

Sygn. akt: KIO 2008/17

WYROK

z dnia 10 października 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 października 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 września 2017 r. przez **Wykonawcę – Grupa POWEN - WAFAPOMP Spółka Akcyjna** z siedzibą w Warszawie przy ul. Odlewniczej 1 (03-231 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Spółkę Restrukturyzacji Kopalń Spółka Akcyjna** z siedzibą w Bytomiu przy ul. Strzelców Bytomskich 207 (41-914 Bytom)

przy udziale

Wykonawcy **Zakład Mechaniki Przemysłowej ZAMEP Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Gliwicach przy ul. Udzieli 6 (44-100 Gliwice) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1 Oddala odwołanie.

2 Kosztami postępowania obciąża Wykonawcę Grupa POWEN - WAFAPOMP S.A. z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Wykonawcę Grupa POWEN – WAFAPOMP S.A. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Katowicach.**

Przewodniczący:

2

Sygn. akt: KIO 2008/17

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Spółkę Restrukturyzacji Kopalń S.A. z siedzibą w Bytomiu na *dostawę i montaż zestawów pompowych w ramach zadania „Modernizacja systemu głównego odwadniania KWK Boże*

Dary, etap I – dostawa dwóch zestawów pompowych, etap II – montaż dwóch zestawów pompowych, etap III – dostawa trzech zestawów pompowych, etap IV – montaż trzech zestawów pompowych” (nr ref.: KWK BD/09/17), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14 kwietnia 2017 r. nr 2017/S 074-141680, wobec czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, Wykonawca Grupa Powen-Wafapomp z/s w Warszawie (dalej zwany Odwołującym) wniósł w dniu 25 września 2017 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 2008/17).

Zamawiający poinformował o zakończeniu czynności oceny ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej w dniu 13.09.2017 r., za pośrednictwem korespondencji mailowej. Odwołujący zarzucił, iż na skutek czynności i zaniechań Zamawiającego doszło do naruszenia przepisów Ustawy:

- art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 i ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 25 ust 1 pkt 2 Ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Wykonawcy ZAMEP i uznania jego oferty za odrzuconą w sytuacji, gdy złożył on nieprawdziwe oświadczenie wymagane w pkt 8 lit. B ppkt 4 siwz, co do pracy oferowanego przedmiotu zamówienia – zespołu pompowego WPWE – 250/7, składającego się z pompy WPWE-250/7 w wykonaniu „Duplex 1.4517” – w wyrobiskach dołowych podziemnych zakładów górniczych, co mogło mieć istotny wpływ na decyzję Zamawiającego o uznaniu spełnienia

przez oferowane dostawy określonych wymagań, a w konsekwencji doprowadziło do wyboru oferty ZAMEP;

2. art. 7 ust 1 i 3 oraz art. 26 ust 4 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 Ustawy poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy ZAMEP do złożenia wyjaśnień w przedmiocie oświadczenia wymaganego w pkt 8 lit. B ppkt 4 siwz;
3. art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 i ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 25 ust 1 pkt 2 Ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Wykonawcy ZAMEP i uznania jego oferty za odrzuconą w sytuacji, gdy złożył on nieprawdziwe informacje, co do masy oferowanego silnika Sh500H4D produkcji EMIT S.A. nie przekraczającej 6000 kg, w sytuacji, gdy jego rzeczywista masa wynosi 6700 kg, co mogło mieć istotny wpływ na decyzję Zamawiającego o uznaniu spełnienia przez oferowane dostawy wymagań, a w konsekwencji wybór tej oferty, jako najkorzystniejszej;

3

-
4. art. 7 ust 1 i 3 oraz art. 26 ust 4 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 Ustawy poprzez dokonanie wyboru oferty ZAMEP i zaniechanie jej odrzucenia w sytuacji, gdy na skutek wezwania do wyjaśnienia treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 Ustawy Wykonawca dostarczył dokument w postaci charakterystyki pracy pompy WPWE-250 z której wynika, iż przy wymaganej wydajności pracy (Q)≥725 m³/h oferowana pompa nie osiąga wymaganego parametru wysokości podnoszenia (H) o wartości nie mniejszej niż 460 m;

a w przypadku nie potwierdzenia się zarzutów 3-4

5. art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 26 ust. 4, art. 87 ust. 1 Ustawy poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy ZAMEP do złożenia wyjaśnień w zakresie masy oferowanego silnika oraz wysokości podnoszenia pompy;.
6. art. 7 ust 1 i 3 oraz art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 1 i art. 22a ust. 1-3 Ustawy poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy ZAMEP do uzupełnienia dokumentów (dowodów) potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 5.3 lit. b siwz, jako wykonanie w ramach jednej umowy usługi polegającej na montażu zestawów pompowych głównego odwadniania o wartości minimum 500.000 zł brutto w sytuacji, gdy przedstawione na żądanie dokumenty (wykaz i referencje) podmiotu, na którego zdolnościach Wykonawca polega (Górrem Sp. z o.o. sp.k. z/s w Katowicach) nie spełniają kryteriów podmiotowych, przedmiotowych i czasowych z pkt 8.A ppkt 4 i 5.3 lit. b siwz;
7. art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 24 ust. 10 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 19 Ustawy poprzez zaniechanie wezwania ZAMEP do udowodnienia, iż udział podmiotu Górrem Sp. z o.o. Sp.k z/s w Katowicach w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia poprzez wykonanie dokumentacji projektowej stanowiącej załącznik do siwz, na którego zdolnościach ZAMEP polega i któremu powierza podwykonawstwo części zamówienia, nie narusza uczciwej konkurencji;
8. art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 7a i 7b Ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Zakładu Remontowego BUDREM J. R., który to Wykonawca na wniosek Zamawiającego o przedłużenie ważności oferty pismem z dnia 28.08.2017 r. odmówił dokonania tej czynności i odmówił przedłużenia wadium na dalszy okres.

Odwolujący wnosil o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- A. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- B. odrzucenie oferty BUDREM,
- C. wykluczenie ZAMEP lub odrzucenia tej oferty

względnie (w razie nie potwierdzenia się zarzutów od 1-3)

- D. wezwanie ZAMEP do

4

-
- a) złożenia wyjaśnień w zakresie oświadczenia wymaganego w pkt 8 lit. B ppkt 4 siwz;
 - b) złożenia wyjaśnień w zakresie masy oferowanego silnika;
 - c) udowodnienia, iż udział podmiotu Górrem Sp. z o.o. Sp.k nie narusza uczciwej konkurencji

E. powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

W uzasadnieniu Odwołujący w odniesieniu do pierwszych dwóch zarzutów związanych z oświadczeniem Wykonawcy złożonym wg załącznika nr 6 zaprzeczył jego prawdziwości w

tym, że oferowany przedmiot zamówienia pracuje/pracował w wyrobiskach dołowych zakładów górniczych. Celem złożenia tego oświadczenia miało być wyeliminowanie oferty dotyczącej dostawy pomp lub zespołów pompowych nie sprawdzonych w warunkach pracy w wyrobiskach dołowych zakładów górniczych. Zamawiający wymagał, aby zaoferowana pompa wykonana była z materiału „DUPLEX 1.4517”, co wynika z załącznika nr 2 do siwz, pkt 2.2.1 (str. 23 siwz charakterystyka techniczna pompy) oraz wezwania do wyjaśnienia treści oferty skierowanego do ZAMEP w piśmie z dnia 23.08.2017 r. Wykonawca potwierdził w wyjaśnieniach z dnia 25.08.2017 r., iż zaoferowana wersja pompy WPWE-250/7 wykonana jest w „DUPLEXie”.

Mając powyższe na uwadze, oświadczenie złożone przy piśmie z dnia 10.08.2017 r. miało potwierdzać, że oferowany zespół pompy składający się z pompy WPWE-250/7 w wykonaniu materiałowym „DUPLEX” oraz silnika Sh500H4D *pracuje/pracował w wyrobiskach dołowych zakładów górniczych*. Złożone oświadczenie o tej treści jest nieprawdziwe, co potwierdzać mają dokumenty złożone przy piśmie z dnia 10.08.2017 r. Z oświadczenia o doświadczeniu Wykonawcy oraz protokołu odbioru wynika, iż ZAMEP wykonał w grudniu na rzecz Tauron Wydobycie S.A. dostawę pompy typu WPWE 250/7 w wykonaniu stalowym LH oraz silnika typu S1-500X-4D wraz z osprzętem. Wykonanie materiałowe LH jest innym od wykonania materiałowego „DUPLEX 1.4517” wymaganego dla przedmiotu dostawy. Również w treści załączonej DTR pompy WPWE-250/7, na str. 13 rozróżniono wykonanie „LH 18N19” i „Duplex 1.4517”, jako odrębne wykonania materiałowe. Dostawa dla Tauron Wydobycie była jedyną dostawą pompy WPWE-250/7 wykonaną przez ZAMEP do wyrobisk dołowych zakładów górniczych.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka w osobie prezesa zarządu ZAMEP na okoliczność ustalenia, czy a jeżeli tak to kiedy i na rzecz jakiego dołowego zakładu górniczego wykonana została dostawa zestawu pompowego WPWE-250/7 składającego się z pompy głównego odwadniania WPWE-250/7 w wykonaniu z materiału „DUPLEX 1.4517” oraz czy, a jeżeli tak to gdzie tak wykonana pompa pracowała lub pracuje w wyrobisku dołowym tego dołowego zakładu górniczego.

5

Potwierdzenie się tego zarzutu powinno prowadzić do wykluczenia ZAMEP z postępowania bez wzywania do uzupełnienia oświadczenia, a w konsekwencji do uznania oferty za odrzuconą. Z ostrożności, gdyby uznano, iż brak jest dowodów do uwzględnienia tego zarzutu i nakazania wykluczenia ZAMEP z postępowania, Odwołujący uznał, iż zachodzi podstawa do wezwania ZAMEP do wyjaśnienia w trybie art. 26 ust. 4 Ustawy na rzecz

jakiego dołowego zakładu górniczego wykonana została dostawa oferowanego zestawu pompowego, składającego się z pompy WPWE-250/7 w wykonaniu materiałowym „DUPLEX” oraz czy zestaw ten pracuje lub pracował w wyrobisku dołowym tego zakładu górniczego.

W odniesieniu do zarzutów opisanych, jako 3-5 odwołania Odwołujący zakwestionował prawdziwość złożonej informacji o masie oferowanego kompletnego silnika lub najcięższego pojedynczego elementu, nie przekraczającej 6000 kg. Wykonawca ZAMEP przedstawił wykaz parametrów (str. 3), w którym wskazał ciężar tego silnika bez osprzętu na 5980 kg, a jednocześnie z załączonego rysunku zestawieniowego nr ZG.247 zespołu pompowego WPWE-250/7 podana masa to 6700 kg. Z załączonej do wyjaśnień z dnia 25.08.2017 r. specyfikacji technicznej oferowanego silnika Sh500H4D wynika masa 6000 kg. Informacja ta, w ocenie Odwołującego, wprowadza w błąd i miała na celu przekonanie Zamawiającego o spełnieniu wymagań z załącznika nr 2 do siwz pkt 5 e) tieret czwarty (str. 24 siwz) ustanowionych dla maksymalnej masy kompletnego silnika, w sytuacji gdy DTR silnika (pkt 6) nie przewiduje jego dostawy w częściach i montażu w wyrobisku górniczym.

Zgodnie z treścią załącznika nr 2 do siwz, pkt 2.2.1 ppkt 1 (str. 22) Zamawiający wymagał spełnienia przez oferowane pompy parametrów w zakresie wysokości tłoczenia minimum 460 m przy wymaganej minimalnej wydajności pompy 725 m³/h (potwierdzone w odpowiedzi na pytanie nr 3 z dnia 25.05.2017 r.). Zamawiający miał wątpliwości przy analizie złożonego „wykazu parametrów technicznych wg załącznika nr 2 do SIWZ” oraz DTR pompy WPWE-250, co do spełniania wymaganego parametru i wezwał pismem z dnia 23.08.2017 r.

Wykonawcę ZAMEP do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Ustawy ujawnionych rozbieżności. Analiza pierwszej charakterystyki pompy wskazuje, że nie osiągnie ona przy wydajności Q=725m³/h wymaganej wysokości tłoczenia H=460 m. Zamawiający powinien był ofertę odrzucić, jako niespełniającą jego wymagań na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy,

a co najmniej wezwać do wyjaśnienia w sposób jednoznaczny nieścisłości. Odwołujący zakwestionował, aby Wykonawca ZAMEP wykazał się wymaganym doświadczeniem w należyтым wykonaniu *w ramach jednej umowy jednej usługi polegającej na montażu zestawów pompowych głównego odwadniania o wartości minimum 500.000 zł brutto* (pkt 5.3.2 siwz). Załączone do pisma z dnia 10.08.2017 r. referencje nie potwierdzają wykonania wymaganej usługi. Referencja z 15.07.2014 r. dotyczy bowiem okresu wcześniejszego niż wymagane 3 lata przed upływem terminu składania ofert (29.06.2017 r.),

6

a ponadto nie wynika z niej jakie roboty miały zostać wykonane przez Górrem Sp. z o.o. Sp. k. z/s w Rudzie Śląskiej (wówczas przed przekształceniem działająca w formie spółki jawnej), wskazując raczej na prace projektowe, niż montażowe. Z kolei referencja z 11.03.2016 r. nie wskazuje jakie prace były wykonywane, a w ich treści wskazano jedynie opis zadania: „wykonywaniu pracy dla ELEKTROMETAL S.A w ramach zadania: „dostawa i zabudowa wyposażenia technicznego w branży mechanicznej zgodnie z dokumentacją projektową, zaprojektowanie, dostawa i zabudowa instalacji odwadniania pomiędzy pompownią i szybem VIII, poz. 700 m, wykonanie robót wykończeniowych w studni ssawnej oraz pompowni tymczasowego odwadniania poziom 700 m w KW S.A Oddział KWK Chwałowice”. Zamówienie to nie dotyczyło pompowni głównego odwadniania, trudno zatem uznać, aby miała być realizowana usługa montażu zestawów pompowych głównego odwadniania. Referencja z dnia 25.07.2017 r. została wystawiona na rzecz Zakładu Robót Górniczych Sp. z o.o., tj. inny podmiot niż ten, na którego zasoby Wykonawca się powołał. Zakład Robót Górniczych GÓRREM Sp. z o.o. jest współnikiem Zakładu Robót Górniczych GÓRREM Sp. z o.o. Sp.k. i obu tych podmiotów nie sposób ze sobą utożsamiać. Zamawiający powinien był wezwać do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

W ocenie Odwołującego, w sytuacji, jaka występuje w sprawie, spowodowanej udziałem podmiotu trzeciego udostępniającego swój potencjał, mającego być podwykonawcą części zamówienia, który wykonywał dokumentację projektową, zachodzi podstawa do wykluczenia z postępowania Wykonawcy ZAMEP na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 Ustawy. Zgodnie z tym przepisem, z postępowania wyklucza się wykonawcę, który brał udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia lub, którego pracownik, a także inna osoba wykonująca pracę na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług, brała udział w przygotowaniu takiego postępowania, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu. Celem tego przepisu jest przeciwdziałanie uzyskaniu przez wykonawcę nienależnej przewagi konkurencyjnej dzięki czemu mógłby łatwiej, taniej lub w krótszym czasie złożyć ofertę, wykorzystać posiadaną lub nabytą wiedzę w treści oferty i w ten sposób uzyskać przewagę nad innymi wykonawcami. Zakłócenie konkurencji stanowi domniemanie, które może być obalone w wyniku uwzględnienia przez zamawiającego dowodów przeciwnych przedłożonych przez wykonawcę. W niniejszym postępowaniu część siwz stanowi „dokumentacja techniczna modernizacji układu głównego Boże (branża odwadniania KWK Dary górnicza, mechaniczna, elektryczna, hydrologiczna) wraz z kosztorysem inwestorskim” wykonana na rzecz Zamawiającego przez konsorcjum firm: CARBOSPEC M.J. Sp. j. oraz Zakład Robót

7

Górnicych GÓRREM Sp. z o.o. Sp.k. z/s w Rudzie Śląskiej. Została ona załączona przez Zamawiającego do siwz w dniu 27.04.2017 r. na skutek pytań wykonawców o udostępnienie dokumentacji.

Jak wynika z formularzy JEDZ złożonych przez ZAMEP powołał się on na potencjał autora dokumentacji, któremu jednocześnie powierzona ma być realizacja części zamówienia w charakterze podwykonawcy mechanicznej części etapu III i IV zamówienia, tj. montażu (zobowiązanie z 9.08.2017 r.). W tej sytuacji Zamawiający zobowiązany był wszcząć wobec ZAMEP procedurę tzw. samooczyszczenia się przewidzianą w art. 24 ust. 10 Pzp, w tym celu, aby umożliwić wykonawcy udowodnienie, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji. Ostatni z zarzutów dotyczy zaniechania odrzucenia na podstawie art. 87ust. 1 pkt 7a i 7b

Ustawy oferty BUDREM, który to wykonawca na wezwanie Zamawiającego z dnia 22.08.2017 r. o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o kolejne 30 dni wraz z przedłużeniem ważności wadium, pismem z dnia 28.08.2017 r. odmówił wyrażenia zgody i oświadczył, iż nie przedłuży ważności wniesionego wadium.

Do postępowania odwoławczego skutecznie przystąpił po stronie Zamawiającego Wykonawca Zakład Mechaniki Przemysłowej ZAMEP Sp. z o.o. (dopuszczony do udziału w postępowaniu odwoławczym na posiedzeniu Izby).

Zamawiający pismem z dnia 04.10.2017 r. przekazanym mailem przed otwarciem rozprawy, złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił w całości zarzuty podniesione w odwołaniu. Zamawiający nie stawiał się na posiedzeniu Izby, będąc zawiadomionym o jego terminie. Obecny na posiedzeniu Izby Wykonawca przystępujący po stronie Zamawiającego – Zakład Mechaniki Przemysłowej ZAMEP Sp. z o.o. (dalej jako ZAMEP) wniósł ustnie do protokołu sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów. Na podstawie art. 186 ust. 4 Ustawy Izba rozpoznała odwołanie w całości.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), w brzmieniu po nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), zwanej dalej „Ustawą”.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołującego

8

interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności/zaniechań Zamawiającego. Odwołujący, jako Wykonawca, który złożył ważną ofertę, w momencie wnoszenia odwołania, miał interes w zakwestionowaniu działań Zamawiającego związanych z prawidłową oceną ofert konkurencyjnych, w tym oferty wybranej. Ponieważ odwołaniem objęto m.in. czynność zaniechania odrzucenia ofert dwóch wykonawców, spośród trzech ocenianych w kryteriach oceny ofert, niewątpliwie naruszenia Zamawiającego w tym obszarze, mogą godzić w interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia. Potwierdzenie się zarzutów może bowiem oznaczać, iż tylko oferta Odwołującego, jako niepodlegająca odrzuceniu będzie mogła być wybrana, jako najkorzystniejsza. Ponadto należy zauważyć, iż po zmianie przepisów Ustawy i wprowadzeniu „skróconej” procedury badania i oceny ofert, w tym znaczeniu, że w pierwszej kolejności badaniu poddawana jest oferta najwyższej oceniona, a pozostałe oferty bada się, jeżeli oferta ta zostanie odrzucona (wykonawca odmówi podpisania umowy), każdy z wykonawców ma szansę na uzyskanie zamówienia, do czasu zakończenia czynności badania złożonych ofert. Obecnie straciła na aktualności wykładnia przesłanki interesu w uzyskaniu zamówienia dokonywana w kierunku ustalenia, w jaki sposób rozstrzygnięcie w przedmiocie podniesionych zarzutów wpłynie na sytuację odwołującego w postępowaniu, od czego uzależnione było przyznanie uprawnienia do skutecznego korzystania z prawa do wniesienia odwołania tylko tym wykonawcom, którzy mają szansę na wybór oferty jako najkorzystniejszej, lub uzyskanie drugiej pozycji w rankingu ofert. Obecnie, jak zostało to wskazane powyższej, każdy wykonawca, niezależnie od wstępnej pozycji jego oferty w rankingu ofert ocenionych ma interes we wzruszeniu wyniku oceny oferty wybranej, aby doprowadzić do jej odrzucenia, co przy wielu ofertach może wymagać korzystania z prawa do wniesienia odwołania przy ocenie kolejnych ofert przy zmieniającym się rankingu ofert. W świetle powyższego Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialno-prawe do merytorycznego rozpoznania zarzutów.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym protokołu postępowania, treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), oferty ZAMEP oraz dokumentów złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia, a także stanowisk stron prezentowanych na rozprawie i złożonych dowodów, Izba dokonała ustaleń faktycznych stanowiących podstawę do wydania rozstrzygnięcia w przedmiocie podniesionych zarzutów.

Przedmiot zamówienia stanowi dostawa fabrycznie nowych zestawów pomp wraz z montażem. Zamawiający w załączniku nr 2 do siwz zamieścił szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, w tym charakterystykę techniczną pompy (2.2.1.1), wskazując m.in. na

dotychczasowych wymagań wskazał, iż ze względu na ograniczenie techniczne w zakresie opuszczenia silników z powierzchni do wyrobisk górniczych, maksymalne wymiary gabarytowe silnika bądź pojedynczego elementu każdego silnika łącznie z elementami zabezpieczającymi przed uszkodzeniem mechanicznym w transporcie nie mogą być większe niż (...) masa kompletnego silnika bądź najcięższego pojedynczego elementu każdego silnika (stojan, wirnik, itp.) nie może być większa niż 6000 kg. Z uwagi na ograniczenia gabarytowe Zamawiający dopuścił dostawę silnika w stanie zdemontowanym (ograniczony do minimum) i ich montaż na stanowisku pracy.

Zamawiający określił w pkt 5.3 siwz warunki udziału w postępowaniu, w tym warunek zdolności technicznej lub zawodowej poprzez wskazanie w ppkt 2 lit. b na konieczne do wykazania należyte wykonanie *dostaw/usług w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, w tym co najmniej jedną dostawą w ramach jednej umowy polegającą na dostawie zestawów pompowych głównego odwadniania o wartości minimum 1 000 000,00 zł brutto oraz jedną usługą w ramach jednej umowy polegającą na montażu zestawów pompowych głównego odwadniania o wartości minimum 500 000,00 zł brutto wraz z dowodami określającymi czy te dostawy/usługi zostały wykonane lub są wykonywane należyście*. W pkt 8.A siwz Zamawiający określił dokumenty składane na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu (m.in. wykaz dostaw wg załącznika nr 3 wraz z dowodami, że dostawy/usługi zostały należyście wykonane/są wykonywane; zobowiązanie podmiotu udostępniającego swoje zdolności wg załącznika nr 4). W pkt 8.B siwz Zamawiający wskazał dokumenty wymagane na potwierdzenie spełnienia przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego zgodnie z opisem zawartym w załączniku nr 2 do siwz, w tym m.in. wykaz parametrów technicznych (pkt 2), oświadczenie Wykonawcy o możliwości stosowania oferowanego przedmiotu zamówienia w podziemnych wyrobiskach górniczych zgodnie z przepisami górnictwa ustawy z dnia 09.06.2011 r. Prawo geologiczne i górnicze, wg Załącznika nr 5 do siwz (pkt 3), oświadczenie Wykonawcy potwierdzające, że oferowany przedmiot zamówienia pracuje/pracował w wyrobiskach dołowych zakładów górniczych wg załącznika nr 6 do siwz (pkt 4), DTR silnika elektrycznego (pkt 5). W pkt 8.E siwz Zamawiający żądał wskazania części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom i podania przez Wykonawcę firmy podwykonawcy, wg załącznika nr 7 do siwz.

Zamawiający w pkt 14.7 siwz wskazał, iż najpierw dokona oceny ofert, a następnie zbada, czy wykonawca którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.

W postępowaniu oferty złożyło czterech wykonawców: Zakład Mechaniki Przemysłowej ZAMEP Sp. z o.o. (cena 9.815.400 zł brutto), Zakład Budowlano Remontowy BUDREM J. R. (cena 9.963.000 zł brutto), Grupa POWEN-WAFAPOMP S.A. (cena 10.030.650 zł brutto), Marta Sp. z o.o. (cena 2.706.000 zł brutto). Zamawiający zgodnie z pkt 14.7 siwz zastosował procedurę odwróconą opisaną w art. 24aa Ustawy, dokonując najpierw wstępnej oceny ofert

(zakończoną odrzuceniem oferty Marta Sp. z o.o. w dniu 13.07.2017 r.), a następnie wezwał wykonawcę, która uzyskała najwyższą ilość punktów w kryterium oceny ofert: cena i okres gwarancji – Wykonawcę ZAMEP, do złożenia dokumentów. Na skutek tego badania Zamawiający dokonał wyboru oferty ZAMEP.

ZAMEP zaoferował dostawę i montaż zestawów pompowych typu WPWE-250/7 (etapy I-IV). Wraz z ofertą przedłożył wypełniony własny formularz JEDZ oraz formularz JEDZ wypełniony przez Zakład Robót Górniczych GÓRREM Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Rudzie Śląskiej, w którym, w cz. IV *Kryteria kwalifikacji*, lit. C *Zdolność techniczna i zawodowa* opisane zostały trzy dostawy instalacji odwadniania:

- *dostawa i zabudowa wyposażenia technicznego w branży mechanicznej zgodnie z dokumentacją projektową, zaprojektowanie, dostawa i zabudowa instalacji odwadniania pomiędzy pompownią i szybem VIII poz. 700 m, wykonanie robót wykończeniowych w studni*

ssawnej oraz pompowni tymczasowego odwadniania poziom 700 m w KW S.A. Oddział KWK Chwałowice, zrealizowana w okresie 20.10.2014 – 27.11.2015 r. na rzecz Elektrometal S.A.

- budowa pompowni głównego odwadniania na poz. 1030m wraz z wykonaniem nowego projektu technicznego, odbiorem, uruchomieniem i wykonaniem dokumentacji powykonawczej w KW S.A. Oddział KWK Halemba-Wirek, zrealizowana w okresie 30.09.2011 – 30.04.2014 r. na rzecz Elektrometal S.A.,

- wykonanie pompowni głównego odwadniania na poziomie 1030 m wraz z układem zasilania i sterowania – realizacja zadania w ramach II etapu inwestycji dla KW S.A. Oddział KWK Halemba-Wirek w części górniczej i mechanicznej, wykonana w okresie 08.01.2015 – 22.01.2016. na rzecz odbiorcy Elpro-7 Sp. z o.o.

Do oświadczeń załączone zostały referencje wystawione przez Elektrometal S.A. z 15.07.2014 r. na rzecz Zakładu Robót Górniczych GÓRREM Sp. J. T. W. i P. Z., - dla dostawy wskazanej jako druga w oświadczeniu JEDZ zakończonej w 2014 r.; referencja od Elpro-7 z dnia 25.07.2016 r. wystawiona dla Zakładu Robót Górniczych Górrem Sp. z o.o. (usługa trzecia) oraz referencja od Elektrometal S.A. z 11.03.2016 r. wystawiona dla Zakładu Robót Górniczych GÓRREM Sp. z o.o. sp. k. dla dostawy z poz. pierwszej oświadczenia w JEDZ. ZAMEP wykazał się własnym doświadczeniem w zakresie wymaganej dostawy, przedstawiając w wykazie dwie dostawy wraz z referencjami (załącznik nr 3).

11

Zamawiający pismem z dnia 13.07.2017 r. wezwał na podstawie art. 87 ust. 1 Ustawy ZAMEP do wyjaśnienia oferty w zakresie złożonego oświadczenia w JEDZ, w którym Wykonawca oświadczył, że nie będzie brać udziału w postępowaniu wspólnie z innymi wykonawcami (pkt A.), że nie będzie polegać na zdolnościach innych podmiotów w celu spełnienia kryteriów kwalifikacji określonych w części IV (pkt C) oraz nie zamierza zlecić

osobom trzecim podwykonawstwa jakiegokolwiek części zamówienia (pkt D). Ponieważ do oferty załączony został JEDZ Zakładu Robót Górniczych GÓRREM Sp. z o.o. sp.k. z/s w Rudzie Śląskiej Zamawiający wezwał do wyjaśnienia zaistniałych rozbieżności pomiędzy informacjami w JEDZ Wykonawcy stanowiącym wstępne oświadczenie woli i złożonym dokumentem JEDZ innego podmiotu.

W odpowiedzi, ZAMED pismem z dnia 17.07.2017 r. sprostował oświadczenie wstępne z lit. C i D JEDZ wskazując Zamawiającemu, że będzie polegać na zdolnościach innego podmiotu i zleci osobie trzeciej podwykonawstwo, przysyłając poprawiony formularz JEDZ, w którym w cz. II lit. C wskazał, iż będzie polegał na zdolnościach innych podmiotów w celu spełnienia kryteriów kwalifikacji. W cz. II lit D oświadczył zaznaczając odpowiedź TAK, iż zamierza zlecić osobom trzecim podwykonawstwo, tj. Zakładowi Robót Górniczych Górrem Sp. Jawna. W dniu 31.07.2017 r., na wezwanie Zamawiającego z dnia 27.07.2017 r. o uzupełnienie informacji zawartych w JEDZ dotyczących zdolności technicznych i zawodowych – osób skierowanych do realizacji zamówienia, ZAMEP przedstawił formularz JEDZ Zakładu Robót Górniczych Górrem Sp. z o.o. Sp. k.

Pismem z dnia 2.08.2017 r. Zamawiający wezwał ZAMEP na podstawie art. 26 ust.1 Ustawy do złożenia dokumentów wskazanych w pkt 8.A, 8.B, 8.C, 8.D i 8.E siwz.

Wykonawca za pismem z dnia 10.08.2017 r. przedłożył: aktualne oświadczenia i dokumenty, w tym m.in.:

- wykaz parametrów technicznych wg załącznika nr 2 do siwa dotyczący charakterystyki pompy typu WPWE-250/7 (wydajność: 725 m³/h oraz wykonanie materiałowe Duplex 1.4517 – stal kwasoodporna) oraz charakterystyki silnika napędowego typu Sh500H4D (ciężar silnika bez osprzętu: 5980 kg; ciężar silnika kompletnego – 6700 kg);
- oświadczenie o zamiarze powierzenia części zamówienia podwykonawcy wg załącznika nr 7 do siwz, dotyczące etapów II i IV, które ma wykonać Zakład Robót Górniczych GÓRREM Sp. z o.o.;
- oświadczenie, że oferowany przedmiot zamówienia pracuje/pracował w wyrobiskach dołowych zakładów górniczych, złożone na załączniku nr 6 do siwz.
- wykaz zrealizowanych dostaw wg załącznika nr 3 do siwz, zrealizowanych dostaw i usług, obejmujący 5 pozycji wraz z referencjami wystawionymi przez PGWiR SA (dostawa pompy

12

WPW-100T/9), Tauron Wydobycie SA (zestaw pompowy WPWE-250/7, do którego załączony również protokół odbioru z opisem uzupełnionym o wskazanie „LH”), a także usługi wykonania pompowni zrealizowane przez Zakład Robót Górniczych Sp. z o.o. z/s w Rudzie Śląskiej wraz z trzema referencjami złożonymi wcześniej w ofercie (trzy referencje: 1 od Elpro-7 Sp. z o.o. i dwie od Elektrometal SA);

- zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów wg wzoru, tj. Zakładu Robót Górniczych GÓRREM Sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Rudzie Śląskiej, który udostępnił osoby przeznaczone do realizacji zamówienia oraz doświadczenie zdobyte przy realizacji trzech dostaw/usług na rzecz Elektrometal SA (KWK Halemba-Wirek oraz KWK Chwałowice) oraz Elpro-7 (KWK Halemba). W oświadczeniu podmiot trzeci potwierdził swój udział w wykonaniu mechanicznej części etapu II i IV zamówienia w całym okresie realizacji;

- DTR pompy WPWE produkcji ZAMEP, w której opisano m.in. zakres informacji zamieszczanych na tabliczce znamionowej pompy i zespołu pompowego (m.in. poz. 2 – nazwa i typ pompy lub zespołu pompowego) oraz opis wykonania materiałowego typoszeregu pomp WPWE z rozbiem na kałużby (standardowe: staliwo, np. L1500; solo odporne: staliwo, np. LH18N9; **kwasoodporne: staliwo, np. LH18N9**), układ przepływowy (standardowe: żeliwo; solo odporne: staliwo, np. LH18N9; **kwasoodporne: duplex, np. 1.4517**), wał, tuleje (standardowe: stal niestopowa; solo odporne: stal odporna na korozję; **kwasoodporne: stal odporna na korozję, np. 1.4462**). DTR przy opisie wydajności $Q=600$ i wydajności podnoszenia od 210 do 770 m dla pompy WPWE-250 dopuszcza wykonanie pomp o innych parametrach, niż przedstawione w tabeli i na wykresach, po uzgodnieniu z producentem (uwaga, str. 17 DTR);

- rysunek zestawu WPWE-250/7 z silnikiem Sh500H4D –OMEGA 120 o masie silnika 6700 kg i masie pompy 3060 kg.

Pismem z dnia 23.08.2017 r. Zamawiający zwrócił się do ZAMEP na podstawie art. 87 ust. 1 Ustawy o wyjaśnienie rozbieżności w złożonej ofercie w zakresie dotyczącym wymaganych parametrów technicznych pompy i silnika elektrycznego, tj. parametrów pompy WPWE 250/7 jej wydajności i wykonania materiałowego. Zamawiający wskazał, iż z dołączonych dokumentów - DTR (tabela nr 3) wynika, iż *wydajność pompy wynosi 600 m³/h ponadto w pkt 5 DTR użyto stwierdzenia „Ponieważ produkowane obecnie silniki elektryczne mają rzeczywiste prędkości obrotowe minimalnie różniące się od nominalnych podanych w Tab. 3 parametry pomp będą się nieco różniły od podanych”, a co za tym idzie zapis taki daje możliwość dostawcy na zmianę założonych w Tab. 3 nominalnych parametrów pracy pompy. Przedstawiony w DTR – rys. nr 4 – Charakterystyka pracy pompy WPWE-250 jest mało czytelny, co uniemożliwia Zamawiającemu zidentyfikować czy parametry pompy*

13

odpowiadają wymaganiom stawianym w pkt 2.2.1 ppkt 1 załącznika nr 2 do SIWZ.

Zamawiający informuje, że producent na swojej stronie internetowej dla pompy WPWE 250/7 założył 5% spadek sprawności pompy co przy wymaganej przez Zamawiającego minimum 80% nie spełnia założonego warunku o czym nie ma wzmianki w DTR. Ponadto w pkt 4 ppkt 4.1 DTR „Wykonanie materiałowe” dotyczy tylko układu przepływowego, a nie jak wymagał

Zamawiający aby cała pompa była wykonana z materiału DUPLEX, brak jest także w DTR uchwytów transportowych oraz brak jest możliwości zastosowania czujnika przesuwu wału.

DTR silnika – nie charakteryzuje wymaganych parametrów tj.: moc, prędkość obrotowa, sprawność, współczynnik mocy, rodzaj rozruchu, rodzaj pracy, masa, wymiary gabarytowe.

W związku z powyższym prosimy o wyjaśnienie powyższych rozbieżności w parametrach technicznych pompy. Wezwanie to zostało przygotowane na podstawie oceny dokumentów, stwierdzonej w oświadczeniu z dnia 14.08.2017 r., w którym poza kwestiami technicznymi urządzeń wskazano także na ocenę dokumentów mających potwierdzać wymagane doświadczenie, w tym okoliczność udziału podmiotu Zakład Robót Górniczych GÓRREM Sp. z o.o. w przygotowaniu dokumentacji projektowej, co mogło mieć wpływ na przygotowanie oferty przez ZAMEP.

W odpowiedzi pismem z dnia 25.08.2017 r. ZAMEP odniósł się do wydajności pompy 725 m³/h, która zależna jest od prędkości obrotowej silnika i pokrywa się z zakresem pracy przedstawionym w DTR, jak również na stronie internetowej. Jako producent pompy i dostawca kompletnego zestawu (wraz z silnikiem) zadeklarował poprawny dobór parametrów pompy do prędkości obrotowej silnika napędowego. Wraz z pismem przedstawił

charakterystykę pompy WPWE-250. Charakterystyka przedstawiona na stronie internetowej, w tym sprawność >80% mieści się w zakresie od ok. 510m³/h do ok. 785 m³/h, a jedynie omyłkowo kolorem zielonym i pomarańczowym oznaczono zbyt wąski obszar, co już poprawiono, bez zmiany charakterystyki. Wykonawca potwierdził także, że *oferowana wersja materiałowa pompy to pełny DUPLEX, obejmujący zarówno kadłub oraz układ przepływowy pompy. W DTR pompy WPWE w pkt 4.1 przedstawiono kilka możliwych wersji materiałowych, jednakże jako producent dopuszczamy wykonanie w innych konfiguracjach, jak w przedmiotowej ofercie.* Wraz z pismem przedłożył Zamawiającemu specyfikację techniczną silnika Sh500H4D opatrzoną oznaczeniem ZAMEP, w której masa silnika została określona na 6000 kg oraz rysunek wymiarowy.

Pismem z dnia 21.08.2017 r. Zamawiający wystąpił do wykonawcy Zakład Budowlano-Remontowy „BUDREM” J. R. o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o 30 dni, a Wykonawca w piśmie z dnia 28.08.2017 r. nie wyraził takiej zgody, a także nie przedłużył ważności wadium.

14

Zamawiający w dniu 13.09.2017 r. dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej wskazując na najkorzystniejszą ofertę Zamep. Oferta Odwołującego uzyskał trzecią lokatę z ilością punktów 96,71 w kryterium cena oraz okres gwarancji.

Uwzględniając powyższe Izba zważyła.

Odwołanie podlega oddaleniu, chociaż zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy BUDREM miał podstawy prawne i faktyczne do tego, aby stwierdzić, że Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów Ustawy. Ponieważ naruszenie to nie miało wpływu na wynik postępowania, odwołanie również w tym zakresie nie mogło być uwzględnione w związku z treści art. 192 ust. 2 Ustawy. Odnosząc się do podniesionych zarzutów, Izba w pierwszej kolejności odniosła się do zarzutów skierowanych wobec oceny oferty wybranej jako najkorzystniejsza – Wykonawcy ZAMEP, które miały decydujący wpływ na wynik postępowania odwoławczego.

Oferta ZAMEP.

Zarzuty nr 1 i 2 dotyczą oceny prawdziwości oświadczenia Wykonawcy, że oferowany przedmiot zamówienia pracuje/pracował w wyrobiskach dołowych zakładów górniczych, sporządzonego wg załącznika nr 6 do siwz. Odwołujący zarzucił, iż deklaracja ZAMEP wprowadzała w błąd Zamawiającego, gdyż zaoferowana pompa WPWE-250/7, która spełnia wymagania Zamawiającego, w tym dotyczące wykonania materiałowego Duplex 1.4517 (stal kwasoodporna) – nie pracuje /pracowała w wyrobiskach dołowych zakładów górniczych (załącznik nr 6).

Odnosząc się do oceny oświadczenia Wykonawcy Izba uwzględniła treść siwz, oświadczenie ZAMEP oraz dowody przedstawione na rozprawie, w tym materiał fotograficzny pompy zainstalowanej w Tauron Dystrybucja S.A. oraz DTR pompy WPWE-250. Zasadniczym dla rozstrzygnięcia było ustalenie znaczenia oświadczenia wymaganego przez Zamawiającego, że oferowany przedmiot zamówienia pracuje/pracował w wyrobiskach dołowych zakładów górniczych.

Rację ma Odwołujący, iż celem złożenia tego oświadczenia było zapewnić Zamawiającego, iż dostarczony zestaw został sprawdzony w warunkach pracy w wyrobiskach dołowych zakładów górniczych. Nie miało ono natomiast na celu weryfikacji parametrów technicznych oferowanych urządzeń, na potwierdzenie których Zamawiający wymagał złożenia wykazu parametrów technicznych, DTR silnika, kopię certyfikatów. Wymienione oświadczenie, łącznie z dokumentami dotyczącymi przedmiotu dostawy stanowiły dokumenty

spełnienie przez dostawę przez potwierdzające oferowane wymagań określonych Zamawiającego w pkt 8.B siwz. Każde z nich miało jednak inny zakres i znaczenie.

Powyższe oznaczało, iż dokumenty te należało traktować w sposób autonomiczny, z uwzględnieniem wytycznych zawartych w OPZ – załączniku nr 2 do siwz. Opisana w pkt

15

2.2.1 załącznika nr 2 do siwz charakterystyka techniczna pompy, w której Zamawiający wskazał na wykonanie materiałowe Duplex 1.4.517 (stal kwasoodporna) powiązana była z dalszymi uwarunkowaniami dla pompy, wskazanymi w pkt 2.2.2, m.in. zachowania jednorodnych materiałów zapobiegających powstawaniu korozji elektrochemicznej (lit. d), a także dobrania wykonania

materiałowego dla spełnienia warunków funkcjonalności i gwarancji dla przedmiotu zamówienia – materiał Duplex musi posiadać uchwyty transportowe. Oświadczenie składane na załączniku nr 6 do siwz stanowiło uzupełnienie oświadczenia dotyczącego charakterystyki oferowanej pompy WPWE -250/7, dla której w DTR opisano trzy wykonania materiałowe dla urządzeń typoszeregu, w tym wykonanie kwasoodporne: dla kadłuba (staliwo np. LH1N9), układu przepływowego (DUPLEX, np. 1.4517), wał, tuleje (stal odporna na korozję, np. 1.4462). Wykonawca ZAMEP w złożonym oświadczeniu potwierdził, iż zaoferowana pompa pracuje w wyrobiskach dołowych i na rozprawie przedłożył dokumentację zdjęciową pompy zamontowanej w Zakładzie Górniczym Sobieski, wykonanej z materiałów kwasoodpornych, m.in. stali DUPLEX 1.4517 (kadłub ze staliwa LH1N9, układ przepływowy ze stali DUPLEX 1.4517, wał i tuleje ze stali odpornej na korozję). Na takie wykonanie wskazywała zarówno tabliczka znamionowa pompy z oznaczeniem LH na kadłubie, jak i wyjaśnienie Wykonawcy ZAMEP znajdujące oparcie w treści DTR, w której wykonanie kwasoodporne zostało opisane dla kadłuba przez wskazanie na staliwo LH, dla układu przepływowego na DUPLEX oraz stal odporną na korozję dla wału i tulei.

Oddalając w tym zakresie zarzuty Izba uznała, iż oświadczenie z załącznika nr 6 do siwz złożone przez ZAMEP odnosiło się do zaoferowanej pompy WPWE – 250/7, której dotyczy również złożona DTR, prezentująca wykonanie materiałowe kwasoodporne, w tym DUPLEX. Co istotne w niniejszej sprawie, Zamawiający w siwz nie sprecyzował, czy koniecznym było wcześniejsze uruchomienie w wyrobisku dołowym zakładu górniczego zestawu w konfiguracji wymaganej na potrzeby tego zamówienia (a więc zestawu: pompa z silnikiem zaoferowanym). Nie było spornym, iż warunki pracy zestawu determinują dobór parametrów, a zatem każde zamówienie zrealizowane na potrzeby konkretnego zamawiającego może odbiegać pod względem postawionych wymagań, np. materiału z jakiego zostały wykonane poszczególne elementy. Powyższe, dodatkowo wzmacnia stanowisko Odwołującego, który podważał prawdziwość oświadczenia ZAMEP z uwagi na jeden element zestawu, jakim jest pompa WPWE-250/7, dostarczona dla Tauron Wydobycie S.A. w zestawieniu z innym silnikiem, niż obecnie zaoferowany. ZAMEP na rozprawie potwierdził, iż zamontowany w Tauron Wydobycie S.A silnik nieznacznie różni się od silnika, jakiego wymaga Zamawiający. Identyczny silnik pracuje natomiast w czeskiej kopalni OKD, dostarczony razem z pompą WPWH-200/10. Powyższe pozwalało uznać, iż dla oceny oświadczenia Wykonawcy, którym potwierdzał, iż oferowana pompa WPWE-250/7 została sprawdzona w warunkach zakładów

16

górnictwa, nie było konieczne wcześniejsze uruchomienie zestawu w konfiguracji oferowanej Zamawiającemu, która może odbiegać od parametrów dobranych dla innego zakładu górniczego. Tym samym, oceniając oświadczenie Wykonawcy ZAMEP, należało uwzględnić powyższe i uznać za prawdziwe oświadczenie, w którym potwierdzał, iż pompa WPWE – 250/7 została dostarczona i pracując w wyrobiskach dołowych zakładów górniczych, m.in. dla Tauron Wydobycie S.A. (Zakład Górniczy Sobieski). Badanie konkretnych uwarunkowań zakładów górniczych, determinujących materiałowe wykonanie uruchomionej pompy, wykraczałoby poza konieczną dla stwierdzenia, iż urządzenie zostało sprawdzone w warunkach pracy wyrobiska dołowego, ocenę. Zamawiający w siwz określił parametry dobrane do warunków w jakich urządzenie będzie pracować, co było podstawą oceny zgodności oferowanego przedmiotu dostawy z wymaganiami przedmiotowymi. Nie było natomiast wyrażone wprost w siwz, iż oceny oświadczenia składanego wg wzoru stanowiącego załącznik nr 6 do siwz, Zamawiający będzie dokonywał pod kątem wszystkich parametrów technicznych zaoferowanej pompy. Ponieważ takiej wytycznej Zamawiający nie zawarł w siwz, nie mógł przy ocenie oświadczenia wykraczać poza literalną treść siwz. Ponieważ urządzenie zaoferowane Zamawiającemu mogło być wcześniej dostarczane w różnym wykonaniu, dostosowanym do konkretnych warunków zakładów górniczych, dla złożonego oświadczenia wystarczającym było stwierdzenie, że urządzenie typoszeregu WPWE 250 pracuje/pracowało w wyrobisku dołowym. W podobny sposób należało ocenić oświadczenie o możliwości stosowania oferowanego przedmiotu zamówienia w podziemnych wyrobiskach górniczych zgodnie z przepisami górnictwa ustawy z dnia 09.06.2011 r. Prawo geologiczne i górnicze, wg Załącznika nr 5 do siwz.

W odniesieniu do zarzutu opisanego jako trzeci, dotyczącego prawdziwości oświadczenia ZAMEP co do masy oferowanego silnika Sh500H4D produkcji EMIT S.A. nie przekraczającej

6000 kg, Izba uwzględniła stan faktyczny wynikający zarówno w treści siwz, jak i dowodów dotyczących zaferowanego silnika. Odwołujący powołując się na charakterystykę silnika wskazywał na jego rzeczywistą masę wynoszącą 6700 kg.

Zamawiający w siwz wymóg dotyczący masy kompletnego silnika bądź najcięższego pojedynczego elementu każdego silnika, nie przekraczającej 6000 kg, wskazał w opisie dodatkowych uwarunkowań uzasadniając go ograniczeniami technicznymi w zakresie opuszczania silników z powierzchni do wyrobisk górniczych. Nie stanowi ono opisu charakterystyki kompletnego silnika i dotyczy masy pojedynczego elementu (bądź całego silnika) na czas jego opuszczenia do wyrobiska górniczego. W sprawie spornym nie było zatem ustalenie, że masa kompletnego silnika Sh500H4D wynosi 6700, co wynikało ze specyfikacji technicznej wyrobu przedstawionej przez Odwołującego, jak i dokumentów przedłożonych przez ZAMEP przy piśmie z 10.08.2017 r. (rysunek zestawu WPWE-250/7,

17

str. 88). Rozstrzygnięcia wymagało natomiast to, czy oświadczenie dotyczące silnika (największego elementu) w trakcie dostawy nie przekroczy 6000 kg. W tym zakresie Przystępujący ZAMEP na rozprawie przedłożył informację otrzymaną od poddostawcy silnika (Cantoningroup), w której potwierdzał możliwość dostarczenia silnika bez osprzętu (podstawa + skrzynia główna, skrzynia pomocnicza, osłona wentylacyjna, przewietrznik

zewewnętrzny), co będzie ważyć niewiele (ok. 5-60 kg) poniżej 6000 kg – dokładną masę można będzie podać po wykonaniu silnika. W przypadku dostawy silnika w częściach, najcięższy element będzie ważył ok. 4000 kg (mail z 24.04.2017 r.).

Zamawiający w siwz dopuszczał możliwość dostarczenia silnika w stanie zdemontowanym (ograniczonym do minimum biorąc pod uwagę ograniczenia gabarytowe, np. oddzielnie wirnik, komora przyłączeniowa – pkt 2.2.5 lit. f OPZ).

Oceniając oświadczenie ZAMEP, Izba uznała, iż Wykonawca nie wprowadził Zamawiającego w błąd, mając wiedzę od producenta co do możliwości dostarczenia silnika bez osprzętu, który nie przekroczy masy 6000 kg. Uzasadnienie zarzutu kierowanego wobec prawdziwości tego oświadczenia zawierało się faktycznie w wykazaniu masy całkowitej silnika z osprzętem, czyli nie dotyczyło masy silnika zdemontowanego na czas transportu i opuszczenia go do wyrobiska górniczego. Oddalając odwołanie w tym zakresie Izba uznała, iż Odwołujący nie wykazał zasadności zarzutu wprowadzenia Zamawiającego w błąd.

Jednocześnie Izba dała wiarę wyjaśnieniom ZAMEP popartym korespondencją mailową prowadzoną jeszcze przed złożeniem oferty, z której wynikało, iż Wykonawca uzyskał wiedzę co do możliwości zdemontowania części elementu w celu opuszczenia silnika, którego największy element nie przekroczy 6000 kg. Dla podważenia prawdziwości tego oświadczenia nie była przydatna DTR silnika, w której określono masę kompletnego silnika (z osprzętem). Odwołujący nie odniósł się w ogóle do kwestii zasadniczej, tj. ograniczeń gabarytowych dotyczących etapu transportu i opuszczenia silnika do wyrobiska górniczego, w tym wskazanej w siwz możliwości dostawy silnika w stanie zdemontowanym w stopniu koniecznym do tego, aby nie przekroczyć wymiarów gabarytowych, tu dotyczących masy największego elementu opuszczanego do wyrobiska górniczego.

Zarzut opisany pod nr 4 odwołania dotyczy treści oferty oraz wyjaśnień złożonych przez ZAMEP w odniesieniu do parametru pracy pompy WPWE-250 dotyczącego wysokości podnoszenia (H) o wartości nie mniejszej niż 460 m przy wymaganej wydajności pracy $(Q) \geq 725 \text{ m}^3/\text{h}$.

ZAMEP w wyjaśnieniach z dnia 25.08.2017 r. odnosił się do wydajności pompy WPWE-250 i charakterystyki pracy, wskazując na znaczenie prędkości obrotowej silnika, do której zostaną dobrane parametry pompy opisane w DTR przedłożonej przy piśmie z 10.08.2017 r. W DTR na str. 17 przy opisie parametrów pracy pompy prezentowanej w tabeli 3 *Nominalne*

18

parametry pracy i masy pompy WPWE-250 znajduje się uwaga: dopuszcza się wykonania pomp o innych parametrach, niż przedstawiono w tabeli i na wykresach, po uzgodnieniu z producentem. Odwołujący korzystając z materiałów zamieszczonych na stronie ZAMEP – wykresu charakterystyki pracy pompy, przedstawionego w dużym powiększeniu, wykazywał, iż nie osiągnie ona wymaganej wysokości podnoszenia H (460 m) przy wydajności pracy Q ($\geq 725 \text{ m}^3/\text{h}$).

Oddalając odwołanie w tym zakresie Izba uznała, iż charakterystyka pracy pompy prezentowana na wykresie miała walor poglądowy i nie mogła przesądzać o ostatecznym doborze parametrów pracy, co wymaga uwzględnienia prędkości obrotowej silnika, w zestawieniu z którym pompa ma osiągnąć parametry oczekiwane przez Zamawiającego. Kwestia doboru technicznego parametrów nie były przez Odwołującego kwestionowana, a podstawę zarzutu opierał wyłącznie na analizie wykresu charakterystyki pracy pompy WPWE-250, która w rzeczywistości może odbiegać, co potwierdził sam producent pompy w DTR. Zabieg dużego powiększenia wykresu mógł wskazywać na mniejszą wysokość podnoszenia niż wymagane 460 m., jednak w zestawieniu z oświadczeniem producenta i wyjaśnieniami złożonymi w piśmie z 25.0.2017 r., w ocenie Izby nie mógł prowadzić do stwierdzenia niezgodności zaoferowanego zestawu pompowego WPWE-250/7 z wymaganiami Zamawiającego.

Zarzut nr 5 – zaniechania wezwania ZAMEP do wyjaśnienia treści oferty w kontekście omówionych powyżej elementów, tj. masy oferowanego silnika oraz wysokości podnoszenia Izba oddaliła. Wykonawca składał już w tym zakresie wyjaśnienia w piśmie z 25.08.2017 r., które dodatkowo wzmacniały dowody przedłożone na rozprawie i omówione powyżej.

Zarzut nr 6 związany jest z oceną oświadczeń i dokumentów złożonych przez ZAMEP na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 5.3 lit. b siwz, jako wykonanie w ramach jednej umowy usługi polegającej na montażu zestawów pompowych głównego odwadniania o wartości minimum 500.000 zł brutto. Wykonawca w JEDZ oraz na wezwanie do złożenia oświadczeń i dokumentów okazał się potencjałem podmiotu trzeciego – Zakładu Robót Górniczych Górrem Sp. z o.o. z/s w Rudzie Śląskiej. Spółka ta wykonała w okresie od 08.01.2015 r. do 22.01.2016 r. na rzecz Elpro-7 Sp. z o.o. usługę *wykonania pompowni głównego odwadniania na poziomie 1030 m wraz z układem zasilania i sterowania – realizacja zadania w ramach II etapu inwestycji dla KW S.A Oddział KWK Halemba-Wirek w części górniczej i mechanicznej*. Powyższe potwierdza treść referencji z dnia 25.07.2016 r. Zamawiający w notatce z 14.0.2017 r. uznał tą usługę za spełniającą wymagania siwz.

Odwołujący usługę tę kwestionował na tej podstawie, iż wykonana była przez inny podmiot, niż ten który udostępnił ZAMEP swój potencjał na potrzeby wykazania spełnienia warunku

19

udziału w postępowaniu, tj. Zakład Robót Górniczych Górrem Sp. z o.o. s.k. z siedzibą w Rudzie Śląskiej, którego zobowiązanie złożył ZAMEP przy piśmie z dnia 10.08.2017 r. Z przedłożonego na rozprawie odpisu KRS 0000601595 z dnia 12.07.2017 r. podmiotu udostępniającego swój potencjał wynika, że podmiot ten powstał z przekształcenia Zakładu Robót Górniczych Górrem Sp. z o.o. Sp. j., którego współnikami byli

P. Z., I. Z. (wspólnicy spółki jawnej) oraz Zakład Robót Górniczych Górrem Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej. Uchwałą wspólników z dnia 31.07.2015 r. przekształcono Zakład Robót Górniczych Górrem Sp. z o.o. Sp. j. w spółkę komandytową z siedzibą w Rudzie Śląskiej, reprezentowaną przez Zakład Robót Górniczych Górrem Sp. z o.o.

Informacją powszechnie dostępną z tytułu jawności wpisów w KRS jest, iż Zakład Robót Górniczych Górrem Sp. z o.o. Sp. j z siedzibą w Rudzie Śląskiej, wpisana została pod numerem 0000004726 do rejestru przedsiębiorców w dniu 27.03.2001 r., a jej wykreślenie nastąpiło 23.03.2016 r. (uprawomocnione 24.04.2016 r.). W dniu 29.04.2015 r. do KRS pod nr 000055472 wpisany został Zakład Robót Górniczych Górrem Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej, reprezentowany przez Członka Zarządu P. Z.

ZAMEP na rozprawie przedłożył kopię umowy z dnia 08.01.2015 r. zawartą pomiędzy Elpro-7 Sp. z o.o. (wskazany jako jeden z zamawiających, obok Grupy Powen-WAFAPOMP S.A.) a Zakładem Robót Górniczych „Górrem Sp. j. T. W. i P. Z. z siedzibą w Katowicach na wykonanie zadania, którego dotyczy wystawiona referencja z dnia 25.07.2016 r. Przy opisie Wykonawcy zamieszczona została informacja o jego zarejestrowaniu pod numerem KRS 0000004726 wraz z numerem REGON: 270519951.

Oceniając ten stan faktyczny Izba uznała, iż zobowiązanie podmiotu trzeciego o udostępnieniu ZAMEP potencjału spółki mogło dotyczyć wyłącznie doświadczenia zdobytego przez spółkę, z przekształcenia której powstał ten podmiot, czyli Zakładu Robót Górniczych Górrem Sp. z o.o. Sp. j., wpisanej w rejestrze pod nr 0000004726. Wskutek przekształcenia spółce komandytowej przysługiwały bowiem wszystkie prawa i obowiązki spółki jawnej. Realizacja przedmiotowej usługi, w świetle przedłożonej kopii umowy, nie odbyła się przez

spółkę z o.o., ale spółkę jawną wpisaną do KRS pod nr 0000004726, reprezentowaną przez P. Z. (właściciela) i A. Z. (prokurenta). Nieścisłość we wskazaniu adresata referencji mogła wynikać z faktu, iż ten sam przedsiębiorca, tj. P. Z. prowadził jednocześnie działalność w ramach spółki jawnej oraz spółki z o.o., stanowiących samodzielne podmioty prawa. Równocześnie należy zauważyć, iż usługa ta odbyła się w trakcie procesu przekształcenia spółki jawnej (Zakładu Robót Górniczych Górrem Sp. z o.o. Sp. j.) w spółkę komandytową, gdyż trwała do stycznia 2016 r. W przedłożonej umowie wystąpiła nieścisłość w oznaczeniu nazwy Wykonawcy, która wskazywałaby na podmiot Zakład Robót Górniczych Sp. j. T. W. i P. Z., który przekształcił się następnie w Zakład Robót Górniczych Górrem Sp. z o.o. Sp. j.,

20

istniejącą pod tym samym numerem wpisu w KRS 0000004726. Powyższe wskazuje zatem, iż usługa stanowi faktycznie potencjał spółki, która ulegała przekształceniom, ostatecznie przyjmując formę spółki komandytowej, której zobowiązanie przedłożył ZAMEP w celu wykazania się wymaganym doświadczeniem. W ocenie Izby błędnym w treści referencji było wskazanie na spółkę z o.o. (Zakład Robót Górniczych Górrem Sp. z o.o.), która to spółka

wpisana została do rejestru przedsiębiorców dopiero w dniu 29.04.2015 r. pod nr KRS 000055472, czyli w okresie, w jakim realizowana była usługa na rzecz Elpro-7 Sp. z o.o. Tym samym, Izba uznała, iż wykonawca ZAMEP mógł skutecznie powoływać się na doświadczenie Zakładu Robót Górniczych Górrem Sp. z o.o. Sp. j., która została przekształcona w Zakład Robót Górniczych Górrem Sp. z o.o. Sp. k z siedzibą w Rudzie śląskiej.

Ocena pozostałych dwóch referencji, w świetle omówionej powyżej usługi pozostaje bez wpływu na ustalenie, że Wykonawca ZAMEP potwierdził spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Treść notatki Zamawiającego z dnia 14.08.2017 r. również nie odnosi się do tych dokumentów, co pozwala przyjąć, iż Zamawiający ich nie uwzględnił przy ocenie doświadczenia Wykonawcy. Słusznie zauważył Odwołujący, że usługa realizowana dla Elektrometal S.A., związana z wykonaniem zadania pt.: *Budowa przepompowni głównego odwadniania na poz. 1030m wraz z wykonaniem nowego projektu technicznego, odbiorem, uruchomieniem i wykonaniem dokumentacji powykonawczej w KW S.A., Oddział KWK Halemba-Wirek*, nie mogła być zaliczona, gdyż jej termin realizacji przypadła na okres wcześniejszy niż 3 lata przed terminem składania ofert i zakończył się 30.04.2014 r. Izba przyznała również rację Odwołującemu, iż opis zakresu prac ujętych w trzeciej referencji wystawionej przez Elektrometal S.A. dla Zakładu Robót Górniczych Górrem Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Rudzie Śląskiej nie potwierdza, aby obejmowały one montaż zestawów pompowych głównego odwadniania. W opisie zadania wskazano bowiem na zabudowę instalacji odwadniania pomiędzy pompownią i szybem VIII poz. 700 m., wykonanie robót wykończeniowych w studni ssawnej oraz pompowni tymczasowego odwadniania w KW S.A. Oddział KWK Chwałowice. Powyższe wątpliwości rozwiął przedłożony na rozprawie dowód w postaci kopii umowy zawartej w dniu 20.10.2014 r, której wykonania dotyczy ta referencja. Zakres rzeczowy zadania odpowiada treści warunku udziału w postępowaniu. Zgodnie z załącznikiem nr 1 do umowy – zawierającym szczegółowy zakres przedmiotu, w tym opisany pod literą A zakres obejmował wykonanie zabudowy 3 zespołów pompowych (w tym uruchomienie pompowni). Odwołujący kwestionował możliwość dokonania oceny doświadczenia Wykonawcy w oparciu o przedłożone dowody (umowę), z czym Izba się nie zgodziła korzystając z przyznanego prawa do oceny złożonych do momentu zamknięcia rozprawy dowodów. Co istotne, dotyczyły one dokumentów złożonych w postępowaniu, na

21

podstawie których Zamawiający oceniał doświadczenie wykonawców (referencje) z uwagi na podniesione w odwołaniu zastrzeżenia, co do rzeczowego zakresu prac oraz strony podmiotowej realizującej usługi. Miały one na celu odparcie zarzutów i zostały zgłoszone przez Przystępującego, którego sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów przez Zamawiającego, prowadził do podtrzymania stanu sporu wynikającego z zakresu podniesionych zarzutów. Kopie umów nie prowadziły do rozszerzenia zakresu doświadczenia, na jakie powołał się ZAMEP przed Zamawiającym w toku badania jego doświadczenia, a tym samym nie zmieniały stanu faktycznego w jakim Zamawiający podejmował decyzję o wyborze oferty tego Wykonawcy. Nieścisłości dotyczące oznaczenia

podmiotu, który realizował usługi, mogły być wyjaśnione na rozprawie, co nie stanowiło rozszerzenia zakresu doświadczenia wykazanego dokumentami złożonymi przez Zamawiającym, a miało ten skutek, że pozwalało na ocenę tego doświadczenia jako wystarczającego dla uznania, że Wykonawca wykazał się koniecznym dla realizacji tego zamówienia doświadczeniem własnym w dostawie oraz usłudze montażu, którą wykona podwykonawca udostępniający swój potencjał w tym zakresie.

Ostatni z zarzutów dotyczących oferty ZAMEP związany był z oceną wypełnienia przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania opisanej w art. 24 ust. 1 pkt 19 w związku z art. 24 ust. 10 Ustawy, nakazujących zamawiającemu przed wykluczeniem z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19, zapewnienie wykonawcy możliwości udowodnienia, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji. ZAMEP poprzez korzystanie z potencjału podmiotu trzeciego, który był współautorem dokumentacji projektowej i będzie podwykonawcą etapu II i IV, zdaniem Odwołującego, powinien być wezwany do udowodnienia, iż udział Zakładu Robót Górniczych Górrem Sp. z o.o. Sp. k. z/s w Rudzie Śląskiej (w odwołaniu wskazana błędnie siedziba w Katowicach), nie zakłóci konkurencji.

W pierwszej kolejności należało wskazać, iż podmiot trzeci wskazany w ofercie ZAMEP, jako udostępniający swój potencjał oraz przyszły podwykonawca części prac Zakład Robót Górniczych Górrem Sp. z o.o. Sp. k. z/s w Rudzie Śląskiej, był współautorem dokumentacji projektowej stanowiącej opis przedmiotu niniejszego zamówienia, a zatem uczestniczył w pracach związanych z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzał to dowód z dokumentacji technicznej niniejszego postępowania, opatrzonej między innymi oznaczeniem *Zakład Robót Górniczych Górrem*, a także przedłożona przez Odwołującego kopia informacji z dnia 30.03.2016 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu na wykonanie dokumentacji technicznej modernizacji układu głównego odwadniania KWK Boże Dary (znak sprawy KWK BD/07/16) złożonej przez konsorcjum w składzie: CARBOSPEC M. J. Sp. J. oraz Zakład Robót Górniczych GÓRREM Sp. z o.o. sp. k. Przystępujący nie

22

zaprzeczał temu, że podmiot udostępniający swój potencjał był współautorem dokumentacji technicznej dla tego postępowania. Powyższe prowadziło zatem do konieczności ustalenia, czy stan ten wypełniał przesłankę do wykluczenia wykonawcy z postępowania, jako korzystającego z osoby wykonującej na rzecz wykonawcy pracę w ramach zawartej umowy o świadczenie usług.

Zgodnie bowiem z art. 24 ust. 1 pkt 19 Ustawy z postępowania wyklucza się wykonawcę, *który brał udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia lub którego pracownik, a także osoba wykonująca pracę na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług, brał udział w przygotowaniu takiego postępowania, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane winny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu.*

Na wstępie, należy poczynić ogólną uwagę, iż przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania wymagają ścisłej wykładni normy prawnej, z której wywodzony jest ten skutek, tak aby czynności zamawiającego nie prowadziły do dowolności ocen w postępowaniu, co naruszałoby zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, oraz przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Waga tych zasad przejawia się na każdym etapie postępowania i stanowi wytyczną dla oceny zgodności czynności z przepisami Ustawy. Zasady te powoływane są w większości orzeczeń Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości i w ich świetle Trybunał dokonywał oceny przepisów krajowych. W sprawie C-35/17 Saferoad Grawil Sp. z o.o. i Saferoad Kabex Sp. z o.o. przeciwko Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu, w orzeczeniu z 13.07.2017 r. Trybunał stwierdził między innymi, że zasada równego traktowania i obowiązek przejrzystości stoją na przeszkodzie wykluczeniu wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wskutek niedopełnienia przez niego obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej lub z obowiązującej krajowej ustawy, lecz z wykładni, a także z mechanizmu uzupełniania przez krajowe organy administracji lub sądownictwa administracyjnego występujących w tym zakresie luk. Pomimo, iż orzeczenie to nie dotyczy przesłanki wykluczenia z postępowania, której zaniechanie zastosowania stanowi podstawę zarzutów formułowanych w tym postępowaniu, to ogólna wytyczna dotycząca stosowania przepisów krajowych pozostaje

aktualna.

Przenosząc powyższe na stan występujący w niniejszej sprawie, dla ustalenia, czy wykonawca powinien być wykluczony decydującym była treść przepisu art. 24 ust. 1 pkt 19 Ustawy. Ponieważ w stanie faktycznym sprawy to nie udział wykonawcy w przygotowaniu postępowania stanowić ma podstawę do stwierdzenia, iż doszło do zakłócenia konkurencji w postępowaniu, uwaga Izby skupiona została na ocenie relacji, o jakiej mowa w dalszej

23

części normy. W ocenie Izby relacja, o jakiej mowa w przepisie odnosi się do istniejącego w momencie przygotowania i złożenia oferty stosunku pracy pomiędzy wykonawcą, a pracownikiem lub osobą wykonującą pracę na podstawie innej niż umowa o pracę stosunków (umowy zlecenie, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług), który miał brać udział w przygotowaniu postępowania. Tylko z taką relacją należy wiązać domniemanie, iż prowadzi ona do zakłócenia konkurencji w postępowaniu, co ma uzasadnienie w założeniu, iż pracodawca poprzez udział tych osób w przygotowaniu postępowaniu posiada większą wiedzę na temat warunków, w jakich oferta może być złożona. Istotnym pozostaje zatem ustalenie, czy udział podmiotu trzeciego na etapie przygotowania oferty, który przejawia się w udostępnieniu potencjału na potrzeby wykazania przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jest tego rodzaju relacją, z jaką Ustawa wiąże domniemanie zakłócenia konkurencji w postępowaniu. W ocenie Izby, stan ten nie wypełnia przesłanki związanej z istniejącym stosunkiem prawnym wiążącym wykonawcę i osobę wykonującą na jego rzecz pracę. Współpraca pomiędzy wykonawcą, a podmiotem trzecim nie ma charakteru zbliżonego do stosunku zatrudnienia, jest bowiem jedynie zapowiedzią współpracy na etapie związanym z wykonaniem przedmiotu zamówienia. Udział podmiotu trzeciego w przygotowaniu oferty sprowadzał się do uzgodnienia zasad, na jakich potencjał tego podmiotu będzie mógł być wykorzystany, tj. uzgodnienia zasad na jakich potencjał zostaje udostępniony oraz wykorzystany przez wykonawcę. Powyższe nie uprawnia do stwierdzenia, aby oferta ZAMEP była przygotowana z udziałem podmiotu trzeciego, jak również aby wiedza na temat zakresu prac, jaką posiadała była szersza niż wiedza innych wykonawców. Jak ustalono w toku rozprawy, elementy dokumentacji technicznej związane z przedmiotem zamówienia były udostępnione wszystkim wykonawcom przed złożeniem ofert. Powyższe, w ocenie Izby czyniło zarzut zaniechania wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 Ustawy ZAMEP z postępowania niezasadnym.

Oferta BUDREM.

Zarzut, jaki Izba uwzględniła dotyczy zaniechania odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 7a Ustawy oferty Zakładu Remontowego BUDREM J. R., który to Wykonawca na wniosek Zamawiającego o przedłużeniu ważności oferty pismem z dnia 28.08.2017 r. odmówił dokonania tej czynności i odmówił przedłużenia wadium na dalszy okres. Stan ten nie był sporny, również Przystępujący który wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów przez Zamawiającego, nie odnosił się do tego zarzutu.

Mając na uwadze konsekwencje postępowania prowadzonego w procedurze odwróconej, czynność odrzucenia oferty wykonawcy, której zamawiający nie ocenił najwyżej powinna nastąpić przed ustaleniem rankingu ofert i skierowaniem wezwania do złożenia dokumentów.

24

Jeżeli przesłanki do odrzucenia takiej oferty wystąpią później, tj. w trakcie badania oferty najwyżej ocenionej, a to miało miejsce w niniejszej sprawie, o wyniku postępowania decydować będzie ocena podmiotowa oferty najwyżej ocenionej. Jeżeli oferta ta wybrana zostanie jako najkorzystniejsza, oferty pozostałe nie są dalej oceniane, a więc mogą w stosunku do nich zachodzić podstawy, np. do wykluczenia z postępowania, czy też odrzucenia części ofert, których zamawiający wcześniej w pełnym zakresie nie badał. Dopiero, gdyby wybór oferty najkorzystniejszej został skutecznie podważony, np. w drodze środka ochrony prawnej, zamawiający zobowiązany jest badać kolejną ofertę, uwzględniając aktualny ranking ofert najwyżej ocenionych, na który wpływ mogą mieć zaistniałe w trakcie toczącego się postępowania okoliczności, np. brak zgody na przedłużenie terminu związania ofertą wykonawcy, którego oferta nie była wcześniej odrzucona. Wprawdzie nie było przeszkód do tego, aby Zamawiający dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej,

jednocześnie dokonał odrzucenia oferty BUDREM, to naruszenie w tym zakresie, przy braku potwierdzenia się zarzutów kierowanych wobec oferty wybranej jako najkorzystniejsza, nie wpływało na wynik postępowania, w którym wybraną pozostaje oferta ZAMEP. Mając na uwadze wskazane powyżej motywy Izba oddaliła odwołanie w zakresie wszystkich zarzutów.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 4 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). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w kwocie 15.000,00 zł.

Przewodniczący: