.191 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania.

---

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach.**

**Przewodniczący:**

**……**

**Członkowie:**

**……**

**……**

---