

WYROK

z dnia 30 kwietnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 kwietnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 kwietnia 2014 r. przez wykonawcę – **Huta Łabędy S.A., ul. Zawadzkiego 45, 44-109 Gliwice**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Katowicki Holding Węglowy S.A., ul. Damrota 16-18, 40-022 Katowice**,

przy udziale wykonawcy – **Matix Sp. z o.o., ul. Żyzna 11 L, 42-202 Częstochowa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy - Matix Sp. z o.o. z Częstochowy oraz nakazuje odrzucenie oferty tego wykonawcy;
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego – **Katowicki Holding Węglowy S.A., ul. Damrota 16-18, 40-022 Katowice** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę - **Hutę Łabędy S.A., ul. Zawadzkiego 45, 44-109 Gliwice** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od zamawiającego - **Katowickiego Holdingu Węglowego S.A., ul. Damrota 16-18, 40-022 Katowice** na rzecz wykonawcy - **Huta Łabędy S.A., ul. Zawadzkiego 45, 44-109 Gliwice** kwotę **18 930 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów związanych z dojazdem na posiedzenie i rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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 **Katowicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie prowadzone jest przez Zamawiającego – Katowicki Holding Węglowy Spółka Akcyjna na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) [ustawa Pzp), w trybie przetargu ograniczonego, którego przedmiotem jest „Dostawa strzemion dwujarzmowych do Katowickiego Holdingu Węglowego S.A. w okresie 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy”.

Wykonawca - Huta Łabędy Spółka Akcyjna z siedzibą w Gliwicach [Odwołujący] wniósł odwołanie od czynności braku odrzucenia oferty wykonawcy - MATIX spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z Częstochowy podnosząc zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz zarzut naruszenia art. 87 ust.1 pkt 1 oraz ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp i zarzut naruszenia art. 82 ust.3 ustawy Pzp i art. 7 ust.3 ustawy Pzp.

Odwołujący podał także, że legitymuje się interesem w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem postępowania, gdyż jest jednym z dwóch wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia i w wyniku niezgodnych z prawem czynności Zamawiającego polegających m.in. na zaniechaniu odrzucenia oferty Odwołującego, pozbawił go możliwości uzyskania zamówienia publicznego, a uwzględnienie odwołania spowoduje, że możliwy będzie wybór oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Zdaniem Odwołującego treść oferty wykonawcy MATIX uznanej za najkorzystniejszą nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia [SIWZ] i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp.

W odniesieniu do tego zarzutu podał, że zgodnie z postanowieniem ppkt 2.3 lit. a) i b) w rozdziale II SIWZ - Szczegółowe wymagania techniczne - dla potwierdzenia spełnienia wymogu, o którym mowa w rozdziale II ppkt 2.1. specyfikacji Zamawiający wymagał, aby wykonawca przedstawił wraz z ofertą dokumenty wymagane przez prawo, a w szczególności:

- a) certyfikat zgodności z normą PN-G-15011: 2011 (wydany przez jednostkę certyfikującą posiadającą uprawnienia w zakresie certyfikacji przedmiotu zamówienia) lub
- b) certyfikat uprawniający do oznaczania wyrobu znakiem bezpieczeństwa B wraz ze sprawozdaniami z badań przeprowadzonych w ramach procesu certyfikacji.

Stwierdził, że wskazane dokumenty wymagane na podstawie art. 25 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, miały potwierdzać na dzień składania ofert spełnianie przez oferowane dostawy określonych wymagań. Z kolei wykonawca MATIX dla oferowanych strzemion SDOw 29 oraz SDOw 36 przedłożył wraz z ofertą (str. 248 i 311) certyfikaty zgodności z normą PN-G-15011:2011, będące równocześnie certyfikatami uprawniającymi do oznaczania wyrobu znakiem bezpieczeństwa B, które nie potwierdzają spełniania przez oferowane wyroby wymagań postawionych przez Zamawiającego w rozdziale II ppkt. 2.3 zarówno, co do lit. a) jak i lit. b) SIWZ, z uwagi na fakt, że daty obowiązywania obu certyfikatów są późniejsze niż termin składania ofert, który upływał w dniu 1 kwietnia 2014 r. Dla strzemion SDOw 29 certyfikat jest ważny od dnia 11.05.2014 r., a dla strzemion SDOw 36 - od 05.04.2014 r.

W konkluzji stwierdził, że w dniu składania ofert wymienione dokumenty nie potwierdzały spełniania przez oferowane strzemiona typu SDOw 29 oraz SDOw 36 wymagań.

Dalej podał, że wykonawca MATIX nie przedłożył wyników badań ani opinii jednostki naukowo-badawczej stosownie do postanowień lit. f) ppkt 2.3 w rozdziale II specyfikacji. Zamawiający mianowicie wymagał, aby wykonawca przedłożył wraz z ofertą: „wyniki badań lub opinię jednostki naukowo-badawczej, z których w sposób jednoznaczny wynikać będzie, że oferowane złącza posiadają nośność umożliwiającą projektowanie obudowy (zgodnie z dostępnymi zasadami jej doboru określonymi przez zespoły rzeczoznawców i pozytywnie zaopiniowanymi przez Komisję d/s Obudowy Wyrobisk Korytarzowych i Komorowych) w pełni wykorzystując nośność elementów łukowych odrzwi ŁP gwarantowaną przez producenta tych elementów dla wszystkich rozmiarów odrzwi. Uściślając powyższy zapis, oferowane złącza powinny posiadać taką nośność, aby przy projektowaniu obudowy zgodnie z wyżej przytoczonymi zasadami nie zachodziły przypadki, kiedy ze sprawdzenia nośności złączy rozstaw odrzwi obudowy będzie mniejszy niż wynikałoby to z nośności elementów łukowych obudowy. W związku z powyższym, w deklaracji zgodności winien być uwzględniony zapis, iż oferowane złącza posiadają nośność umożliwiającą projektowanie obudowy w pełni wykorzystując nośność elementów łukowych odrzwi ŁP gwarantowaną przez producenta tych elementów dla wszystkich rozmiarów odrzwi w warunkach występujących ciśnień eksploatacyjnych.” Zdaniem Odwołującego badania przedłożone przez wykonawcę MATIX: dla strzemion typu SD025 - na str. 64-70 oferty; dla strzemion typu SDO 29 - na str. 127-133 oferty; dla strzemion typu SDO 36 - na str. 212-219 oraz na str. 227-234 oferty; dla strzemion typu SDOw 29 - na str. 303-309 oferty oraz dla strzemion typu SDOw 36 - na str. 376-388 oferty złożone zostały tylko w celu potwierdzenia spełniania wymagań określonych w rozdziale II, ppkt 2.3. lit. g) SIWZ.

W konkluzji stwierdził, że nie są to badania, które potwierdzają spełnianie wymagań określonych w rozdziale II, ppkt 2.3. lit. f) SIWZ, gdyż dotyczą tylko jednego rozmiaru odrzwi, a nie jak tego wymagał Zamawiający - wszystkich rozmiarów odrzwi.

Odwołujący wskazał także na sprzeczność oferty wykonawcy MATIX z treścią specyfikacji w odniesieniu do wymagań sprecyzowanych w rozdziale II pkt 2.3. lit. g) specyfikacji.

W tym przypadku podał, że Zamawiający wymagał, aby wykonawca przedłożył wraz z ofertą protokoły badań na próbę statyczną zginania złączy wg normy PN-G-15000-11 oraz na próbę pracy w złączach odrzwi obudowy typu ŁP wg normy PN-G-15000-05, wykonanych ściśle wg norm wskazanych w rozdziale II pkt 1 siwz lub wg norm równoważnych. Podał także, że w rozdziale II, pkt 1.2 SIWZ Zamawiający wskazał, że strzemiona powinny być wykonane m. in. wg normy PN-G-15011:2011 „Obudowa chodników odrzwiami podatnymi z kształtowników korytkowych - Strzemiona”. Wykonawca MATIX na potwierdzenie przedmiotowego warunku z rozdziału II pkt 2.3. lit. g) specyfikacji przedłożył protokoły badań strzemion, które nie zostały wykonane zgodnie z normą PN-G-15011:2011, a tym samym oferowany przedmiot zamówienia nie potwierdza spełniania wymagań stawianych przez Zamawiającego. Wykonawca podniósł również, że wymagana norma PN-G-15011:2011 została zatwierdzona przez Prezesa Polskiego Komitetu Normalizacyjnego dnia 24 czerwca 2011 r. i obowiązuje od lipca 2011 r. Z kolei z protokołów badań załączonych do oferty wykonawcy MATIX dla strzemion typu SDO 29, SDO 36, SDOw29 oraz SDO 36w wynika, iż próbki do badań zostały przyjęte przez podmiot je wykonujący w następujących datach: strzemię typu SDO 29 - 27.01.2009 r. - str.128 oferty; czerwiec 2009 r. - str. 141 oferty; strzemię typu SDO 36 - 27.01.2009 r. - str. 213 i 228 oferty; 07.10.2008 r. - str. 241 oferty; strzemię typu SDOw 29 - 12 i 13.05.2011 r. - str. 304 oferty; 19.05.2011 r. - str. 298 oferty; strzemię typu SDOw36 - 12 i 13.05.2011 r. - str. 384 oraz str. 377 oferty; 19.05.2011 r. - str. 365 i 371 oferty. Zdaniem wykonawcy te okoliczności wskazują, że badaniom opisanym w normach wymaganych przez Zamawiającego, tj. PN-G 15000-11 i PN-G 15000-05 nie zostały poddane strzemiona typu SDO 29, SDO 36, SDOw29 oraz SDO 36w wykonane zgodnie z normą PN-G-15011:2011, skoro zostały przeprowadzone przed datą wejścia w życie ww. normy. Podkreślił, że podstawowa różnica pomiędzy normą PN-G-15011:2011 [„Obudowa chodników odrzwiami podatnymi z kształtowników korytkowych – Strzemiona”], a normą poprzednio obowiązującą polega na: „rozszerzeniu tematyki normy o strzemiona dwujarzmowe oraz zmianie wymagań dotyczących wymiarów materiałów i wykonania.” Oznacza to, że przed wejściem w życie ww. normy nie było możliwości przebadania strzemion dwujarzmowych (SDO) zgodnie z inną, normą równoważną. Badaniom przedłożonym przez wykonawcę MATDC zostały poddane strzemiona dwujarzmowe (SDO),

jednakże nie były to strzemiona wykonane zgodnie z normą, której wymagał Zamawiający w SIWZ (PN-G 15011-2011). Zdaniem Odwołującego, strzemiona oferowane w tym postępowaniu przez wykonawcę MATIX są tożsame w stosunku do tych, poddawanych badaniom zgodnie z ww. normą jedynie nazwą. Różnią się natomiast pod względem sposobu wykonania materiału, z którego zostały wykonane oraz rozmiarów. Dodatkowo, na poparcie powyższej argumentacji, Odwołujący wskazał, że przedmiotem badań strzemion typu SDO 29 było strzemie o grubości płaskownika 12 mm i o szerokości jarzm dolnych 80 mm, natomiast zgodnie z normą PN-G-15011:2011 - grubość płaskownika badanego strzemienia powinna wynosić 14 mm, a szerokość jarzm dolnych 90 mm (str. 130 oferty). Podobna niezgodność zachodzi w stosunku do strzemienia typu SDO 36 oferowanego przez wykonawcę MATIX, jako, że przedmiotem badań, których wyniki załączono do oferty było strzemie o szerokości jarzm dolnych 80 mm, a nie o szerokości 90 mm jak tego wymaga norma PN-G-15011:2011 „Obudowa chodników odrzwiami podatnymi z kształtowników korytkowych - Strzemiona" (str. 216 oferty).

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 tej ustawy wskazał na bezprawne poprawienie oferty wykonawcy MATO w zakresie ceny wskazanej w załączniku nr 1 do oferty o nazwie „Formularz oferty" i błędne zakwalifikowanie jej, jako oczywistej omyłki pisarskiej z naruszeniem zasady konkurencji oraz równego traktowania wykonawców biorących udział w tym postępowaniu.

Odwołujący podał, że zgodnie z punktem 8.11 specyfikacji oferta w tym postępowaniu winna była zawierać: a) stronę tytułową, b) spis treści, c) wypełniony formularz „Oferta" stanowiący załącznik nr 1 do siwz, oraz d) oświadczenia, dokumenty i załączniki wymagane specyfikacją.

Zamawiający w punkcie 8.11 specyfikacji podał także, że wykonawca ma obowiązek wypełnić formularz cenowy i techniczny zgodnie z załącznikiem nr 2 do siwz. To oznacza, że w tym postępowaniu specyfikacja przewidywała dwa miejsca, w których należało podać cenę (wartość) zamówienia: Formularz oferty - załącznik nr 1 do siwz oraz Formularz cenowy i Formularz techniczny - załącznik nr 2 do siwz. Dalej podał, że zgodnie z punktem 10.2 siwz cena w Formularzu oferty winna być podana cyfrowo i słownie.

Na podstawie tak sformułowanych postanowień specyfikacji wykonawca MATIX wprowadził do Formularza cenowego i Formularza technicznego (str. nr 5 oferty) łączną wartość zamówienia w kwocie 14 595 810,00 zł, natomiast w Formularzu oferty (str. nr 1 oferty) podał cenę 17 369 175,00 zł.

Powyższa rozbieżność w obu formularzach spowodowała, że Zamawiający pismem z 3 kwietnia 2014 r., wezwał wykonawcę MATIX do podania przyczyn rozbieżności. W odpowiedzi, pismem z 4 kwietnia 2014 r., wykonawca MATIX wyjaśnił, że „w formularzu ofertowym na stronie 1 nastąpiła omyłka pisarska” oraz podał, że prawidłowa cena to 14 595 810,00 zł netto, która została załączona do oferty w formularzu cenowym na stronie 5 oferty oraz na płycie cd.

Na podstawie takiego stanu faktycznego Zamawiający dokonał poprawienia w ofercie wykonawcy MATO oczywistej - jego zdaniem - omyłki pisarskiej, a następnie pismem z 7 kwietnia 2014 r. poinformował o tym Odwołującego i w dniu 11 kwietnia 2014 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy MATDC jako najkorzystniejszej.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający błędnie przyjął, że rozbieżność pomiędzy zapisami obu formularzy miała charakter oczywistej omyłki pisarskiej, albowiem tej omyłce nie można przypisać cechy „oczywistości”. Powołując się na orzecznictwo KIO, dodatkowo stwierdził, że na brak oczywistości nieprawidłowego wypełnienia Formularza oferty wskazuje skierowane do wykonawcy MATIX wystąpienie o wyjaśnienie w jego ofercie rozbieżności, co przeczy oczywistości omyłki.

Odwołujący wskazał także na podstawę tego wezwania art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, który to przepis – jego zdaniem - w ogóle nie ma zastosowania do wyjaśniania treści oferty, w tym przypadku - rozbieżności podanej przez wykonawcę MATIX ceny wykonania przedmiotu zamówienia.

W konkluzji wykonawca stwierdził, że nieprawdopodobnym jest w jego ocenie, by w Formularzu oferty złożonym przez wykonawcę MATO doszło do niezamierzonej pomyłki. Jego zdaniem, gdyby doszło do takiej pomyłki nie istniałaby tak daleko idąca rozbieżność pomiędzy Formularzem cenowym i technicznym a samym Formularzem oferty. W tym kontekście Odwołujący zwrócił uwagę, że oba te formularze różni kwota ponad dwóch milionów złotych, a w Formularzu oferty zarówno kwota netto, jak i z podatkiem VAT są ze sobą logicznie powiązane. W ocenie Odwołującego doszło tu w istocie do złożenia dwóch odrębnych cen na ten sam przedmiot zamówienia, a przyjęty przez Zamawiającego sposób rozstrzygnięcia powstałych rozbieżności w ofercie MATIX mógłby prowadzić do sytuacji, że wiedząc po otwarciu ofert, że jego oferta jest niższa niż oferta Odwołującego wskazałby, że pomyłka nastąpiła w tym wypadku w Formularzu cenowym i technicznym w wyniku czego za wiążącą Zamawiający uznałby najprawdopodobniej kwotę o ponad dwa miliony wyższą.

Reasumując stwierdził, że zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy MATO doprowadziło do wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób sprzeczny z przepisami ustawy Pzp, a tym samym została naruszona przez Zamawiającego zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie ponownej oceny ofert i odrzucenie oferty wykonawcy MATIX, a w konsekwencji dokonanie wyboru oferty Odwołującego, jako jedynej oferty niepodlegającej odrzuceniu i tym samym, jako najkorzystniejszej;

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania podnosząc w szczególności, co następuje:

1. odnośnie wymagania z rozdziału II punkt 2.3.a) i b) wskazanie w treści certyfikatu okresu, w którym wykonawcy przysługuje prawo do oznaczania treści ofert znakiem bezpieczeństwa, nieprzypadającego bezpośrednio po dacie wydania samego certyfikatu wynika z faktu, iż wykonawca posiada wcześniej wydany certyfikat dotyczący tych samych typów wyrobów, na podstawie, którego prawo do oznaczania wyrobów wygasa bezpośrednio przez datami wskazanymi w treści kwestionowanych przez Odwołującego certyfikatów. Ponadto dokumenty te są wprost przywoływane w kwestionowanych certyfikatach Głównego instytutu Górnictwa, na stronie 2 każdego z certyfikatów (czyli odpowiednio na stronach 249 oraz 312 oferty), co potwierdza istnienie wcześniejszych certyfikatów w tym samym zakresie.
2. odnośnie wymagania z rozdziału II punkt 2.3.f) podał, że nie było obowiązkiem wykonawców zlecenie jednostce naukowo-badawczej przeprowadzenia badań oferowanych strzemion na wszystkich rozmiarach odrzwi obudowy. Przeciwnie, badania przeprowadzone zgodnie z postanowieniami stosownych norm (przywoływanych w treści sprawozdania z badań) mogą zawierać wyniki potwierdzające możliwość zastosowania badanych strzemion dla wszystkich rozmiarów odrzwi nawet, jeżeli przeprowadzono je z wykorzystaniem jednego typu odrzwi obudowy. Stwierdził, że wyniki badań dołączonych do oferty MATIX nie prowadzą w żadnym wypadku do wniosku, jakoby nośność oferowanych strzemion wymuszała przy projektowaniu obudowy stosowanie rozstawu odrzwi mniejszego, niż wynikałoby to z nośności elementów łukowych obudowy - a tylko taka sytuacja oznaczałaby niespełnienie wymogów postanowień z punktu 2.3.f) specyfikacji. Podał także, że wykonawca MATIX złożył wraz z ofertą również wzory deklaracji zgodności zawierające zapis wskazany w omawianym fragmencie SIWZ, to jest

stwierdzenie, iż oferowane złącza posiadają nośność umożliwiającą projektowanie obudowy w pełni wykorzystując nośność elementów łukowych odrzwi ŁP gwarantowaną przez producenta tych elementów dla wszystkich rozmiarów odrzwi w warunkach występujących ciśnień eksploatacyjnych.

3. odnośnie wymagania z rozdziału II punkt 2.3.g) podał, że dla potwierdzenia tego warunku dopuszczalne było złożenie protokołów badań wykonanych według norm wymienianych w punkcie 1 Rozdziału II specyfikacji lub norm równoważnych. Odwołujący nie wykazał, w jakim zakresie poddane badaniom strzemiona wykonana według poprzednio obowiązującej normy nie spełniają w tym kontekście warunku równoważności, albowiem jego zdaniem nie można uznać za dyskwalifikujące przedmiotowe badania okoliczności, iż poddano w ich trakcie strzemiona wykonane z cieńszych materiałów - skoro bowiem takie strzemiona pozytywnie przeszły badania, tym bardziej prawidłowa będzie praca strzemion wykonanych według obecnie obowiązującej normy. Zamawiający zwrócił także uwagę, że w odniesieniu do każdego z oferowanych typów strzemion wykonawca MATIX przedłożył certyfikat zgodności z normą PN-G-15011:2011 i każdy z wymienionych certyfikatów zawiera kategorię stwierdzenie, że oferowany wyrób spełnia wymagania bezpieczeństwa zawarte w normie PN-G-15011:2011 „Obudowa chodników odrzwiami podatnymi kształtowników korytkowych. Strzemiona”.
4. w odniesieniu do zarzutu nieuprawnionego potraktowania omyłki w treści oferty MATIX, jako oczywistej omyłki pisarskiej podał, że (...) Przekłamanie polegało na wskazaniu w formularzu ofertowym (załącznik nr 1 do SIWZ, strona 1 oferty) zupełnie odmiennej ceny od sumarycznej ceny wskazanej w formularzu cenowym (załącznik nr 2 do SIWZ, strona 5 oferty). Powołując się na orzecznictwo oraz art. 65 § 1 kc stwierdził, że oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Jego zdaniem, uzasadniało to zwrócenie się do wykonawcy z wezwaniem do wyjaśnienia treści oferty, który to wykonawca pismem z dnia 4.04.2014 r. oświadczył, że złożył błędnie wypełniony formularz ofertowy, a prawidłowo wypełniony formularz cenowy. Zatem decydujące znaczenie należało przypisać cenie zawartej w formularzu cenowym, bowiem oświadczenie woli wykonawcy MATIX złożone w ofercie należy tłumaczyć zgodnie z wolą wykonawcy, w kontekście cen jednostkowych, wykazanych w formularzu cenowym oraz pisma z dnia 4 kwietnia 2014 r.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca MATIX sp. z o.o. z Częstochowy, który wnosząc o oddalenie odwołania przedstawił podobną argumentację jak Zamawiający, przedkładając dodatkowe dokumenty.

Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba w pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że w niniejszej sprawie nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła także, że wykonawca w tych konkretnych okolicznościach faktycznych miał legitymację procesową w rozumieniu art. 179 ust.1 ustawy Pzp do wniesienia odwołania, albowiem złożył ofertę, w której cena stanowiąca wyłączne kryterium wyboru kwalifikowała tę ofertę na drugim miejscu i tym samym uwzględnienie zarzutu, co do podstaw odrzucenia oferty wykonawcy MATIX umożliwiłoby temu wykonawcy uzyskanie zamówienia.

Rozpoznając zarzuty, w zakresie podtrzymanym na rozprawie, Izba miała na uwadze dyrektywę z art. 190 ust.1 ustawy Pzp w myśl której strony i uczestnicy postępowania są obowiązani - zgodnie z zasadą kontrydiktoryjności obowiązującą w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą - wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Pierwsza grupa zarzutów, dotycząca nie potwierdzenia warunków w zakresie rozdziału II pkt 2.3. lit. f) i lit g) specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie zasługuje na uwzględnienie.

W tym przypadku Izba miała na uwadze, że zgodnie z pkt 2.1. specyfikacji Zamawiający wymagał, aby strzemiona dwujarzmowe wymienione w pkt 1 specyfikacji były zgodne z przepisami prawa i spełniały wymagania dotyczące wprowadzenia do obrotu i bezpiecznego stosowania (..), a w myśl lit. f) na potwierdzenie spełnienia tego wymogu żądał przedstawienia wyników badań lub opinii jednostki naukowo-badawczej, z których w sposób jednoznaczny wynikać będzie, że oferowane złącza posiadają nośność umożliwiającą projektowanie obudowy w pełni wykorzystując nośność elementów łukowych odrzwi ŁP gwarantowaną przez producenta tych elementów dla wszystkich rozmiarów odrzwi.

Uściślając powyższe wymaganie Zamawiający wskazał, że (...) w deklaracji zgodności winien być uwzględniony zapis, iż oferowane złącza posiadają nośność umożliwiającą projektowanie obudowy w pełni wykorzystując nośność elementów łukowych odrzwi ŁP gwarantowaną przez producenta tych elementów dla wszystkich rozmiarów odrzwi w warunkach występujących ciśnień eksploatacyjnych."

Na potwierdzenie tego wymagania wykonawca MATIX przedłożył protokoły oraz wzory deklaracji, a na rozprawie dodatkowo opinię, której wystawcą jest Kierownik Katedry Geomechaniki, Budownictwa Podziemnego i Zarządzania Ochroną Powierzchni – Wydział Górnictwa i Geologii Politechniki Śląskiej.

Odwołujący zakwestionował wyłącznie treść protokołów z badań z argumentacją braku w tych protokołach postanowienia o wszystkich rozmiarach odrzwi, a w odniesieniu do opinii Politechniki Śląskiej wskazał, że podana w niej argumentacja odnosi się tylko do strzemion produkowanych przez PPH Import-Eksport GWAREK.

Odwołujący nie kwestionował złożonych w ofercie wzorów deklaracji zgodności, w których – jak ustaliła Izba - zawarto wymagane specyfikacją postanowienie, że oferowane złącza posiadają nośność umożliwiającą projektowanie obudowy w pełni wykorzystując nośność elementów łukowych odrzwi ŁP gwarantowaną przez producenta tych elementów dla wszystkich rozmiarów odrzwi w warunkach występujących ciśnień eksploatacyjnych.

W odniesieniu do drugiego z wymagań określonych w rozdziale II pkt 2.3.lit.g) Izba stwierdziła przede wszystkim, że według norm wskazanych w pkt 1.1 specyfikacji lub według norm równoważnych miały być wykonane badania na zginanie jarzma dolnego, jarzma górnego, rozciąganie śruby prostej etc. Zatem wskazywane normy, w tym norma 15011:2011 miały dotyczyć sposobu badań, a nie badanego strzemiona.

Izba stwierdza także, że norma PN-G-15011:2011 według punktu 1.1 rozdziału II specyfikacji dotyczy strzemion, które są przedmiotem przyszłej dostawy.

Izba dodatkowo stwierdza, że w odniesieniu do norm oferowanych wykonawca MATIX przedłożył stosowny certyfikat zgodności z normą PN-G-15011:2011.

Izba zwraca również uwagę, że norma PN-G-15011:2011, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie określa kategorycznie wymiarów, ale posługuje się pojęciem wymiarów zalecanych.

Zgodnie z powyższymi ustaleniami zarzuty dotyczące niezgodności oferty wykonawcy MATIX w zakresie wymagań określonych w rozdziale II. 2.3. lit f) i g) nie podlegają uwzględnieniu.

Zasługuje natomiast na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3, albowiem w okolicznościach faktycznych tej sprawy nie było możliwe poprawienie oferty wykonawcy MATIX w zakresie ceny wskazanej w Formularzu oferty - załącznik nr 1 do oferty.

Zamawiający przede wszystkim błędnie zakwalifikował podaną ceną w tym formularzu, jako oczywistą omyłkę pisarską w związku z ceną wynikającą z Formularza cenowego i Formularza technicznego [załącznik nr 2 do oferty].

Tak jak ustaliła Izba w Formularzu oferty wykonawca wskazał cenę netto w kwocie 17.369.175 zł, a brutto – w kwocie – 21.364.085,25 zł, wyrażając te wielkości także słownie bez żadnych omyłek. Z kolei w Formularzu cenowym wg załącznika nr 2 wskazał liczbowo na cenę netto – 14.595.810 zł i brutto – 17.952.846,30 zł.

W tych okolicznościach nie sposób uznać, że w tej sprawie mamy do czynienia z oczywistą omyłką pisarską.

Izba zauważa, że możliwość poprawienia oczywistej omyłki w ofercie - tak jak podkreśla się w orzecznictwie - może dotyczyć 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. Taka omyłka musi mieć zatem charakter zwykłego przypadkowego przeoczenia lub innej zwykłej przypadkowej niedokładności, która dla każdego jest oczywista. Oczywista omyłka pisarska musi mieć zatem charakter proceduralno-techniczny, a nie merytoryczny i jej poprawienie nie może w konsekwencji prowadzić pod pozorem sprostowania oczywistej omyłki pisarskiej do wytworzenia nowej treści oświadczenia woli.

Zdaniem Izby w niniejszej sprawie można, co najwyżej mówić o innej omyłce, o której stanowi [art. 87 ust. 2 pkt 3](#), albowiem zgodnie z załącznikiem nr 2 [Formularz cenowy i Formularz techniczny] w jego opisie na str 2 pod tabelami wyraźnie wskazano, że do Formularza Oferty w pkt 1 należy przepisać cenę netto i stawkę podatku VAT. Zatem

odstępstwo od tej reguły mogło być zakwalifikowane, jako nieodpowiadające treści specyfikacji i mogłoby podlegać poprawieniu bez uprzedniego wyjaśnienia z wykonawcą.

Izba jednocześnie zwraca uwagę, że zgodnie ze wskazanym art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp dopuszczalne jest poprawienie innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z treścią siwz, jednakże pod warunkiem, że jej poprawienie nie spowoduje istotnej zmiany treści oferty.

W tym przypadku zastosowanie art. 87 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp nie jest możliwe, albowiem poprawienie ceny w Formularzu Oferty, ingerując w jej treść merytoryczną, i co więcej ingerując w element stanowiący w tym postępowaniu kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty miałyby wpływ na wynik postępowania, co jest niedopuszczalne wskazanym przepisem.

W konkluzji Izba stwierdza, że podnoszony w odwołaniu zarzut naruszenia art. 87 ust.2 pkt 1 ustawy Pzp jest zasadny, albowiem w tym stanie faktycznym nie mamy do czynienia z omyłką pisarską, a co najwyżej z inną omyłką polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, która nie podlega poprawieniu, albowiem takie poprawienie powodowałoby istotną zmianę w treści oferty wykonawcy MATIX. To z kolei ustalenie oznacza, że oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając przepisy 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).

.....