Sygn. akt: KIO 1154/15

WYROK
z dnia 19 czerwca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 czerwca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 czerwca 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) Flow Control Sp. z o.o. (pełnomocnik wykonawców), (2) Indar Maquinas Hidraulicas S.L., adres dla pełnomocnika: ul. Pszczyńska 106, 43-175 Wyry** w postępowaniu prowadzonym przez **Spółkę Restrukturyzacji Kopalń S.A, ul. Strzelców Bytomskich 207, 41-914 Bytom**

przy udziale wykonawcy **KSB Pompy i Armatura Sp. z o.o., Bronisze, ul.** Świerkowa **1d, 05-850 Ożarów Mazowiecki** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazuje ponowne dokonanie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie Wykonawcy KSB Pompy i Armatura sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącym posiadania wiedzy i doświadczenia, tj. wykazania zrealizowania dostawy w ramach jednej umowy agregatu głębinowego o wartości minimum 2 000 000 złotych, a także w zakresie przekazania potencjału podmiotu trzeciego; w pozostałym zakresie oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **Spółkę Restrukturyzacji Kopalń S.A, ul. Strzelców Bytomskich 207, 41-914 Bytom** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawców

wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) Flow Control Sp. z o.o. (pełnomocnik wykonawców), (2) Indar Maquinas Hidraulicas S.L., adres dla pełnomocnika: ul. Pszczyńska 106, 43-175 Wyry** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A, ul. Strzelców Bytomskich 207, 41-914 Bytom** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) Flow Control Sp. z o.o. (pełnomocnik wykonawców), (2) Indar Maquinas Hidraulicas S.L., adres dla pełnomocnika: ul. Pszczyńska 106, 43-175 Wyry** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Bytomiu.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 1154/15

UZASADNIENIE

Zamawiający Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę rezerwowego agregatu głębinowego dla pompowni".
Odwołujący Flow Control sp. z o.o. oraz Indar Maquinas Hidraulicas S.L. wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego, wyborze oferty najkorzystniejszej, zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy KSB Pompy i Armatura sp. z o.o. w Broniszach (dalej „wykonawca KSB"), zaniechaniu wezwania wykonawcy KSB.
Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2) pzp poprzez: bezzasadne odrzucenie oferty odwołującego odpowiadającej wymogom siwz, zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy KSB pomimo, że jest ona niezgodna z siwz, art. 24 ust. 2 pkt 3) pzp poprzez niewykluczenie z postępowania wykonawcy KSB pomimo złożenia przez niego nieprawdziwego oświadczenia dotyczącego wymaganego doświadczenia; art. 87 ust. 2 pkt 3) pzp poprzez zaniechanie poprawienia omyłki w ofercie odwołującego nie zmieniającej istotnie treści oferty; art. 84 ust. 1 pzp poprzez zezwolenie wykonawcy KSB na zmianę oferty po upływie terminu składania ofert; art. 26 ust. 4 pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy KSB do wyjaśnienia, czy oświadczenia podmiotów trzecich o udostępnieniu mu potencjału do realizacji zamówienia zostały złożone przez osoby upoważnione do reprezentowania tych podmiotów trzecich; art. 26 ust. 3 pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy KSB do złożenia wymaganych oświadczeń (złożyła je osoba nieuprawniona do składania takich oświadczeń w imieniu tego wykonawcy); art. 7 ust. 1 i 2 pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców przejawiające się w tym, że Zamawiający pozwolił wykonawcy KSB na dokonywanie istotnych zmian w ofercie już po upływie terminu do składania ofert.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, nakazanie Zamawiającemu poprawienia omyłki w ofercie Odwołującego nie zmieniającej istotnie treści oferty, w zakresie wykonania materiałowego części zamiennych, nakazanie Zamawiającemu wykluczenia wykonawcy KSB z postępowania z uwagi na złożenie nieprawdziwego oświadczenia w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia, nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy KSB jako niezgodnej z wymogami SIWZ; nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert, obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, zasądzenie na rzecz Odwołującego zwrotu uzasadnionych i udokumentowanych kosztów udziału w postępowaniu odwoławczym.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego wskazując, że jest ona niezgodna ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, gdyż Odwołujący zaoferował niektóre części zamienne wykonane z materiału, którego Zamawiający nie dopuszczał (z żeliwa), a naprawienie przez niego oczywistej omyłki w tym zakresie nie było dopuszczalne.
W dniu 29.04.2015r. Zamawiający zwrócił się do Odwołującego o wyjaśnienie oferty poprzez wskazanie, czy wersja materiałowa poszczególnych części jest zgodna dla wykonania materiałowego oferowanego agregatu. W odpowiedzi na to pismo Odwołujący podtrzymał oświadczenie, że zaoferowana wersja materiałowa poszczególnych części agregatu jest zgodna dla wykonania materiałowego oferowanego agregatu i załączył poprawiony w tym zakresie Załącznik 8a do druku „Oferta".
Odwołujący podniósł, że omyłkowo w niektórych pozycjach nie zaznaczył (poz. 5,45,58) lub zaznaczył nieprawidłowo (poz. 11,14,15,51) wykonanie materiałowe części zamiennych wchodzących w skład agregatu głębinowego (Załącznik 8a do druku „Oferta").
Zdaniem Odwołującego, omyłka może być sprostowana w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3) pzp, gdyż nie zmienia ona w istotny sposób treści oferty. W dolnym fragmencie „Załącznika nr 8a do druku Oferta" załączonym do oferty Odwołującego znajduje się oświadczenie, że ceny wszystkich części są odpowiednie dla wykonania materiałowego zgodnego z wykonaniem materiałowym agregatu głębinowego. Agregat głębinowy został zaoferowany w wykonaniu z jednorodnych materiałów zapobiegających powstawaniu korozji elektrochemicznej (żaden z elementów agregatu mający kontakt z pompowanym medium nie jest wykonany z żeliwa), czego zresztą Zamawiający nie kwestionował. Na dowód tego Odwołujący załączył e-mail ze złożoną mu ofertą konsorcjanta Indar Maqiunas Hidraulicas S.L., w której określono wykonanie materiałowe, zgodne z wymaganiami Zamawiającego. Skoro Odwołujący oświadczył, że części zamienne wykonane są z tego samego materiału, co części użyte w

agregacie, to właśnie takie części zaoferował Zamawiającemu.

Odwołujący podkreślił, że o zamiarze zaoferowania świadczenia zgodnego z SIWZ świadczy też podpisanie przez odwołującego oferty zawierającej stwierdzenia takie jak to, że wykonawca oświadcza, że zapoznał się z SIWZ i przyjmuje warunki w niej zawarte (Załącznik nr 1 do druku „Oferta", pkt 6), czy że wykona zadanie zgodnie z wymogami SIWZ (Załącznik nr 1 do druku „Oferta", pkt 1), w sytuacji, gdy SIWZ jasno stwierdza, że elementy mające styczność z pompowanym medium (wodą) nie mogą być wykonane z żeliwa (Załącznik nr 2 do SIWZ, pkt 4.4.3.).

W świetle powyższego sprostowanie przez Odwołującego w wyjaśnieniach złożonych Zamawiającemu w dniu 30.04.2015r. kwestii wykonania materiałowego nie zmienia treści oferty w sposób istotny w stosunku do jej pierwotnej treści. Poprawka omyłek polegała

jedynie na zamianie niewłaściwie podanych materiałów na prawidłowe. Odwołujący wyceniał bowiem materiały prawidłowe, a jedynie omyłkowo w kilku pozycjach oferty pojawił się niezamierzony błąd. W rzeczywistości odwołujący zaoferował części zamienne w wykonaniu materiałowym wymaganym przez Zamawiającego, a tylko wskutek zniekształcenia oświadczenia woli wpisał w tabeli nieprawidłowe materiały.

Skoro z innego fragmentu oferty (stopka Załącznika 8a do druku „Oferta", pkt 1 i pkt 6) wynika, że w spornych pozycjach Odwołujący wycenił materiały prawidłowe, a jedynie wskutek niezmierzonego błędu nie znalazło to odbicia w treści tego załącznika, to omyłka Odwołującego jest niezamierzona, oczywista i widoczna znającemu się na rzeczy odbiorcy od razu. Zasady logiki pozwalają na poprawienie oferty odwołującego tylko w jeden sposób - poprzez wpisanie oznaczenia prawidłowych materiałów.

Odwołujący zaznaczył, że zaoferował prawidłowe materiały, co potwierdzają inne oświadczenia złożone w jego ofercie, to poprawienie nieprawidłowego oznaczenia niektórych z nich powinno być uznane za zmianę treści oferty, która nie jest istotna. Nie zmieniła się bowiem intencja Odwołującego co do zaoferowania zgodnych z wymaganiami Zamawiającego materiałów, a jedynie znalazło to uzewnętrznienie w poprawieniu oznaczenia czterech pozycji Załącznika 8a.

Odwołujący stwierdził, że Zamawiający powinien, kierując się treścią art. 87 ust. 2 pkt 3) pzp, poprawić treść oferty Odwołującego, a niedokonanie tej czynności stanowi, w ocenie Odwołującego, naruszenie przedmiotowej normy. Zamawiający też, dokonując takiej poprawki, nie powinien oferty odwołującego odrzucać jako niezgodnej z SIWZ, a jej odrzucenie należy uznać za błędne, naruszające przepis art. 89 ust. 1 pkt 2) pzp.

Odwołujący podniósł, że Wykonawca KSB w wyjaśnieniach z dnia 15.04.2015r. dokonał zmiany oferty w zakresie Załącznika nr 10. Dokonano zmiany parametrów Q (wydajność) i H (wysokość podnoszenia), przy czym Q z 7,5m ^{3} /min na 8,2m ^{3} /min oraz H z 544m na 545m. Ponadto, gdyby nie dokonana zmiana, punkty gwarantowane określone przez Zamawiającego nie znalazłyby się na krzywej charakterystyki wymaganej zgodnie z Załącznikiem nr 2 pkt II ppkt 3 do SIWZ. W tych samych wyjaśnieniach z 15.04.2015r. zmieniono treść oferty - Załącznika nr 10 w ten sposób, że dołączono tabelę z parametrami, które potwierdzają, że oferta wykonawcy KSB nie spełnia warunków SIWZ. Zamawiający wymagał, by dla pompowni Gliwice minimalna wydajność agregatu wynosiła 7,5m ^{3} /min z dopuszczalnym współczynnikiem tolerancji wydajności +8% (czyli 0,6m ^{3} /min), a więc maksymalnie 8,1m ^{3} /min (Załącznik nr 3 do SIWZ poz. 1 tabeli).

W tabeli zamieszczonej przez wykonawcę KSB w Załączniku nr 10 załączonym do pisma z 15.04.2015r. w pozycji „Gliwice" określono wydajność minimalną na 7,5m ^{3} /min do 8,2

m^3 /min, a więc niezgodnie z SIWZ, który dopuszcza tolerancję do 8,1 m^3 /min.

Powyższe działania wykonawcy KSB, zdaniem Odwołującego potwierdzają, że zaoferował on dostawę agregatu niezgodnego z SIWZ i dopiero późniejszymi uzupełnieniami oferty starał się tę sytuację naprawić. Nawet jednak po dokonaniu zmian oferta wykonawcy KSB nie spełnia wymogów SIWZ w zakresie minimalnej wydajności agregatu - gdyż zaoferowano wydajność do 8,2 m ^{3} /min w miejsce dopuszczalnej do 8,1 m ^{3} /min.

Odwołujący podniósł także, że Wykonawca KSB dokonał zmiany oferty w zakresie oferowanego silnika agregatu. Do wyjaśnień z dnia 15.04.2015r. wykonawca KSB załączył charakterystyki pracy agregatu (wykresy), odmienne od załączonych pierwotnie do oferty, z których wynika, że punkty charakterystyki pracy pompowni pokrywają się z krzywą (co nie miało miejsca w pierwszej wersji wykresów charakterystyki). W stosunku do pierwotnej oferty zmieniono typ silnika elektrycznego z EBD EQ 120-605 na EBD DV 120-605, a z wykresów usunięto datę sporządzenia. Zmiana silnika agregatu na etapie wyjaśnień treści oferty może wskazywać, że pierwotnie zaoferowany silnik nie pozwala na spełnienie parametrów wymaganych SIWZ, a ich spełnienie jest możliwe dopiero przy zastosowaniu zmienionego typu silnika (co jednak jest na etapie badania ofert niedopuszczalne).

Odwołujący zarzucił także, że na wezwanie Zamawiającego wykonawca KSB pismem z 15.04.2015r. potwierdził, że zaoferował inny kabel (w jego ocenie lepszy) niż określił to zamawiający w SIWZ (Załącznik nr 2 pkt 3.1.1. lit. e) i f). Zamawiający wezwał wykonawcę KSB do złożenia wyjaśnień w zakresie rozbieżności dotyczących parametrów kabla zasilającego i sterowniczego. Zamawiający wymagał zaoferowania kabla zasilającego o przekroju 3x35+3x16/3mm2 i sterowniczego o przekroju 7x2,5mm2. Wykonawca KSB zaoferował kabel zasilający o przekroju 3x35+3,25/3mm2 i kabel sterowniczy o przekroju 7x2,5mm2 i w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego potwierdził, że zaoferował coś innego, niż żądał Zamawiający.

Powyższe okoliczności, zdaniem Odwołującego, świadczą o tym, że oferta wykonawcy KSB jest niezgodna z SIWZ, a mimo to nie została odrzucona, co stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2) pzp.

Odwołujący wskazał, że z załączonego do oferty pełnomocnictwa wykonawcy KSB dla Pana M. B. wynika, że pełnomocnictwo to obejmuje czynności: przygotowanie oferty, podpisanie oferty, składanie oświadczeń woli nie upoważnia go do składania oświadczeń wiedzy, w szczególności oświadczeń o posiadaniu uprawnień do wykonywania działalności (załącznik 2 do druku Oferta), oświadczenia o posiadaniu wiedzy i doświadczenia, oświadczenia o dysponowaniu potencjałem technicznym, oświadczenia o dysponowaniu

---

osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, oświadczenia dotyczącego dobrej sytuacji ekonomicznej i finansowej oraz poleganiu na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów (załączniki nr 2a - 2d do druku Oferta). Zdaniem Odwołującego, powyższe oznacza, że oświadczenia te zostały złożone przez osobę nieuprawnioną do reprezentowania wykonawcy KSB, a zatem nie zostały złożone w ogóle. Tym samym Zamawiający winien wezwać wykonawcę KSB do przedłożenia ww. oświadczeń w trybie art. 26 ust. 3 pzp, a w przypadku ich nie przedłożenia, odrzucić ofertę tego wykonawcy.

Odwołujący wskazał także, że zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia wykonawcy KSB potencjału zostało podpisane przez osobę nieuprawnioną do reprezentowania KSB Akitiengessellschaft. W skład zarządu KSB Aktiengesellschaft wchodzą Pan Dr Ing. P. B. oraz Dipl.Kfm. Werer Stegmuller. Żadna z tych osób nie złożyła oświadczenia w imieniu KSB Aktiengesellschaft (zrobił to Pan N. K.), co oznacza, że takie oświadczenie w ogóle nie zostało skutecznie złożone, a wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący wskazał, że wynika to z przytoczonych stron internetowych. Osoby te nie podpisały oświadczeń w postaci 2e.l i 2e.2 do druku Oferta, załączone do oferty wykonawcy KSB.

Podobna sytuacja ma prawdopodobnie miejsce w odniesieniu do zasobów KSB Services GmbH, w której imieniu zobowiązanie podpisał Pan T. S. . Nie określono jednak, jaką funkcję osoba ta pełni w podmiocie trzecim, mając jednak na uwadze, że zobowiązanie spółki-matki - KSB Aktiengesellschaft zostało podpisane przez osobę nieupoważnioną, prawdopodobne jest, że także zobowiązanie spółki-siostry KSB Services GmbH nie zostało udzielone należycie.

Jak wskazał Odwołujący, Zamawiający zaniechał takiego wezwania, mimo że z powszechnie dostępnych informacji wynika, że zobowiązanie nie zostało podpisane przez osoby uprawnione do reprezentacji podmiotu trzeciego.

Odwołujący podniósł także, że Wykonawca KSB nie wykazał także, że spełnia warunek

udziału w postępowaniu opisany w pkt 5.3.1. SIWZ.

Zamawiający żądał wykazania, że wykonawca w okresie 3 lat przed upływem terminu składania ofert dokonał dostawy, w ramach jednej umowy, agregatu (agregatów) wraz z wyposażeniem technicznym o wartości minimum 2.000.000 zł za 1 agregat głębinowy. Termin składania ofert upływał w dniu 23.03.2015r. (pkt 11.2. SIWZ, zmieniony następnie przez Zamawiającego).

Załączone do oferty wykonawcy KSB oświadczenie dotyczące doświadczenia sporządzone na druku stanowiącym załącznik 3 do druku Oferta, nie potwierdza spełnienia ww. warunku. Oświadczenie to dotyczy wykonania dostaw agregatów głębinowych typu

UPA200 i UPA250 na kwotę ok. 2.100.000zł netto w okresie od lutego 2012 do lutego 2015.

Oświadczenie Renewable Assets&Generation Components Technical Components z 20/02/2015r. ma inną treść niż przedstawiona w tłumaczeniu załączonym przez wykonawcę KSB. Dokument ten odnosi się po pierwsze do dostaw wymienionych w nim sztuk agregatów, z których żadna nie była warta 2.000.000zł, lecz łącznie dostawy miały wartość ok. 500.000 Euro. Po drugie dokument ten nie potwierdza, że dostawa miała miejsce w ramach jednej umowy. Po trzecie stwierdzenie „ok. 500.000 Euro" nie potwierdza, że wartość dostaw wyniosła co najmniej 500 000 Euro (czy 2.000.000zł). Równie dobrze mogła być to kwota 480.000 Euro. Odwołujący zwrócił także uwagę, że dostawy zostały częściowo wykonane ponad 3 lata przed dniem składania ofert, przy czym nie wiadomo w jakim zakresie.

W związku z powyższym, zdaniem Odwołującego Wykonawca KSB, stosownie do treści art. 24 ust. 2 pkt 3) pzp, powinien zostać wykluczony z postępowania.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający pozwolił na poprawienie oferty KSB poprzez wezwanie go do złożenia wyjaśnień w zakresie rozbieżności dotyczących parametrów kabla zasilającego i sterowniczego. Zamawiający wymagał zaoferowania kabla zasilającego o przekroju 3x35+3x16/3mm2 i sterowniczego o przekroju 7x2,5mm2. Wykonawca KSB zaoferował kabel zasilający o przekroju 3x35+3,25/3mm2 i kabel sterowniczy o przekroju 7x2,5mm2. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wykonawca KSB potwierdził, że zaoferował inny kabel (w jego ocenie lepszy) niż określił to zamawiający w SIWZ (Załącznik nr 2 pkt 3.1.1. lit. e) i f), a mimo to jego oferta nie została odrzucona.

Podobnie w przypadku zmiany oferty w zakresie opisanym szczegółowo w pkt 3 powyżej (zmiana wysokości podnoszenia i wydajności, zmiana parametrów wysokościowych oraz zmiana typu silnika z EBD EQ 120-605 na EBD DV 120-605). Odwołujący podniósł, że wykonawca KSB zmienił ofertę w tym zakresie po upływie terminu składania ofert, a Zamawiający jego oferty nie odrzucił.

W ocenie Odwołującego, dokonane przez wykonawcę KSB zmiany były istotne, gdyż ich dokonanie dopiero pozwoliło na spełnienie przez ofertę wykonawcy KSB warunków SIWZ. Wcześniej krzywa charakterystyki załączona do oferty wykonawcy KSB (s. 35) nie potwierdzała, że znajdują się na niej punkty charakterystyczne dla poszczególnych pompowni, punkt charakterystyczny dla pompowni Gliwice znajdowałby się poza tą krzywą, gdyby został wrysowany na pierwotnie załączonej do oferty charakterystyce. Dopiero po ponownym przedstawieniu charakterystyki w ramach uzupełnienia (dla zmienionego silnika) punkty charakterystyczne znalazły się na krzywej.

Dodatkowo punkty charakterystyczne znalazły się na krzywej sporządzonej dla innego typu silnika, niż zaoferowany początkowo w ofercie wykonawcy KSB. Wykonawca KSB

początkowo zaoferował agregat z silnikiem EBD EQ 120-605 (Załącznik 10 do oferty), a następnie poprzez dokonanie wyjaśnień, w celu wykazania, że punkty charakterystyczne znajdują się na krzywej charakterystyki zaoferowanej przez niego pompy, dokonał zmiany silnika na typ EBD DV 120-605 i dla niego przedstawił krzywą charakterystyki. Zmiana ta potwierdza, że pierwotnie zaoferowany przedmiot nie spełniał warunków SIWZ.

W świetle opisanych wyżej okoliczności Zamawiający, wbrew treści art. 84 ust 1 pzp zezwolił wykonawcy KSB na dokonanie zmiany oferty po upływie terminu składania ofert poprzez zaoferowanie innego świadczenia, zamiast odrzucić ofertę wykonawcy KSB jako nie spełniającą warunków SIWZ.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający zezwolił wykonawcy KSB na dokonanie zmian w treści oferty, zmieniających w istotny sposób jej treść, zamiast tę ofertę odrzucić, a jednocześnie odrzucił ofertę odwołującego, mimo, że zmiany w treści jego oferty mieszczą się w zakresie zmian dopuszczalnych na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3) pzp. Oznacza to, zdaniem Odwołującego, że Zamawiający potraktował wykonawców nierówno, faworyzując wykonawcę KSB i naruszając w ten sposób dyspozycję art. 7 ust. 1 i 2 pzp.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jest wykonawcą zainteresowanym uzyskaniem zamówienia w niniejszym postępowaniu. Uwzględnienie zarzutów uniemożliwiłoby mu uzyskanie zamówienia.

Izba ustaliła, że Wykonawca KSB załączył do oferty pełnomocnictwo dla Pana M. B. do przygotowania i podpisania oferty do postępowania „Dostawa rezerwowego agregatu głębinowego dla pompowni" oraz składania oświadczeń woli i reprezentowania Spółki KSB Pompy i Armatura sp. z o.o. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że Odwołujący podnosił, że „oświadczenia te zostały złożone przez osobę nieuprawnioną do reprezentowania wykonawcy KSB, a zatem nie zostały złożone w ogóle." Wbrew twierdzeniu treść w swojej treści upoważniała do Odwołującego, pełnomocnictwa wprost

---

reprezentowania Spółki KSB Pompy i Armatura sp. z o.o. Już chociażby z tego względu zarzut podlegał oddaleniu. Skoro więc w zakres pełnomocnictwa wchodziło uprawnienie do reprezentowania Spółki KSB, to pełnomocnik został upoważniony do podejmowania wszelkich działań, jakie należało podjąć składając ofertę. Nie można zatem powiedzieć, że z treści pełnomocnictwa wynika, że ograniczone zostało tylko do prawa składania oświadczeń woli.
Nadto pełnomocnictwo obejmowało upoważnienie do przygotowania i podpisania oferty, a więc przygotowania i podpisania wszystkich dokumentów, jakie składają się na tę ofertę. Należy podkreślić, że Zamawiający załączył szereg oświadczeń do wypełnienia, w postaci załączników do SIWZ, które po wypełnieniu składały się na treść oferty. Tym samym prawo do przygotowania i podpisania oferty w tym postępowaniu obejmowało prawo do podpisania przygotowanych oświadczeń.
Tym samym Izba uznała, że zarzut złożenia oferty przez osobę nieuprawnioną podlegał oddaleniu.

Izba uznała za uzasadniony zarzut dotyczący niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, polegający na posiadaniu wiedzy i doświadczenia. Izba ustaliła, że Zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał, że w okresie 3 lat przed upływem terminu składania ofert zrealizował dostawę, w ramach jednej umowy, agregatu (agregatów) wraz z wyposażeniem technicznym o wartości minimum 2.000.000 zł za 1 agregat głębinowy. Termin składania ofert upływał w dniu 23.03.2015r.

Wykonawca KSB w treści tabeli wskazał jako realizującego RWE Group B.S., wartość ok. 2100000 zł netto. Do oferty załączył także referencję wykonanego zadania w języku niemieckim wraz z tłumaczeniem na język polski. W treści referencji potwierdzono prawidłowo wykonaną realizację dostaw pomp głębinowych typu UPA200 i UPA250 w okresie od lutego 2012 do lutego 2015 za kwotę 500 000 euro. Treść referencji w języku polskim i niemieckim jest rozbieżna, bowiem treść referencji w języku niemieckim wymienia kilkadziesiąt sztuk pomp, co wskazuje, że za kwotę 500 000 euro zrealizowano dostawę kilkudziesięciu pomp, tymczasem Zamawiający wymagał wykazania realizacji zadania, w którym wartość 1 agregatu głębinowego miała wynosić 2 000 000 złotych. Dokument ten nie potwierdza także, że dostawa była zrealizowana w ramach jednej umowy. Tym samym Wykonawca KSB nie wykazał spełnienia warunku udziału w postepowaniu. Dodatkowo

należy przyznać rację Odwołującemu, że zawarte w treści referencji stwierdzenie ok. 500 000 euro nie potwierdza, że wartość dostaw wyniosła co najmniej 500 000 euro (czy 2 000 000 zł). Mogła to być kwota 480 000 euro, co nie jest bez znaczenia w sytuacji, gdy wartość zrealizowanych dostaw oscyluje na granicy określonej przez Zamawiającego w treści warunku. Tym samym Izba uznała, że Wykonawca KSB nie wykazał spełnienia

warunku udziału w postępowaniu i w treści sentencji nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazała ponowne dokonanie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie Wykonawcy KSB Pompy i Armatura sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącym posiadania wiedzy i doświadczenia, tj. wykazania zrealizowania dostawy w ramach jednej umowy agregatu głębinowego o wartości minimum 2 000 000 złotych.

W ocenie Izby nie potwierdził się zarzut dotyczący nieprawdziwych informacji w treści oferty Wykonawcy KSB. Odwołujący wskazał w treści odwołania na konieczność odrzucenia oferty Wykonawcy KSB z uwagi na zawarte w niej informacje nieprawdziwe. W treści odwołania nie wskazał jednak, co dokładnie – które zdanie, jest informacją nieprawdziwą. W trakcie rozprawy Odwołujący wskazał, że za nieprawdziwą informację należy uważać złożony wykaz w zakresie terminu realizacji zadania, który ma potwierdzać doświadczenie Wykonawcy KSB. Izba uznała powyższy zarzut za nieuzasadniony. Wykonawca KSB wskazał daty realizacji zadania, które zostały wskazane także w treści referencji – luty 2012-luty 2015. Termin składania ofert upływał w dniu 23 marca 2015 roku. W ocenie Izby powyższe nie oznacza, że Wykonawca złożył informacje nieprawdziwe. Treść referencji potwierdza daty wpisane w treści tabeli. Okoliczność, że początek terminu realizacji zamówienia wykracza poza trzyletni termin, podlega tylko i wyłącznie ocenie w zakresie potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu. Nawet gdyby zaistniała sytuacja, że Wykonawca w treści oferty złożył dokument, z którego wynikało, że nie spełnia warunków udziału w postepowaniu, nie oznacza to, że przedstawił informacje nieprawdziwe. Załączone do oferty wykonawcy KSB oświadczenie dotyczące doświadczenia wraz ze złożonymi dokumentami należy oceniać pod kątem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Izba za bezzasadny uznała także zarzut dotyczący braku odrzucenia oferty Wykonawcy KSB z uwagi na niezgodność parametrów zaoferowanego silnika z treścią SIWZ. W pierwszej kolejności należy podkreślić, że Odwołujący w żaden sposób nie dowiódł, że zaoferowany silnik nie spełnia wymagań SIWZ. Już w treści odwołania stwierdził jedynie, że zmiana silnika może wskazywać, że zaoferowany pierwotnie silnik nie spełnia parametrów określonych w SIWZ, co oznacza, że nie stwierdza wprost, że taka niezgodność występuje. Nadto, Odwołujący nie wskazał, którego z parametrów nie spełnia zaoferowany przez Wykonawcę KSB silnik. Co więcej, Zamawiający w trakcie rozprawy przyznał, że nie stawiał żadnych wymagań w treści SIWZ co do parametrów silnika. Z tego też względu nie można uznać, że zaoferowany przez Wykonawcę KSB silnik EBD EQ 120-605 nie spełnia wymagań SIWZ.

Należy także zauważyć, że Wykonawca KSB konsekwentnie wskazywał, że oferuje silnik o oznaczeniu EBD EQ 120-605. Wskazał na to zarówno w treści oferty, jak i w treści wyjaśnień z 15 kwietnia i 5 maja. Okoliczność oznaczenia na wykresach mogła podlegać wyjaśnieniu, jednakże nie można uznać, że Wykonawca ten zmienił treść oferty w zakresie oferowanego silnika. Odwołujący nie wykazał, że silniki te są inne i oferowany nie spełnia wymagań SIWZ.

Izba uznała także za bezzasadny zarzut dotyczący braku odrzucenia oferty Wykonawcy KSB z uwagi na niezgodność parametrów zaoferowanego kabla z treścią SIWZ. Podstawą tego zarzutu jest okoliczność, że Wykonawca KSB zaoferował kabel o parametrach lepszych niż wymagane przez Zamawiającego w SIWZ. W ocenie Izby fakt, że Wykonawca zaoferował kabel o parametrach wyższych, lepszych niż wymagane w SIWZ z pewnością nie może stanowić podstawy do odrzucenia tego Wykonawcy z postępowania. Nie można bowiem powiedzieć, że Wykonawca nie spełnia wymagań SIWZ. Wręcz przeciwnie, Wykonawca nie

tylko spełnia wymagania SIWZ, ale oferuje znacznie więcej, niż minimum opisane w SIWZ.

Izba uznała za bezzasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie poprawienia omyłki w ofercie Odwołującego niezmieniającej istotnie treści oferty.

Izba ustaliła, że Zamawiający w treści SIWZ postawił wymaganie, aby żaden z elementów agregatu nie był wykonany z żeliwa. Odwołujący w treści oferty w pozycjach 11, 14, 15, 51 wpisał symbole części, które oznaczają wykonanie żeliwne części zamiennych wchodzących w skład agregatu głębinowego. W treści wyjaśnień Wykonawca zmienił oznaczenia oferowanych części agregatu w taki sposób, że nie były to części wykonane z żeliwa. Zatem Wykonawca ten zmienił treść oferty. Pierwotnie zaoferował części niezgodne z treścią SIWZ, następnie po wyjaśnieniach, zaoferował inne części zamienne. Nie jest to zmiana nieistotna, bowiem dotyczy parametru wymaganego i podkreślanego w treści SIWZ. Co więcej, w ocenie Izby nie można uznać, że mamy do czynienia z omyłką. Wykonawca zobowiązany był do wpisania oznaczeń, zatem wpisując oznaczenia, kody, miał pełną świadomość co tego, jakie części oferuje. Co więcej, nie sposób uznać, że Odwołujący popełnił omyłkę w sytuacji, gdy w dwóch miejscach w ofercie wpisał te same oznaczenia (w wypełnionym załączniku nr 8a i na rysunkach). Z omyłką mamy do czynienia wówczas, gdy wszyscy, w tym Zamawiający mają wiedzę, w jaki sposób należy ja poprawić. W niniejszym postępowaniu nie mamy do czynienia z taką sytuacją, gdyż Zamawiający musiałby dokonać zmiany kodów, oznaczeń części, które nie są mu znane. Izba w trakcie rozprawy ustaliła bowiem, że Odwołujący w pozycji 11 wpisał oznaczenie GG20, powinno zaś być AISI 316. Są to zupełnie różne kodu oferowanych urządzeń, tym bardziej omyłka w ocenie Izby jest wykluczona.

W ocenie Izby bez znaczenia pozostaje okoliczność, że w treści wypełnianego załącznika, w którym wykonawcy wykazywali zaoferowane części zamienne, znalazło się oświadczenie o treści: „Przedstawione ceny w w/w cenniku wszystkich części oferowanego agregatu głębinowego są odpowiednie dla wykonania materiałowego zgodnego z wykonaniem materiałowym agregatu głębinowego.” W pierwszej kolejności należy zauważyć, że treść tego oświadczenia została przygotowana przez Zamawiającego, bowiem została ujęta w treści SIWZ. Nie było to zatem oświadczenie przygotowywane przez Wykonawcę. Wykonawca był zobowiązany wypełnić jedynie wykaz oferowanych części. W tym zakresie było to oświadczenie pochodzące od Wykonawcy i wskazujące na rzeczywiście oferowany asortyment.
Nadto, w ocenie Izby nie można uznać, aby fakt korespondencji pomiędzy Odwołującym a firmą Indar Maqiunas Hidraulicas S.L., która miałaby zaoferować części, stanowił dowód, że Odwołujący w treści oferty zaoferował części z materiału nie-żeliwnego. Złożony wraz z odwołaniem załącznik stanowi jedynie potwierdzenie prowadzonej korespondencji e-mailowej pomiędzy Odwołującym ww. firmą. Z treści załącznika nie wynika, aby była to oferta która dotyczyła niniejszego postępowania przetargowego. Nie wiadomo, czy składając ofertę, Wykonawca KSB opierał się właśnie i tylko na tej korespondencji. Co więcej, w treści przedstawionej korespondencji nie wskazano poszczególnych części i ich oznaczeń, nie można zatem stwierdzić, że w treści tej oferty znalazły się części zamienne wykonane z materiału nie-żeliwnego. Odwołujący nie wskazał także, gdzie w korespondencji zostały wyszczególnione części zamienne. W ocenie Izby brak jest prostego przełożenie, że skoro Odwołujący oświadczył, że części zamienne wykonane są z tego samego materiału, co części użyte w agregacie, to właśnie takie części zaoferował Zamawiającemu. Treść oświadczenia dotyczy cen, nie zaś prostego stwierdzenia, że skoro agregat zostanie wykonany z części nie-żeliwnych, to również części wyszczególnione w załączniku nr 8a będą wykonane z takiego materiału.

Izba za bezzasadny uznała zarzut Odwołującego dotyczący zmiany oferty przez Wykonawcę KSB.
Odwołujący stwierdził, że Wykonawca KSB dokonał w trakcie wyjaśnień zmiany przedstawionych w ofercie parametrów Q (wydajność) i H (wysokość podnoszenia), przy czym Q z 7,5 m^3/min na 8,2 m^3/min oraz H z 544m na 545m.
Należy zauważyć, że Zamawiający wzywał Wykonawcę KSB jedynie do wskazania danych dla poszczególnych pompowni i uzupełnienia charakterystyki z punktami pracy, nie zaś do

uzupełnienia dokumentów w zakresie poszczególnych parametrów agregatu.
Nadto wyjaśniono, że w zależności od przyjęcia zmiany jednego z parametrów, zmianie ulegają inne parametry, co powoduje, że przedstawiony dokument w zależności od przyjęcia

innych danych wyjściowych, mógł być inny. Odwołujący nie postawił w treści odwołania zarzutu co do niezgodności oferowanych parametrów w zakresie Q (wydajność) i H (wysokość podnoszenia) z treścią SIWZ, zatem nie można mówić, aby przedstawienie dodatkowego dokumentu na etapie wyjaśnień, w szczególnych okolicznościach dotyczących urządzenia, stanowiło zmianę treści oferty.

Odwołujący podnosił także, że w tabeli zamieszczonej przez wykonawcę KSB w Załączniku nr 10 załączonym do pisma z 15.04.2015r. w pozycji „Gliwice" określono wydajność minimalną na 7,5 m^3/min do 8,2 m^3/min, a więc niezgodnie z SIWZ, który dopuszcza tolerancję do 8,1 m^3/min.
Należy zauważyć, że Zamawiający określił współczynnik tolerancji i wydajności 8%, który dotyczy różnych konfiguracji parametrów określonych w zał. nr 3 do SIWZ. Oznacza to, że współczynnik ten może wynosić np. 8% dla parametru 8 m^3/minutę. Zamawiający wyjaśnił w trakcie rozprawy, czemu nie zaprzeczył Odwołujący, że w przypadku wydajności 8,2 m^3/minutę przy wysokości 545, jest dopuszczalny współczynnik tolerancji dodatkowo 8%.

Izba uznała za uzasadniony zarzut dotyczący zaniechania wezwania do wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów w zakresie prawidłowości złożonego oświadczenia o udostępnieniu zasobów podmiotu trzeciego.
Odwołujący wskazywał, że pod załączonymi do oferty oświadczeniami podmiotów trzecich podpisały się osoby inne, niż wynika to z zasad reprezentacji.
Izba ustaliła, że Wykonawca KSB przedstawił w treści oferty zobowiązania podmiotów trzecich do udostępnienia zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia. Zobowiązanie KSB Aktiengesellschaft podpisane zostało przez Pana N. K. . Odwołujący stwierdził, czemu Wykonawca KSB nie zaprzeczył, że z dokumentów rejestrowych nie wynika, aby to Pan N. K. był upoważniony do reprezentowania (w tym składania oświadczeń) KSB Aktiengesellschaft. W treści oferty nie znalazło się pełnomocnictwo dla podpisującego zobowiązanie.
W treści oferty znalazło się także zobowiązanie KSB Service GmbH, które zostało podpisane przez Pana T. S. . Odwołujący w treści odwołania podniósł, że zobowiązanie nie zostało podpisane przez osobę, dla której wykazano umocowanie. W treści oferty nie znalazło się pełnomocnictwo dla podpisującego zobowiązanie.
W ocenie Izby w sytuacji, gdy istnieją uzasadnione wątpliwości co do treści, czy prawidłowości zobowiązania, Zamawiający powinien wezwać Wykonawcę KSB do wyjaśnień lub złożenia dokumentów, które będą potwierdzały, że podpisane pod oświadczeniami osoby są upoważnione do złożenia oświadczenia w imieniu podmiotu trzeciego. Z treści art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych wynika, że Wykonawca jest zobowiązany do

udowodnienia Zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami podmiotu trzeciego. W sytuacji, gdy sam Przystępujący KSB nie zaprzeczył w trakcie rozprawy, a wręcz przyznał składając pełnomocnictwa dla osób składających podpis pod oświadczeniami o udostępnieniu podmiotu trzeciego, że osoby te nie są zgodnie z zasadami reprezentacji upoważnione do składania oświadczeń wiedzy/woli, należało stwierdzić, że Wykonawca KSB nie udowodnił Zamawiającemu, że będzie dysponował potencjałem podmiotu trzeciego. Z tego względu, Izba nakazała wezwanie do złożenia dokumentów, które będą potwierdzały, że osoby, które złożyły podpis pod oświadczeniami o udostępnieniu podmiotu trzeciego, były umocowane do takiego działania. Izba wskazuje, że ocenie w trakcie rozprawy podlegają czynności Zamawiającego. Izba nie jest upoważniona do dokonywania czynności badania i oceny ofert za lub w imieniu Zamawiającego. Z tego też względu Izba nie dokonywała oceny złożonych przez Przystępującego KSB pełnomocnictw.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy

Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia. Izba nie uwzględniła wniosku o zasądzenie kosztów dojazdu pełnomocnika Zamawiającego na rozprawę. W spisie kosztów nie przedstawiono informacji dotyczących pojazdu, pojemności silnika ani szczegółowych danych dotyczących odległości.

Przewodniczący:

……