

Sygn. akt: KIO 913/14
Sygn. akt: KIO 915/14
Sygn. akt: KIO 917/14

WYROK
z dnia 23 maja 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski
Ewa Sikorska
Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 maja 2014 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 7 maja 2014 r. przez wykonawcę ŁZG Łęczycza S.A., ul. Kopalniana 9, 99-100 Łęczycza
- B. w dniu 8 maja 2014 r. przez wykonawcę RAMB Sp. z o.o., ul. Piaski 2, 97- 400 Bełchatów
- C. w dniu 8 maja 2014 r. przez wykonawcę Kopex-Famago Sp. z o.o., ul. Fabryczna 14d, 53-609 Wrocław

1

w postępowaniu prowadzonym przez PAK Kopalnia Węgla Brunatnego Adamów S.A., ul. Uniejowska 9, 62-700 Turek

przy udziale:

- A. wykonawcy FAMUR S.A., ul. Armii Krajowej 51, 40-698 Katowice zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 913/14, KIO 915/14 i KIO 917/14 po stronie zamawiającego
- B. wykonawcy ŁZG Łęczycza S.A., ul. Kopalniana 9, 99-100 Łęczycza zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 915/14 po stronie zamawiającego
- C. wykonawcy FUGO-ODLEW Sp. z o.o., ul. Przemysłowa 85, 62-510 Konin zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 917/14 po stronie odwołującego

orzeka:

1a. uwzględnia odwołania o sygn. akt KIO 913/14 i KIO 915/14 i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy FAMUR S.A., nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy ŁZG Łęczycza S.A. i wykonawcy RAMB Sp. z o.o. oraz uznania ofert tych wykonawców za odrzucone, a tak e nakazuje Zamawiającemu dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert,

1b. oddala odwołanie o sygn. akt KIO 917/14,

2. kosztami postępowania obcią a wykonawcę Kopex-Famago Sp. z o.o., ul. Fabryczna 14d, 53-609 Wrocław i PAK Kopalnia Węgla Brunatnego Adamów S.A., ul. Uniejowska 9, 62-700 Turek i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 45 000 zł 00 gr (słownie: czterdzieści pięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę ŁZG Łęczycza S.A., ul. Kopalniana 9, 99-100 Łęczycza, wykonawcę RAMB Sp. z o.o.,

2

ul. Piaski 2, 97-400 Bełchatów i wykonawcę Kopex-Famago Sp. z o.o., ul. Fabryczna 14d, 53-609 Wrocław tytułem wpisów od odwołań,

- 2.2. zasądza od PAK Kopalnia Węgla Brunatnego Adamów S.A., ul. Uniejowska 9, 62-700 Turek na rzecz wykonawcy ŁZG Łęczyca S.A., ul. Kopalniana 9, 99-100 Łęczyca kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
- 2.3. zasądza od PAK Kopalnia Węgla Brunatnego Adamów S.A., ul. Uniejowska 9, 62-700 Turek na rzecz wykonawcy RAMB Sp. z o.o., ul. Piaski 2, 97-400 Bełchatów 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,
- 2.4. zasądza od wykonawcy Kopex-Famago Sp. z o.o., ul. Fabryczna 14d, 53-609 Wrocław na rzecz PAK Kopalnia Węgla Brunatnego Adamów S.A., ul. Uniejowska 9, 62-700 Turek kwotę 1 200 zł 00 gr (słownie: tysiąc dwieście złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu 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 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Koninie.

Przewodniczący.....

.....

.....

3

Uzasadnienie

Zamawiający: PAK Kopalnia Węgla Brunatnego Adamów Spółka Akcyjna, ul. Kopalniana 9 99-100 Łęczyca wszczął postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o udzielenie zamówienia publicznego „Na wybór wykonawcy elementów części konstrukcyjnej i montu u nadwozia przebudowanej koparki KWK1200M/2 dla PAK Kopalnia Węgla Brunatnego Adamów S.A. w Turku”, zwanego dalej „Postępowaniem”, nr sprawy DE-EL09-251-2/2014.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej S36 20/02/2014 60126-2014-PL nr sprawy DE-EL09-251-2/2014.

Sygn. akt KIO 913/14

W dniu 28 kwietnia 2014 r. Odwołujący: ŁZG Łęczyca Spółka Akcyjna ul. Kopalniana 9 99-100 Łęczyca został poinformowany faksem o wynikach oceny i badania ofert, w tym o wykluczeniu i odrzuceniu jego oferty oraz o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem przetargu Odwołujący w dniu 7 maja 2014r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

W swoim odwołaniu, jako zaskarżone czynności wskazał:

1. wykluczenie go z Postępowania, co w konsekwencji skutkowało odrzuceniem jego oferty;
2. wybór oferty złożonej w Postępowaniu przez FAMUR S.A., jako oferty najkorzystniejszej.

Zaskarżonym czynnościom zarzucił naruszenie :

1. art. 24 ust. 2 pkt. 4) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907), zwanej dalej ustawą Pzp w zw. z art. 82 ust 3 ustawy Pzp oraz art. 92 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp poprzez wykluczenie Wykonawcy z Postępowania, pomimo braku podstawy faktycznej i prawnej dla dokonania tej czynności.
2. art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez uznanie oferty Wykonawcy za odrzuconą w sytuacji, gdy brak było przesłanek do wykluczenia Wykonawcy z Postępowania;
3. art. 7 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp oraz art. 26 ustawy Pzp poprzez nieprzeprowadzenie rzetelnego badania i oceny załączonych dokumentów do oferty,

postępowaniu, tj.: wymogu określonego w pkt VIII. 1.10 SIWZ;

4. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez uznanie, i oferta FAMUR S.A. jest ofertą w sytuacji, gdy oferta najkorzystniejsza została złożona przez najkorzystniejszą

Odwolującego.

W związku z powyższym wnosił o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z udziału w Postępowaniu i w konsekwencji odrzucenia oferty Odwołującego;
2. unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty złożonej w Postępowaniu przez FAMUR S.A. jako oferty najkorzystniejszej;
3. dokonania ponownej oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
4. obciążenia kosztami postępowania Zamawiającego na rzecz Odwołującego.

Ponadto na podstawie art. 190 ustawy Pzp wnosił o:

1. wezwanie na rozprawę i przesłuchanie w charakterze strony pana A..... S..... - prezesa Zarządu oraz pana P..... G..... - członka Zarządu /wezwania na adres Odwołującego/;
2. wezwanie na rozprawę i przesłuchanie świadka pana M..... G..... /wezwanie na adres Odwołującego/;
3. powołanie biegłego z zakresu budowy maszyn i konstrukcji stalowych na wskazane okoliczności.

Odwolujący podniósł, że posiada interes prawny w złożeniu odwołania, ponieważ w przypadku, gdyby Odwołujący nie został wykluczony z Postępowania, jego oferta zostałaby uznana za najkorzystniejszą, co wynika z faktu, iż Odwołujący złożył najkorzystniejszą ofertę cenową - kryterium oceny 70% z terminem wykonania do 12 miesięcy - 30%.

Zdaniem Odwołującego decyzja Zamawiającego, o wykluczeniu Odwołującego i w konsekwencji odrzuceniu jego oferty jest wadliwa z uwagi na następującą treść pkt 1.10 SIWZ w zakresie wymaganych dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu: „1.10 wykaz zawierający wykonanie w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 1 dostawę identycznej lub podobnej do przedmiotu zamówienia i o wartości, co najmniej równej: 1 500 000,00 PLN, z podaniem wartości przedmiotu, dat wykonania o odbiorców wraz z dokumentami potwierdzającymi, że dostawy zostały wykonane należyście (np.: referencje)”.

Podniósł okoliczność, w której Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, w następstwie którego Odwołujący w terminie złożył pismo z wykazem dostaw w wyznaczonym terminie, a pomimo tego Zamawiający jednak uznał, iż nie są one wystarczające i wykluczył go z przetargu.

Według Odwołującego ze złożonej przez niego oferty wynika, że warunek ten został spełniony, bowiem zgodnie z wymaganiami do złożonej oferty dołączył on stosowne dokumenty, tj. referencje oraz protokół odbioru.

Zwrócił uwagę, że zgodnie z opisem pkt III SIWZ określającego zakres prac na „Dostawę konstrukcji stalowej ustroju nośnego oraz kompletny montaż nadwozia koparki KWK1200M2” przedmiotem postępowania nie jest ani dostawa, ani montaż kompletnego urządzenia tylko jego poszczególne elementy, a w związku z czym podobieństwo referencji należy analizować w charakterze prac, a nie w odniesieniu do kompletnej maszyny.

W ocenie Odwołującego wykazane w piśmie z dnia 8.04.2014 r. cechy budowanych przez Odwołującego, a przedstawionych w referencjach konstrukcji stanowią dowód, iż czynności dostawy i montaż ww. w odniesieniu do zadania przebudowy koparki KWK1200

M2 są podobne.

Poza tym zauważył, że zakres prac w obydwu przypadkach jest to samy zarówno, co do wymagań konstrukcyjnych, gabarytowych, materiałowych i jakościowych, a także w zakresie tych samych norm na każdym etapie wykonania i montażu.

Dodatkowo wyjaśnił również, że dostarczona wraz zapytaniem dokumentacja techniczna, czyli elementy składowe nadwozia, są konstrukcjami przestrzennymi o budowie blachownic, a elementy tego typu wytwarzane są przez Odwołującego i używane są jako główne elementy konstrukcji przenośników, a w szczególności stacji napędowych, dla których załączono referencje.

Zaznaczył przy tym, że występujące w specyfikacji grubości blach w zakresie 15-30 mm, mieszczą się w zakresie używanych przy budowie stacji napędowych przenośników (zakres grubości 15-40 mm).

Konstrukcje określone w referencjach – zdaniem Odwołującego - wykonywane były według tych samych norm i wymogów, co przedmiot postępowania.

Wskazał również, że zarówno gatunki materiału (S235, S335), metody spawalnicze

6

(111 czy 135), sam cykl wytworzenia oraz kontroli jakości (poinformował, że posiada certyfikowany personel badań nieniszczących w metodach: wizualnej, penetracyjnej, magnetyczno-proszkowej i ultradźwiękowej w stopniu drugim) potwierdzają porównywalność obydwu konstrukcji.

Wyjaśnił również, że budowa konstrukcji wymienionych w referencjach, jak również podane w instrukcji SKW nr 1040 do zadania przedmiotowego wymagania, bazują na tych samych wymaganiach stawianych przez normy, które nie są specyfiką krajową, lecz międzynarodową:

- przygotowania materiałów do malowania (PN-EN ISO 12944-4, PN-EN ISO 8501-1),
- prowadzenia prac malarskich (PN-EN ISO 12944-7), - cięcia termicznego i jakości tego cięcia (PN-EN ISO 9013),
- materiałów dodatkowych używanych podczas spawania (PN-EN 13479), - tolerancji ogólnych (PN-EN 22768-1 i 2),
- tolerancji dla konstrukcji spawanych (PN-EN ISO 13920), - grupy oceny (DIN 22261), a protokoły odbiorów końcowych

świadczą – według

Odwołującego, i spełnia powyższe wymagania.

Poza tym argumentował, że drugą część przedmiotowego zadania stanowi montaż konstrukcji nadwozia koparki, czyli również nie kompletnego urządzenia, a jedynie konstrukcji o charakterze opisanym/zdefiniowanym wyżej.

Wyjaśnił przy tym, że zarówno konstrukcja z referencji, jak i będąca przedmiotem zadania, charakteryzują się podobnym sposobem montażu - dostawy prefabrykowanych blachownic są na placu montażowym scalane w większe zespoły, co w przypadku przedmiotu zadania ogranicza się do wielkości rzędu 70 ton, gdy w przypadku stacji napędowej jest to rząd 200 ton/scaloną pojedynczą konstrukcję.

Następnie wskazał, że scalone konstrukcje są ze sobą montowane za pomocą elementów maszynowych, a potem uzbrajane w niezbędne ciągi komunikacyjne (schody, pomosty) i elementy maszynowe.

Zaznaczył, że prace te poza spełnieniem wymogów prawa geologiczno-górniczego (w obydwu przypadkach) z uwagi na gabaryty i charakter prowadzone są w sposób identyczny, z wykorzystaniem takiego samego sprzętu, materiałów oraz wykwalifikowanym personelem posiadającym odpowiednie uprawnienia górnicze, mechaniczne, budowlane, spawalnicze czy elektryczne.

7

Zwrócił uwagę, że równie udział elementów maszynowych w montowanej konstrukcji jest porównywalny, co w przypadku konstrukcji referencyjnych stanowiło dodatkowo przedmiot wykonania i dostawy przez Odwołującego.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający zobowiązany jest do rzetelnego opartego na zasadzie uczciwej konkurencji przeprowadzenia Postępowania, w szczególności dotyczy to kwestii oceny przedłożonych przez wykonawców dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Według Odwołującego w sytuacji, gdy Zamawiający w ogłoszeniu o postępowaniu określa, jakiego typu doświadczenie wymagane jest od wykonawcy, to na etapie dokonywania oceny nie może ich dowolnie interpretować, a tylko i wyłącznie zgodnie z wytycznymi zawartymi w SIWZ.

Zauważył, że w zawiadomieniu o wykluczeniu Zamawiający stwierdził jedynie, iż warunki pracy ustroju nośnego są diametralnie różne, nie wskazując, na czym te różnice polegają, a analizowanie podobieństwa warunków pracy miałyby polegać, a ponadto wywołał, że ustroju nośnego wykracza poza podstawowe porównanie zadań.

Nadto podkreślił, że sam ustrój nośny będący przedmiotem zamówienia nie podlega jakimkolwiek warunkom pracy, a dowolność przeprowadzonej oceny dokumentów jest rażącym naruszeniem zasady uczciwej konkurencji.

W dniu 12 maja 2014 r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca FAMUR S.A.

8

Sygn. akt KIO 915/14

W dniu 28 kwietnia 2014 r. pismem otrzymanym przy pomocy faksu znak: DE-EL09-251-2/2014 22 Odwołujący: RAMB Sp. z o.o., 97-400 Bełchatów Piaszki 2 został poinformowany o wykluczeniu jego oferty za skutkiem jej odrzucenia i wyborze oferty złożonej przez FAMUR S.A.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem przetargu Odwołujący w dniu 8 maja 2014 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od następujących czynności i zaniechania czynności Zamawiającego:

- 1) sprzeczne z art. 25 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp udzielenie Odwołującemu dokumentów zbędnych do przeprowadzenia postępowania,
- 2) zastosowanie niezgodnego z wyborem Zamawiającego trybu wezwania Odwołującego do uzupełniania oferty,
- 3) bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z Postępowania,
- 4) zaniechanie wykluczenia Wykonawcy FAMUR S.A. z Postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą, pomimo że Wykonawca ten nie wykazał, iż wykonał w okresie ostatnich 3 lat, co najmniej 1 dostawę identyczną lub podobną do przedmiotu zamówienia, nie wskazał odbiorcy takiej dostawy i nie przedstawił dokumentów potwierdzających, że dostawa ta została wykonana należyście,
- 5) zaniechanie wykluczenia Wykonawcy Makrum Project Management sp. z o.o. z Postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą, pomimo że Wykonawca ten nie wykazał, iż wykonał w okresie ostatnich 3 lat, co najmniej 1 dostawę identyczną lub podobną do przedmiotu zamówienia, nie wskazał odbiorcy takiej dostawy i nie przedstawił dokumentów potwierdzających, że dostawa ta została wykonana należyście,
- 6) zaniechanie wykluczenia FAMUR S.A., pomimo że korzysta z zasobów, który wykonywał bezpośrednio czynności z przygotowaniem podmiotu, związane postępowania,
- 7) dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty wbrew przepisom Pzp oraz postanowieniom SIWZ.

9

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 7. ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia i nie zachowanie uczciwej konkurencji, a tak e poprzez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty niezgodnie z przepisami ustawy,
- 2) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez ustalenie, e Odwołujący nie spełnił warunków udziału w postępowaniu i jednocześnie stwierdzenie - wbrew e inni Wykonawcy spełnili warunki udziału w warunkom wskazanym w SIWZ - postępowaniu,
- 3) naruszenie art. 25 ust. 1 w związku z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez wezwanie Odwołującego do uzupełnienia oferty o wykaz, który nie ma związku z Postępowaniem,
- 4) naruszenie art. 27 ust. 1 ustawy Pzp w związku z pkt X. 1 zd. II i III SIWZ poprzez przekazanie Odwołującemu wezwania do uzupełnienia oferty drogą elektroniczną, to jest w sposób wykluczony przez Zamawiającego,
- 5) naruszenie art. 7 ust. 3, art. 7 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty FAMUR S.A. oraz oferty Makrum Project Management sp. z o.o., pomimo e są one niezgodne z SIWZ,
- 6) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt. 1 ustawy Pzp przez nie wykluczenie FAMUR S.A., pomimo e korzysta z zasobów podmiotu, który wykonywał bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem postępowania.

Opierając się na powy szych zarzutach Odwołujący wnosil o:

- 1) Uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, czynności wykluczenia Odwołującego z Postępowania oraz badania i ofert, z nakazanie ponowienia czynności oceny uwzględnieniem czynności wykluczenia z Postępowania FAMUR S.A. oraz Makrum Project Management sp. z o. o.
- 2) Zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego, według norm przepisanych, na podstawie przedlo onego rachunku.

Odwołujący stwierdził, e posiada interes prawny we wniesieniu odwołania, poniewa w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wymienionych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp został pozbawiony mo liwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego, a w przypadku uznania zarzutów wskazanych w niniejszym odwołaniu oraz dokonania ponownego badania i oceny ofert przy uwzględnieniu jego oferty, winna ona zostać uznana

10

za najkorzystniejszą (niezależnie od wykluczenia ofert firm FAMUR S.A. i Makrum Project Management Sp. z o. o.).

W pierwszej kolejności Odwołujący podniósł, e zawiadomienie o wyborze „Mimo najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu zawierało informację, i nieprawidłowej formy uzupełnionego dokumentu i podstawy do wykluczenia Wykonawcy na e tej podstawie z postępowania z tzw. ośrodkami procesowej stwierdzamy; wyszczególnione dostawy nie są identyczne ani nawet podobne do dostaw elementów części konstrukcyjnej i montażu nadwozia przebudowywanej koparki KJWK 1200M2(...)”.

W odniesieniu do zarzutu zawartego w pierwszej części powy szego cytatu dotyczącego nieprawidłowej formy uzupełnienia dokumentu poinformował, e w toku postępowania Zamawiający w dniu 04.04.2014 r. na podstawie art. 26. ust. 3 ustawy Pzp pismem znak: DE-EL09-251-2/2014-15 w związku z ww. postępowaniem, wezwał Odwołującego do uzupełnienia oferty.

Podkreślił, e ww. pismo wpłynęło do Odwołującego drogą elektroniczną poprzez e w SIWZ w pkt X.1 zd. III Zamawiający nie dopuścił wiadomość e-mail i wskazał,

możliwości przesyłania dokumentów drogą elektroniczną, a jedynie za pomocą faksu.

W konsekwencji tego – zdaniem Odwołującego - Zamawiający nie mógł wykluczyć Odwołującego z postępowania, ponieważ nie zachował właściwej formy wezwania do uzupełnienia dokumentów, a czynność wezwania powinna być powtórzona i dokonana we właściwej formie, a dopiero wtedy złożyć one w odpowiedzi na takie wezwanie dokumenty powinny być poddane ocenie, pod kątem spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W ocenie Odwołującego wskutek braku zachowania właściwej formy czynności wezwania przez Zamawiającego nie może być traktowany inaczej niż w przypadku braku zachowania danej formy przez wykonawcę.

Zauważył, że termin na uzupełnienie dokumentów zgodnie z ww. wezwaniem Zamawiającego upływał 09.04.2014 r. i we wskazanym terminie Odwołujący przesłał wymagane dokumenty i wyjaśnienia za pośrednictwem faksu (zgodnie z pkt X.1 SIWZ), a dokumenty w wersji papierowej - oryginały oraz potwierdzone za zgodność z oryginałem przesłano w tym samym dniu listem poleconym (Zamawiający otrzymał je w dniu 11.04.2014 r.).

Mając powyższe na uwadze zauważył, że w niniejszym postępowaniu, zgodnie z art.

11

27 ust. 1 i art. 36 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, Zamawiający w pkt X.1 SIWZ dopuścił do możliwości przekazywania dokumentów za pomocą faksu, z wyłączeniem drogi elektronicznej.

Według Odwołującego powyższe postanowienie SIWZ wskazuje, że termin wyznaczony przez Zamawiającego na uzupełnienie oświadczeń lub dokumentów został zachowany, gdy dokumenty przesłane faksem dotarły do Zamawiającego, który zapoznał się z ich treścią przed upływem wyznaczonego terminu, bowiem Odwołujący przesłał wymagane dokumenty w sposób wskazany w SIWZ, co oznacza, że Zamawiający miał możliwość zapoznania się z ich treścią przed upływem wyznaczonego terminu oraz dysponował dokumentami w wymaganej formie w dniu podjęcia decyzji o wykluczeniu Wykonawcy, tj. w dniu 28.04.2014 r.

Pouczenie o formie uzupełnienia dokumentów wskazane w wezwaniu z dnia 04.04.2014 r. (załączanie przedłożonych oryginałów) nie powinno – w ocenie Odwołującego - wywoływać skutku, jako sprzeczne z zasadami określającymi formę czynności w postępowaniu opisanymi w SIWZ.

Nadto nawet gdyby przyjąć, że doszło do niedochowania formy, to skutkiem tego nie może być – według Odwołującego - wykluczenie z postępowania, bowiem z przesłanki art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp wskazującej na obowiązek wykluczenia, wynika jedynie, że wykluczenie może mieć miejsce, gdy wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Zdaniem Odwołującego przesłanka ta nie może być utożsamiana z nieprzedłożeniem w danej formie dokumentów potwierdzających spełnienie tych Warunków, bowiem zgodnie z art. 73 ust. 1 Kc bezwzględna nieważność czynności ze względu na niezachowanie formy pisemnej powstaje tylko wówczas, gdy forma pisemna jest zastrzeżona w ustawie, a zastrzeżenie to jest pod rygorem nieważności, podczas gdy w ustawie Pzp, co do uzupełniania dokumentów brak takiego rygoru.

W ocenie Odwołującego zastosowanie ma art. 74 Kc, tj. ustalenie formy czynności w drodze czynności strony (Zamawiającego), a w analizowanym przypadku zostało ono dokonane bez rygору nieważności, czyli dla celów dowodowych.

Przepisy ustawy Pzp – według Odwołującego - nie wyłączają zgodnie z art. 14 ustawy Pzp stosowania art. 74 ust. 3 Kc, i oznacza to, że wykonawca może powołać się na dowód ze złożonego faksu.

12

Stanął na stanowisku, że Zamawiający w świetle art. 74 § 3 Kc, nie negując otrzymania faksu z uzupełnianymi dokumentami w wyznaczonym terminie, a tak nie negując prawdziwości informacji zawartych w tym fakcie, nie może uznać, że Odwołujący „nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu”, mimo i dokonał tego w innej formie niż uczynił sobie Zamawiający.

Niedochowanie danej formy nie mieści się - według Odwołującego - w przesłance wykluczenia z postępowania i wykluczając z udziału w postępowaniu Odwołującego Zamawiający naruszył dyspozycję art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

W odniesieniu do drugiego powodu („z ostrości procesowej”) wykluczenia Odwołującego z przedmiotowego postępowania podniósł, że w przytoczonym wezwaniu z dnia 04.04.2014 r. Zamawiający wezwał go do „uzupełnienia oferty o wykaz zawierający wykonanie w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania oferty (...), co najmniej 1 dostawy identycznej lub podobnej do przedmiotu zamówienia i o wartości, co najmniej równej 1.500.000,00 PLN, z podaniem wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców wraz z dokumentami, a dostawy te zostały wykonane należyście (np. referencje)”.

Zauważył przy tym, że wezwanie to zawierało informację, że „załączony do oferty dokument nie potwierdza spełnienia warunku stawianego przez Zamawiającego w zakresie identyczności lub podobieństwa do przedmiotu zamówienia, gdy przedmiot zamówienia dotyczy wykonania i montażu koparki kołowej gąsienicowej przeznaczonej do urabiania nadkładu w odkrywkowych kopalniach węgla brunatnego”.

Przyznał, że faktycznie załączony do oferty dokument mógł nie potwierdzać spełnienia warunku w zakresie identyczności do zadania wskazanego, jako przedmiot zamówienia w ww. piśmie, gdy przedmiot zamówienia określony w SIWZ jest znacząco inny.

Następnie stwierdził, że załączone dokumenty potwierdzają spełnienie warunków określonych w SIWZ.

Zwrócił uwagę, że przedmiotem zamówienia nie jest - jak podano w wezwaniu z 04.04.2014 r. - „wykonanie i montaż koparki kołowej (...)”, lecz „dostawa konstrukcji stalowej ustroju nośnego oraz kompletny montaż nadwozia koparki KWK-1200M72 wraz z częścią maszynową wg. dokumentacji SKW Zgorzelec”, a zatem są to dostawy konstrukcji i usługi montażu.

13

Zaznaczył przy tym, że dla potwierdzenia warunku spełnienia wymagań Zamawiający w pkt VIII. 1 SIWZ enumeratywnie wymienił wykaz dokumentów koniecznych do załączenia do oferty, a tak nie, że Zamawiający nie wymagał dokumentów potwierdzających doświadczenie w zakresie robót montażowych, które stanowiły większą część przedmiotu zamówienia w stosunku do dostaw.

Dodał przy tym, że Zamawiający zawęził swoje wymagania w zakresie warunku wykazania doświadczenia jedynie do dostaw konstrukcji identycznych lub podobnych do przedmiotu zamówienia.

Oświadczył, że posiada doświadczenie w realizacjach robót remontowo-modernizacyjnych, w tym i na koparkach demontażowych i montażowych konstrukcji wielonaczyniowych kołowych, bowiem uczestniczyła między innymi w remoncie KWK 1200 w PGE GiEK S.A. O/KWB Turów, SchRs4600 (K.41) i SchRs4000 (K.44) w PGE GiEK S.A. O/KWB Bełchatów.

Zauważył, że większość montowanych przez niego konstrukcji na koparkach była regenerowana lub modernizowana, ale znaczną część konstrukcji wykonał, jako nową.

Podkreślił przy tym, że dotyczy to dostaw elementów konstrukcyjnych dla koparek o wydajnościach, nawet trzykrotnie większych od koparki, dla której dostawy konstrukcji są

przedmiotem przetargu, co zostało udokumentowane w ofercie, a dodatkowo wykazane i przesłane na wezwanie w uzupełnieniu oferty w dniu 09.04.2014 r.

Nadto zwrócił także uwagę, że Zamawiający, dopuszczając do udziału w postępowaniu podmioty, które realizowały podobne konstrukcje nie zdefiniował jednocześnie pojęcia „konstrukcji podobnych”.

Według Odwołującego za podobną konstrukcję należy bez wątpienia uznać taką, która posiada podobny stopień skomplikowania, wykonana została w podobnym reżimie technologicznym, jest narażona podczas pracy na podobne warunki i rodzaje obciążeń oraz dopuszczana jest do użytkowania na podstawie podobnych zasady odbioru i badań jakościowych.

W kontekście powyższego załączone przez Odwołującego dokumenty, zarówno te do oferty, jak i doślane w uzupełnieniu, zawierają – jego zdaniem – zestawienie i potwierdzenie wykonania konstrukcji o większym stopniu skomplikowania niż przedmiot zamówienia (stacje napędowe i zwrotne), wykonanej w takim samym reżimie technologicznym, takich samych

14

materiałów hutniczych, w oparciu o te same normy, narażonej na podobne warunki pracy i dopuszczonej do użytkowania w oparciu o takie same rodzaje badań jakościowych i zasady odbioru, a zatem zrealizowane przez Odwołującego konstrukcje są podobne do wymienionych w przedmiocie zamówienia.

Zdaniem Odwołującego zgodnie z utrwalonym orzecznictwem KIO niejasności treści warunku należy oceniać na korzyść wykonawców, a nieujawnione w SIWZ intencje zamawiającego nie mogą stanowić podstawy do interpretacji warunku, który powinien być interpretowany literalnie tak, jak został postawiony, a jeżeli treść warunku jest niejasna, należy go wyklądać w sposób, który dopuszcza jak najszerszą konkurencję.

Według zapatrywania Odwołującego podobieństwo, którego nie dookreślono musi więc być interpretowane zgodnie z zasadą uznania doświadczeń, które w świetle swej wiedzy fachowej za podobne uznał wykonawca składający ofertę. Wykaz dostaw, uzupełniony na wezwanie Zamawiającego spełnia wymogi określone przez Zamawiającego w SIWZ.

W odniesieniu do pozostałych zarzutów wskazanych na wstępie, Odwołujący stwierdził, że podczas weryfikacji dokumentów przetargowych zauważył istotne braki w dokumentacji ofertowej firm: FAMUR S.A. i Makrum Project Management Sp. z o.o. kwalifikujące je do odrzucenia, gdy nie spełniają wymogów SIWZ.

Zarzucał, że dopuszczenie oferty ww. wykonawców jest przejawem nierównego traktowania Wykonawców i narusza art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, co wynika z zawiadomienia

zostało z dnia 28.04.2014 r. o

wyborze najkorzystniejszej oferty informującego, i
wykluczonych dwóch oferentów, a za najkorzystniejszą uznano ofertę FAMUR S.A.

Dodatkowo stwierdził, że Zamawiający niedokładnie przeanalizował dokumenty FAMUR S.A.

Podniósł, że w załączniku nr 10 dotyczącym wykazu dostaw, ww. Spółka FAMUR S.A. oświadczyła, że w okresie ostatnich trzech lat zrealizowała zadanie: dostawa, montaż i uruchomienie nowej koparki kompaktowej KWK- 250L wraz z pracującym w układzie technologicznym przenośnikiem samojezdnym PGOT-1250.38 dla odkrywki Tomisławice na kwotę 15.200.000,00 zł.

Zdaniem Odwołującego pomimo wymagań zawartych w SIWZ, brak jest jakiegokolwiek potwierdzenia tego faktu, nie załączono dokumentów potwierdzających

15

wartości dostaw konstrukcji oraz należyte ich wykonanie (np. referencji).

Przyznał, że jedynym dokumentem, który został załączony do oferty są referencje wystawione przez KWB Konin w Kleczewie S.A. dla Konsorcjum zupełnie innych podmiotów, nie będących wykonawcami w przedmiotowym postępowaniu przetargowym: FUGO SA. i SKW Biuro Projektowo-Techniczne Sp. z o.o.

W ocenie Odwołującego dokument ten potwierdza opracowanie przez SKW Biuro Projektowo - Techniczne Sp. z o. o. projektu maszyn o wartości przekraczającej 1.000.000,00 zł.

W aspekcie powyższego Odwołujący wskazał, że przedmiotem niniejszego postępowania nie jest opracowanie dokumentacji projektu maszyn, lecz dostawa konstrukcji stalowej ustroju nośnego oraz kompletny montaż nadwozia koparki KWK- 1200 M2 wraz z częścią maszynową (brak związku z postępowaniem).

Poza tym zarzucił Zamawiający naruszył przepisy art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, uznając, że dokumenty przedstawione przez FAMUR S.A. spełniają warunki określone w SIWZ, a akceptacja przez Zamawiającego roli SKW Biura Projektowo-Technicznego w niniejszym postępowaniu powoduje, że FAMUR S.A., któremu SKW udzielił zasoby winien być wykluczony z postępowania, gdy SKW będąc autorem dokumentacji technicznej brał bezpośredni udział w przygotowaniu postępowania (art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp).

Zauważył, że SKW Biuro Projektowo-Techniczne Sp. z o. o. świadczy usługi projektowe, nie wykonawcze i dlatego nie mógł udostępnić swojego potencjału zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp do realizacji przedmiotowego zamówienia.

Nadto zwrócił uwagę, że w ofercie FAMUR S.A. znajduje się oświadczenie o zobowiązaniu się SKW Biura Projektowo-Technicznego Sp. z o.o. „do uczestnictwa w realizacji zamówienia w zakresie usług projektowo technicznych w trakcie montażu części maszynowo - konstrukcyjnej nadwozia koparki, jako podwykonawca”.

W ocenie Odwołującego taki rodzaj współpracy na etapie postępowania przetargowego faworyzuje jedną z firm, w tym przypadku FAMUR S.A., zwiększając jej szanse na zwycięstwo w przetargu przez dostęp do szczegółowej wiedzy.

Podsumowując, stwierdził, że FAMUR S.A. nie wykazał wiedzy i doświadczenia w postaci odpowiednich referencji, które uprawniałyby do udziału w postępowaniu

16

przetargowym dotyczącym wyboru wykonawcy elementów części konstrukcyjnej i montażu nadwozia przebudowywanej koparki KWK1200 M2 dla PAK Kopalni Węgla Brunatnego Adamów S.A. w Turku.

Ostatecznie zarzucił, że wykonawca Makrum Project Management Sp. z o.o., również nie wykazał wiedzy i doświadczenia w postaci właściwego wykazu potwierdzającego „wykonanie (...) co najmniej 1 dostawy identycznej lub podobnej do przedmiotu zamówienia, bowiem tytuły wykazanych punktów w referencjach nie spełniają wymogu zapisów w SIWZ i dlatego Zamawiający powinien wykluczyć tego wykonawcę z udziału w postępowaniu.

W dniu 12 maja 2014 r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca FAMUR S.A. i wykonawca ŁZG Łęczycza S.A.

17

Sygn. akt KIO 917/14

W dniu 28 kwietnia 2014 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego: Kopex-Famago sp. z o. o., ul. Fabryczna 14D, 53-609 Wrocław o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy: FAMUR S.A., ul. Armii Krajowej 51, 40-698 Katowice, która otrzymała, w klasyfikacji 100 pkt, podczas gdy drugą w kolejności, była oferta Odwołującego, która

otrzymała 98,8 pkt.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem przetargu Odwołujący w dniu 9 maja 2014 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące czynności i zaniechanie Zamawiającego polegających na:

- 1) wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty FAMUR S. A., ul. Armii Krajowej 51, 40-698 Katowice,
- 2) zaniechaniu wykluczenia wykonawcy FAMUR S. A., ul. Armii Krajowej 51, 40-698 Katowice, ewentualnie
- 3) zaniechaniu odrzucenia oferty FAMUR S. A., ul. Armii Krajowej 51, 40-698 Katowice,
- 4) prowadzeniu postępowania w sposób naruszający zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców,
- 5) powierzeniu czynności związanych z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia osobom niezapewniającym bezstronności i obiektywizmu.

Zamawiającemu zarzucił naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 i 2 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie Wykonawców, powierzenie czynności związanych z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia osobom niezapewniającym bezstronności i obiektywizmu, niewykluczenie wykonawcy, który wykonywał bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania oraz posługiwał się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności, a udział tego wykonawcy naruszył zasady uczciwej konkurencji, z ostrością, w przypadku nie uwzględnienia powyższych zarzutów, wskazuję następujące naruszenia:
- 2) art. 7 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez udzielenie zamówienia Wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- 3) art. 7 ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp poprzez udzielenie

18

zamówienia Wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy, niespełniającemu warunków, dotyczących posiadanej wiedzy i doświadczenia oraz niedysponującym odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia,

4) art. 26 ust. 2b ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty Wykonawcy, który nie przedłożył wraz z ofertą oraz w toku postępowania, odpowiednich referencji oraz pisemnego zobowiązania podmiotów, na których wiedzy i doświadczeniu, potencjałe technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych chce się opierać w czasie realizacji zamówienia, ani w inny sposób nie udowodnił Zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia,

5) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez nieodrzućenie oferty FAMUR S. A., ul. Armii Krajowej 51, 40-698 Katowice, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W związku z powyższym wnosił o uwzględnienie odwołania oraz:

- 1) nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty FAMUR S. A., ul. Armii Krajowej 51, 40-698 Katowice,
- 2) wykluczenie z postępowania FAMUR S. A., ul. Armii Krajowej 51, 40-698 Katowice, ewentualnie
- 3) odrzucenie oferty FAMUR S. A., ul. Armii Krajowej 51, 40-698 Katowice,
- 4) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty złożonej przez Kopex-Famago sp. z o.o., ul. Fabryczna 14D, 53-609 Wrocław,
- 5) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa profesjonalnego pełnomocnika.

Zdaniem Odwołującego wykonawca: FAMUR S.A. powinien zostać wykluczony z przedmiotowego przetargu. W myśl art. 7 ust. 1 ustawy Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie

uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Odwołujący zakwestionował przedło one przez FUMUR S. A. przy ofercie referencje wystawione przez KWB „Konin” w Kleczewie S. A. z dnia 3 czerwca 2011 r. na rzecz konsorcjum w składzie FUGO S. A. w Koninie oraz SKW Biuro Projektowo-Techniczne sp. z o. o. w Zgorzelcu.

Ponadto zauważył, że wykonawca konkurencyjny przedło przy swojej ofercie oświadczenie SKW Biuro Projektowo-Techniczne sp. z o. o. w Zgorzelcu o zobowiązaniu się do udostępnienia, zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, posiadanych zasobów wiedzy doświadczenia, potencjału technicznego oraz osób zdolnych do wykonania zamówienia i

19

jednocześnie zobowiązanie się do uczestnictwa w realizacji zamówienia w zakresie usług projektowo-technicznych w trakcie montażu części maszyn owo-konstrukcyjnej nadwozia koparki, jako podwykonawca.

W kontekście powyższego zauważył, że SKW Biuro Projektowo-Techniczne sp. z o. o. w Zgorzelcu, z którego referencji skorzystał FAMUR S. A. oraz, z którym wspólnie planuje realizować zamówienie, to ten sam podmiot, co SKW Zgorzelec, który przygotował dokumentację, stanowiącą podstawę przedmiotowego przetargu, tym samym stanowiącą podstawę do oceny zgodności ofert z wymaganiami zamówienia określonymi przez Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego występowanie przez SKW Biuro Projektowo-Techniczne sp. z o. o. w Zgorzelcu, jako podmiot przygotowujący dokumentację techniczną do przetargu na zlecenie Zamawiającego, pod jego kierownictwem i nadzorem, a następnie branie udziału w przetargu wraz z Wykonawcą poprzez udostępnienie mu swoich referencji, posiadanych zasobów wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego oraz osób zdolnych do wykonania zamówienia oraz realizowanie zamówienia, jako podwykonawca jest niedopuszczalne.

Według Odwołującego FAMUR S. A. powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, jako podmiot, który wykonywał bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania oraz posługiwał się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności, a udział tego wykonawcy naruszył zasady uczciwej konkurencji.

Stwierdził przy tym, że FAMUR S.A., korzystając z zasobów SKW Biuro Projektowo-Techniczne sp. z o. o. w Zgorzelcu, który to przygotowywał dokumentację do przetargu, był w stanie zaproponować niższą kwotę oferty i wcześniejsze przygotowanie dokumentacji do przetargu, za którą SKW Biuro Projektowo-Techniczne sp. z o. o. w Zgorzelcu otrzymał wynagrodzenie od Zamawiającego, zmniejsza koszty choćby pracy pracowników, którzy de facto realizowaliby zamówienie na podstawie przygotowanej przez siebie dokumentacji.

Dodatkowo podniósł, że w zaistniałej sytuacji istnieje również obawa, że FAMUR S. A. miał dostęp do dokumentacji przetargowej (przynajmniej w zakresie dokumentacji projektowej) przed ogłoszeniem przetargu, co dawałoby mu więcej czasu na przygotowanie oferty.

Zdaniem Odwołującego przeprowadzenie postępowania przez Zamawiającego w taki sposób naruszyło zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie Wykonawców,

20

ponadto należy uznać, że Zamawiający powierzył czynności związane z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia osobom niezapewniającym bezstronności i obiektywizmu, czym naruszył art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Podkreślił również, że istotnym również jest realne zagrożenie interesu Skarbu Państwa w sytuacji de facto realizacji zamówienia przez podmiot oraz osoby, które przygotowały dokumentację projektową do przetargu, a Zamawiający w przypadku zarzutów

nieprawidłowego wykonywania umowy przez Wykonawcę będzie miał utrudnione możliwości wykazania podjęcia nieprawidłowych działań przez SKW Biuro Projektowo-Techniczne sp. z o. o. w Zgorzelcu, a tym samym FAMUR S.A.

Zauważył, że niemożliwym równie stanie się występowanie SKW Biuro Projektowo-Techniczne sp. z o. o. w Zgorzelcu w czasie realizacji zamówienia, choćby w ramach doradztwa, czy składania wyjaśnień lub uściśleń do przygotowanej dokumentacji.

W przypadku niepodzielenia wyżej wskazanego stanowiska Odwołującego i uznania za dopuszczalne korzystanie przez FAMUR S.A. z zasobów SKW Biuro Projektowo-Techniczne sp. z o. o. w Zgorzelcu oraz wspólną realizację zamówienia, który to przygotowywał dokumentację do przetargu, z ostrością wskazał na inne okoliczności.

Zwrócił uwagę, że Wykonawcy byli zobowiązani do przedstawienia wykazu zawierającego wykonanie w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 1 dostawy identycznej lub podobnej do przedmiotu zamówienia i o wartości, co najmniej równiej: 1.500.000,00 PLN, z podaniem wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców wraz z dokumentami potwierdzającymi, że dostawy te zostały wykonane należyście [np. referencje].

W kontekście powyższego postanowienia SIWZ zarzucił, że FAMUR S. A. nie realizował zamówienia spełniającego ww. kryteria, wraz ze złożoną ofertą przedłożył referencje wystawione przez KWB „Konin” w Kleczewie S.A. z dnia 3 czerwca 2011 r. wystawione na rzecz konsorcjum w składzie FUGO S. A. w Koninie oraz SKW Biuro Projektowo-Techniczne sp. z o. o. w Zgorzelcu.

Ponadto zauważył, że zostało przedłożone oświadczenie SKW Biuro Projektowo-Techniczne sp. z o. o. w Zgorzelcu o zobowiązaniu się do udostępnienia zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp posiadanych zasobów wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego oraz osób zdolnych do wykonania zamówienia i jednocześnie zobowiązanie się do

21

uczestnictwa w realizacji zamówienia w zakresie usług projektowo-technicznych w trakcie montażu części maszynowo-konstrukcyjnej nadwozia koparki, jako podwykonawca.

Odnosząc się do powyższego, po pierwsze wskazał, że SKW Biuro Projektowo-Techniczne sp. z o. o. opracowało jedynie projekty maszyn o wartości przekraczającej e posiada 1.000.000 zł, czyli poniżej progu wymaganego przez Zamawiającego, oraz, wiedzę i doświadczenie wyłącznie w tym zakresie, tj. projektowym, a zatem zarówno FAMUR S.A., jak i SKW Biuro Projektowo-Techniczne sp. z o. o., nie posiadają odpowiedniej wiedzy i doświadczenia, wymaganych w postępowaniu przez Zamawiającego.

Po drugie poddał pod wątpliwość możliwość wykorzystania przedmiotowych referencji oraz oświadczenia SKW Biuro Projektowo-Techniczne sp. z o. o. w przedmiotowym przetargu przez FAMUR S.A., bowiem zgodnie z treścią oświadczenia SKW Biuro Projektowo-Techniczne sp. z o. o. z dnia 27 lutego 2014 r. upoważnił FAMUR S.A. do wykorzystania powyższych referencji przy ubieganiu się o zamówienie publiczne ZP01/14, a wskazane zamówienie publiczne jest innym zamówieniem, niż to, w którym zostały przedłożone referencje oraz oświadczenie i w tej sytuacji należy poddać pod wątpliwość wykorzystania przez FAMUR S. A. w innym postępowaniu, niż zamówienie publiczne ZP01/14. wskazane możliwość ich

Poza tym wskazał, że Zamawiający powinien odrzucić ofertę konkurenta na zasadzie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, bowiem jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Złożenie przez FAMUR S. A. oferty wraz z referencjami wystawionymi na rzecz konsorcjum w składzie FUGO S. A. w Koninie oraz SKW Biuro Projektowo-Techniczne sp. z

o. o. w Zgorzelcu oraz oświadczeniem SKW Biuro Projektowo-Techniczne sp. z o. o. w Zgorzelcu o zobowiązaniu się do udostępnienia zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp posiadanych zasobów wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego oraz osób zdolnych do wykonania zamówienia i jednocześnie zobowiązanie się do uczestnictwa w realizacji zamówienia w zakresie usług projektowo-technicznych w trakcie montażu części maszynowo-konstrukcyjnej nadwozia koparki, jako podwykonawca powinno zostać uznać – według zapatrywania Odwołującego - za czyn nieuczciwej konkurencji m. in. polegający na utrudnianiu dostępu do rynku.

Ostatecznie, w ocenie Odwołującego - sytuacja przygotowywania dokumentacji do przetargu przez SKW Biuro Projektowo-Techniczne sp. z o. o. w Zgorzelcu jest niedopuszczalna, w ten sposób, aby brał udział w postępowaniu wraz z Wykonawcą,

22

zapewniając mu zasoby, bez których przedmiotowy Wykonawca nie miałby możliwości wygrania przetargu, jak również następnie wspólnie z Wykonawcą realizował zamówienia jako podwykonawca.

W dniu 12 maja 2014 r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca FAMUR S.A. i po stronie Odwołującego wykonawca FUGO-ODLEW Sp. z o.o.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Sygn. akt KIO 913/14

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść ogłoszenia i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, oferty Odwołującego, wezwania Zamawiającego z dnia 4 kwietnia 2014 r., pisma Odwołującego z dnia 8 kwietnia 2014 r., zawiadomienia Zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 28 kwietnia 2014 r., odpowiedzi na odwołanie, jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony i uczestników postępowania wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczone, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisu art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 24 ust. 4, art. 26 ust. 3, art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do wykluczenia Odwołującego z przedmiotowego przetargu ze skutkiem odrzucenia jego oferty z powodu nie wykazania przez niego spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że Zamawiający zgodnie z rozdziałem VIII ust. 1 pkt 10 SIWZ wymagał od wykonawców złożenia dokumentów na potwierdzenie spełnienia Warunków udziału w postępowaniu: wykazu zawierającego wykonanie w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 1 dostawy identycznej lub podobnej do przedmiotu

23

zamówienia i o wartości, co najmniej równej: 1 500 000,00 PLN, z podaniem wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców wraz z dokumentami potwierdzającymi, że dostawy zostały wykonane należyście (np.: referencje).

Izba stwierdziła również, że wykonawca na stronach 25 – 26 swojej oferty taki wykaz złożył specyfikując 7 dostaw o podobnym charakterze do przedmiotu zamówienia.

Według Zamawiającego, jednak przedmiotowy wykaz nie spełniał postawionego przez Zamawiającego warunku, bowiem wykonywanie przemońników i stacji napędowych nie jest identyczne ani podobne do dostaw elementów części konstrukcyjnej i monta u nadwozia przebudowywanej koparki KWK 1200 M/2, a warunki pracy ustroju nośnego koparki są diametralnie inne ni przemoñnika taśmowego.

Analizując znaczenie powy szego warunku opisanego w rozdziale VIII ust. 1 pkt 10 SIWZ, Izba nie znalazła w jego treści definicji pojęcia podobieństwa do przedmiotu dostawy.

W świetle powy szego, Izba doszła do przekonania, e Zamawiający, nie opisując wymaganego warunku, co do zakresu wymaganego podobieństwa do przedmiotu zamówienia, dał wykonawcom mo liwość wykazywania się wiedzą i doświadczeniem w wykonywaniu dostaw na ró nych płaszczyznach podobieństwa tych dostaw w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Przy takim opisie przedmiotowego warunku – w ocenie Izby – wystarczającym było wskazanie przez wykonawcę podobieństwa elementów przedmiotowo istotnych.

W aspekcie powy szej sytuacji, wymaga wskazania, e zarówno Zamawiający, jak i Przystępujący nie zakwestionowali występowania podobieństw w zakresie wymagań konstrukcyjnych, gabarytowych, materiałowych i jakościowych dostaw wskazanych przez Odwołującego w wykazie.

Nadto nale y zauwa yć, e nie zostało przez Zamawiającego, jak i Przystępującego obalone twierdzenie Odwołującego o podobieństwie elementów składowych nadwozia, opartych na konstrukcji przestrzennej o budowie blachownic, a tak e dotyczące podobieństwa grubości blach w zakresie 15-30 mm, w których mieszczą się blachy u ywane przy budowie stacji napędowych przemoñników (zakres grubości 15-40 cm).

Poza tym Izba wzięła równie pod uwagę okoliczność istnienia podobieństwa w zakresie norm i wymogów dotyczących gatunku materiału (S235, S335), metod

24

spawalniczych (111, 135), cyklu wytworzenia oraz kontroli jakości.

Dodatkowo Izba równie uznała, uwzględniając w tym względzie stanowisko Odwołującego, e wykonane przez Odwołującego dostawy były realizowane na podstawie podobnych norm:

- przygotowania materiałów do malowania (PN-EN ISO 12944-4, PN- EN ISO 8501-1),
- prowadzenia prac malarskich (PN-EN ISO 12944-7), - cięcia termicznego i jakości tego cięcia (PN-EN ISO 9013),
- materiałów dodatkowych u ywanych podczas spawania (PN-EN 13479), - tolerancji ogólnych (PN-EN 22768-1 i 2),
- tolerancji dla konstrukcji spawanych (PN-EN ISO 13920), - grupy oceny (DIN 22261).

Argumentacja Przystępującego o nie spełnianiu danej klasy w ramach wskazywanej przez Odwołującego normy przez produkt, nie mogła być przez Izbę rozważana, bowiem Zamawiający w warunku nie postawił takiego dodatkowego wymogu odnoszącego się do klasy z danej normy.

Zdaniem Izby Odwołujący równie wykazał w swoim odwołaniu podobieństwa dotyczące monta u konstrukcji nadwozia koparki, jako pewnej konstrukcji. Przy czym Izba analizując opis przedmiotu zamówienia z pkt III SIWZ stwierdziła, e przedmiotowa dostawa nie dotyczyła urządzenia stanowiącego, gotową, integralną całość, lecz odnosiła się do monta u konstrukcji zgodnej z dokumentacją techniczną.

Nadto nale y zauwa yć, e zarówno Zamawiający, jak Przystępujący nie zaprzeczyli, e wykonywane przez Odwołującego dostawy oparte były na podobnym sposobie monta u prefabrykowanych blachownic na placu monta owym poprzez scalanie w większe zespoły, o wadze nawet większej ni przedmiot zamówienia.

Poza tym zarówno Zamawiający, jak Przystępujący nie udowodnili również, że przedmiotowe dostawy nie spełniały podobnych wymagań w zakresie wymogów prawa geologicznego i górniczego z uwagi na gabaryty i podobnie prowadzone prace, z wykorzystaniem takiego samego sprzętu, materiałów, wykwalifikowanego personelu z uprawnieniami górnicznymi, a także mechanicznymi, budowlanymi, spawalniczymi, elektrycznymi.

W związku z powyższym Izba postanowiła oddalić zgłoszone przez Odwołującego i

25

Zamawiającego wnioski dowodowe o przesłuchanie świadków, uznając, że okoliczności, co do których świadkowie mieliby zeznawać nie stanowią okoliczności faktycznych w sprawie, a jedynie miałyby służyć wyrażeniu osobistych opinii przez wskazane osoby odnośnie to samości i podobieństwa wykonanych dostaw z przedmiotem zamówienia.

Podobnie Izba uznała za nieprzydatny w sprawie wniosek Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego, jako, że zakres zgłoszonej tezy dowodowej dotyczący oceny podobieństwa dostawy nie wymagał prowadzenia dodatkowego postępowania dowodowego, bowiem okoliczności badane w tym zakresie przez Izbę zostały dostatecznie wyjaśnione. W przedmiotowej sprawie nie były bowiem istotne do rozstrzygnięcia kwestie techniczne, a formalny aspekt związany z określonym brzmieniem opisu warunku udziału w postępowaniu, które to brzmienie nadał warunkowi Zamawiający w SIWZ.

Według zapatrywania Izby ogólne opisanie przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu, bez zdefiniowania i opisanie elementów przedmiotowo istotnych dla wykazania spełniania tego warunku nie może ograniczać dostępu wykonawców do ubiegania się o zamówienie publiczne i dawać Zamawiającemu instrumentu do uznaniowego, niezobiektywizowanego kwalifikowania jedynie niektórych wykonawców do dalszej oceny złożonych ofert oraz eliminowania tych, którzy w subiektywnej ocenie Zamawiającego takiego warunku nie spełniają.

Podkreślić również należy, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego czym innym jest opis przedmiotu zamówienia niżli opis warunków udziału w postępowaniu. Jeśli Zamawiający przewiduje określoną weryfikację podmiotową wykonawców, przykładowo pod kątem ich wiedzy i doświadczenia, powinien w tym zakresie określić szczegółowe wytyczne tej kwalifikacji w ramach opisu warunku udziału w postępowaniu. Bez takiego doprecyzowania opisu warunku podmiotowego udziału w postępowaniu odwoływanie się do innego, przedmiotowo istotnego elementu SIWZ, tj. opisu przedmiotu zamówienia, jest niedopuszczalne.

Reasumując Izba stanęła na stanowisku, że istnienie powyższego podobieństwa wykonanych dostaw do przedmiotu zamówienia nie zostało skutecznie podważone w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym, zarówno przez Zamawiającego i Przystępującego.

Wobec powyższego należy przyjąć, że Odwołujący sporny warunek podmiotowy spełnia, a zatem brak było podstaw do wykluczenia go z przedmiotowego przetargu.

26

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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).

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść ogłoszenia i SIWZ, oferty Odwołującego, oferty Famur S.A. (wykaz dostaw – strona 33, referencje z dnia 3.06.2011 r. – strona 54, oświadczenie SKW Biuro Projektowo – Techniczne sp. z o.o. Zgorzelec – strona 55), oferty Makrum Projekt Management sp. z o.o., wezwania Zamawiającego z dnia 4 kwietnia 2014 r., pisma Odwołującego z dnia 9 kwietnia 2014 r. wraz z wykazem dostaw – załącznik nr 1, zawiadomienia Zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 28 kwietnia 2014 r., odpowiedzi na odwołanie, jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony i uczestników postępowania wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uszczupiony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 25 ust. 1 w związku z art. 26 ust. 3 i ust. 4, art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, natomiast nie stwierdziła naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do wykluczenia Odwołującego z przedmiotowego przetargu ze skutkiem odrzucenia jego oferty z powodu nie wykazania przez niego spełniania warunków udziału w postępowaniu, a także czy Zamawiający powinien wykluczyć z tego postępowania wykonawcę Famur S.A. i wykonawcę Makrum Projekt Management sp. z o.o.

27

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że Zamawiający zgodnie z rozdziałem VIII ust. 1 pkt 10 wymagał od wykonawców złożenia dokumentów na potwierdzenie spełnienia Warunków udziału w postępowaniu: wykazu zawierającego wykonanie w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 1 dostawy identycznej lub podobnej do przedmiotu zamówienia i o wartości, co najmniej równej: 1 500 000,00 PLN, z podaniem wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców wraz z dokumentami potwierdzającymi, że dostawy zostały wykonane należyście (np.: referencje).

Izba stwierdziła również, że wykonawca na stronach 29 swojej oferty taki wykaz złożył, specyfikując 3 dostawy o podobnym charakterze do przedmiotu zamówienia, a na stronie 30 oferty załączył również referencję z dnia 22 stycznia 2014 r.

Według zapatrywania Izby powyższe wykazywane przez Odwołującego wykonania przedmiotów dostaw (wykonanie konstrukcji stacji napędowych i stacji zwrotnych przenośników, wykonanie członów powtarzalnych dla tras niskich przenośników, wykonanie tras wysokich przenośników) mieszczą się w pojęciu podobnych dostaw, jako realizowanych w podobnym reżimie technologicznym, przy użyciu takich samych materiałów hutniczych, w oparciu o te same normy, co przedmiot zamówienia, a także na podstawie takich samych rodzajów badań jakościowych i zasad odbioru.

Analizując znaczenie powyższego warunku w rozdziale VIII ust. 1 pkt 10 SIWZ, Izba nie znalazła w jego treści definicji pojęcia podobieństwa do przedmiotu dostawy.

Brak takiego szczegółowego opisu warunku – zdaniem Izby - nie może wywoływać negatywnych skutków prawnych dla działającego bone fidei Odwołującego.

Według zapatrywania Izby ogólne opisanie przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu, bez zdefiniowania i opisanie elementów przedmiotowo istotnych dla wykazania spełniania tego warunku nie może ograniczać dostępu wykonawców do ubiegania się o zamówienie publiczne i dawać Zamawiającemu instrumentu do uznaniowego, niezobiektywizowanego kwalifikowania jedynie niektórych wykonawców do dalszej oceny

złożonych ofert oraz eliminowania tych, którzy w subiektywnej ocenie Zamawiającego takiego warunku nie spełniają.

Reasumując uzasadnienie do tego zarzutu, Izba stanęła na stanowisku, że istnienie powyższego podobieństwa wykonanych dostaw do przedmiotu zamówienia nie zostało skutecznie podważone w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym, zarówno przez

28

Zamawiającego i Przystępującego.

Jednocześnie Izba postanowiła oddalić zgłoszony przez Zamawiającego wniosek dowodowy o przesłuchanie świadka, uznając, że okoliczności, co do których świadek miałby zeznawać nie stanowią okoliczności faktycznych w sprawie, a jedynie miałyby służyć wyrażeniu osobistych opinii przez wskazaną osobę odnośnie to samości i podobieństwa wykonanych dostaw z przedmiotem zamówienia.

W takiej sytuacji zastosowanie przez Zamawiającego przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentów należy uznać za bezzasadne.

Wobec powyższego należy przyjąć, że Odwołujący sporny warunek podmiotowy spełnia, a zatem brak było podstaw do wykluczenia go z przedmiotowego przetargu.

Izba w tym zakresie podtrzymuje w pełni argumentację zaprezentowaną powyżej w sprawie KIO 913/14 w odniesieniu się do analogicznego zarzutu dotyczącego wykonawcy ŁZG Łęczycza S.A.

Izba uznała w tym względzie również, że bez znaczenia dla oceny przedmiotowej sprawy pozostaje kwestia prawidłowości przesłania przez Zamawiającego Odwołującemu wezwania do uzupełniania dokumentów wyłącznie w formie elektronicznej i przesłania w tym względzie przez wykonawcę odpowiedzi na to wezwanie drogą faksową w określonym terminie. Skoro bowiem – zdaniem Izby – dokumenty na potwierdzenie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, zawarte w ofercie Odwołującego, potwierdzają spełnienie warunku bezprzedmiotowe było owo sporne wezwanie do uzupełnienia dokumentów, skierowane w tym względzie do Odwołującego, a tym samym bez znaczenia pozostaje udzielona w tym zakresie odpowiedź wykonawcy na to wezwanie.

Przechodząc do wskazania motywacji rozstrzygnięcia odnoszącego się do kolejnych zarzutów dotyczących oferty wykonawców: Famur S.A. i Makrum Projekt Management sp. z o.o. Izba nie podzieliła argumentacji Odwołującego w tym zakresie.

Wymaga wskazania, że stosownie do przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi

29

do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

Wykonawca Famur S.A. przedłożył przy ofercie zobowiązanie podmiotu trzeciego – SKW – Biura Projektowo – Techniczne o udostępnieniu zasobu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Jednocześnie Izba ustaliła, że wykonawca ten przedłożył w swojej ofercie referencje wystawione przez KWB Konin w Kleczewie S.A. potwierdzające wykonanie dostawy, montażu i uruchomienia nowej koparki kompaktowej KWK – 250L wraz z pracującym w układzie technologicznym przenośnikiem samojezdnym PGOT 1250.38 dla Odkrywki

Tomisławice na kwotę 15 200 000 zł przez konsorcjum: Fugo S.A. i SKW – Biuro Projektowo – Techniczne.

Jako, że okoliczności wykonania przedmiotowego zamówienia są bezsporne, do rozstrzygnięcia pozostał problem prawnej dopuszczalności postępowania przez Famur S.A. powyższym zobowiązaniem podmiotu trzeciego i referencją, a w konsekwencji także kwestia możliwości umieszczenia w spornym wykazie informacji opartej o powyższe dokumenty.

W ocenie Izby wykonawca Famur S.A. mógł, w myśl powołanego wyżej przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, skorzystać z wiedzy i doświadczenia, a w konsekwencji dokumentu referencji, uzyskanej w ramach realizacji zamówienia przez SKW – Biuro Projektowo – Techniczne jako jeden z konsorcjantów.

Izba stanęła przy tym na stanowisku, że potencjał w zakresie wiedzy i doświadczenia jest gromadzony przez wszystkich konsorcjantów realizujących dane zamówienie, przede wszystkim w kontekście ich solidarnej odpowiedzialności za wykonanie zamówienia (art. 141 ustawy Pzp). Taki potencjał wiedzy i doświadczenia może być wykorzystywany przez każdego z konsorcjantów z osobna przy realizacji kolejnego zamówienia jako jego własny potencjał, który może zostać również udostępniony innemu wykonawcy w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Wobec takiej oceny Izby nie ma zatem znaczenia okoliczność wartościowego udziału SKW – Biuro Projektowo – Techniczne przy opracowywanej dokumentacji projektu maszyn w wykazywanym zamówieniu.

30

Nadto, według zapatrywania Izby, okoliczność wpisania w zobowiązaniu podmiotu trzeciego numeru postępowania według systemu wewnętrznej numeracji wykonawcy Famur S.A., nie ma żadnego znaczenia dla oceny poprawności zobowiązania podmiotu trzeciego, w sytuacji poprawnego określenia przedmiotu zamówienia przez składającego oświadczenie o zobowiązaniu do udostępniania zasobu.

Izba również uznała, że Zamawiający nie złamał przepisu art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, który stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy wykonywali bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania, z wyłączeniem czynności wykonywanych podczas dialogu technicznego, o którym mowa w art. 31a ust. 1 ustawy Pzp, lub posługiwali się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności, chyba że udział tych wykonawców w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji.

W rozpoznawanej sprawie Izba ustaliła, że dokumentację projektową sporządził SKW – Biuro Projektowo – Techniczne sp. z o.o.

Materiał dokumentacyjny sprawy wskazuje, że przedmiotową dokumentację wykonał powyższy podmiot, lecz nie wykonawca Famur S.A., który w ogóle nie wykonywał czynności przygotowawczych w przetargu. Stosownie do wskazanej regulacji ustawy Pzp podstawę wykluczenia wykonawcy z postępowania stanowi bezpośredni udział w czynnościach związanych z przygotowaniem postępowania wykonawcy, a nie jakiegokolwiek innego podmiotu (w tym podmiotu trzeciego udostępniającego swój zasób, który w danym postępowaniu o zamówienie publiczne przynajmniej wykonawcy nie posiada).

Nadto w ocenie Izby Odwołujący nie udowodnił tego, aby wykonawca Famur S.A. posługiwał się przy sporządzeniu swojej oferty konkretnymi osobami, które uczestniczyły przy dokonywaniu czynności przygotowawczych do niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Poza tym – według Izby – Odwołujący w ogóle nie wykazał, że powoływanie się przez wykonawcę Famur S.A. w swojej ofercie na potencjał podmiotu trzeciego, tj. firmy SKW – Biuro Projektowo – Techniczne sp. z o.o., utrudni w jakikolwiek sposób uczciwą konkurencję. Przy ocenie podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania o zamówienie publiczne w oparciu o dyspozycję art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp należy bowiem wziąć pod uwagę

Ostatecznie Odwołujący nie wykazał w jakikolwiek sposób, że wykonawca Makrum Projekt Management sp. z o.o. nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, bowiem nie przedstawiał w tym zakresie jakiejkolwiek argumentacji i dowodów. Sformułowany w tym zakresie w treści odwołania zarzut jest gołosłowny, nie poparty adnymi okolicznościami faktycznymi i opiera się de facto na przytoczeniu opisu warunku wiedzy i doświadczenia przewidzianego przez Zamawiającego w SIWZ, bez wykazania, co powoduje, że wskazany wykonawca nie spełnia tego warunku.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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).

Sygn. akt KIO 917/14

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść ogłoszenia i SIWZ, oferty Odwołującego, oferty Famur S.A. (wykaz dostaw – strona 33, referencje z dnia 3.06.2011 r. – strona 54, oświadczenie SKW Biuro Projektowo – Techniczne sp. z o.o. Zgorzelec – strona 55), zawiadomienia Zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 28 kwietnia 2014 r., odpowiedzi na odwołanie, jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony i uczestników postępowania wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczone, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 i 2 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 1, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3, art. 26 ust. 2b, art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający powinien wykluczyć z tego postępowania wykonawcę Famur S.A.

Izba, dokonując analizy przedmiotowego odwołania, doszła do przekonania, że jest ono bezzasadne.

W pierwszej kolejności należało wskazać, że zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

W ocenie Izby wykonawca Famur S.A. w sposób właściwy i odpowiadający wyżej wskazanej normie prawnej wykazał wiedzę i doświadczenie podmiotu trzeciego, udzielającego mu zasobów do dyspozycji, przedstawiając w tym celu przy ofercie pisemne zobowiązanie tego podmiotu trzeciego – SKW – Biuro Projektowo – Technicznego sp. z o.o.

o udostępnieniu mu zasobu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Jednocześnie Izba ustaliła, że wykonawca ten przedłożył w swojej ofercie referencje wystawione przez KWB Konin w Kleczewie S.A. potwierdzające wykonanie dostawy, montażu i uruchomienia nowej koparki kompaktowej KWK – 250L wraz z pracującym w układzie technologicznym przenośnikiem samojezdnym PGOT 1250.38 dla Odkrywki Tomisławice na kwotę 15 200 000 zł przez konsorcjum: Fugo S.A. i SKW – Biuro Projektowo – Techniczne.

Jako, że okoliczności wykonania przedmiotowego zamówienia są bezsporne, do rozstrzygnięcia pozostał problem prawnej dopuszczalności postępowania przez Famur S.A. powyższym zobowiązaniem podmiotu trzeciego i referencją, a w konsekwencji także kwestia możliwości umieszczenia w spornym wykazie informacji opartej o powyższe dokumenty.

Izba w tym względzie w pełni podtrzymuje argumentację zaprezentowaną powyżej w sprawie KIO 915/14, w odniesieniu się do analogicznego zarzutu podniesionego przez wykonawcę Ramb sp. z o.o.

33

Izba również uznała, że Zamawiający nie złamał przepisu art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, który stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy wykonywali bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania, z wyłączeniem czynności wykonywanych podczas dialogu technicznego, o którym mowa w art. 31a ust. 1 ustawy Pzp, lub posługiwali się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności, chyba że udział tych wykonawców w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji.

Także w tym względzie Izba podtrzymuje argumentację zaprezentowaną powyżej w rozstrzygnięciu analogicznego zarzutu w sprawie KIO 915/14.

Wszelkie twierdzenia Odwołującego w niniejszej sprawie o gorszej pozycji innych wykonawców z powodu opracowania dokumentacji technicznej przez SKW – Biuro Projektowo – Techniczne sp. z o.o., które miałyby również wskazywać na czyn nieuczciwej konkurencji i stanowić podstawę do odrzucenia oferty Famur S.A. w trybie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp Izba potraktowała, jako gołosłowne, z racji nieprzedstawienia w tym zakresie żadnych dowodów.

Wobec powyższego należy przyjąć, że wykonawca Famur S.A. sporny warunek podmiotowy spełnia, a zatem brak było podstaw do wykluczenia go z przedmiotowego przetargu, jak również odrzucenia jego oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

34

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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).

Przewodniczący:.....

.....

.....

35