

WYROK

z dnia 8 lutego 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **8 lutego 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 stycznia 2012 r.

przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:**

ELEKTROMETAL Spółka Akcyjna, 43-400 Cieszyn, ul. Stawowa 71 (pełnomocnik wykonawców), ELSTA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 32-020 Wieliczka, ul. Janińska 32

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Zabytkowa Kopalnia Węgla Kamiennego „Guido” w Zabrze, 41-800 Zabrze, ul. 3 Maja 93**

orzeka:

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazać zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, a także powtórzenie czynności oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu, z uwzględnieniem czynności wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: LOG-TECH spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zabrzu oraz HAMACHER ELEKTROTECHNIKA i ROZDZIELNICE spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tychach.**
- 2. Kosztami postępowania obciążyć Zabytkową Kopalnię Węgla Kamiennego „Guido” w Zabrzu i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ELEKTROMETAL Spółkę Akcyjną z siedzibą w Cieszynie, ELSTA spółkę z ograniczoną**

1

Sygn. akt KIO 172/12

odpowiedzialnością z siedzibą w Wieliczce tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od Zabytkowej Kopalni Węgla Kamiennego „Guido” w Zabrzu na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ELEKTROMETAL Spółki Akcyjnej z siedzibą w Cieszynie, ELSTA spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Wieliczce kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, 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 **Gliwicach**.

Przewodniczący:

2

Sygn. akt KIO 172/12

Uzasadnienie

Zamawiający – Zabytkowa Kopalnia Węgla Kamiennego „Guido” w Zabrzu –

proceedzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawę pn. *Zaprojektowanie, dostarczenie i zainstalowanie systemu bezpieczeństwa w Zabytkowej Kopalni Węgla Kamiennego Guido w Zabrzu obejmującego: I. Zbudowę sieci rozdzielczej SN i nn na poziomie 170m i 320m; II. Zbudowę sieci informatycznej i telewizji użytkowej na poziomie 170m i 320m, w ramach projektu pn. „Rewitalizacja obiektów przemysłowych Gminy Zabrze wraz z adaptacją na cele kulturalne, turystyczne i oświatowe” współfinansowanego ze środków Unii Europejskiej w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Śląskiego na lata 2007-2013” (oznaczenie sprawy: ZP/13/2011).*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane jako obligatoryjne w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2011/S_217-354004 z 11 listopada 2011 r., z tym, że 7 listopada 2011 r. Zamawiający przekazał to ogłoszenie Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, a także zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy informacyjnej oraz na swojej stronie internetowej (www.kopalniaguido.pl), na której udostępnił również od 11 listopada 2011 r. specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej zwaną w skrócie „s.i.w.z.” lub „SIWZ”).

Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 2.986.814,00 zł, co stanowi równowartość 778.018,87 euro (w tym zamówienie podstawowe 2.489.012,05 zł / 648.349,06 euro)

18 stycznia 2012 r. (pismem z 17 stycznia 2012 r.) Zamawiający przesłał faksem Odwołującemu – wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia: ELEKTROMETAL S.A. z siedzibą w Cieszynie (pełnomocnik wykonawców), ELSTA sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (zwanych dalej w skrócie „Konsorcjum ELEKTROMETAL” od firmy lidera) – zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: LOG-TECH sp. z o.o. z siedzibą w Zabrzu i HAMACHER ELEKTROTECHNIKA i ROZDZIELNICE sp. z o.o. z siedzibą w Tychach (zwanych dalej w skrócie „Konsorcjum LOG-TECH” od firmy lidera).

3

Sygn. akt KIO 172/12

27 stycznia 2012 r. (pismem z 26 stycznia 2012 r.) Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższej czynności, a także od zaniechania wykluczenia z postępowania Konsorcjum LOG-TECH wraz z odrzuceniem oferty tego wykonawcy, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy pzp:

1. Art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 24 ust. 4, art. 26 ust. 2a, art. 89 ust. 1 pkt 5 i art. 7 ust. 1 – poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum LOG-TECH z postępowania i odrzucenia jego oferty, mimo niewykazania spełniania warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia.
2. Art. 22 ust. 1 pkt 3, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 24 ust. 4, art. 26 ust. 2a, art. 89 ust. 1 pkt 5 i art. 7 ust. 1 – poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum LOG-TECH z postępowania i odrzucenia jego oferty, mimo niewykazania spełniania warunku dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.
3. Art. 91 ust. 1 – poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum LOG-TECH, mimo że oferta ta podlega odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.
2. Powtórzenia czynności badania i oceny ofert.
3. Wykluczenia Konsorcjum LOG-TECH z postępowania oraz odrzucenia złożonej przez nie oferty.
4. Wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał w odwołaniu następujące okoliczności prawne i faktyczne uzasadniające jego wniesienie.

Zarzut dotyczący niewykazania spełniania warunku dotyczącego wiedzy i

doświadczenia. Zgodnie z postanowieniami pkt. 5.1.2 w części I s.i.w.z. o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia polegające na wykonaniu w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie, zamówień określonych w tym postanowieniu s.i.w.z. W szczególności Zamawiający wymagał w punkcie 5.1.2. ppkt 2 lit. a w części I s.i.w.z. wykonania minimum 1 dostawy wraz z instalacją urządzeń elektrycznych w podziemnych zakładach górniczych o wartości nie mniejszej niż 1.000 000,00 PLN brutto każda. W celu wykazania spełnienia powyższego warunku Zamawiający żądał dołączenia do oferty wykazu wykonanych dostaw i usług w

4

Sygn. akt KIO 172/12

okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia (pkt 5.2.2 lit. A w części I s.i.w.z.). Wzór wykazu wykonanych dostaw i usług (załącznik nr 3 do oferty) określał formularz V1.4 w części VI s.i.w.z. Termin składania ofert upływał 20 grudnia 2011 r. (punkt 11.1 w części I s.i.w.z.). W celu wykazania spełnienia warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia należało zatem uwzględnić zadania wykonane w okresie od 19 grudnia 2008 r. do 19 grudnia 2011 r.

Konsorcjum LOG-TECH załączyło do oferty trzy wykazy wykonanych zamówień dotyczące odpowiednio zamówień wykonanych przez LOG-TECH sp. z o.o. (str. 22 oferty), HAMACHER ELEKTROTECHNIKA i ROZDZIELNICE sp. z o.o. (str. 23-28 oferty) i Centrum Systemów Elektronicznych sp. z o.o. (str. 30-31 oferty), przy czym w wykazie dotyczącym LOG-TECH nie ujęto żadnych zamówień, a w wykazie dotyczącym Centrum Systemów Elektronicznych ujęto wyłącznie zamówienia dotyczące wykonania usług (projektów), o których mowa w punkcie 5.1.2.1 w części I s.i.w.z. W żadnym z powyższych wykazów nie ujęto dostaw, które spełniałyby wszystkie wymogi określone w punkcie 5.1.2 ppkt 2 lit. a w części I s.i.w.z. Wprawdzie w wykazie dotyczącym HAMACHER ELEKTROTECHNIKA i ROZDZIELNICE w części o tytule *DOSTAWY (wraz z instalacją)* ujęto szereg zamówień, ale obejmowały one wyłącznie dostawę urządzeń elektrycznych bez instalacji. Ponadto wartość żadnego z tych zamówień nie wynosiła co najmniej 1.000.000 zł. Dodatkowo zamówienia z poz. 1-8 oraz 19-54 zostały wykonane wcześniej niż w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert. W związku z powyższym pismem z 3 stycznia 2012 r. Zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 3 pzp, wezwał Konsorcjum LOG-TECH do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku dotyczącego doświadczenia. W odpowiedzi na wezwanie Konsorcjum LOG-TECH przedstawiło m.in. poprawione wykazy zamówień wykonanych przez HAMACHER ELEKTROTECHNIKA i ROZDZIELNICE oraz Centrum Systemów Elektronicznych. Wykaz dotyczący Centrum Systemów Elektronicznych obejmuje zamówienia, o których mowa w punkcie 5.1.2. ppkt 1 (projekty) i 5.1.2 ppkt. 2 lit. b (dostawa z instalacją sieci informatycznej i telewizji użytkowej) w części I s.i.w.z.

Natomiast w wykazie dotyczącym HAMACHER ELEKTROTECHNIKA i ROZDZIELNICE w części o tytule *„DOSTAWY (wraz z instalacją)”* w poz. 1 ujęto zamówienie, którego przedmiot określono w następujący sposób: *Dostawa wyposażenia elektrycznego dla zasilania kompleksu ścianowego wraz z instalacją: 1 x wyłącznik wielostycznikowy HA dk8.10/4/10VAC/10 (10 odpływów); Stacja transformatorowa – 1 szt. HA-EVS3 1500 kVa;*

5

Sygn. akt KIO 172/12

Stacja Transformatorowa – 1 szt. HA-EVS3 1750 kVA; Pulpit Sterowniczy HA-SS1/6T10; Zestawienie transportowe + układak. Zgodnie z wykazem zamówienie zostało wykonane na rzecz Kompanii Węglowej S.A. KWK Bolesław Śmiały w grudniu 2010 r. a jego wartość wynosiła 1.812.920 zł. Na potwierdzenie należytego wykonania powyższego zamówienia wykonawca przedłożył fakturę VAT nr 186/FV/SP/2010 z 29 grudnia 2010 r. oraz protokół zdawczo-odbiorczy nr 33/2010 z 29 grudnia 2010 r. W wykazach zamówień złożonych przez konsorcjum LOG-TECH w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego nie ujęto innego

zamówienia obejmującego dostawę urządzeń elektrycznych.

Zamówienie powyższe nie spełnia jednakże wymogów określonych w punkcie 5.1.2 ppkt 2 lit. a w części I s.i.w.z. Jak wskazano na wstępie, Zamawiający wymagał wykonania minimum 1 dostawy wraz z instalacją urządzeń elektrycznych. Słowo „instalacja” oznacza w szczególności *montowanie gdzieś urządzeń technicznych* (tak Słownik Języka Polskiego dostępny na stronie internetowej PWN: <http://sip.pwn.pl/szukaj/instalacja>). Celem wykazania spełniania warunku wykonawca powinien zatem dostarczyć urządzenia, jak i je zamontować. Wymóg, by zamówienia ujmowane w wykazie dostaw i usług obejmowały również instalację jest szczególnie istotny z punktu widzenia Zamawiającego, ponieważ przedmiot niniejszego zamówienia ma charakter kompleksowy i obejmuje zaprojektowanie, dostarczenie i zainstalowanie systemu bezpieczeństwa w Zabytkowej Kopalni Węgla Kamiennego Guido w Zabrze. Zamówienie powinien zatem zrealizować wykonawca, który posiada doświadczenie nie tylko w zakresie dostawy urządzeń, ale i ich instalacji. Natomiast wskazane powyżej zamówienie wykonane przez HAMACHER ELEKTROTECHNIKA i ROZDZIELNICE sp. z o.o. na rzecz Kompanii Węglowej S.A. KWK Bolesław Śmiały obejmowało wyłącznie dostawę urządzeń elektrycznych, bez ich instalacji przez wykonawcę. Zamówienie powyższe zostało udzielone tej spółce po przeprowadzeniu przez Kompanię Węglową S.A., na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych, postępowania w trybie przetargu nieograniczonego (numer sprawy 051000127/01). Przedmiotem zamówienia w zakresie zadania nr 2 była *Dostawa wyposażenia elektrycznego do zasilania kompleksu ścianowego*. Zgodnie z pkt 1 i 2 dotyczącymi tego zadania w części I załącznika nr 1 do s.i.w.z. (str. 14), przedmiot zamówienia obejmował dostawę wyposażenia elektrycznego do zasilania kompleksu ścianowego oraz dodatkowo: a) dostawy do Zamawiającego, łącznie z ubezpieczeniem na czas transportu, b) udział w uruchomieniu przedmiotu zamówienia na dole kopalni, c) odbiór techniczny na dole kopalni, d) prowadzenie serwisu w okresie gwarancji. Przedmiot zamówienia nie obejmował zatem instalacji (montażu) dostarczonych urządzeń. Urządzenia zostały bowiem zainstalowane przez zamawiającego – Kompanię

6

Sygn. akt KIO 172/12

Węglową S.A., a wybrany wykonawca jedynie uczestniczył w ich uruchomieniu na dole kopalni. Powyższe potwierdza również treść protokołu zdawczo-odbiorczego nr 33/2010 z 29 grudnia 2011 r., którego przedmiotem była wyłącznie dostawa urządzeń wyszczególnionych w punkcie II i ich techniczny odbiór na dole kopalni.

W konsekwencji z oferty Konsorcjum LOG-TECH nie wynika, by w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert wykonawca ten wykonał co najmniej jedno zamówienie polegające na dostawie wraz z instalacją urządzeń elektrycznych. Brak ten nie może zostać uzupełniony na podstawie art. 26 ust. 3 pzp, ponieważ Zamawiający wzywał już tego wykonawcę do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu dotyczących wymaganego doświadczenia.

Zarzut dotyczący niewykazania spełniania warunku dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Zgodnie z punktem 5.1.3 w części I s.i.w.z., Zamawiający wymagał dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, posiadającymi wskazane w tym punkcie kwalifikacje i uprawnienia. Ponadto w przypadku dwóch osób (projektant w specjalności telekomunikacyjnej z punktu 5.1.3.1 ppkt 2 i elektromonter/monter sieci teleinformatycznych/światłowodowych z punktu 5.1.3.1 ppkt 8 Zamawiający wymagał, by osoby te posiadały określone doświadczenie. W celu wykazania spełniania powyższego warunku Zamawiający żądał dołączenia do oferty wykazu osób (Załącznik nr 4), które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nich czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami (pkt 5.2.2 lit. B w części I s.i.w.z.). Wzór wykazu osób określał formularz V1.5 w części VI s.i.w.z.

Konsorcjum LOG-TECH załączyło do oferty trzy wykazy osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia (str. 44, str. 45-46 i str. 48 oferty). We wszystkich wykazach nie podano informacji o kwalifikacjach zawodowych osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, lub podano je w sposób bardzo ogólny; ponadto w ogóle nie

podano informacji o doświadczeniu czy o uprawnieniach do pracy na wysokościach osób, w odniesieniu do których Zamawiający sformułował takie wymaganie. W związku z powyższym pismem z 3 stycznia 2012 r. Zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 3 pzp, wezwał Konsorcjum LOG-TECH do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku dotyczącego osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia. Zamawiający wskazał, że w ofercie konsorcjum brakuje: [1] informacji o doświadczeniu projektanta w

7

Sygn. akt KIO 172/12

specjalności telekomunikacyjnej, tj. Antoniego W (poz. 1 wykazu ze str. 48 oferty); [2] informacji dotyczących wymaganych kwalifikacji zawodowych, wykształcenia, zakresu wykonywanych czynności oraz uprawnień do pracy na wysokościach: [A] kierownika działu energomechanicznego, tj. Włodzimierza D, (poz. 3 wykazu ze str. 44 oferty), [B] nadsztygara urządzeń elektrycznych, tj. Mariana P (poz. 1 wykazu ze str. 44 oferty), [C] sztygara zmianowego, tj. Wiesława D (poz. 2 wykazu ze str. 44 oferty), [D] elektromonterów wskazanych w wykazach osób załączonych do oferty; [3] informacji dotyczących doświadczenia elektromonterów wskazanych w wykazach osób załączonych do oferty.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Konsorcjum LOG-TECH przedstawiło m.in. poprawione wykazy osób. Uzupełnienie wykazów o brakujące informacje polegało wyłącznie na dodaniu w każdej pozycji wszystkich wykazów w kolumnie *Kwalifikacje zawodowe, doświadczenie, wykształcenie oświadczenia o treści: Spełnia wszystkie wymagania opisane w części pierwszej SIWZ w pkt 5.2.2.B.*

Tak ogólny sposób podania informacji o osobach, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, nie pozwala na weryfikację, czy rzeczywiście osoby te spełniają wymagania Zamawiającego określone w punkcie 5.1.3 w części I s.i.w.z. Zamawiający wymagał podania w wykazie osób informacji na temat kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia osób ujętych w wykazie, a także zakresu wykonywanych przez nich czynności oraz informacji o podstawie do dysponowania tymi osobami (pkt 5.2.2 lit. B w części I s.i.w.z., a nie złożenia przez wykonawcę oświadczenia, iż osoby te spełniają wszystkie wymogi ujęte w pkt. 5.1.3 i 5.2.2 lit. B w części I s.i.w.z. Okoliczność, że Zamawiający nie określił, z jakim stopniem szczegółowości wykonawca ma podać żądane informacje, nie zwalnia wykonawcy z obowiązku udowodnienia spełniania warunku udziału w postępowaniu (tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 14 września 2011 r., sygn. akt: KIO 1882/11, KIO 1895/11). Wykonawca powinien był zatem podać konkretne informacje pozwalające na zbadanie, czy osoby ujęte w wykazach spełniają wymagania Zamawiającego. Stopień szczegółowości tych informacji powinien być dostosowany do opisu poszczególnych wymagań.

Konsorcjum LOG-TECH nie wykazało spełniania warunku dysponowania osobami spełniającymi wymagania Zamawiającego, w szczególności brak jest informacji: [1] o posiadaniu przez projektanta w specjalności telekomunikacyjnej, Antoniego W, wymaganego doświadczenia polegającego na wykonaniu min. 2 projektów sieci okablowania strukturalnego na minimum 100 punktów dostępowych (gniazd), minimum kat. 5e dla punktów dostępowych i z zastosowaniem łączy światłowodowych pomiędzy węzłami

8

Sygn. akt KIO 172/12

dystrybucyjnymi sieci oraz informacji, że zaprojektowana sieć spełniała wymagania producenta systemu okablowania pozwalające uzyskać gwarancję producenta na wykonane okablowanie (pkt 5.1.3.1 ppkt 2 s.i.w.z.);

[2] o posiadaniu przez Włodzimierza D zatwierdzenia Okręgowego Urzędu Górniczego na Kierownika Działu Energomechanicznego dla podziemnych zakładów górniczych oraz uprawnień do prac na wysokości (pkt 5.1.3.1 ppkt 4 s.i.w.z.);

[3] o posiadaniu przez Mariana P świadectwa kwalifikacyjnego kategorii „D”, zatwierdzenia Okręgowego Urzędu Górniczego w randze wyższego dozoru ruchu o specjalności elektrycznej dla podziemnych zakładów górniczych oraz uprawnień do prac na wysokości (pkt 5.1.3.1 ppkt 5 s.i.w.z.).

[4] o posiadaniu przez Wiesława D świadectwa kwalifikacyjnego kategorii „D” - zatwierdzenie Okręgowego Urzędu Górniczego w randze minimum średniego dozoru ruchu o specjalności elektrycznej dla podziemnych zakładów górniczych, oraz uprawnień do prac na wysokości (pkt 5.1.3.1 ppkt 6 s.i.w.z.).

[5] o tym, że co najmniej 2 osoby wskazane do pełnienia funkcji elektromonterów posiadały świadectwa kwalifikacyjne kategorii „E” oraz uprawnienia do wykonywania prac na wysokości (pkt 5.1.3.1 ppkt 7 s.i.w.z.).

[6] o tym, że którakolwiek z osób wskazanych do pełnienia funkcji elektromontera posiadała doświadczenie wymagane od elektromontera/ montera sieci teleinformatycznych/ światłowodowych, tj. minimum roczne doświadczenie w wykonywaniu sieci okablowania strukturalnego w kategorii minimum 5e w technologii miedzianej i światłowodowe (pkt 5.1.3.1. ppkt 8 s.i.w.z.).

Powyższe braki w ofercie Konsorcjum LOG-TECH nie mogą być uzupełnione na podstawie art. 26 ust. 3 pzp, ponieważ Zamawiający wzywał już tego wykonawcę do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Zaniechanie wykluczenia Konsorcjum LOG-TECH HAMACHER, stanowi również naruszenie art. 7 ust. 1 pzp, nakazującego przeprowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. W niniejszym postępowaniu Zamawiający dokonał oceny oferty, która powinna zostać odrzucona. Wybór jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum LOG-TECH, która w ogóle nie powinna być oceniana, został zatem dokonany z naruszeniem art. 91 ust. 1 pzp.

6 lutego 2012 r. (pismem z 1 lutego 2012 r.) Zamawiający wniósł do Krajowej Izby

9

Sygn. akt KIO 172/12

Odwólczej w formie pisemnej odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie i w następujący sposób uzasadniając swoje stanowisko.

Zamawiający podniósł, iż Odwołujący nie wykazał żadnych dowodów czy okoliczności, które świadczyłyby o materialnym niespełnieniu warunków udziału w postępowaniu, tj. nie wykazał, iż w ramach realizacji zamówienia dla Kampanii Węglowej S.A. KWK Bolesław śmiały wykonawca nie dokonywał bądź nie brał udziału w instalowaniu dostarczonego wyposażenia oraz nie wykazał, że oświadczenie wykonawcy dotyczące doświadczenia, uprawnień i kwalifikacji osób mających wykonywać zamówienia nie potwierdza spełniania w tym zakresie warunków opisanych przez Zamawiającego w s.i.w.z.

Odnosnie zarzutu dotyczącego niewykazania spełniania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia: W stanie faktycznym i prawnym przedmiotowego postępowania powyższy zarzut jest całkowicie bezzasadny. Dowody jakie przytacza Odwołujący na poparcie swojej tezy, są jedynie wnioskami Odwołującego, które wyciągnął na podstawie analizy dokumentów z postępowania o udzielenie zamówienia, którego uczestnikiem, nie był, a całą wiedzę o przedmiocie zamówienia czerpie jedynie z treści kilku dostępnych mu dokumentów. Analizę treści tych dokumentów Odwołujący przeciwstawia dokumentom i oświadczeniom złożonym przez Konsorcjum LOG-TECH w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów. Z dokumentów tych jednoznacznie wynika, na podstawie złożonego w treści *Wykazu wykonanych/wykonywanych zamówień* oświadczenia, iż przedmiotem wskazanego w nim zamówienia była dostawa opisanego wyposażenia elektrycznego wraz z jego instalacją. Analiza dokumentów i oświadczeń Konsorcjum LOG-TECH nie budzi wątpliwości i sprzeczności, które mogłyby powodować konieczność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień co do treści dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu (art. 26 ust. 4 pzp), bądź uznania wręcz, że wykonawca nie potwierdził spełniania warunków w odniesieniu do posiadania wiedzy i doświadczenia.

Pamiętając o wskazaniu judykatury, iż ciężar udowodnienia faktów mających dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie (art. 227 kpc) spoczywa na stronie, która z tych faktów wywodzi skutki prawne (art. 6 kc), należy przeciwstawić „dowody” przedstawione przez Odwołującego z dokumentami i oświadczeniami Konsorcjum LOG-TECH złożonymi w postępowaniu. Z żadnej z przytoczonych w treści odwołania części niniejszej dokumentacji, nie wynika jednoznacznie i bezsprzecznie, że w przedmiot opisanego zamówienia nie

wchodziła instalacja dostarczonego wyposażenia oraz że wykonawca tego typu usługi nie wykonywał. Odwołujący przywołał w treści swojego odwołania fragmenty informacji o

10

Sygn. akt KIO 172/12

wynikach postępowania oraz protokołu zdawczo-odbiorczego, a więc dokumentów, które w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego są dokumentami całkowicie drugorzędnymi w kontekście opisu przedmiotu zamówienia i sposobu jego realizacji.

Natomiast wśród dokumentów opisujących zamówienie realizowane przez HAMACHER Elektronika i Rozdzielnice sp. z o.o. na rzecz Kampanii Węglowej S.A. KWK Bolesław śmiały, a załączonych do odwołania znajdujemy w szczególności wzór umowy, a więc dokument szczegółowo ustalający relacje i obowiązki stron w trakcie realizacji zamówienia. W § 4 wzoru umowy *Obowiązki Wykonawcy* w ustępie 1 znajdujemy katalog podstawowych obowiązków wykonawcy na które składają się następujące czynności:

- *wykonanie elementów wyposażenia elektrycznego kompleksu ścianowego i zgłoszenie Zamawiającemu gotowości do wstępnego odbioru przedmiotu dostawy w warsztacie Wykonawcy,*
- *dostawy do Zamawiającego, łącznie z ubezpieczeniem na czas transportu,*
- *udział w uruchomieniu przedmiotu zamówienia na dole kopalni,*
- *odbior techniczny na dole kopalni,*
- *prorowadzenie serwisu w okresie gwarancji.*

Kolejne postanowienia umowy doprecyzowują te obowiązki, i tak w ust. 12 § 4 czytamy, iż: *Montaż urządzeń na dole kopalni odbędzie się pod nadzorem ekipy serwisowej Wykonawcy. Uruchomienie urządzeń na dole kopalni odbędzie się z udziałem ekipy serwisowej Wykonawcy.(...).* Ustępy 11 i 12 § 6 wzoru umowy stanowią odpowiednio, iż: *montaż urządzeń stanowiących wyposażenie elektryczne kompleksu ścianowego na dole kopalni odbędzie się przy współudziale ekipy serwisowej Wykonawcy.(...) oraz odbiór końcowy przedmiotu dostawy nastąpi po montażu i uruchomieniu dostarczonych urządzeń na dole KWK „Bolesław Śmiały”, (...).* Tak więc analiza powyższego wskazuje jednoznacznie, iż wykonawca uczestniczył w pracach instalacyjnych i kierował montażem urządzeń na kopalni, był obecny przy wykonywaniu sprawdzenia wszystkich połączeń instalacyjnych i dokonaniu pomiarów parametrów technicznych dostarczonych urządzeń a ponadto musi dysponować wysoko kwalifikowaną kadrą do serwisowania i usuwania wszystkich stanów awaryjnych. Reasumując należy stwierdzić, iż Wykonawca współuczestnicząc w montażu, uruchamianiu urządzeń i odbiorze technicznym dostarczonych urządzeń wziął odpowiedzialność za prawidłową i bezpieczną instalację urządzeń, a więc wykazał posiadanie wiedzy i doświadczenia niezbędnego do prawidłowego montażu urządzeń elektrycznych w podziemnych zakładach górniczych.

Odnośnie zarzutu dotyczącego niewykazania spełniania warunku dotyczącego

11

Sygn. akt KIO 172/12

dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia: Odwołujący kwestionuje przede wszystkim sposób w jaki Konsorcjum LOG-TECH dokonało w dokumentach załączonych do oferty i złożonych w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, opisu spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym doświadczenia, kwalifikacji zawodowych i posiadanych uprawnień przez osoby, które uczestniczyć będą w wykonywaniu zamówienia. Formułując warunki udziału w postępowaniu Zamawiający określił m.in., iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy spełniający warunek dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Dokonując opisu sposobu oceny tego warunku Zamawiający wskazał zestawienie osób niezbędnych do prawidłowej realizacji zamówienia przypisując do konkretnych funkcji różny zakres kwalifikacji, doświadczenia czy posiadanych uprawnień. Opis został ten w odpowiednich punktach s.i.w.z. dokonany przez Zamawiającego w sposób bardzo konkretny i jednoznaczny, niejednokrotnie w oparciu o dane liczbowe, wartościowe, bądź przy użyciu jednoznacznych określeń technicznych lub nazewnictwa branżowego. Taki sposób dokonania opisu sposobu spełniania warunku

wyklucza całkowicie dowolność czy niejasności interpretacyjne, od spełnienia jakich standardów warunek należy uznać za spełniony, a poniżej jakich należy stwierdzić, iż nie zostało wykazane spełnianie tegoż warunku. Prawdą jest, iż *Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia* załączony do oferty Konsorcjum LOG-TECH nie zawierał wszystkich informacji wymaganych przez Zamawiającego jako niezbędne do wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu. W związku z powyższym Zamawiający wezwał Wykonawcę, zgodnie art. 26 ust. 3 pzp, do uzupełnienia dokumentów. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Konsorcjum LOG-TECH przedłożyło poprawiony wykaz osób, a w treści tego wykazu dotyczącej posiadania wymaganych: doświadczenia i uprawnień czy kwalifikacji przez poszczególne osoby w nim wskazane, Wykonawca zawarł oświadczenie odniesione do konkretnych postanowień s.i.w.z. dotyczących doświadczenia i uprawnień tych osób.

Nie można zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego o ogólnikowości takiego zapisu i uniemożliwieniu tym samym dokonania oceny spełniania warunku. W przypadku gdy Zamawiający określił w sposób jednoznaczny poziom wymaganego doświadczenia, kwalifikacji i rodzaju uprawnień dla poszczególnych osób, oświadczenie wykonawcy, iż konkretna osoba spełnia warunki określone w konkretnym punkcie s.i.w.z. bezdyskusyjnie oznacza, iż osoba ta posiada doświadczenie o standardzie nie mniejszym niż opisane w s.i.w.z., a kwalifikacje i uprawnienia odpowiadające opisowi w s.i.w.z. Przytoczone w treści odwołania, stwierdzenia zawarte przez Krajową Izbę Odwoławczą, w wyroku z dnia 14

12

Sygn. akt KIO 172/12

września 2011r. (sygn. akt KIO 1882/11, KIO 1895/11), jakkolwiek całkowicie słuszne, nie mogą znaleźć odniesienia do przedmiotowej sprawy, bowiem dotyczą całkowicie innego stanu faktycznego rozpatrywanej wtedy sprawy. Brak jest bowiem w przedmiotowej sprawie podstaw do twierdzenia, iż w ramach uzupełniania wykazu osób, którymi dysponuje wykonawca winien on składać jakieś szczególne informacje, deklaracje i in. potwierdzające w jaki sposób wskazane w nim osoby spełniają warunek doświadczenia lub kiedy nabyły określone uprawnienia skoro z samej treści oraz kontekstu przedkładanego wykazu (a więc dokumentu prywatnego będącego w rzeczywistości oświadczeniem własnym wykonawcy) wynika odniesienie do skonkretyzowanego w s.i.w.z. poziomu standardów dotyczących doświadczenia, uprawnień i kwalifikacji osób biorących udział w wykonaniu zamówienia i potwierdza spełnianie warunku dysponowania stosownymi osobami (por. wyrok z 20 maja 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 816/10).

27 stycznia 2012r. Zamawiający przesłał drogą elektroniczną kopię odwołania pozostałym dwóm wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu, wzywając ich do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

30 stycznia 2012 r. za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia Konsorcjum LOG-TECH do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego – zawierające wniosek o oddalenie odwołania.

Izba nie dopuściła Konsorcjum LOG-TECH do udziału w postępowaniu odwoławczym wobec stwierdzenia przesłania kopii zgłoszenia przystąpienia Stronom z naruszeniem przepisu art. 185 ust. 2 pzp. Odwołujący podniósł na posiedzeniu, iż kopię zgłoszenia otrzymał drogą faksową 31 stycznia 2012 r. o godz. 10:27. Izba ustaliła także na podstawie dokumentacji prowadzonego postępowania, wbrew oświadczeniu Zamawiającego na posiedzeniu o otrzymaniu przez niego kopii zgłoszenia 30 stycznia 2012 r., iż również do Zamawiającego została ona przesłana faksem 31 stycznia 2012 r., 3 minuty wcześniej niż do Odwołującego. Zgłaszający przystąpienie nie przedstawił żadnego dowodu na potwierdzenie swojego twierdzenia o przekazaniu kopii zgłoszenia 30 stycznia 2012 r. w godzinach popołudniowych, bezpośrednio po zgłoszeniu przystąpienia do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Izba zważyła, co następuje. Z przepisu art. 185 ust. 2 pzp wynika, iż dla skuteczności zgłoszonego przystąpienia konieczne jest nie tylko jego doręczenie w terminie 3 dni od otrzymania kopii odwołania Prezesowi Izby, lecz także przesłanie jego kopii zamawiającemu i odwołującemu. Wobec tego, Konsorcjum LOG-TECH przesyłając faksem

13

Sygn. akt KIO 172/12

kopię zgłoszenia Stronom 31 stycznia 2012 r., tj. następnego dnia po zgłoszeniu przystąpienia Prezesowi Izby w ostatnim dniu terminu na jego zgłoszenie – nie dochowało obowiązku równoczesnego dokonania tych czynności w 3-dniowym terminie liczonym od 27 stycznia 2011 r.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis od niego został przez Odwołującego uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Wobec ustalenia w toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp, i wobec braku odmiennych wniosków Stron w tym zakresie, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący i Zamawiający podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron zawarte w środkach ochrony prawnej, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie składu orzekającego Izby Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż pomimo złożenia trzeciej w kolejności oferty pod względem ceny stanowiącej jedyne kryterium oceny ofert, ma realną szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Zarzuty odwołania zmierzają bowiem do wyeliminowania z postępowania wykonawcy, którego oferta została wybrana.

Nadto, jak to wynika z zawiadomienia o rozstrzygnięciu postępowania, wykonawca, który zaoferował najniższą cenę został przez Zamawiającego wykluczony z postępowania wobec przedstawienia dla podmiotu udostępniającego zasoby – osoby fizycznej prowadzącej działalność gospodarczą, który będzie uczestniczył w wykonaniu zamówienia jako podwykonawca, nieaktualnego zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej, które Zamawiający poczytał za nieaktualny odpis z właściwego rejestru, w rozumieniu § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz

14

Sygn. akt KIO 172/12

form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. Nr 226, poz. 1817), który to przepis przewiduje, iż w stosunku do osób fizycznych w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania zamawiający może żądać oświadczenia w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 2 pzp.

Natomiast zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania Konsorcjum LOG-TECH i odrzucenia jego oferty naraża Odwołującego na szkodę z powodu nieuzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co, w tych okolicznościach, mógłby liczyć.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana przez Zamawiającego w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem, w szczególności zaś przeprowadziła dowody z następujących dokumentów: ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z., oferty Konsorcjum LOG-TECH, wezwania do uzupełnienia dokumentów tego wykonawcy, udzielonej odpowiedzi, a także protokołu postępowania. Izba przeprowadziła również dowód z s.i.w.z. postępowania o udzielenie zamówienia sektorowego na *dostawę nowego przenośnika zgrzeblowego ścianowego oraz wyposażenia elektrycznego do zasilania kompleksu ścianowego dla KW S.A. Oddział KWK Bolesław Śmiały* (nr sprawy: 051000127/01), której kompletny egzemplarz został załączony do odwołania.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba wzięła również pod uwagę

stanowiska i oświadczenia Stron złożone na piśmie w ramach środków ochrony prawnej oraz wyrażone ustnie w toku rozprawy i odnotowane w protokole.

Skład orzekający Izby ustalił na podstawie dokumentacji postępowania, iż odwołanie szczegółowo i zgodnie z rzeczywistym stanem rzeczy odzwierciedla okoliczności faktyczne sprawy, poczynając od postanowień s.i.w.z. w zakresie warunków udziału w postępowaniu, przez zawartość dokumentów załączonych do oferty Konsorcjum LOG-TECH na potwierdzenie ich spełnienia, treści wezwania skierowanego przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 pzp do tego wykonawcy, aż do zawartości dokumentów przesłanych w odpowiedzi. Z kolei zarówno w odwołaniu, jak i w odpowiedzi na odwołanie adekwatnie i bez zniekształceń przytoczono lub zrelacjonowano wybrane fragmenty s.i.w.z. dotyczącej postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego przez Kompanię Węglową S.A.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia

15

Sygn. akt KIO 172/12

faktyczne oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, podtrzymanych na rozprawie i podlegających rozpatrzeniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie podlega uwzględnieniu.

W ocenie Izby Zamawiający bezpodstawnie uznał, iż Konsorcjum LOG-TECH wykazało w zakresie sprecyzowanym przez Zamawiającego w pkt. 5.2.2 lit. B s.i.w.z. spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonywania zamówienia opisanego przez Zamawiającego w pkt. 5.1.3 s.i.w.z.

Zamawiający przyznał w odpowiedzi na odwołanie, iż wykaz osób załączony pierwotnie do oferty (de facto składający się z trzech wykazów) przez Konsorcjum LOG-TECH *nie zawierał wszystkich informacji wymaganych przez Zamawiającego jako niezbędne do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu*, co spowodowało konieczność wezwania do uzupełnienia tego dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 pzp. Z kolei wyszczególnienie, jakich to informacji zabrakło w stosunku do konkretnych osób z wykazu zaproponowanych na poszczególne stanowiska wyszczególnione w ramach opisu sposobu oceny spełniania warunku w ppkt. 2), 4), 5), 6), 7) i 8) pkt. 5.1.3.1 – zajmuje w skierowanym przez Zamawiającego 3 stycznia 2012 r. piśmie dwie gęsto zapisane strony. Tak obszerne i precyzyjne wskazanie braków, jakie Zamawiający stwierdził w dokumentach załączonych do oferty, wymagających uzupełnienia konkretnymi informacjami – zostało w odpowiedzi skwitowane przez Konsorcjum oświadczeniem, które można sprowadzić, bez wielkiej przesady, do formuły: *Tak, spełniam, cokolwiek Zamawiający zapisałeś i wymagałeś w s.i.w.z.* W ocenie Izby wpisanie, zamiast konkretnych informacji oczekiwanych przez Zamawiającego (przynajmniej na etapie tworzenia s.i.w.z. i skierowania wezwania), lakonicznego oświadczenia: *Spełnia wszystkie wymagania opisane w części pierwszej SIWZ w pkt. 5.2.2.B*, niezależnie od tego ile razy zostało powtórzone, nie stanowi zgodnego z konkretnymi postanowieniami s.i.w.z., przytoczonymi w wezwaniu, wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, które skonkretyzowały na potrzeby przedmiotowego postępowania nałożony przepisem art. 26 ust.2a pzp obowiązek wykazania ich spełniania przez wykonawcę. Wobec zlekceważenia przez Konsorcjum LOG-TECH tego obowiązku zupełnie niezrozumiale i niekonsekwentne jest zachowanie Zamawiającego, który w trakcie weryfikacji spełnia warunków udziału w postępowaniu odstąpił od egzekwowania wykazania przez tego wykonawcę, iż dysponuje osobami niezbędnymi do wykonania zamówienia. Zamawiający w istocie nie otrzymał w ten sposób żadnych nowych informacji ponad te, którymi dysponował już na podstawie dokumentów pierwotnie załączonych do oferty. Złożenie oświadczenia o spełnieniu wymagań opisanych w pkt. 5.2.2. lit B s.i.w.z. należy

16

Sygn. akt KIO 172/12

uznać zaś za zbędne, gdyż do oferty zostało załączone wypełnione i podpisane oświadczenie o *spełnianiu warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia* (Formularz VI.2 załączony do s.i.w.z.), w którym znajduje się oświadczenie

dotyczące dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Zgodnie zatem z logiką Zamawiającego, zaprezentowaną w odpowiedzi na odwołanie, należałoby uznać, iż już na mocy tego oświadczenia doszło do wystarczającego potwierdzenia spełniania wszystkich wymagań dotyczących osób, gdyż zostały one szczegółowo rozpisane przez Zamawiającego w s.i.w.z. co do wymaganych na poszczególnych stanowiskach kwalifikacji, uprawnień lub doświadczenia. Rozumowanie takie jest błędne i wskazuje na niezrozumienie na czym polega wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków sprecyzowanych przez zamawiającego.

Co więcej, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, z nowego oświadczenia wcale nie wynika potwierdzenie, iż konkretna osoba spełnia wymagania określone w konkretnym punkcie s.i.w.z. Po pierwsze, samo odesłanie jako takie jest błędne, gdyż warunek udziału dotyczący osób sformułowany został w pkt. 5.1.3.1, natomiast Konsorcjum LOG-TECH odwołało się, ściśle rzez biorąc, do następującego postanowienia: [pkt. 5.2.2.] *w celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę warunków w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia Wykonawca przedstawi dokumenty: [B] wykaz osób (Załącznik nr 4), które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenie niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nich czynności oraz informacja o podstawie do dysponowania tymi osobami; Zamawiający wymaga, aby osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia posiadały następując kwalifikacje zawodowe, doświadczenie i wykształcenie oraz zakres wykonywanych czynności: Zatem literalnie uzupełniony wykaz paradoksalnie odsyła do postanowienia nakazującego jego przedstawienie. Nawet jeżeli przyjąć, iż intencją składającego oświadczenie było odwołanie się do wymagań zawartych w pkt. 5.1.3.1, które zostały ponownie przepisane w dalszej treści pkt. 5.2.2 lit. B, to nie wynikają z tego nie tylko żadne konkretne informacje, ale nawet nie wiadomo, do jakiego konkretnie wymagania odnosi się to oświadczenie. Zarówno pkt. 5.1.3.1, jak i pkt. 5.2.2. lit. B zawiera dziewięć punktów, w których dopiero następuje konkretyzacja poszczególnych stanowisk i przypisanych im kwalifikacji, uprawnień lub doświadczenia. W ten sposób przez ogólnikowość odesłania dla każdej osoby z uzupełnionego wykazu zostało oświadczone, iż*

17

Sygn. akt KIO 172/12

spełnia wszystkie wymagania dla wszystkich stanowisk. Na rozprawie okazało się, że Zamawiający nadal nie jest w stanie wskazać (wynikało to już wcześniej ze skierowanego wezwania), które spośród osób z wykazu są przewidziane na stanowisko elektromontera, a które na stanowisko elektromontera sieci teleinformatycznych/światłowodowych spełniają, gdyż nie będąc w stanie tego ustalić na podstawie informacji wynikających z wykazu, przyjął założenie że wszystkie te osoby spełniają wymagania dla obu tych stanowisk. Potwierdza to zasadność zarzutu, że Zamawiający odstąpił od sposobu oceny spełniania warunku, który zawarł w s.i.w.z.

Zamawiający na rozprawie powoływał się również na złożenie przez Konsorcjum LOG-TECH oświadczenie o posiadaniu uprawnień, kwalifikacji i doświadczenia. Izba zważyła, iż przepis § 1 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z dnia 31 grudnia 2009 r.) przewiduje jedynie oświadczenie, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia. Jednak o ile Zamawiający w pkt. 5.1.3.2 s.i.w.z. wspominał, iż *osoby, które uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia określone w pkt. 5.1.3.1 SIWZ, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień*, o tyle nie zażądał złożenia takiego dokumentu, ani nie przygotował w tym zakresie żadnego formularza. Takie oświadczenie nie zostało również złożone przez Konsorcjum LOG-STOR. Co prawda również wykaz osób jest w istocie własnym oświadczeniem wykonawcy, tym bardziej nie można jego treści sprowadzać do kolejnego oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, które w przypadku każdego postępowania jest obligatoryjnie składane. Natomiast wykaz jest żądany w związku ze sformułowaniem przez zamawiającego szczegółowego warunku, który wymaga podania

konkretnych informacji, z których będzie wynikało jego spełnienie. Oznacza to, że zakres szczegółowości tych informacji powinien odzwierciedlać stopień szczegółowości postawionego warunku, zatem jeżeli wymagane jest dwuletnie doświadczenie, to wskazując konkretną osobę należy zawrzeć informacje wskazujące w jaki sposób ta konkretnie osoba uzyskała takie doświadczenie. Zatem, o ile nie ma obowiązku wskazywania wszystkich informacji dotyczących jej doświadczenia, które może być np. znacznie dłuższe niż wymagane, o tyle muszą to być informacje dostatecznie szczegółowe i odnoszące się do tej konkretnej osoby. Izba podziela w tym zakresie stanowisko wyrażone uprzednio w uzasadnieniu wyroku Izby z 14 września 2011 r. (sygn. akt: KIO 1882/11 i KIO 1895/11):

Stopień szczegółowości zależy każdorazowo od treści opisu sposobu spełniania warunku i

18

Sygn. akt KIO 172/12

stopnia jego złożoności. Jeśli zamawiający wymaga robót budowlanych o wartości X, to wystarczy wskazanie nazw podmiotów i nazw projektów oraz podanie ich wartości, jeśli wymaga konkretnego okresu czasowego, to także podania przedziałów czasowych, jeśli specyficznych robót np. montażu urządzeń medycznych, wówczas należy wykazać montaż i określić urządzenie medyczne, które montowano. Zatem w zależności od opisu sposobu spełniania warunku wykonawca będzie musiał odpowiednio więcej lub mniej wykazywać, ale to jego obciąża obowiązek dowodowy, że wszystkie wymogi spełnia pod rygorem wykluczenia go z postępowania. Wykonawca na etapie badania i oceny ofert nie może się zasłaniać tym, że zamawiający nie podał mu stopnia szczegółowości wykazania spełniania warunku, gdyż z ogólnych zasad dowodzenia można wywieść, że na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że wszystkie elementy warunku spełnia. Natomiast zupełnie nieadekwatne jest powoływanie się przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie na wyrok Izby z 20 maja 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 816/10), gdyż dotyczył on zupełnie innej kwestii – czy złożone w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumenty potwierdzają dysponowanie przez wykonawcę potencjałem osobowym na dzień składania ofert, a nie wymaganego zakresu szczegółowości zawartych w nich informacji na potwierdzenie spełniania warunku.

Wobec tego, iż Konsorcjum LOG-STOR pomimo wezwania do uzupełnienia dokumentów nie wykazało spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia – podlega wykluczeniu z postępowania. Izba zważyła, iż odwołanie zawiera adekwatne wyszczególnienie braków w stosunku do poszczególnych osób, z tym zastrzeżeniem, iż w stosunku do jednej osoby (Mariusz Ordowski, poz. 4 wykazu LOG-TECH) na stanowisko elektromontera zostało wskazane posiadanie świadectwa kwalifikacyjnego kategorii „E”.

Izba zważyła, iż przez potencjalne skorzystanie z instytucji wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 pzp nie może dojść do uzupełnienia informacji, które nie zostały uzupełnione w odpowiedzi na prawidłowo dokonane wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 pzp. W przypadku wezwania do wyjaśnień nie może bowiem dojść do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń o brakującą treść, a jedynie wyjaśnienia zamieszczonych w nich informacji budzących wątpliwości. Instytucja wyjaśnień z art. 26 ust. 4 pzp, choć jest niezależna instytucji uzupełnienia dokumentów z art. 26 ust. 3 pzp, to nie może być stosowana w celu obejścia wypracowanej w doktrynie i orzecznictwie zasady jednokrotności wzywania do uzupełnienia dokumentów, gdyż naruszałoby to podstawowe zasady postępowania wyrażone w art. 7 ust. 1 pzp.

19

Sygn. akt KIO 172/12

Natomiast nie potwierdził się zarzut zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia Konsorcjum LOG-TECH z uwagi na niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia sprecyzowanego w pkt. 5.1.2 pkt 1 lit. a s.i.w.z. jako wymaganie minimum jednej dostawy wraz z instalacją urządzeń elektrycznych w podziemnych zakładach górniczych o wartości nie mniejszej niż 1.000.000 zł brutto każda.

Odwołujący nie negował na rozprawie słuszności wypracowanego w orzecznictwie

poglądu wskazującego na to, że w dokumentów potwierdzających należyte wykonania zamówienia wystawionych przez podmioty trzecie najczęściej zanim postępowanie, w którym będą złożone, zostało wszczęte, nie muszą odzwierciedlać szczegółowo wszystkich elementów wskazanych w wykazie wykonanych zamówień przygotowanym bezpośrednio przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie konkretnego zamówienia pod kątem postawionych w nim warunków. Wobec tego Izba uznała, iż istotą zarzutu Odwołującego jest nieadekwatne wskazanie przez Konsorcjum LOG-TECH w wykazie złożonym w wyniku uzupełnienia, iż zrealizowało na rzecz Kompani Węglowej S.A. KWK Bolesław Śmiały dostawę wyposażenia elektrycznego dla zasilania kompleksu ścianowego – wraz z instalacją. Natomiast, w razie prawidłowości oświadczenia zawartego w wykazie, zastrzeżenia co do niepełnego zakresu informacji w fakturze VAT i protokole zdawczo-odbiorczym załączonych na potwierdzenie prawidłowej realizacji tego zamówienia – będą bez znaczenia. W ocenie Izby już z przytoczonego w odwołaniu określenia zakresu czynności dodatkowych objętych przedmiotem zamówienia wynika, iż nie ograniczało się ono do dostarczenia tego wyposażenia do Zamawiającego, skoro obowiązkiem wykonawcy był udział w jego uruchomieniu i odbiór techniczny na dole kopalni. Odwołujący rozróżnia montaż przeprowadzony, jego zdaniem, wyłącznie przez zamawiającego, od uruchomienia urządzenia na dole kopalni, w którym nie podważa udziału wykonawcy.

Zamawiający z tego samego opisu czynności wyciąga diametralnie inne wnioski, dodatkowo przywołując postanowienia wzoru umowy. Izba uznała stanowisko Zamawiającego za słuszne, a wobec brzmienia przytoczonych powyżej za odpowiedź na odwołanie postanowień umownych – w pełni udowodnione. Z postanowień tych wynika jednoznacznie, iż rola wykonawcy nie ograniczała się do dostarczenia urządzeń do magazynu zamawiającego (§ 3 i 10), lecz miał on obowiązek uczestniczyć zarówno w ich montażu na dole kopalni (§ 11), jak i ostatecznym uruchomieniu, po którym dopiero nastąpił odbiór końcowy przedmiotu dostawy (§ 12). Zdaniem Izby nieuzasadnione jest stanowisko Odwołującego zajęte na rozprawie, że sam udział w montażu jest niewystarczający. Skoro urządzenie było instalowane na dole kopalni zamawiającego oczywistym jest, iż wymagało to

20

Sygn. akt KIO 172/12

współdziałania zamawiającego i wykonawcy. Brak zatem podstaw do przeprowadzenia rozróżnienia pomiędzy samodzielnie przeprowadzonym przez wykonawcę montażem a montażem jedynie z jego udziałem. Uczestnictwo dostawcy w montażu urządzenia oznacza również odpowiedzialność za prawidłowość przeprowadzenia tej operacji, potwierdzoną ostatecznym uruchomieniem, z którego spisano protokół potwierdzający należyte wywiązanie się wykonawcy z jego obowiązków obejmujących zarówno dostawę, jak i montaż urządzeń.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, iż naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania, i działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z przepisem § 5 ust. 2 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), obciążając Zamawiającego kosztami niniejszego postępowania, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego.

Przewodniczący:

21