Sygn. akt: KIO 616/15

WYROK
z dnia 8 kwietnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący : Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **8 kwietnia 2015 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **27 marca 2015 r.** przez **MWM Elektro Sp. z o.o., ul. Słowackiego 49, 32-540 Trzebinia** w postępowaniu prowadzonym przez **Centralną Stację Ratownictwa Górniczego S.A., ul. Chorzowska 25, 41-902 Bytom**

przy udziale wykonawcy **SIEMAG TECBERG POLSKA Sp. z o.o., ul. Mickiewicza 29, 40-085 Katowice** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie:
a) nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z 18.03.2015 r. oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z po uwzględnieniem uzupełnionego samodzielnie przez Przystępującego, czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z 18.03.2015 r., zobowiązania do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów z 26.02.2015 r.,
b) w pozostałych zarzutach nie stwierdza naruszenia przepisów ustawy Pzp,

2. kosztami postępowania obciąża **Centralną Stację Ratownictwa Górniczego S.A., ul. Chorzowska 25, 41-902 Bytom** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **MWM Elektro Sp. z o.o., ul. Słowackiego 49, 32-540 Trzebinia** tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza zapłatę kwoty w wysokości **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Centralną Stację Ratownictwa Górniczego S.A., ul. Chorzowska 25, 41-902 Bytom** na rzecz **MWM Elektro Sp. z o.o., ul. Słowackiego 49, 32-540 Trzebinia** która to kwota stanowi koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wpisu wliczonego w poczet kosztów postępowania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 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 Katowicach.**

Przewodniczący:

……

Sygn. akt: KIO 616/15

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu

nieograniczonego na: *„Dostawa przewoźnego wyciągu ratowniczego”,* zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2015/S 017-026518 z 24.01.2015 r., przez Centralną Stację Ratownictwa Górniczego S.A., ul. Chorzowska 25, 41-902 Bytom zwaną dalej: *„Zamawiającym”.*

W dniu 18.03.2015 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej firmy SIEMAG TECBERG POLSKA Sp. z o.o., ul. Mickiewicza 29, 40-085 Katowice zwanej dalej: *„SIEMAG TECBERG POLSKA Sp. z o.o.”* albo *„Przystępującym”.* Drugą pozycje w rankingu złożonych ofert zajęła: MWM Elektro Sp. z o.o., ul. Słowackiego 49, 32-540 Trzebinia zwana dalej: *„MWM Elektro Sp. z o.o.”* albo *„Odwołującym”.*

W dniu 27.03.2015 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) MWM Elektro Sp. z o.o. wniosła odwołanie na w/w czynności. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 27.03.2015 r. (faxem). Zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 24 ust. 2 pkt 2 i art. 46 ust. 4a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) zwanej dalej: *„Pzp”,* poprzez zaniechanie wykluczenia SIEMAG TECBERG POLSKA Sp. z o.o. z postępowania, mimo że wykonawca ten nie wniósł wadium do upływu terminu składania ofert,
- art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 22 ust 1 pkt 2, art. 26 ust. 2a i art. 26 ust. 2b Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia SIEMAG TECBERG POLSKA Sp. z o.o. z postępowania, mimo że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia,
- art. 24 ust. 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty SIEMAG TECBERG POLSKA Sp. z o.o., mimo że oferta ta została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu,
- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty SIEMAG TECBERG POLSKA Sp. z o.o., mimo że treść oferty tego wykonawcy nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, oraz art. 87 ust. 1 Pzp poprzez wezwanie SIEMAG TECBERG POLSKA Sp. z o.o. do wyjaśnienia treści oferty w zakresie szkoleń, mimo że jest ona jednoznaczna, oraz poprzez wybór oferty, której treść została zmieniona

po upływie terminu składania ofert,

- art. 91 ust. 1 Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty SIEMAG TECBERG POLSKA Sp. z o.o., mimo że wykonawca ten podlegał wykluczeniu z postępowania, a jego oferta odrzuceniu.

Wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia dokonanego wyboru oferty, powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wykluczenia SIEMAG TECBERG POLSKA Sp. z o.o. z postępowania i odrzucenia oferty tego wykonawcy. Wnosił także o zobowiązanie Zamawiającego do zwrotu na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 i art. 46 ust 4a Pzp. W pkt 7.1. w części II Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: *„SIWZ”,* Zamawiający żądał od wykonawców wniesienia wadium w wysokości 135.000,00 zł. Zgodnie z pkt 7.5. w części II SIWZ, z treści gwarancji i poręczeń, o których mowa w art. 45 ust. 6 pkt 2-5 Pzp, musi wynikać bezwarunkowe, nieodwołalne i na pierwsze żądanie zamawiającego, zobowiązanie gwaranta do zapłaty na rzecz zamawiającego kwoty określonej w gwarancji, w sytuacjach, o których mowa w art. 46 ust. 4a i 5 Pzp. SIEMAG TECBERG POLSKA Sp. z o.o. przedstawił w swojej ofercie dowód wniesienia wadium w postaci gwarancji bankowej udzielonej przez UniCredit Bank AG GTG FTS Garantien Nord w Hamburgu (dokument w angielskiej i polskiej wersji językowej znajduje się na str. 5-8 oferty SIEMAG TECBERG POLSKA Sp. z o.o.). W dokumencie gwarancji Bank złożył m.in. oświadczenie o treści (fragment tłumaczenia): *„Na wniosek Wykonawcy, my, UniCredit Bank AG, Nagelsweg 49, 20097, Hamburg, Niemcy, niniejszym wystawiamy gwarancję zapłaty wadium i nieodwołalnie zobowiązujemy się wypłacić na Państwa rzecz dowolną kwotę do maksymalnej wysokości 135.000,00 zł, słownie: (jeden/trzy/pięć/zero/zero/zero 00/100) polskich złotych, na pierwsze Państwa pisemne* żądanie *(wysłane listem w oryginale) stwierdzające poniższe okoliczności: 1. Wykonawca odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie, kiedy jego oferta została wybrana, lub 2. Wykonawca nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, kiedy jego oferta została wybrana, lub*

3. zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, lub
4. Wykonawca nie złożył oświadczeń, dokumentów i pełnomocnictw zgodnie z Państwa wymaganiami określonymi w SIWZ ani nie uzupełnił ich na Państwa wezwanie w czasie na to wyznaczonym".

Gwarancja wadialna powinna obejmować wszystkie okoliczności, w których zamawiający może zatrzymać wadium wskazane w art. 46 ust. 4a i ust. 5 Pzp. W przypadku gwarancji wystawianych w języku obcym mogą się znaleźć różne sformułowania wynikające z niuansów danego języka. Jednak gwarancja wciąż musi obejmować okoliczności opisane

w obu tych przepisach (art. 46 ust. 4a i ust. 5 Pzp), w przeciwnym wypadku jest niekompletna, a więc nieprawidłowa (tak KIO w wyroku z 01.10.2013 r., sygn. akt: KIO 2227/13; KIO 2229/13). Obligatoryjnym elementem treści gwarancji jest wskazanie *"zabezpieczonego rezultatu",* co następuje przez wskazanie okoliczności, których zaistnienie będzie powodem żądania zapłaty przez beneficjenta ziszczenia się gwarancji (zatrzymania wadium). Określenie zabezpieczonego rezultatu powinno nastąpić zgodnie z dyspozycją art. 46 ust. 4a i 5 ustawy PZP (tak również w wyroku KIO z 28.03.2014 r., sygn. akt: KIO 484/14). W uzasadnieniu tego wyroku Izba uznaje, iż jakiekolwiek odstępstwa w kształtowaniu rezultatu zabezpieczenia, które zawężają zakres odpowiedzialności gwaranta w stosunku do formuły zawartej w art. 46 ust. 4a i 5 Pzp, należy uznać za nieprawidłowe. W ocenie Izby określenie warunków zapłaty gwarancji bankowej w sposób węższy aniżeli ustawowe warunki zatrzymania wadium powoduje, że gwarancja bankowa nie może być uznana za prawidłowe ustanowienie wadium. Zgodnie z art. 46 ust. 4a Pzp, Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5, lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej. Gwarancja, udzielona na zlecenie SIEMAG TECBERG POLSKA Sp. z o.o. przez UniCredit Bank AG, nie odpowiada treści art. 46 ust. 4a Pzp. W szczególności gwarancja ta nie obejmuje sytuacji, w której wykonawca nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Pkt 4 gwarancji nie precyzuje również, jakich oświadczeń i dokumentów dotyczy, tj. czy obejmuje wszystkie oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, oraz informację o ewentualnej przynależności do grupy kapitałowej. Gwarancja przedłożona przez SIEMAG TECBERG POLSKA Sp. z o.o. określa warunki zapłaty kwoty gwarancji bankowej przez gwaranta w sposób węższy niż przewidziany przepisem art. 46 ust. 4a Pzp. Wadium nie zostało zatem wniesione prawidłowo. Powyższy brak gwarancji nie może zostać w żaden sposób naprawiony po upływie terminu składania ofert. W szczególności nie ma podstaw do wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentu gwarancji lub wyjaśnienia jego treści na podstawie art. 26 ust. 3 lub art. 26 ust. 4 Pzp, ponieważ gwarancja bankowa i jej tłumaczenie nie są dokumentami z art. 25 ust. 1 Pzp, składanymi na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu lub na potwierdzenie spełniania przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. Dokument potwierdzający wniesienie wadium nie jest również treścią oferty i nie mają do niego zastosowania przepisy art. 87 ust. 1 i art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp (tak wyrok KIO z 21.01.2011 r., sygn. akt: 36/11).

Zamawiający nie ma zatem możliwości poprawienia omyłek występujących w treści gwarancji czy też usunięcia jej braków w trybie wezwania wykonawcy do wyjaśnienia jej treści. Przedstawienie nieprawidłowej gwarancji bankowej jest równoznaczne z jej niewniesieniem. Wobec nieprawidłowego, tj. niezgodnego z dyspozycją przepisu art. 46 ust. 4a Pzp, sposobu określenia warunków zapłaty kwoty gwarancji bankowej, wykonawca SIEMAG TECBERG POLSKA Sp. z o.o. powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 26 ust. 2a i art. 26 ust. 2b Pzp. Zgodnie z pkt 2.1.B w części II SIWZ, w celu wykazania spełniania przez wykonawcę warunku posiadania wiedzy i doświadczenia wykonawca musi wykazać, iż w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał co najmniej jedną pracę polegającą na dostawie maszyny wyciągowej (wciągarki) o wartości co najmniej 1.500.000 zł brutto. W tym celu konieczne było przedłożenie wykazu oraz dokumentów potwierdzających, że dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie. SIEMAG TECBERG POLSKA Sp. z o.o. w wykazie dostaw (str. 32 oferty) ujął dostawę zrealizowaną dla Xinwen Mining Group Co Ltd. polegającą na dostawie przewoźnego wyciągu ratowniczego. Do oferty załączono ponadto potwierdzenie odbioru końcowego 1 kompletnego przewoźnego wyciągu ratowniczego przez Xinwen Grupę Węglową Co Ltd (Kupujący) oraz Shandong Xinjulong Energy Co. Ltd (Odbiorca końcowy) - str. 33-38 oferty. Z dokumentu tego wynika, iż wykonawcą zamówienia była spółka SIEMAG TECBERG GmbH. Na str. 39 oferty SIEMAG TECBERG POLSKA Sp. z o.o. znajduje się dokument zatytułowany *„Zobowiązanie do udostępnienia zasobów”,* adresowany do Zamawiającego i dotyczący postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn: dostawa przewoźnego wyciągu ratowniczego. We wskazanym dokumencie SIEMAG TECBERG GmbH zobowiązuje się wobec SIEMAG TECBERG POLSKA Sp. z o.o. do oddania niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia przez cały okres obowiązywania umowy i w celu jej należytego wykonania oraz upoważnia SIEMAG TECBERG POLSKA Sp. z o.o. do złożenia tego zobowiązania wraz z dokumentami potwierdzającymi spełnianie warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu. Powyższe oświadczenie o udostępnieniu zasobów zostało złożone w formie kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez Panią M. G., Prezesa zarządu SIEMAG TECBERG POLSKA Sp. z o.o.

Ze sposobu przygotowania oferty można wnioskować, że w zakresie wiedzy i doświadczenia SIEMAG TECBERG POLSKA Sp. z o.o. polega na zasobach SIEMAG TECBERG GmbH w Niemczech. Zgodnie z art. 26 ust. 2b Pzp, wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić

zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem KIO, zastrzeżenie przez ustawodawcę formy pisemnej dla zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów oznacza, iż nie można posłużyć się zobowiązaniem w formie kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem (tak KIO w wyrokach z 28.07.2014 r., sygn. akt: KIO 1469/14 i z 14.10.2014 r., sygn. akt: KIO 2043/14). SIEMAG TECBERG POLSKA Sp. z o.o. przedstawił kopię, a nie oryginał oświadczenia o udostępnieniu zasobów, nie została więc zachowana wymagana przepisami ustawy PZP forma dla tego oświadczenia. Ponadto wykonawca powołujący się na zasoby podmiotu trzeciego w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien wykazać nie tylko sam fakt udostępnienia zasobów, ale także okoliczności pozwalające stwierdzić, iż udostępnienie to jest realne, wystarczające i adekwatne dla oceny spełniania danych warunków udziału w postępowaniu, a więc czy w ten sposób zwiększa szansę wyłonienia wiarygodnego wykonawcy dającego podwyższoną rękojmię prawidłowego wykonania zamówienia. Ze zobowiązania do udostępnienia zasobów lub innych dokumentów przedkładanych przez wykonawcę powinny wynikać w szczególności:

a) zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu,

b) sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia,

c) charakter stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem,

d) zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia. Wykonawca, powołujący się na potencjał podmiotu trzeciego, powinien wykazać te elementy (tak KIO w wyroku z 18.08.2014 r., sygn. akt: KIO 1605/14). Z treści zobowiązania załączonego do oferty SIEMAG TECBERG POLSKA Sp. z o.o. nie wynika jednak, jaki jest zakres udostępnianych zasobów (a nawet jakie zasoby są udostępniane), sposób ich wykorzystania

przy wykonywaniu zamówienia, charakter stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z podmiotem trzecim, a także zakres udziału podmiotu trzeciego przy wykonywaniu zamówienia. Oświadczenie znajdujące się na str. 39 oferty SIEMAG TECBERG POLSKA Sp. z o.o. ma zatem charakter ogólnikowy i blankietowy. Oświadczenie to nie potwierdza, że udostępnienie zasobów będzie mieć charakter realny. Wykonawca SIEMAG TECBERG POLSKA Sp. z o.o. nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, wobec czego, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, powinien zostać wykluczony z postępowania.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp. Jak wskazano powyżej, istniały podstawy do wykluczenia SIEMAG TECBERG POLSKA Sp. z o.o. z postępowania. Treść gwarancji bankowej nie odpowiada bowiem przepisowi art. 46

ust. 4a Pzp, SIEMAG TECBERG POLSKA Sp. z o.o. nie wniósł zatem prawidłowo wadium do upływu terminu składania ofert. SIEMAG TECBERG POLSKA Sp. z o.o. nie potwierdził również spełniania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia. Do oferty dołączono oświadczenie *o* udostępnieniu zasobów spółki SIEMAG TECBERG GmbH z pominięciem wymogu pisemności tego zobowiązania. Ponadto oświadczenie to ma charakter ogólny i nie pozwala na przyjęcie, że udostępnienie zasobów będzie miało charakter realny. W konsekwencji wykluczenia SIEMAG TECBERG POLSKA Sp. z o.o. z postępowania, Zamawiający powinien był odrzucić jego ofertę na podstawie art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 87 ust. 1 Pzp. Względem - Szkolenia specjalistycznego. W pkt VI części I SIWZ Zamawiający przewiduje trzy etapy realizacji zamówienia. Przedmiotem odbioru w ramach każdego etapu są zadania związane z przygotowaniem i przeprowadzeniem specjalistycznych szkoleń:
a) w Etapie 1 wykonawca jest zobowiązany przedstawić do odbioru program specjalistycznego szkolenia realizowanego w ramach odbioru Etapu 2 oraz Etapu 3 (pkt VI. 4. Etap 1 Odbiór częściowy pkt 1) lit. c) w części I SIWZ),
b) w Etapie 2 wykonawca jest zobowiązany przeprowadzić w warunkach warsztatowych specjalistyczne szkolenie przedstawicieli zamawiającego zgodnie z zatwierdzonym programem (szkolenie specjalistów branży mechanicznej, elektrycznej i informatycznej w zakresie podzespołów - oraz wyposażenia mechanicznego, elektronicznego informatycznego, które będą zastosowane (zabudowane) w urządzeniu) (pkt VI. 4. Etap 2 Odbiór częściowy pkt. 1) i 2) lit. b) w części I SIWZ),
c) w Etapie 3 wykonawca jest zobowiązany przeprowadzić szkolenie praktyczne pracowników Zamawiającego dla maszynistów wyciągowych, sygnalistów szybowych i konserwatorów maszyn wyciągowych, dla specjalistów branży mechanicznej, elektrycznej i informatycznej. Szkolenie ma być potwierdzone odpowiednim zaświadczeniem, a wykonawca ma przeprowadzić je w trakcie uruchamiania i pracyw szybie w ramach ruchu zakładu górniczego, ale przed ostatecznym terminem odbioru etapu 3 (pkt VI. 4. Etap 3 Odbiór końcowy pkt.1) lit. d) i pkt. 2) lit. e) w części I SIWZ).

Z powyższego wynika, iż szkolenia stanowią obligatoryjny element przedmiotu zamówienia, a wykonawca, któremu zostanie udzielone zamówienie, będzie zobowiązany do ich przeprowadzenia w ramach oferowanego wynagrodzenia, w zakresie podanym przez Zamawiającego. Wynagrodzenie wykonawcy płatne jest po odbiorze poszczególnych etapów, obejmujących również przeprowadzenie szkoleń (pkt VII.2 w części I SIWZ). Cena za realizację zamówienia jest ceną ryczałtową (§ 5 ust. 1 projektu umowy - załącznik nr 6 do SIWZ), a zatem obejmuje również przeprowadzenie powyższych szkoleń. Zamawiający nie przewidział w SIWZ żadnych odstępstw od tego obowiązku. Zamawiający nie dopuścił

również składania ofert częściowych lub wariantowych (pkt VIII w części I SIWZ). Tymczasem w ofercie SIEMAG TECBERG POLSKA Sp. z o.o. w Specyfikacji technicznej znajduje się pkt 8.1 zatytułowany *„Szkolenie - opcjonalnie na zamówienie”* (str. 55 oferty). W punkcie tym wykonawca umieścił następującą treść: *„Szkolenie pracowników Zamawiającego, potwierdzone odpowiednim zaświadczeniem, Wykonawca przeprowadzi w trakcie uruchomienia i pracy urządzenia w szybie w ramach mchu zakładu górniczego”.*

Pismem z 11.03.2015 r. Zamawiający wezwał SIEMAG TECBERG POLSKA Sp. z o.o. do wyjaśnienia, czy zostanie przeprowadzone szkolenie zgodnie z zapisem SIWZ w części I pkt VI Etap 2 pkt 2 lit. b (pkt 5 wezwania). W wyjaśnieniu z 12.03.2015 r. (pkt 5) wykonawca ten zapewnił, że zostanie przeprowadzone szkolenie, zgodnie z zapisem SIWZ w części I pkt VI Etap 2 pkt 2) lit.b.

Stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Zgodnie z orzecznictwem KIO hipotezą normy prawnej uregulowanej w art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp objęta jest sytuacja, gdy treść oferty stoi w sprzeczności z postanowieniami SIWZ w taki sposób, iż można mówić o pominięciu pewnego zakresu świadczenia, zaoferowaniu odmiennego zakresu lub braku jego dookreślenia w sposób umożliwiający ocenę, czy wykonawca złożył ofertę zgodną z oczekiwaniami Zamawiającego (tak m.in. w uzasadnieniu wyroku KIO z 30.10.2012 r., sygn. akt: KIO 2241/12). Przedmiot dostawy zaoferowany przez SIEMAG TECBERG POLSKA Sp. z o.o. nie odpowiada przedmiotowi zamówienia opisanemu w SIWZ. SIEMAG TECBERG POLSKA Sp. z o.o. zaoferował bowiem opcjonalne przeprowadzenie szkoleń, na podstawie odrębnego zamówienia, mimo że zgodnie z postanowieniami SIWZ Zamawiający wymaga obowiązkowego przeprowadzenia szkoleń, a ich odbycie w ramach poszczególnych etapów jest przedmiotem odbiorów częściowych. Ponadto SIEMAG TECBERG POLSKA Sp. z o.o. zaoferował przeprowadzenie (aczkolwiek wyłącznie opcjonalnie) szkoleń w trakcie uruchomienia i pracy urządzenia w szybie w ramach ruchu zakładu górniczego. Oferowane (opcjonalne) szkolenie odpowiada szkoleniu, które ma być przeprowadzone w ramach Etapu 3 (pkt VI. 4. Etap 3 Odbiór końcowy pkt 1) lit. d) i pkt. 2) lit. e) w części I SIWZ). SIEMAG TECBERG POLSKA Sp. z o.o. nie zaoferował natomiast, nawet opcjonalnie, przeprowadzenia szkolenia w warunkach warsztatowych w ramach Etapu 2, którego zakres i adresatów określają postanowienia pkt VI. 4. Etap 2 Odbiór częściowy pkt. 1) i 2) lit. b) w części I SIWZ). SIEMAG TECBERG POLSKA Sp. z o.o. zaoferował zatem niepełny zakres świadczenia (tylko szkolenia w szybie w ruchu zakładu górniczego, bez szkoleń w warunkach warsztatowych). Przeprowadzenie szkoleń oferowanych przez SIEMAG TECBERG POLSKA Sp. z o.o. jest dodatkowo opcjonalne, mimo że Zamawiający wyraźnie przedstawił swoje wymagania w SIWZ w zakresie ich organizacji i przeprowadzenia. Niezgodność w tym zakresie uznać można nawet za złożenie oferty wariantowej, czego

Zamawiający nie dopuścił w dokumentacji przetargowej. Zgodnie z ofertą SIEMAG TECBERG POLSKA Sp. z o.o., szkolenia wymagane w SIWZ będą bowiem przeprowadzane pod warunkiem złożenia zamówienia (podobnie w wyroku KIO z 17.01.2013 r., sygn. akt: KIO 22/13). Treść oferty SIEMAG TECBERG POLSKA Sp. z o.o. jest zatem sprzeczna z postanowieniami SIWZ. Powyższa sprzeczność nie może zostać w żaden sposób naprawiona po upływie terminu składania ofert. Oświadczenie SIEMAG TECBERG POLSKA Sp. z o.o. zawarte w pkt 8.1 Specyfikacji technicznej (str. 55 oferty) odnosi się bezpośrednio do przedmiotu przyszłego zobowiązania wykonawcy, a tym samym jest w znaczeniu materialnym i formalnym częścią oferty. Z tego względu do oświadczenia tego nie znajdą zastosowania przepisy art. 26 ust. 3 i 4 Pzp. Powyższego oświadczenia, sprzecznego z opisem przedmiotu zamówienia w SIWZ, nie można także potraktować jako omyłki, która podlegałaby poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Specyfikacja techniczna, w której zostało złożone sporne oświadczenie, została przygotowana specjalnie na potrzeby niniejszego przetargu. Wskazuje na to nazwa projektu (CSRG - skrót nazwy
data r.) oraz treść tego Zamawiającego), sporządzenia (16.02.2015 dokumentu.
Występujące w ofercie SIEMAG TECBERG POLSKA Sp. z o.o. odstępstwo od treści SIWZ nie może zatem zostać uznane za niezamierzone. Ponadto Zamawiający nie jest w stanie samodzielnie, bez zwracania się do wykonawcy o dodatkowe wyjaśnienia, naprawić błędu występującego w ofercie. Sporne oświadczenie SIEMAG TECBERG POLSKA Sp. z o.o. jest jednoznaczne i bez wątpliwości wskazuje na niespełnianie przez ofertę wymagań Zamawiającego. Brak było zatem podstaw do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp. Wskazany przepis powinien być stosowany wyłącznie, gdy treść oferty budzi wątpliwości. Wezwanie SIEMAG TECBERG POLSKA Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnienia, czy zostanie przeprowadzone szkolenie zgodnie z zapisem SIWZ w części I pkt VI Etap 2 pkt 2 lit. b (pismo Zamawiającego z 11.03.2015 r.), zostało dokonane z naruszeniem art. 87 ust. 1 Pzp. Ponadto wezwanie to doprowadziło do zmiany pierwotnej

oferty. W odpowiedzi na wezwanie SIEMAG TECBERG POLSKA Sp. z o.o. potwierdził, że szkolenie to zostanie przeprowadzone. Oświadczenie takie nie znajdowało się jednak w pierwotnej ofercie. Doszło zatem do zmiany oferty zakazanej na podstawie art. 87 ust. 1 zd. 2 Pzp. Ponadto nawet pomimo powyższego uzupełnienia oferty jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Szkolenia przewidziane w ramach Etapu 3 zostaną bowiem przeprowadzone opcjonalnie - na zamówienia (oświadczenie pkt 8.1 Specyfikacji technicznej – str. 55 oferty). Podsumowując, Zamawiający powinien był odrzucić ofertę SIEMAG TECBERG POLSKA Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

10

Względem - Parametry techniczne liny wyciągowej. W pkt II.38 zd. 1 w części I SIWZ, Zamawiający sformułował następujące wymaganie techniczne: *„linia wyciągowa nośna o specjalnym wykonaniu (nieodkrętna) z kablem sterowniczym w rdzeniu (z co najmniej 100 % rezerwą wykorzystywanych* żył), *ułożona na bębnie w sposób uniemożliwiający jej zakleszczenie".* Zgodnie z pkt 2.11. pkt 3) w części II SIWZ, do oferty należało dołączyć *„charakterystykę przedmiotu zamówienia, potwierdzającą zgodność oferty z przedmiotem zamówienia w postaci opisu, rysunków, schematów lub zdjęć. Wykonawca zobowiązany jest przedstawić w charakterystyce wszystkie wymagane parametry techniczne".* SIEMAG TECBERG POLSKA Sp. z o.o. przedstawił charakterystykę przedmiotu zamówienia w postaci Specyfikacji technicznej (str. 40-55 oferty). Z treści specyfikacji technicznej SIEMAG TECBERG POLSKA Sp. z o.o. nie wynika, czy lina wyciągowa nośna posiada co najmniej 100 % rezerwę wykorzystywanych żył oraz czy będzie ułożona na bębnie w sposób uniemożliwiający jej zakleszczenie. Na str. 46 oferty, w pkt 2.2. dotyczącym wyciągu szybowego, określono jedynie typ liny (lina 3-warstwowa, o splotkach o przekroju okrągłym, nieodkrętna) i jej średnicę. Także pkt 5.1. specyfikacji technicznej (str. 53 oferty) nie zawiera potwierdzenia powyższego parametru.

Stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. SIEMAG TECBERG POLSKA Sp. z o.o. nie potwierdził parametrów technicznych liny wyciągowej wskazanych w pkt II.38 zd. 1 w części I SIWZ dokumentem wymaganym przez Zamawiającego (charakterystyka przedmiotu zamówienia). Powoduje to sprzeczność tej oferty z postanowieniami SIWZ w taki sposób, iż nie jest możliwa ocena, czy wykonawca ten złożył ofertę zgodną z oczekiwaniami Zamawiającego. Tym samym oferta ta powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp. W toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający powinien w pierwszej kolejności zbadać, czy wykonawca nie podlega wykluczeniu, a jego oferta - odrzuceniu. Dopiero po dokonaniu tych dwóch selekcji Zamawiający może ocenić oferty zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ w celu wyboru oferty najkorzystniejszej. W niniejszym postępowaniu Zamawiający dokonał natomiast oceny oferty, która powinna zostać odrzucona. Wybór jako najkorzystniejszej oferty SIEMAG TECBERG POLSKA Sp. z o.o., która w ogóle nie powinna być oceniana, został zatem dokonany z naruszeniem art. 91 ust. 1 Pzp.

Zamawiający w dniu 27.03.2015 r. (e-mailem) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) zwanej dalej: *„Pzp",* uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

11

W dniu 30.03.2015 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej) SIEMAG TECBERG POLSKA Sp. z o.o. zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 07.04.2015 r. (e-mailem) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o odrzucenie odwołanie, ewentualnie o oddalenie odwołania w całości. Kopia została

przekazana Odwołującemu, a na posiedzeniu Przystępującemu. W pierwszej kolejności, Zamawiający wnosi o odrzucenie odwołania, albowiem uznać trzeba, iż zostało ono złożone przez osobę niewłaściwie mocowaną do reprezentacji Odwołującego. Odwołanie spółki MWM Elektro Sp. z o. o, podpisane bowiem zostało przez Pana R. R. - ujawnionego w Krajowym Rejestrze Sądowym jako Wiceprezes Zarządu, uprawniony (w przypadku zarządu wieloosobowego) do reprezentowania Spółki wraz z innym członkiem Zarządu lub prokurentem, tu jednak działającego jako pełnomocnik, w oparciu o pełnomocnictwo udzielone mu w dniu 13.03.2015 r. przez Prezesa Zarządu Pana M. B. działającego wespół z prokurentem Panem J. D. . Załączony do odwołania odpis z KRS spółki MWM Elektro Sp. z o.o. wskazuje, iż udzielona Panu D. prokura jest tzw. prokurą łączną niewłaściwą ograniczoną poprzez zastrzeżenie, iż wymaga ona wspólnego złożenia oświadczeń woli przez prokurenta oraz jakiegokolwiek członka zarządu, której to prawidłowość i skuteczność udzielenia została zakwestionowana. Mianowicie w świetle Uchwały 7 sędziów SN z 30.01.2015 r., sygn. akt: III CZP 34/14 o sentencji: *„Niedopuszczalny jest wpis do rejestru przedsiębiorców w Krajowym Rejestrze Sądowym jednego prokurenta z zastrzeżeniem, że może on działać tylko łącznie z członkiem zarządu"* uznać należy, iż pełnomocnictwo udzielone zostało w sposób wadliwy, co implikuje nieprawidłowym z kolei wniesieniem odwołania.

Na wypadek niepodzielenia przez skład orzekający KIO zaprezentowanej powyżej argumentacji o formalnoprawnej wadliwości wniesionego odwołania, skutkującej koniecznością jego odrzucenia, Zamawiający wnosi o jego oddalenie z następujących względów:

Odwołującemu nie przysługuje interes prawny, będący - zgodnie z treścią art. 179 ust. 1 Pzp - niezbędną przesłanką wystąpienia ze środkiem ochrony prawnej. Powoływana norma ustawy przewiduje, iż: *„Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę*

w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy". Art. 179 ust. 1 Pzp uzależnia dopuszczalność zastosowania środka ochrony prawnej od spełnienia warunku posiadania przez wykonawcę, uczestnika konkursu albo inny podmiot interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniesienia lub możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Brzmienie tego przepisu jest następstwem implementacji postanowienia art. 1 ust. 3 dyrektywy odwoławczej, stosownie do którego państwa członkowskie są zobowiązane do zapewnienia procedur odwoławczych przynajmniej dla każdego podmiotu, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł szkodę lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia. Fakt posiadania przez odwołującego interesu (a nie jak dotychczas interesu prawnego) do wniesienia odwołania oraz poniesienie szkody będą podlegały ustaleniu w toku postępowania wywołanego wniesieniem odwołania lub skargi odpowiednio przed KIO lub sądem w celu ustalenia istnienia przesłanki dopuszczalności rozpoznania tych środków. W przypadku niewykazania przez odwołującego przesłanek dopuszczalności wniesienia odwołania jest ono oddalane. Zgodnie z aktualnym brzmieniem przepisu art. 179 ust. 1 Pzp środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu lub innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Obok interesu prawnego opartego na prawie materialnym - chodzi o bliżej nieskonkretyzowany interes rozumiany jako zainteresowanie w rozstrzygnięciu, które nie może być poparte normą prawa materialnego. Należy jednak zwrócić uwagę, że nadal legitymacja do wniesienia środka ochrony prawnej przysługuje tylko takiemu uczestnikowi postępowania, który wykaże interes w uzyskaniu zamówienia. Niezależnie zatem od tej zmiany odwołujący nadal musi dowieść, że posiada obiektywną, tj. wynikającą z rzeczywistej utraty możliwości uzyskania zamówienia lub ubiegania się o udzielenie zamówienia, potrzebę uzyskania określonego rozstrzygnięcia. Ponadto norma prawna wskazuje na interes w uzyskaniu danego zamówienia, a zatem interes ten musi dotyczyć tego konkretnego postępowania, w którym środek ochrony prawnej jest stosowany. W ocenie Zamawiającego interes Odwołującego we wniesieniu odwołania nie występuje. Nie zaistniała bowiem kumulatywnie wymagana przez normę art. 179 ust. 1 Pzp przesłanka wystąpienia szkody po stronie Wykonawcy w wyniku

naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Zważyć bowiem, iż Zamawiający na realizację przedmiotu zamówienia przeznaczył kwotę 6.765.000,00 zł brutto, podczas gdy oferta MWM Elektro Sp. z o.o. opiewała na 7.199.190 zł brutto. Jako, że całość zamówienia finansowana miała być ze środków pozyskanych w ramach dofinansowania z Narodowego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej, Zamawiający nie dysponował środkami na podwyższenie kwoty, którą miałby zapłacić wykonawcy. Ewentualne uwzględnienie roszczeń Odwołującego, skutkowałoby taką sytuacją, iż oferta

SIEMAG TECBERG Polska Sp. z o.o. zostałaby odrzucona, w postępowaniu zaś pozostałaby jedyna oferta MWM Elektro Sp. z o.o. przekraczająca kwotę, którą Zamawiający zamierzał na poczet realizacji zamówienia wydatkować. To w konsekwencji skutkowałoby unieważnieniem postępowania w oparciu o normę art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp. Odwołujący nie ma zatem interesu we wniesieniu odwołania, albowiem jego złożenie, a nawet uwzględnienie nie spowoduje udzielenia mu zamówienia, z tegoż względu, iż Zamawiający zmuszony będzie całą procedurę unieważnić. Pogląd taki wyraził SO w Białymstoku w wyroku z 19.05.2006 r., sygn. akt: II Ca 233/2006, stwierdzając: *„Interes prawny należy rozumieć w ten sposób, iż w wyniku naruszenia prawa przez zamawiającego skarżący stracił prawo wyboru jego oferty za najkorzystniejszą".* Z tego też względu nie sposób przyjąć, iż Odwołujący miałby doznać uszczerbku wskutek naruszenia przez Centralną Stację Ratownictwa Górniczego S.A. przepisów ustawy. Przywołać w tym miejscu trzeba także wyrok KIO z 22.06.2012 r. (sygn. akt: KIO 1188/2012), zgodnie z treścią którego *„W* świetle *art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, podkreślenia wymaga, iż szkoda musi być wynikiem naruszenia przez zamawiającego ustawy, co oznacza, iż wykazywana przez odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z uchybieniem przez zamawiającego przepisom ustawy - Prawo zamówień publicznych".* W powołaniu na powyższe, z uwagi na brak interesu MWM Elektro Sp. z o.o. we wniesieniu odwołania, Zamawiający wnosił o jego oddalenie.

Wskazane w treści odwołania zarzuty merytoryczne dotyczące oferty spółki SIEMAG TECBERG Polska Sp. z o.o. są chybione. W treści środka ochrony prawnej Odwołujący wskazał na rzekomą nieprawidłowość treści gwarancji złożonej przez SIEMAG TECBERG Polska Sp. z o.o., która - jego zdaniem - powinna skutkować wykluczeniem tegoż wykonawcy z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp. Odwołujący wskazał, iż gwarancja wadialna powinna obejmować wszystkie okoliczności, w których zamawiający może zatrzymać wadium, wskazane w art. 46 ust. 4a i ust. 5 Pzp, albowiem w przeciwnym wypadku należy uznać, iż jest ona niekompletna, a przez to nieprawidłowa. Gwarancja winna tym samym wskazywać *„zabezpieczony rezultat".* W ocenie Odwołującego gwarancja udzielona na zlecenie SIEMAG TECBERG Polska Sp. z o.o. przez UniCredit Bank AG nie odpowiada treści art. 46 ust. 4a Pzp, z tego względu iż nie obejmuje ona sytuacji, w której wykonawca nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, a także z tejże przyczyny, że punkt 4 gwarancji nie precyzuje również jakich oświadczeń i dokumentów dotyczy, tj. czy obejmuje wszystkie oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp oraz informację o ewentualnej przynależności do grupy kapitałowej. W ocenie Zamawiającego, zarzut ten jest chybiony. Zgodnie z treścią art. 46 ust. 4a Pzp: *„Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył*

dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5, lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej". Norma ta przewiduje zatem skutek w postaci zatrzymania wadium w dwóch wskazanych w niej sytuacjach - po pierwsze: jeżeli wykonawca nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5, lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej oraz po drugie: gdy wykonawca nie wyraził zgody na poprawienie innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Są to wskazane

w sposób wyczerpujący przesłanki, wskazujące na okoliczności w których Zmawiający (poza sytuacjami z art. 46 ust. 5 Pzp) może zatrzymać wadium. Tymczasem, zgodnie z kwestionowaną treścią zobowiązania gwaranta, zawartą w pkt 4 gwarancji wadialnej Zamawiający może zatrzymać wadium gdy *„Wykonawca nie złożył oświadczeń, dokumentów i pełnomocnictw zgodnie z Państwa [przyp. autora: Zamawiającego] wymaganiami, określonymi w SIWZ ani nie uzupełnił ich na Państwa wezwanie w czasie na to wyznaczonym".* Jak zauważa sam Odwołujący, wszelkie sytuacje dotyczące zatrzymania wadium Centralna Stacja Ratownictwa Górniczego S.A. określiła w pkt 7.5 SIWZ wskazując: *„Z treści gwarancji i poręczeń, o których mowa w art. 45 ust. 6 pkt 2-5 PZP musi wynikać bezwarunkowe, nieodwołalne i na pierwsze pisemne* żądanie *zamawiającego, zobowiązanie gwaranta do zapłaty na rzecz zamawiającego kwoty określonej w gwarancji, w sytuacjach o których mowa w art. 46 ust. 4a i 5 PZP".* Oznacza to zatem, iż - wedle oczekiwań Zamawiającego - gwarancja miała zabezpieczać wszelkie sytuacje, o których traktuje art. 46 ust. 4a i 5 Pzp, gwarant zaś zobowiązał się w pkt 4 wystawionego przez siebie zobowiązania do zaspokojenia roszczenia beneficjenta, gdy wykonawca nie złożył oświadczeń, dokumentów i pełnomocnictw, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, określonymi w SIWZ. Zestawienie ze sobą kwestionowanej przez Odwołującego treści gwarancji oraz zapisu pkt 7.5 SIWZ wskazuje, iż gwarancja zabezpiecza wszelkie przewidziane przez ustawodawcę sytuacje, określone w art. 46 ust. 4a i 5 Pzp. Przyjąć nawet można dalej idący wniosek, iż zobowiązanie to jest dalej idące, albowiem nie ogranicza się wyłącznie do ustawowych przesłanek skorzystania z gwarancji, ale zapewnia wypłatę świadczenia gdy Wykonawca nie złoży jakichkolwiek oświadczeń, dokumentów i pełnomocnictw wymaganych przez Zamawiającego. Zastrzec przy tym trzeba, iż nie może ulec wątpliwości, że wszystkie oświadczenia, dokumenty i pełnomocnictwa mieszczą się w zakresie dokumentów, oświadczeń i pełnomocnictw szeroko wskazanych w pkt 4 oświadczenia UniCredit Bank AG. Z tego też względu, w ocenie Zamawiającego zarzutu dotyczącego wadliwości gwarancji

wadialnej, nie sposób uznać za słuszny.

Zamawiający nie zgodził się także z treścią zarzutu Odwołującego, dotyczącego wadliwości oferty Wykonawcy w zakresie zaoferowanych szkoleń, w oparciu o który to MWM Elektro Sp. z o.o. wnioskuje o odrzucenie oferty SIEMAG TECBERG Polska Sp. z o.o. jako niezgodnej z treścią SIWZ. Odwołujący zarzucił, że konkurent zaoferował (opcjonalnie) przeprowadzenie szkolenia w trakcie uruchomienia i pracy urządzenia w szybie w ramach ruchu zakładu górniczego (które to szkolenie ma być zrealizowane w ramach Etapu 3), nie zaoferował natomiast przeprowadzenia szkolenia w warunkach warsztatowych w ramach Etapu 2. Centralna Stacja Ratownictwa Górniczego S.A. pragnie zwrócić uwagę, iż w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oczekiwała zaoferowania (w ramach deklarowanego wynagrodzenia) przeprowadzenia szkolenia w ramach wszystkich 3 etapów. SIEMAG TECBERG Polska Sp. z o.o. złożył oświadczenie, iż akceptuje wszystkie warunki zamówienia i projekt umowy oraz że przyjmuje ich treść bez zastrzeżeń. Dodatkowo, na skutek wezwania do złożenia wyjaśnień, potwierdził realizację przedmiotu zamówienia w zakresie oczekiwanych szkoleń. W ocenie Zamawiającego, wbrew stanowisku Odwołującego, zarówno wezwanie do złożenia wyjaśnień, jak i udzielona w jego następstwie odpowiedź, nie stanowiły naruszenia normy art. 87 ust. 1 Pzp. Celem przewidzianego w niej żądania wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert jest dokonanie rzetelnego badania i ich oceny (zachowanie należytej staranności w przeprowadzaniu badania i oceny oferty, wyrok KIO z 20.08.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1026/09). *"Zamawiający może, ale nie musi z tego uprawnienia skorzystać. (...) Jednakże (...) zamawiający winien dochować należytej staranności i zwrócić się o wyjaśnienie treści złożonej oferty (...), jeżeli istnieją ku temu przesłanki".* Art. 87 ust. 1 Pzp należy odczytywać zarówno jako uprawnienie zamawiającego zależne od jego uznania, jak i prawo do żądania wyjaśnień powiązane z obowiązkiem ich zażądania w celu dochowania wymaganej staranności w procedurze badania i oceny ofert. Uprawnienie do żądania wyjaśnień treści oferty przeradza się w obowiązek, gdy oferta zawiera postanowienia niejasne, sprzeczne lub gdy jej treści nie da się jednoznacznie i stanowczo wywieść bez udziału wykonawcy (wyroki KIO z 13.08.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 992/09, i z 03.12.2009 r., KIO/UZP 1519/09, KIO/UZP 1520/09). Skoro zamawiający ma wątpliwości, dotyczące treści złożonej oferty, musi te wątpliwości przed odrzuceniem oferty wyjaśnić (tak: Józef Nowicki w komentarzu do art. 87 ustawy Prawo zamówień publicznych, Lex Sigma, Wolters Kluwer). W ocenie Centralnej Stacji Ratownictwa

Górniczego S.A. nie doszło w następstwie wezwania do złożenia wyjaśnień do naruszenia normy art. 87 ust. 1 Pzp. Zamawiający w żadnym wypadku nie prowadził z wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty, ani też - w wyniku deklaracji SIEMAG TECBERG Polska Sp. z o.o. - nie doszło do zmiany jej treści.

16

Podobnie nietrafny jest zarzut dotyczący określenia warunków *„opcjonalnego"* przeprowadzenia szkolenia w ramach Etapu 3 realizacji zamówienia. Opcjonalność, w świetle wymogów SIWZ i deklaracji SIEMAG TECBERG Polska Sp. z o.o. oznaczała jedynie dookreślenie oczekiwanych przez Zamawiającego szczegółowych warunków przeprowadzenia szkolenia, jak chociażby jego terminu, miejsca, czy wskazania precyzyjnej ilości uczestników, nie zaś alternatywność jego przeprowadzenia. Argumentem za tym przemawiającym jest zapis oferty, nie wskazujący odrębnego wynagrodzenia za - tak rozumiane przez Odwołującego - opcjonalne przeprowadzenie szkolenia. Gdyby bowiem kwestia jego odbycia lub nie, miała być przedmiotem odrębnej decyzji Zamawiającego, Wykonawca obowiązany byłby do wskazania wysokości wynagrodzenia za tę czynność mu przysługującego. Taki zapis w treści oferty jednakże się nie znalazł, bowiem wskazana przez SIEMAG TECBERG Polska Sp. z o.o. cena obejmowała kompleksową realizację przedmiotu zamówienia, wraz z przeprowadzeniem oczekiwanych przez Centralną Stację Ratownictwa Górniczego S.A. szkoleń. Identycznie nietrafny jest wniosek o odrzucenie oferty SIEMAG TECBERG Polska Sp. z o.o. z uwagi na jej niezgodność z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie charakterystyki technicznej liny wyciągowej nośnej. Odwołujący wskazuje, iż Zamawiający w pkt II. 38 zd. 1 części I SIWZ sformułował następujące wymagania techniczne: *„lina wyciągowa nośna o specjalnym wykonaniu (nieodkrętna) z kablem sterowniczym w rdzeniu (z co najmniej 100% rezerwą wykorzystywanych* żył), *ułożona na bębnie w sposób uniemożliwiający jej zakleszczenie",* zaś jego konkurent w treści oferty wymogów tych nie potwierdził, deklarując jedynie typ liny (lina 3-wartswowa, o splotkach o przekroju okrągłym, nieodkrętna) i jej średnicę, co powoduje - jak wskazuje spółka MWM Elektro Sp. z o.o. - *„iż nie jest możliwa ocena, czy wykonawca ten złożył ofertę zgodną z oczekiwaniami Zamawiającego",* co skutkować winno jej zdaniem jej odrzuceniem. Zamawiający z wnioskiem takim nie zgadza się. Jak bowiem wskazał sam Odwołujący, w treści oferty SIEMAG TECBERG Polska Sp. z o.o. brak informacji czy lina spełnia oczekiwania techniczne Zamawiającego, co rodzi wątpliwość, skutkującą potrzebą jej wyjaśnienia, a nie odrzucenia oferty. W istocie, na skutek powstałych wątpliwości, pismem z 01.04.2015 r. spółka SIEMAG TECBERG Polska Sp. z o.o. potwierdziła wszystkie warunki techniczne dotyczące liny, a stawiane przez Zamawiającego, a to, że będzie to lina nośna o specjalnym wykonaniu (nieodkrętna) z kablem sterowniczym w rdzeniu (z co najmniej 100% rezerwą wykorzystywanych żył), ułożona na bębnie poprzez 5 zacisków oraz uchwyt stożkowy. Lina wyposażona będzie w 12 wiązek kablowych, które pozwolą na sterowanie i komunikację z maszyną z wnętrza naczynia wyciągowego. W tym miejscu Zamawiający pragnie wskazać na potwierdzoną przez KIO dopuszczalność samodzielnego uzupełnienia dokumentów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez jego uczestników oraz brak podstaw do odmowy dokonania oceny

17

---

spełniania przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu na podstawie samodzielnie złożonego oświadczenia lub dokumentu (wyrok KIO o sygn. akt: KIO 268/13, KIO 270/13, KIO 1169/11; KIO/UZP 37/10, KIO/UZP 38/10; KIO/UZP 1333/09).

W wyroku KIO z 15.06.2011 r., sygn. akt: KIO 1169/11 KIO stwierdziła, że: *„wezwanie do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń jest czynnością zastrzeżoną dla zamawiającego, jednakże ustawa nie zawiera zakazu samodzielnego uzupełniania dokumentu lub oświadczenia, o którym mowa w art. 25 ust. 1 ustawy przez wykonawcę. Tym samym zamawiający nie ma podstawy prawnej do zwrotu wykonawcy dokumentu lub oświadczenia złożonego bez wezwania, nie ma także podstawy do odmowy dokonania oceny złożonego dokumentu. Wykonawca jednak samodzielnie, bez wezwania, składając dokument musi przyjąć na siebie ryzyko,* że *przedłożony dokument nie będzie dokumentem potwierdzającym spełnianie warunku. W wezwaniu bowiem do uzupełnienia dokumentu lub oświadczenia zamawiający wskazuje, co powoduje,* że *dokument złożony jest błędny, albo*

jakiego dokumentu brak we wniosku wykonawcy. Natomiast samodzielnie wykonawca składając dokument taką wiedzą nie dysponuje i może jedynie domyślać się, w czym tkwi wadliwość złożonego przez niego wniosku. Jednak niedopuszczalne byłoby przyjęcie, że *wobec braku wiedzy o stanowisku zamawiającego, wykonawca może wykorzystywać brak zakazu samodzielnego składania dokumentu w celu uzyskania możliwości uzupełnienia tego samego dokumentu więcej niż jeden raz".* Również w orzeczeniach o sygn. akt: KIO 268/13, KIO 270/13 KIO uznała, że: *„(...) brak jest ustawowego zakazu samodzielnego uzupełniania dokumentu lub oświadczenia, o którym mowa w art. 25 ust. 1 ustawy P.z.p. przez wykonawcę. Ratio legis przepisu art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. sprowadza się bowiem do tego,* żeby *formalizm postępowania o zamówienie publiczne nie pozbawiał możliwości uzyskania zamówienia wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert, ale na ten dzień faktycznie takie warunki spełniają. Tym samym w sytuacji samodzielnego, bez wezwania (czynności obligatoryjnej) ze strony zamawiającego uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy P.z.p., wykonywanie takiego obowiązku przez Zamawiającego uznać należy za bezprzedmiotowe. Ponowne wezwanie mogłoby pozostawać w sprzeczności z zasadą równego traktowania wykonawców, umożliwiając skorzystanie z ponownej możliwości uzupełnienia oświadczeń i dokumentów pomimo, iż wykonawca dokonał takiego uzupełnienia pomimo braku wezwania.".*

Na marginesie jedynie, poza powyższymi rozważaniami prawnymi Zamawiający wskazał, iż jego wiedza techniczna w zakresie instalowanych w przewoźnych wyciągach ratowniczych żył nie pozostawiała mu wątpliwości, iż również ta, oferowana przez SIEMAG TECBERG Polska Sp. z o.o. musiała spełniać stawiane przez niego oczekiwania, w szczególności w zakresie posiadanej rezerwy.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił nadto, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący, którego oferta zajęła drugą pozycje w rankingu złożonych ofert (Cena -85%, wysuniecie wysięgnika (...) - 10%, masa całego PWR – 5%), w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutu względem oferty najkorzystniejszej, ma szanse na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania zawarty w odpowiedzi na odwołanie oraz ponowiony na posiedzeniu został ostatecznie cofnięty po zapoznaniu się Zamawiającego z uzasadnieniem uchwały SN z 30.01.2015 r., sygn. akt: III CZP 34/14.

Odnośnie zarzutu braku interesu w uzyskaniu zamówienia - z uwagi na brak środków na ewentualne zwiększenie wartości zamówienia przez Zamawiającego na pokrycie różnicy z uwagi na cenę oferty Odwołującego. Izba stwierdza: *„Należy zauważyć,* że *Wykonawca ma prawo domagać się przeprowadzenia czynności oceny złożonych ofert, jak i samego wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z przepisami Pzp. Ewentualne unieważnienie postępowania, byłoby natomiast czynnością następczą, po wyborze oferty najkorzystniejszej i podlegałoby kontroli ze strony Wykonawców, w ramach* środków *ochrony prawnej. Podobnie w wyroku KIO z dnia 18.06.2013 r., sygn. akt: KIO 1338/13"* (za wyrokiem KIO z 02.04.2014 r., sygn. akt: KIO 568/14). Zamawiający nie przedstawił jakiegokolwiek dowodu potwierdzającego jego stanowisko wynikające z odpowiedzi na odwołanie oraz rozprawy. Z tej przyczyny brak jest podstaw, wobec przyszłego charakteru takiej czynności, do wiarygodnego uznania zasadności takich twierdzeń, jako nie będących przejawem taktyki procesowej.

W tym zakresie Izba wskazuje także odpowiadając na wątpliwości Zamawiającego wyrażone na rozprawie, a dotyczące kwestii szkody - za wyrokiem KIO z 13.12.2013 r., sygn. akt: KIO 2732/13, sygn. akt: KIO 2742/13: *„Cena oferty odwołującego jest wyższa, niż kwota która zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Nie powoduje to jednak braku ziszczenia przesłanki szkody, która zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp może mieć*

hipotetyczny charakter. Możliwość poniesienia szkody przez odwołującego wyraża się w utracie możliwości wybrania jego oferty i utraty ekspektatywy uzyskania zamówienia, zatem przyszłe, ewentualne unieważnienie postępowania, którego zamawiający zamierza dokonać w razie uwzględnienia odwołania, nie może skutkować odstąpieniem od badania zarzutów podniesionych przez odwołującego.".

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności postanowień SIWZ, oferty Przystępującego, wezwania z 11.03.2015 r. w trybie art. 87 ust.1 Pzp skierowanego do Przystępującego oraz Odwołującego, odpowiedzi Przystępującego oraz Odwołującego z 12.03.2015 r.

Nie została dopuszczona jako dowód w sprawie złożone na rozprawie przez Zamawiającego: pismo Przystępującego z 01.04.2015 r. wraz z oryginalną kartą katalogową oraz jej tłumaczeniem oraz zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów z 26.02.2015 r. W tym zakresie, Izba podkreśla, że zgodnie z art. 191 ust. 2 Pzp wydając wyrok bierze pod uwagę *„stan rzeczy ustalony w toku postępowania".* Zaś sformułowanie *„w toku postępowania"* odnosi się do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższego nie zmienia przepis art. 190 ust. 1 zd 2 Pzp, zgodnie z którym strony mogą przedstawiać dowody na poparcie swych twierdzeń do zamknięcia rozprawy. Oznacza to jedynie tyle, że wprawdzie dowody strony mogą składać aż do zamknięcia rozprawy, jednakże mogą one dotyczyć tylko takiego stanu rzeczy, który został ustalony w toku postępowania. W ww. zakresie podzielono w pełni stanowisko przedstawione w wyroku SO w Poznaniu z 08.01.2014 r., sygn. akt: X Ga 652/13. Jednocześnie podkreślić należy, że przyjęcie przeciwnego poglądu oznaczałoby, że ocena oferty Odwołującego dokonana zostałaby, po raz pierwszy dopiero przez Izbę, to zaś Zamawiający zobowiązany i uprawniony jest do merytorycznej oceny oferty, natomiast zadaniem Izby jest ocena wywiązania się z powyższego zadania przez Zamawiającego. Wobec przedstawienia dowodów które nie były podstawą oceny Zamawiającego z 18.03.2015 r., Izba nie brała ich pod uwagę. Kwestionuje tez możliwość uzupełnienia dokumentu o charakterze przedmiotowym, gdyż z SIWZ wynika, że jest on częścią oferty.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także odwołanie, przystąpienie, odpowiedź na odwołanie, stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

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

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnośnie zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 2 i art. 46 ust. 4a Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia SIEMAG TECBERG POLSKA Sp. z o.o. z postępowania, mimo że wykonawca ten nie wniósł wadium do upływu terminu składania ofert – dotyczącego przedłożonego przez Przystępującego wadium w formie bankowego gwarancji wadialnej, Izba uznała w/w zarzut za niepotwierdzony.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego zarzutu odwołania:

W tym zakresie, Izba przywołuje wynikające z odwołania, odpowiedzi na odwołanie postanowienia SIWZ oraz treść gwarancji bankowej ze str. 5-8 oferty Przystępującego, stwierdzając zarazem, że stan faktyczny pomiędzy stronami nie był sporny, a przedmiotem sporu była ocena tego stanu faktycznego w świetle obowiązującego prawa.

W konsekwencji Izba uznała co następuje.

W tym wypadku, Izba uznała zasadność argumentacji Zamawiającego zawartej w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie, odnośnie charakter postanowień gwarancji bankowej w jej pkt 4, które w swej istocie mają nawet szerszy charakter niż wynika to z art. 46 ust. 4a i 5 Pzp. W tym zakresie uznając argumentacje Zamawiającego za własną. Należy jedynie w tym miejscu wskazać na bezwarunkowy charakter gwarancji bankowej, płatnej na

pierwsze żądanie. Izba podzieliła także stanowisko wynikające z wyroku KIO z 09.04.2014 r., sygn. akt: KIO 601/14: *„(…), Zamawiający nie mógł odmówić skuteczności złożonego wadium, tylko na tej podstawie, iż treść dokumentu gwarancyjnego nie zawierała przywołania przesłanek ustawowych zatrzymania wadium, o których mowa w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy, tj. bez uwzględnienia postanowień stanowiących o istocie ustanowionego zabezpieczenia. Przedmiotowa gwarancja nie zawierała* żadnych *ograniczeń co do okoliczności, od których wystąpienia uzależniona zostałoby wypłata* świadczenia *pieniężnego do kwoty udzielonego zabezpieczenia z tytułu wadium w postępowaniu, co czyniło zobowiązanie z wstępnych postanowień gwarancji skutecznym. Gwarancja ma charakter nieodwołalny i bezwarunkowy, odnosi się do konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i dotyczy wadium ustalonego w tym postępowaniu. Z okoliczności braku wymienienia w treści gwarancji przesłanek ustawowych zatrzymania wadium wskazanych w przepisie art. 46 ust. 4a i 5 ustawy nie wynika, że gwarancja dotyczy bliżej nieokreślonego zobowiązania wykonawcy z ustępu 1 gwarancji."* .

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

Odnośnie zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 22 ust 1 pkt 2, art. 26 ust. 2a i art. 26 ust. 2b Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia SIEMAG TECBERG POLSKA Sp. z o.o. z postępowania, mimo że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, Izba uznała w/w zarzut za zasadny.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego zarzutu odwołania:

W tym zakresie, Izba przywołuje wynikające z odwołania, odpowiedzi na odwołanie postanowienia SIWZ oraz treść wykazu dostaw (str. 32 oferty Przystępującego), potwierdzenia odbioru końcowego (str. 33-38 oferty Przystępującego) oraz zobowiązania (str. 39 oferty Przystępującego), stwierdzając zarazem, że stan faktyczny pomiędzy stronami nie był sporny, a przedmiotem sporu była ocena tego stanu faktycznego w świetle obowiązującego prawa. Powyższe wynika także z faktu, że Zamawiający, jak stwierdził na rozprawie, powołał się na nowe zobowiązanie z 26.02.2015 r., które otrzymał wraz z pismem z 01.04.2015 r.

W konsekwencji Izba uznała co następuje.

Należy zauważyć, że stanowisko Odwołującego, tak co do braku oryginalnego charakteru pierwotnego zobowiązania zawartego w ofercie Przystępującego, jak i samej jego treści jest zasadne. Zaś przywołane orzecznictwo trafne, kwestia oryginalności zobowiązania była także odpowiedzią Izba na tzw. *„handel referencjami"* oraz *„ułomności istniejących przepisów".* Nadto, nie wiadomo jaka była przyczyna nie składnia oryginalnego zobowiązania, które jest de facto stworzone tylko i wyłącznie na potrzeby przedmiotowego postępowania. Z kolei kwestia samej treści zobowiązania - jest konsekwencją nowego rozporządzenia w sprawie rodzaju dokumentów z 2013 r., które w swoim uzasadnieniu przyznało pośrednio racje wynikającym z orzecznictwa Izby wskazaniom ułomności dotychczas obowiązujących przepisów. Jednakże w przedmiotowym stanie faktycznym, Izba uwzględniając odwołanie nie ma podstaw do nakazania wykluczenia Przystępującego, po pierwsze z uwagi na nie wyczerpanie procedury z art. 26 ust. 3 Pzp, po drugie na samodzielne uzupełnienie dokonane przez Przystępującego, które niniejszy skład orzekający dopuszcza – w tym zakresie przywołując wyrok KIO z dnia 25.02.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 59/10, wyrok KIO z dnia 04.08.2010 r., sygn. akt: KIO 1551/10 oraz w wyroku KIO z dnia 23.07.2010 r., sygn. akt: KIO 1444/10, czy też wyrok KIO z dnia 14.05. 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 735/10. Podobnie wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 29 kwietnia 2010 r., sygn. akt: XIX Ga 162/10." (za wyrokiem z dnia 05.06.2012 r., sygn. akt: KIO 1054/12, wyrokiem KIO z 24.01.2014 r., sygn. akt: KIO 41/14 oraz wyrokiem KIO z 27.01.2015 r., sygn. akt: KIO 63/15, sygn. akt: 74/15, sygn. akt: 75/15). Problemem, jest, że niniejsze uzupełnienie miało miejsce po 18.03.2015 r. i nie było podstawą czynności

pierwotnego badania i oceny oferty Przystępującego. Z tej przyczyny, jedyna legalna możliwością wprowadzenia nowego zobowiązania do postępowania jest działanie nakazane

w sentencji wyroku. Nota bene także odwołujący na rozprawie wskazywał na powyższy sposób działania, jako jedyny możliwy w przedmiotowym stanie faktycznym. Nowe zobowiązanie niewątpliwie pozbawione jest ułomności pierwotnego dokumentu.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

Odnośnie zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty SIEMAG TECBERG POLSKA Sp. z o.o., mimo że oferta ta została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu, Izba wskazuje, że w zakresie gwarancji bankowej, jest on niezasadny, w zakresie przywołania jako podstawy prawnej art. 89 ust.1 pkt 5 Pzp – zupełnie nietrafny, a w zakresie art. 24 ust. 4 Pzp jest zasadny, jako konsekwencja wcześniej uwzględnionego zarzutu.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

Odnośnie zarzutów dotyczących naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty SIEMAG TECBERG POLSKA Sp. z o.o., mimo że treść oferty tego wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ, oraz art. 87 ust. 1 Pzp poprzez wezwanie SIEMAG TECBERG POLSKA Sp. z o.o. do wyjaśnienia treści oferty w zakresie szkoleń, mimo że jest ona jednoznaczna, oraz poprzez wybór oferty, której treść została zmieniona po upływie terminu składania ofert, Izba uznała w/w zarzuty za niepotwierdzone.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowych zarzutów odwołania:

W tym zakresie, Izba przywołuje wynikające z odwołania, odpowiedzi na odwołanie postanowienia SIWZ oraz treści oświadczenia ze str. 2 oferty Przystępującego, a także Specyfikacje Techniczną (str. 40- 58 oferty przystępującego), stwierdzając zarazem, że stan faktyczny pomiędzy stronami nie był sporny, a przedmiotem sporu była ocena tego stanu faktycznego w świetle obowiązującego prawa. Dodatkowo przywołując wezwania z 11.03.2015 r. w trybie art. 87 ust.1 Pzp skierowanego do Przystępującego oraz Odwołującego, odpowiedzi Przystępującego oraz Odwołującego z 12.03.2015 r.

W konsekwencji Izba uznała co następuje.

Po pierwsze, w zakresie zarzutów dotyczących szkoleń oraz kwestii technicznych - liny wyciągowej, z postanowień SIWZ przywołanych w odwołaniu oraz na rozprawie wynika, że Specyfikacja Techniczna miała charakter przedmiotowy, gdyż była przygotowana stricte pod potrzeby niniejszego postępowania przetargowego, nie jest więc uzupełnialna w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Po drugie, samodzielne uzupełnienie dokonane przez Przystępującego pismem z 01.04.2015 r., z uwagi na powyższe, należy uznać, za bezprzedmiotowe i nie może być

ono wzięte pod uwagę tak w ramach rozpatrywania niniejszego odwołania, jak i przy ponownym badaniu i ocenie oferty Przystępującego.

Po trzecie, w konsekwencji przedmiotem oceny Izby, będą dokumenty i czynności Zamawiającego do 18.03.2015 r.

Względem kwestii szkoleń i postanowienia z pkt 8.1 Specyfikacji Technicznej (str. 55 oferty Przystępującego). Izba stoi na stanowisku, że zbyt wybiórczo Odwołujący interpretuje deklaracje z pkt 8.1 Specyfikacji Technicznej. Przede wszystkim, mimo powtórzenia w znacznej części postanowień SIWZ ze str. 10 i 32 – brak jest tam sformułowania: *„przed ostatecznym odbiorem realizacji etapu 3”.* Równie dobrze, w ocenie Izby, można uznać, że Wykonawca powyższe sformułowanie odnosi generalnie do szkoleń, tak w etapie 2 i 3, gdyż nie zacieśnia ich w ramach konkretnego etapu. Należy zauważyć, także że program szkoleń nie jest z góry ustalony i będzie przedmiotem uzgodnień na etapie realizacji – wynika, to chociażby ze str. 9 SIWZ, uwiarygodnia to stanowisko Zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie, co do istoty *„owej opcjonalności”.* Powyższe w powiązaniu z ogólnym oświadczeniem ze str. 2 oferty Przystępującego, daje podstawę do uznania, że oferta Przystępującego, obejmuje szkolenia tak na 2, jak i 3 etapie. Względem wezwania w trybie art. 87 ust.1 Pzp, należy zauważyć, że uznanie argumentacji Odwołującego, skutkowałoby także koniecznością odrzucenia oferty Odwołującego, gdyż także w jego wypadku, był on wezwany do wyjaśnień i także on, w zakresie szkoleń - etapu 2 złożył dodatkowe oświadczenie w tym trybie na bazie oświadczenia ogólnego złożonego w ofercie. Kwestia części zamiennych ma niewątpliwie opcjonalny charakter nie ma bowiem odniesienia do postanowień SIWZ. Nadto, świadczy także o tym chociażby deklaracja dostarczenia ich wykazu na późniejszym etapie. Względem kwestii technicznych - liny wyciągowej, na rozprawie Odwołujący cofnął zarzut, odnośnie - braku wynikania z oferty, iż owa lina będzie ułożona na bębnie w sposób uniemożliwiający jej zakleszczenie. W pozostałym zakresie –

podtrzymując zarzut, że nie wynika z oferty Przystępującego, iż lina wyciągowa nośna o specjalnym wykonaniu będzie z kablem sterowniczym z co najmniej 100% rezerwą wykorzystywanych żył. W tym wypadku, w ocenie Izby, Zamawiający wskazał na rozprawie (pkt 5. 0 Urządzenia szybowe – akapit 1 oraz akapit 4 /str. 53 oferty Przystępującego/), że bazując na treści wskazanej Specyfikacji Technicznej w ofercie Przystępującego – miał wystarczające podstawy do uznawania, że oferta Przystępującego spełnia jego wymagania w kwestionowanym zakresie. Należy zauważyć, że mamy do czynienia z Zamawiającym, który ze swej natury musi dysponować wiedzą o charakterze technicznym z uwagi na swój profesjonalne przeznaczenie pozwalającą mu w sposób miarodajny na ocenę złożonych ofert, co miało miejsce w przedmiotowym stanie faktycznym. Odwołujący w żaden sposób nie podważył merytorycznej argumentacji opartej o wskazane fragmenty oferty

Przystępującego. Nie wykazał błędnego charaktery wysnutych wniosków Zamawiającego w tym zakresie.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

Odnośnie zarzutu dotyczącego naruszenie przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty SIEMAG TECBERG POLSKA Sp. z o.o., mimo że wykonawca ten podlegał wykluczeniu z postępowania, a jego oferta odrzuceniu, Izba uwzględniła zarzut jako konsekwencji uwzględnienia jednego z przedstawionych powyżej zarzutów.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 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 uznała wniosek Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. w maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

……