Sygn. akt: KIO 1814/10

WYROK

z dnia 6 września 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący – członek Krajowej Izby Odwoławczej: Barbara Bettman

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **6 września 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego 23 sierpnia 2010 r. przez wykonawcę: **Grupa POWEN - WAFAPOMP S.A. ul. Odlewnicza 1, 03 -231 Warszawa, adres do doręczeń: Grupa POWEN - WAFAPOMP S.A. Oddział w Zabrzu ul. Wolności 318, 41-800 Zabrze,**
w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym przez zamawiającego: **Południowy Koncern Węglowy S.A ul. Grunwaldzka 37, 43 - 600 Jaworzno.**

Przy udziale wykonawców:
1) **Elektrometal S.A. ul. Stawowa 71,43-400 Cieszyn,**
2) **Elektromontaż Energetyka Sp. z o.o. ul. Opolska 140, 52-014 Wrocław,**
zgłaszających przystąpienie po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania w kwocie **15 000,00 zł.** (słownie: **piętnaście tysięcy złotych zero groszy)** obciąża wykonawcę: **Grupa POWEN - WAFAPOMP S.A. ul. Odlewnicza 1, 03 -231 Warszawa, adres do doręczeń: Grupa POWEN - WAFAPOMP S.A. Oddział w Zabrzu ul. Wolności 318, 41-800 Zabrze,**

3. zasądza od odwołującego **Grupa POWEN - WAFAPOMP S.A. ul. Odlewnicza 1, 03 -231 Warszawa, adres do doręczeń: Grupa POWEN - WAFAPOMP S.A. Oddział w Zabrzu ul.**

Wolności 318, 41-800 Zabrze, na rzecz **Południowego Koncernu Węglowego S.A. ul. Grunwaldzka 37, 43 - 600 Jaworzno** kwotę **3 600,00 zł.** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa przez pełnomocnika.

Przewodniczący

……

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Modernizację pompowni głównego odwadniania dla potrzeb Południowego Koncernu Węglowego S.A. - Zakład Górniczy Sobieski" (Dz. Urz. UE 2010 /S 111 – 169042 z 10.06.2010 r), w dniu 23 sierpnia 2010 r. w formie pisemnej bezpośrednio w siedzibie Izby złożone zostało odwołanie przez wykonawcę Grupa POWEN - WAFAPOMP S.A. z siedzibą w Warszawie, z kopią przekazaną w tym samym terminie zamawiającemu.

Odwołanie zostało wniesione wobec podjętego przez zamawiającego: Południowy Koncern Węglowy S.A z Jaworzna rozstrzygnięcia postępowania przetargowego, o czym odwołujący został powiadomiony faksem w dniu 13 sierpnia 2010 r. W piśmie tym zamawiający podał, iż spośród ofert złożonych jako najkorzystniejsza wybrana została oferta wykonawcy Elektromontaż Energetyka Sp. z o.o. Drugą pod względem kryterium oceny była oferta wykonawcy Elektrometal S.A. Oferta Odwołującego była trzecią w kolejności ofertą z największą ilością punktów.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. nr 113, poz. 759 ze zm.), tj. art. 7, art. 24 ust 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 26 ust 3 Pzp, art. 22 ust 1 pkt 2, art. 25 ust 1 pkt 1, oraz art. 89 ust 5, art. 91 ustawy Pzp.

Podnosząc powyższe zarzuty odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. uchylenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. przeprowadzenia ponownego badania i oceny złożonych ofert,
3. odrzucenia ofert wykonawców: Elektromontaż Energetyka Sp. z o.o. z Wrocławia oraz Elektrometal S.A. z Cieszyna jako sprzecznych z SIWZ, a w przypadku nie uwzględnienia tego zarzutu, nakazanie zamawiającemu wezwania w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp w Elektromontaż Energetyka Sp. z o.o. oraz Elektrometal S.A. do uzupełnienia przez nich brakujących dokumentów i oświadczeń w zakresie wiedzy i doświadczenia niezbędnych do wykonania zamówienia określonych w pkt II. 1 SIWZ,
4. przeprowadzenia ponownego badania i oceny złożonych ofert a następnie dokonanie czynności wykluczenia Elektromontaż Energetyka S.A. oraz Elektrometal S.A. z udziału w postępowaniu i odrzucenia ich ofert, o ile uzupełnione dokumenty i oświadczenia nie potwierdzą określonych w pkt II. 1 SIWZ wymagań w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Odwołujący powołał się na interes w złożeniu odwołania, polegający na tym, iż odrzucenie ofert wykonawców: Elektromontaż Energetyka Sp. z o.o. oraz Elektrometal SA, skutkowałoby dla odwołującego uzyskaniem zamówienia i zawarciem umowy z korzyścią w postaci wynagrodzenia z tytułu jej wykonania.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów żądań, odwołujący przytoczył postanowienia specyfikacji technicznej załączonej do SIWZ, gdzie w punkcie 3.2 b na stronie 21 zawarte było wymaganie, by „wirniki, kierownice, środki kadłubów, kadłuby, tuleje i pierścienie uszczelniające były wykonane z materiału odpornego na korozje o podwyższonej odporności na ścieranie." Z uwagi na ów zapis SIWZ, odwołujący celem doboru właściwego wykonania materiałowego oferowanej pompy, zwrócił się do zamawiającego z pytaniem o podanie rodzaju, składu chemicznego, właściwości fizycznych pompowanej cieczy (wyjaśnienia pod kątem zapisów o odporności materiałów pompy na ścieranie i korozję). W dniu 5 lipca 2010r. udzielając odpowiedzi na pytanie, zamawiający podał wyniki badań próbki wody z dnia 28.06.2010 r, w których wskazano parametry pompowanej cieczy, w tym jej zasadowy odczyn o pH = 8,18.

Mając na uwadze wiążący zamawiającego i wykonawców charakter wyjaśnień treści SIWZ (wyrok KIO sygn. akt KIO/UZP 177/09), odwołujący uznał, iż zamawiający wymagał w treści SIWZ zaoferowania pomp wysokociśnieniowych przeznaczonych do pompowania cieczy o odczynie pH 8,18. Odwołujący wyjaśniał, iż odczyn wartość pH 8,18 oznacza zasadowy odczyn cieczy właściwy dla wody morskiej, a zatem wody zanieczyszczonej. Natomiast pH neutralne to pH o wartości pH 7, właściwe dla wody czystej (http://pl.wikipedia.orR/wiki/Skala pH; R. Bugaj: Słownik chemiczny. Wiedza Powszechna. Warszawa).

Odwołujący zarzucał, iż oferty Elektromontaż Energetyka Sp. z o.o. z/s we Wrocławiu oraz Elektrometal S.A. z/s w Cieszynie pozostają sprzeczne z treścią wymienionego wyjaśnienia do SIWZ z dnia 5.07.2010 r. Obie oferty w tabeli parametrów oferowanych przez nich pomp produkcji Duchting Pumpen wskazują, iż są one przeznaczone do pompowania wody czystej: w zakresie pompowanej cieczy podają bowiem pH neutralne a zatem o odczynie pH = 7. Odwołujący argumentował, iż ma to szczególne znaczenie jeżeli wziąć pod uwagę, iż w przypadku pompowanego medium nie reaguje ono chemicznie z materiałem, z jakiego wykonane są elementy pompy. Przy medium o pH>8 następują reakcje chemiczne medium z materiałem pomp, wpływając wprost na żywotność pomp.

Za godne podkreślenia uznał również, iż z uwagi na podane przez zamawiającego informacje w zakresie odczynu pH pompowanej cieczy, sam odwołujący przedstawił ofertę na pompę w wykonaniu materiałowym spełniającym podane kryteria (staliwo). Natomiast Elektromontaż Energetyka Sp. z o.o. z/s we Wrocławiu oraz Elektrometal S.A. z/s w Cieszynie zaoferowały pompę w wykonaniu materiałowym na pH neutralne (żeliwo). Różnica

wykonania materiałowego pomp, zdaniem odwołującego, w sposób oczywisty wpłynęła na cenę samych pomp (droższe wykonanie pomp przez odwołującego), w konsekwencji podrażając jego ofertę o wartość materiału (staliwa) służącego do ich wykonania.

Odwołujący powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którym przedmiot oferty powinien spełniać wymagania określone przez zamawiającego w specyfikacji technicznej. „Produkt spełniający określone w ten sposób wymagania jest równoważny innemu produktowi, spełniającymi te wymagania. Zaoferowanie natomiast przedmiotu zamówienia o niższych parametrach niż dopuszczone przez zamawiającego w specyfikacji stanowi o niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji i zarazem podstawę do odrzucenia oferty stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp" (wyrok KIO/UZP 739/09). „Cechy techniczne, którymi obligatoryjnie winno charakteryzować się nabywane przez zamawiającego urządzenie, w tym także przeznaczenie urządzenia do używania w celach wskazanych w SIWZ, stanowią istotny element oferty, co przesądza o zgodności bądź też o niezgodności jej treści z treścią SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 66 ust. 1 K. c." (wyrok KIO/UZP 536/09).

Odwołujący wywodził, iż w istniejącym stanie faktycznym zaniechanie odrzucenia ofert: Elektromontaż Energetyka Sp. z o.o. z/s we Wrocławiu oraz Elektrometal S.A. z/s w Cieszynie z uwagi na ich niezgodność z treścią SIWZ - jawi się jako oczywiste naruszenie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Nadto jednoczesne potraktowanie na równych zasadach kwestionowanych ofert niespełniających wymagań SIWZ oraz oferty odwołującego, spełniającej cytowane wyżej wymagania SIWZ, stanowi naruszenie wyrażonej w art. 7 ustawy Pzp zasady równego traktowania wykonawców.

Odwołujący przytoczył postanowienia pkt II 1 SIWZ, gdzie podano, iż zamawiający uzna, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, jeżeli:
1) wykaże się, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert (...) należytą realizacją zamówień w zakresie dostawy elementów zestawów pompowych (pompy, silniki) lub kompletnych zestawów pompowych i/lub wykonaniem lub wykonywaniem wymiany zestawów pompowych, instalacji elektromaszynowych związanych z montażem i uruchomieniem zestawów pompowych w układach głównego odwadniania, których łączna wartość brutto jest nie mniejsza niż 600 000,00 zł. oraz załączy dokumenty potwierdzające, że wykazane zamówienia zostały zrealizowane lub są realizowane należycie.

Na potwierdzenie spełnienia powyższego warunku udziału w postępowaniu wykonawca zobowiązany był dołączyć do oferty wykaz wykonanych, a w przypadku

świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych zamówień w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert (...), z podaniem przedmiotu zamówienia, dat wykonania i odbiorców oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że zamówienia te zostały wykonane należycie.

Odwołujący zinterpretował powołany zapis SIWZ w ten sposób, iż w celu wykazania przez wykonawców spełnienia warunku podmiotowego udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, winni oni legitymować się wykonaniem alternatywnie:
- dostawą elementów zestawów pompowych (pompy, silniki),
- dostawą kompletnych zestawów pompowych,
- wykonaniem lub wykonywaniem wymiany zestawów pompowych/instalacji elektromaszynowych związanych z montażem i uruchomieniem zestawów pompowych w układach głównego odwadniania (tu bowiem treść SIWZ nie dopuszczała alternatywy - dopisek odwołującego), których łączna wartość brutto jest nie mniejsza niż 600 000,00 zł.

Mając powyższe na uwadze, odwołujący zarzucał, iż wykonawcy: Elektromontaż Energetyka Sp. z o.o. (oferta wybrana jako najkorzystniejsza) oraz Elektrometal S.A., (druga

w kolejności oferta) - nie wykazują spełnienia przez nich warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt Ii. 1) SIWZ:
1) oferta wykonawcy Elektromontaż Energetyka Sp. z o.o. na stronie 23 oferty zawierająca wykaz zrealizowanych zamówień oraz przedłożone referencje (str. 24 - 27 oferty) dotyczą:
- w pkt 1 rozbudowy;
- w pkt 2 - 3 modernizacji rozdzielni.

Przedłożony przez wykonawcę wykaz oraz referencje, w opinii odwołującego, nie dotyczą zatem wymaganych w pkt II 1) SIWZ dostaw elementów zestawów pompowych (pompy, silniki), dostaw kompletnych zestawów pompowych, czy też wykonania lub wykonywania wymiany zestawów pompowych i instalacji elektromaszynowych związanych z montażem uruchomieniem zestawów pompowych w układach głównego odwadniania.
- pkt 4 wykazu oferta wykonawcy Elektromontaż Energetyka Sp. z o.o. na stronie 23 oferty w zakresie w jakim powołuje się on na doświadczenie podwykonawcy ELPRO-7 Sp. z o.o. zawiera opis wykonanego przez podwykonawcę zamówienia jako „modernizacja pompowni głównego odwadniania na poziomie 240 i poz. 600." Jednakże z treści załączonej do oferty referencji (str. 28 oferty) dla ELPRO-7 Sp. z o.o. wskazanej jako podwykonawca Elektromontaż Energetyki Sp. z o.o., zdaniem odwołującego wynika, iż wartość realizacji tego zamówienia była mniejsza niż wymagana przez zamawiającego - 600.000 zł. Nadto odwołujący uznał za godne podkreślenia, iż treść referencji nie potwierdza by w ramach realizacji tego zamówienia podwykonawca wykonawcy Elektromontaż Energetyka Sp. z o.o.

wykonał dostawy elementów zestawów pompowych (pompy, silniki), dostawy kompletnych zestawów pompowych, czy też wymianę zestawów pompowych i instalacji elektromaszynowych związanych z montażem i uruchomieniem zestawów pompowych w układach głównego odwadniania.

Ponadto odwołujący zarzucał, iż powołane w wykazie w pozycji 4 zrealizowane zamówienie p.n. „Modernizacja pompowni na poziomie - 240 i -600" oraz treść przedłożonej na stronie 28 oferty referencji nie potwierdzają by podwykonawca zrealizował na rzecz Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. KWK „Jas-Mos” dostawy elementów zestawów pompowych (pompy, silniki), dostawy kompletnych zestawów pompowych, czy też wymianę zestawów pompowych i instalacji elektromaszynowych związanych z montażem i uruchomieniem zestawów pompowych w układach głównego odwadniania. Zdaniem odwołującego, wykaz jak i przywołana referencja nie wskazują czy przedmiotem wykonania zamówienia ze strony wskazanego podwykonawcy były prace określone w pkt II 1) SIWZ. Odwołujący argumentował, iż brak w referencji identyfikacji przedmiotu dostaw lub usług - przez ogólne powołanie się na dostawy urządzeń i ich montaż, uniemożliwia przypisanie przedłożonej referencji waloru dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie dostaw przez podwykonawcę, szczególnie, iż zamawiający żądał przedstawienia w wykazie konkretnych informacji określonych w pkt II. 1) SIWZ. W ocenie odwołującego, wykonawca zatem winien w drodze własnego oświadczenia tak opisać zakres wykonanego świadczenia przez podwykonawcę lub podmiot, na którego zasoby się powołuje aby zamawiający miał możliwość stwierdzić, czy wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu. Przedłożony przez wykonawcę na stronie 23 dokumentów oferty - wykaz zrealizowanych zamówień nie potwierdza zdaniem odwołującego, by podwykonawca Elektromontaż Energetyki Sp. z o.o. zrealizował w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert (...) zamówienie w zakresie dostawy elementów zestawów pompowych (pompy, silniki) lub kompletnych zestawów pompowych i/lub wykonane lub wykonywane wymiany zestawów pompowych, instalacji elektromaszynowych związanych z montażem i uruchomieniem zestawów pompowych w układach głównego odwadniania. Powyższego nie potwierdzają również wystawione na rzecz wykonawcy referencje, które mogłyby służyć jako doprecyzowanie przedłożonego wykazu.

Zatem ze wskazanych wyżej powodów, w opinii odwołującego, wykonawca Elektromontaż Energetyka Sp. z o.o. w zakresie postawionego w pkt II. 1) SIWZ warunku podmiotowego nie spełnia wymagań SIWZ. Odwołujący podnosił, iż w tych okolicznościach zamawiający winien był wezwać wykonawcę Elektromontaż Energetyka Sp. z o.o. w trybie art. 26 ust 3 Pzp do uzupełnienia: wykazu wykonanych zamówień oraz potwierdzających ich należyte wykonanie referencji w zakresie postawionego w pkt II. 1) SIWZ warunku udziału w postępowaniu.

Zaniechanie wezwania, zdaniem odwołującego, czyni przedwczesnym dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wpływając bezpośrednio na wadliwość tej czynności i naruszając zasadę równego traktowania wykonawców ubiegających się o realizację zamówienia.

Jednocześnie odwołujący zarzucał wadliwość oświadczenia wykonawcy, zawartego na stronie 53 oferty oraz zobowiązania do współpracy na stronie 55 oferty w zakresie powołania się przez wykonawcę Elektromontaż Energetyka Sp. z o.o. w trybie art. 26 ust 2b ustawy Pzp na wiedzę i doświadczenie, potencjał techniczny oraz osoby zdolne do wykonania zamówienia podmiotu trzeciego, tj. ELPRO-7 Sp. z o.o. Wada ta polega, w ocenie odwołującego, na braku dokładnego opisu udostępnianych wykonawcy zasobów przez podmiot trzeci (ELPRO-7 Sp. z o.o.). Złożone przez wykonawcę na stronie 53 oraz przez ELPRO-7 Sp. z o.o. oświadczenia nie wskazują przedmiotu udostępnianych zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego oraz osób zdolnych do wykonania zamówienia, zawierając jedynie ogólnikowe sformułowanie o udostępnieniu „niezbędnych zasobów." Powyższe powoduje, iż niemożliwym pozostaje ustalenie jakimi zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia będzie dysponować wykonawca Elektromontaż Energetyka Sp. z o.o., skoro ww. oświadczenia nie wskazują jakich zasobów dotyczą, w kontekście przedmiotu zamówienia, tj. nie oznaczają świadczenia ELPRO-7 Sp. z o.o. na rzecz wykonawcy. Przywiodło to odwołującego do wniosków, iż tym samym niemożliwie jest określenie uprawnień wierzyciela (Elektromontaż Energetyka Sp. z o.o.) i obowiązków dłużnika (ELPRO-7 Sp. z o.o.), a w konsekwencji ocena czy jest zapewniony rzeczywisty dostęp do zasobów (por. bliżej A. Sołtysińska, G. Wicik, Dopuszczalność powołania się na zdolności innych podmiotów, kwartalnik Prawo Zamówień Publicznych 4/2009, wydawnictwo CH Beck). Zatem także z tych przyczyn - oferta wykonawcy Elektromontaż Energetyka Sp. z o.o. w zakresie postawionego w pkt II. 1) SIWZ warunku podmiotowego nie spełnia wymagań, czyniąc przedwczesnym dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W odniesieniu do oferty wykonawcy Elektrometal S.A., sklasyfikowanej na drugiej pozycji, odwołujący sformułował następujące zarzuty:

Na stronie 37 wykaz zrealizowanych zamówień obejmuje w poz. 1 „dostawę i zabudowę urządzeń oraz instalacji dla rozdzielni i pompowni głównego odwadniania na poziomie 900 m KWK „Staszic." Analiza dołączonej referencji (str. 39-40 oferty) wskazuje, jak twierdził odwołujący, iż realizowane przez wykonawcę zamówienie na rzecz MWM Elektro Sp. z o.o. nie dotyczyło określonych w pkt II 1) SIWZ dostaw lub usług. W żadnej z wyszczególnionej w referencji pozycji nie wskazano bowiem aby wykonawca zrealizował na rzecz MWM Elektro Sp. z o.o. dostawy elementów zestawów pompowych (pompy, silniki), dostawy kompletnych zestawów pompowych, czy też wymianę zestawów pompowych i

instalacji elektromaszynowych, związanych z montażem i uruchomieniem zestawów pompowych w układach głównego odwadniania.

Podobnie jak to miało miejsce w przypadku oferty Elektromontaż Energetyki Sp. z o.o. opisanym wyżej, odwołujący ocenił wskazanie przez Elektrometal S.A. w pozycji 2 wykazu zrealizowanych zamówień zadanie pod nazwą „Budowa pompowi na poziomie - 800 wraz z dostawą niezbędnych maszyn, urządzeń i materiałów dla JSW S.A. KWK „Jas-Mos" oraz treść przedłożonej na stronie 41 oferty referencji jako niepotwierdzające by wykonawca zrealizował na rzecz Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. KWK „Jas-Mos” dostawy elementów zestawów pompowych (pompy, silniki), dostawy kompletnych zestawów pompowych, czy też wymianę zestawów pompowych i instalacji elektromaszynowych związanych z montażem uruchomieniem zestawów pompowych w układach głównego odwadniania. Bowiem wykaz jak i przywołana referencja nie wskazują - czy przedmiotem wykonania zamówienia ze strony wykonawcy były prace określone w pkt II 1) SIWZ. Nadto zauważył brak w referencji identyfikacji przedmiotu dostaw lub usług poprzez ogólne powołanie się na dostawy urządzeń i ich montaż, co uniemożliwia przypisanie przedłożonej referencji waloru dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie dostaw przez wykonawcę. Odwołujący zaznaczał, iż zamawiający żądał przedstawienia w wykazie konkretnych informacji

określonych w pkt II. 1) SIWZ. Wykonawca zatem winien w drodze własnego oświadczenia tak opisać zakres wykonanego świadczenia aby zamawiający miał możliwość stwierdzić, czy wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu. Z tych względów odwołujący uznał, że przedłożony przez wykonawcę na stronie 37 dokumentów oferty wykaz zrealizowanych zamówień nie potwierdza by Elektrometal S.A. zrealizował w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert (...) zamówienie w zakresie dostawy elementów zestawów pompowych (pompy, silniki) lub kompletnych zestawów pompowych i/lub wykonane lub wykonywane wymiany zestawów pompowych, instalacji elektromaszynowych związanych z montażem i uruchomieniem zestawów pompowych w układach głównego odwadniania. Powyższego nie potwierdzają, w ocenie odwołującego, wystawione na rzecz wykonawcy referencje, które mogłyby służyć jako doprecyzowanie przedłożonego wykazu. Powołując się na powyższe ustalenia, odwołujący zarzucał, iż wykonawca Elektrometal S.A. w zakresie postawionego w pkt II. 1) SIWZ warunku podmiotowego nie spełnia zatem wymagań SIWZ. Zdaniem odwołującego, zamawiający winien był wezwać wykonawcę Elektrometal S.A. w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp do uzupełnienia wskazanych wyżej wykazów wykonanych zamówień oraz potwierdzających ich należyte wykonanie referencji w zakresie postawionego w pkt II. 1) SIWZ warunku udziału w postępowaniu. Zaniechanie to, czyni przedwczesnym dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wpływając bezpośrednio na wadliwość tej czynności i naruszając zasadę równego traktowania wykonawców ubiegających się o realizację zamówienia.

Jednoczesne potraktowanie na równych zasadach wykonawców niespełniających warunków udziału w postępowaniu (Elektromontaż Energetyka Sp. z o.o. oraz Elektrometal S.A.) oraz odwołującego spełniającego warunki podmiotowe udziału w postępowaniu stanowi zdaniem odwołującego naruszenie wyrażonej w art. 7 ustawy Pzp zasady równego traktowania wykonawców.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 24 sierpnia 2010 r. do postępowania odwoławczego pismami złożonymi bezpośrednio w siedzibie Izby, z kopiami przekazanymi stronom postępowania przystąpili po stronie zamawiającego:
1) w dniu 27 sierpnia 2010 r. Elektromontaż Energetyka Sp. z o.o.,
2) w dniu 27 sierpnia 2010 r. Elektrometal S.A.

Przystępujący Elektrometal S.A. wskazywał, iż ma interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego, polegający na oddaleniu odwołania w części dotyczącej oferty przystępującego, ponieważ złożył w postępowaniu ważną i odpowiadającą wymaganiom SIWZ ofertę, niepodlegającą odrzuceniu. Uznał również brak podstaw do wykluczenia przystępującego z postępowania. Podkreślał, że interesu w przystąpieniu do postępowania odwoławczego nie należy utożsamiać z interesem w uzyskaniu zamówienia, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, lecz należy go rozumieć szeroko. Przystępujący zaznaczył, iż ma interes zarówno w prawidłowym przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, jak i w wykazaniu, że złożona przez niego oferta była kompletna, prawidłowa i ważna. Interes ten doznał uszczerbku wskutek podniesienia przez odwołującego zarzutu niekompletności oferty przystępującego oraz jej niezgodności z wymaganiami SIWZ. W związku z powyższym wnosił o oddalenie odwołania w części dotyczącej oferty przystępującego.

Przystępujący Elektromontaż Energetyka Sp. z o.o. we Wrocławiu podnosił, iż zarzuty odwołującego kierowane pod adresem jego oferty są całkowicie chybione, zaś podjęta przez zamawiającego czynność wyboru jego oferty prawidłowa, w związku z tym przystępujący wnosił o: - oddalenie odwołania w całości i zasądzenie od odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych, w kwocie 3.600,00 złotych.

Przystępujący argumentował, iż w związku z dokonanym przez zamawiającego wyborem jako najkorzystniejszej spośród wszystkich ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie rzeczonego zamówienia, jego oferty tj. firmy Elektromontaż Energetyka Sp. z o.o. we Wrocławiu, wniesienie odwołania przez wykonawcę Grupa Powen - Wafapomp SA. w Warszawie spowodowało, że interes prawny przystępującego w uzyskaniu zamówienia doznał (i może doznać) uszczerbku. Ewentualne uwzględnienie odwołania narazi bowiem przystępującego na trudności w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, a nawet może

spowodować, że oferta przystępującego zostanie odrzucona przy jednoczesnym wybraniu przez zamawiającego innej oferty. Powołał się, iż zgodnie z ustawą Pzp, środki ochrony prawnej przysługują podmiotom uprawnionym do ich wnoszenia pod warunkiem wykazania, że ich interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał, lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przepisów ustawy Pzp. Zdaniem przystępującego - Elektromontaż Energetyka Sp. z o.o. we Wrocławiu, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Sądów Okręgowych i Zespołów Arbitrów, interes prawny doznaje (może doznać) uszczerbku w konkretnym postępowaniu, w którym uczestniczy podmiot korzystający ze środków ochrony prawnej i polega na tym, że traci możliwość uznania jego oferty za najkorzystniejszą (wyrok Zespołu Arbitrów sygn. akt UZP/ZO/0-1201/07). W niniejszej sprawie istnieje zagrożenie wykluczenia przystępującego lub odrzucenia jego oferty z postępowania na skutek uwzględnienia odwołania, pomimo spełnienia wymogów określonych specyfikacją istotnych warunków zamówienia oraz wybrania oferty wykonawcy jako najkorzystniejszej, przez co przystępujący utraci możliwość skutecznego uzyskania przedmiotowego zamówienia. Tym samym przystępujący wywodził, iż ma interes w przystąpieniu do postępowania po stronie zamawiającego, a przytoczone powyżej argumenty stanowią wystarczającą przesłankę do skorzystania przez ze środków ochrony prawnej przewidzianych ustawą Pzp.

W uzasadnieniu, przystępujący stwierdził, iż czynność zamawiającego w zakresie badania ofert i dokonanego na tej podstawie wyboru jest w pełni uzasadniona i merytorycznie słuszna, a ponadto znajduje swoje oparcie w treści SIWZ. Przystępujący nie zgodził się z zarzutem, że jego oferta nie spełnia wymogów określonych SIWZ, gdyż zaoferowane pompy produkcji Duchting Pumpen rzekomo nie dają gwarancji wymaganej żywotności i przeznaczone miałyby być wyłącznie do wody czystej. Tym samym oferta przystępującego miałaby rzekomo nie spełniać wymogów w zakresie punktu 3.2 b) SIWZ na stronie 21, dotyczącego wymogów podwyższonej odporności na korozję i na ścieranie elementów pomp. Przystępujący wywodził, iż w uzasadnieniu takiego stanowiska odwołujący wspiera się wyłącznie ogólną argumentacją na temat odczynu pH, co uznał za błędne. Wymogi dotyczące odporności na korozję i na ścieranie elementów pomp zostały przewidziane treścią punktu 3.2b) SIWZ. Wskazywany zaś przez odwołującego odczyn pH został podany przez zamawiającego jedynie uzupełniająco, jako wartość pH próbek pobranego w dniu 28.06.2010 r. medium pompowanego, przez co nie może być reprezentatywny dla charakterystyki tego medium w innym czasie. Normalnym i oczywistym jest bowiem, że wartość odczynu może ulegać i ulega wahaniom. Z tej przyczyny nie sposób traktować go za jedyną i wyłączną wykładnię lub determinantę wytrzymałości materiałowej oferowanych pomp. Podany wskaźnik odczynu nie może też zastępować zapisu SIWZ, skoro podano go jedynie w jego uzupełnieniu. Przystępujący, podnosił także, że argumentacja zawarta w odwołaniu w zakresie definicji i znaczenia odczynowości jest nieprecyzyjna, a

odwołujący błędnie podał, że pH=7 jest wskazaniem neutralnym. W istocie pH=7 oznacza chemiczną obojętność medium, pozostając bez kategorycznego związku z jego ewentualną neutralnością w danym środowisku. Fakt ten nie implikuje zatem stwierdzenia, że wyższe pH medium oznacza utratę neutralności dla konkretnego otoczenia. Czym innym jest jak twierdził przystępujący ogólna obojętność chemiczna (obojętność względna) - jaką przywołuje odwołujący, a czym innym neutralność (oddziaływania) medium w stosunku do otoczenia. W istocie pH=8,18 w dalszym ciągu może być neutralne dla danego otoczenia. Stwierdził, iż tak też jest w zakresie zaoferowanych przez przystępującego pomp wysokociśnieniowych MHK 250-650x5, wytworzonych w celu i na potrzeby odwadniania zakładów górniczych, przez co nadają się do zastosowania wskazanego w treści SIWZ jakim jest użycie ich w ramach pompowni głównego odwadniania PKW ZG „Sobieski." Ponadto wszelkie wątpliwości w tym zakresie usuwa załączane oświadczenie i zapewnienie wyłącznego w Polsce przedstawiciela producenta oferowanych przez przystępującego pomp, że materiał, który został zastosowany w zaoferowanej pompie (pompach) może zostać użyty do przetłaczania medium w specyfikacji przetargowej (pH=8,18). Oświadczenie to pochodzi od podmiotu mającego najlepszą wiedzę w zakresie stosowanego do produkcji pomp materiału, przez co jest w pełni wiarygodne i wystarczające, skoro z jego treści

jednoznacznie wynika, że podawana przez zamawiającego wartość pH medium = 8,18, pozostanie neutralna dla pomp i nie będzie miała żadnego wpływu na jakość pracy tych urządzeń, jak i ich żywotność. Nie spowoduje to również spadku sprawności pompy w okresie 20 000 godzin pracy o więcej niż 3%. Na dowód przedstawił oświadczenie przedstawiciela producenta pomp Duchting Pumpen - Marley Polska Sp. w o. o. w Warszawie. Przeczy to w ocenie przystępującego, wywodom odwołującego, wedle których minimalnie wyższy odczyn pH medium pompowanego spowoduje utratę żywotności pomp, z uwagi na stosowany do produkcji pomp materiał. Tym samym za chybiony uznał zarzut niespełnienia wymogu punktu 3.2 b) SIWZ, skoro było nim wyłącznie zapewnienie określonej trwałości pomp przy ich zastosowaniu w pompowni głównego odwadniania ZK „Sobieski."

Przystępujący podnosił, że błędnie odwołujący zinterpretował przedstawione w ofercie dokumenty - wykazujące spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Przystępujący podkreślał, iż wykazał za pomocą przedłożonych wraz z ofertą referencji z wykonywanych uprzednio zadań inwestycyjnych, że posiada odpowiednie, w rozumieniu pkt II. 1) SIWZ, doświadczenie w zakresie koniecznego legitymowania się wiedzą i doświadczeniem w wykonaniu zwłaszcza wymiany zestawów pompowych i instalacji elektromaszynowych

związanych z montażem i uruchomieniem zestawów pompowych w zakładach głównego odwadniania.

Zaznaczał przy tym, iż wartość wszystkich robót mieszczących się w podanym zakresie łącznie przewyższa oczekiwaną przez zamawiającego (sumę) kwotę 600.000,00 złotych brutto. Jako chybioną poczytał argumentację odwołującego z tego względu że kwestionowane przez niego potwierdzenie kompleksowego i należytego wykonania „Modernizacji pompowni głównego odwadniania na poziom -240 i poziom -600" dla potrzeb JSW SA. i KWK „Jas-Mos" potwierdza spełnienie warunku zakreślonego cytowanym postanowieniem SIWZ, zgodnie z dopuszczoną przez zamawiającego w tym zapisie alternatywą.

Niezasadnie w ocenie przystępującego, odwołujący kwestionował zakres referencji firmy ELPRO-7 Sp. z o.o., skoro treść tego dokumentu wyraźnie potwierdza fakt wykonania robót, co do których wykonawcy mieli wykazać się wiedzą i doświadczeniem. Podkreślał, iż opisywany tymi referencjami przedmiot dostawy i montażu dotyczy bezpośrednio prac modernizacyjnych pomp głównego odwadniania oraz związanego z tym następczego uruchomienia pompowni po ich wykonaniu. Zdaniem przystępującego, wyczerpuje to w pełni merytoryczny zakres żądań zamawiającego. Jedynie zaś z uwagi na zakreślony przez SIWZ w tym zakresie próg wartościowy robót i dla wykazania spełniania warunku łącznej wartości wykonywanych robót, przystępujący przedłożył nadto dalsze referencje, przy czym z uwagi na wykazaną tymi (w tym pozostałymi) referencjami wartość poszczególnych robót nie może być wątpliwym, że spełniony został jednocześnie wymóg SIWZ, by łączna wartość brutto wszystkich robót była nie mniejsza niż 600.000,00 złotych. Jako dowód, przystępujący wskazał zawarte w aktach postępowania:

- referencje JSW S.A. dla ELPRO-7 Sp. z o.o. z dnia 8.07.2008 r,
- list referencyjny KHW S.A. dla Elektromontaż Energetyka Sp. z o.o. z 26.01.2010 r,
- list referencyjny KWK „Mysłowice Wesoła" dla Elektromontaż - Export Energetyka Sp. z o.o. z dn. 11.05.2010 r,
- referencje Kompanii Węglowej S.A. dla Elektromontaż Energetyka Sp. z o.o. z dn. 29.06.2010 r.

Przystępujący stwierdził, iż posiadanie niezbędnej wiedzy i doświadczenia w zakresie opisywanego alternatywnego wymogu SIWZ zostało wykazane, skoro z treści referencji jednoznacznie wynika, że przystępujący wykonywał prace związane zarówno z instalacjami elektromaszynowymi związanymi z montażem i uruchomieniem zestawów pompowych w układach głównego odwadniania. Wszystkie bowiem z przedłożonych referencji i listów referencyjnych dotyczą robót bezpośrednio związanych z instalacjami elektromaszynowymi służącymi zarówno zasilaniu, sterowaniu, uruchamianiu, kontroli, jak i związanych z samym użytkowaniem (jak np. instalacja suszenia pomp) w zakresie pomp głównego odwadniania.

Zauważył też, że każdy z oferentów był uprawniony w dowolny sposób, tj. za pomocą jednego dokumentu, jak też przy wykorzystaniu większej ich liczby, wykazać swe wykonawstwo w tym zakresie. Z treści SIWZ nie wynika bowiem w żaden sposób, by zamawiający wyłączył możliwości wykazania się wiedzą i doświadczeniem w ramach każdego z alternatywnie zakreślonych warunków punktu II. 1) SIWZ za pomocą większej ilości referencji. Brak też wymogu, by każde potwierdzenie wiedzy i doświadczenia musiało w każdym wypadku obejmować cały żądany opisywanym zapisem SIWZ zakres, zwłaszcza w sytuacji, w której sam zamawiający dopuszcza możliwość sumowania w tym zakresie wykonywanych robót, (tak zapisy SIWZ). W ocenie przystępującego, całokształt przedłożonych referencji przemawia zatem za spełnieniem tego wymogu w zupełności, czyniąc zarzut odwołującego bezzasadnym także w tej mierze. Jednocześnie przystępujący wskazywał, iż w treści oferty wykazał, że montaż i uruchomienie zestawów pompowych (pomp wysokociśnieniowych MHK 250-650x5) produkcji firmy Duchting Pumpen) prowadzony będzie dla utrzymania wymogu gwarancji bezawaryjnej pracy tych elementów przy pomocy i pod wykwalifikowanym nadzorem generalnego przedstawiciela ich producenta -firmę Marley Polska Sp. z o.o., co powoduje, że tym samym spełniony będzie warunek montażu i uruchomienia tej części zadania przez podmioty posiadające wymaganą niezbędną wiedzę i doświadczenie w zakresie dostaw elementów pompowych (pomp i silników), dostaw kompletnych zestawów pompowych oraz ich wymiany (zestawów pompowych). Fakt ten potwierdza oświadczenie wykonawcy - Marley Polska Sp. z o.o., które gwarantuje umożliwienie wykorzystania niekwestionowanego potencjału i doświadczenia tego podmiotu w omawianym zakresie, co udokumentował oświadczenie wykonawcy - Marley Polska Sp. z o.o. Wywodził dalej, iż podjęta przez zamawiającego czynność wyboru oferty jest merytorycznie zasadna także i z tej przyczyny, że fakt posiadania przez przystępującego niezbędnego doświadczenia wymaganego w celu realizacji przedmiotowego zamówienia jest zamawiającemu znany z uwagi na wcześniejsze wykonywanie przez niego zadania polegającego na zabudowie zestawu pompowego OW250F/8 w komorze pomp głównego odwadniania poz. 500m rejon „Sobieski" wraz z dostawą i zabudową armatury i osprzętu elektrycznego w okresie ostatnich trzech lat kalendarzowych przed upływem terminu składania ofert. Zamawiający znał zatem niejako „z urzędu" wiedzę i doświadczenie oferenta. W tej materii zauważył, że każde zakreślanie wymogów wykazania się przez oferentów konieczną wiedzą i doświadczeniem, służyć ma zagwarantowaniu należytego wykonania zlecanego zadania. Wymogi tego dotyczące mają bowiem na celu zagwarantowanie należytego wykonania zadania w przyszłości. Czynność zamawiającego, posiadającego opisywaną wiedzę, jest zatem w tym świetle prawidłowa, gdyż zapewnia realizację zadania w sposób należyty i prawidłowy, przez co gwarantuje osiągnięcie celów prowadzonego postępowania przetargowego. Na dowód powołał się na list

referencyjny PKW S.A. dla Elektromontaż - Export Energetyka Sp. z o. o. Uznał zarzuty odwołującego w ich literalnym brzmieniu za niecelne także i z tego względu. Jako bezpodstawne i nieuprawnione poczytał twierdzenia odwołującego, w których kwestionuje on oświadczenia wykonawcy (strona 53 oferty) oraz zobowiązania do współpracy (strona 55 oferty), zarzucając rzekomą wadliwość polegającą na tym, że brak jest w tych dokumentach dokładnego opisu udostępnianych wykonawcy zasobów przez firmę ELPRO-7 Sp. z o.o., który według skarżącego ma ograniczać się jedynie do znaczenia zwrotu „niezbędnych zasobów." W istocie jednak kwestionowany przez odwołującego cytowany zwrot potwierdza i gwarantuje, że zadanie będzie wykonane przez oferenta z wykorzystaniem posiadanej przez firmę ELPRO-7 Sp. z o.o. całej wiedzy i doświadczenia, albowiem skoro nie został on w żaden sposób zawężony, to oznacza, że podmiot ten udostępnia i oddaje (tak jak w treści oświadczenia ELPRO-7) wszelkie środki jakie będą lub okażą się konieczne do osiągnięcia celu - jakim niewątpliwie jest wykonanie zadania. Wynika to bowiem z faktu, że podmiot ten złożył swe oświadczenie, nie w oderwaniu, lecz w toku postępowania o udzielenie wykonania przedmiotowego zadania i w ścisłym związku z celem całego postępowania przetargowego (takie też literalne jest brzmienie oświadczenia ELPRO-7 Sp. z o.o. o oddaniu zasobów do dysponowania - w aktach sprawy). Brak zawężenia takiego oświadczenia do jakichkolwiek

zakresów lub czynności, jak też jednoczesne doprecyzowanie, że „oddanie" zasobów następuje „na okres korzystania z nich przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia" w najlepszy sposób wykazuje i dowodzi, że chodzi o prawidłowe wykonanie całego zadania. Nie zachodzi zdaniem przystępującego, wskazywana odwołaniem okoliczność, wedle której wątpliwym miałoby być uprawnienie przystępującego do wyegzekwowania obowiązków względem ELPRO-7 Sp. z o.o. Przeciw temu świadczy fakt, że firma ta swe oświadczenie złożyła w ścisłym związku ze złożeniem oferty i w celu umożliwienia oferentowi dysponowania swymi zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia pt. „Modernizacja pompowni głównego odwadniania dla potrzeb Południowego Koncernu Węglowego S.A. - Zakład Górniczy Sobieski," w okresie jego realizacji.

Izba postanowiła dopuścić wykonawców: Elektrometal S.A. w Cieszynie oraz Elektromontaż Energetyka Sp. z o.o. z Wrocławia do udziału w postępowaniu odwoławczym z oznaczeniem tych przystąpień po stronie zamawiającego.

Wobec nie uwzględnienia całości zarzutów odwołania, nie zachodziły podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego w trybie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp. Izba nie stwierdziła podstaw skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia z wyjaśnieniami, protokołu postępowania z załącznikami, oferty odwołującego, ofert przystępujących, wezwania do uzupełnienia dokumentów i udzielonych odpowiedzi, pism stron i przystępujących złożonych w postępowaniu odwoławczym wraz z załącznikami. Ponadto Izba rozważyła stanowiska pełnomocników stron i uczestnika postępowania Elektromontaż Energetyka Sp. z o.o., przedstawione do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba ustaliła co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest modernizacja urządzeń pompowni głównego odwadniania (sekcja II. 1.5 ogłoszenia). Wykonanie w Zakładzie Górniczym Sobieski modernizacji urządzeń pompowni głównego odwadniania na poz. 500 m przy szybie „Helena."

W skład modernizacji wchodzi:

1) wykonanie dokumentacji – projektu technicznego wprowadzanych zmian,
2) dostawa 2 sztuk pomp wraz z silnikami i sprzęgłami (kompletnych zestawów pompowych);
3) dostawa niezbędnych urządzeń: instalacji elektrycznej i mechanicznej oraz osprzętu w celu realizacji zamówienia,
4) wykonanie wymiany 2 sztuk pomp OW/250B/10 z silnikami SCDum 1250 kW,6kV na nowe,
5) zabudowa układu zasilania i sterowania wraz z niezbędnym osprzętem, w tym zasuwy sterowane elektrycznie na rurociągu tłocznym,
6) wykonanie pomiarów i uruchomienie oraz odbiór stanowisk pompowych po zmianach.

Załącznik nr 1 do SIWZ - opis przedmiotu zamówienia w odniesieniu do pomp podaje:

parametry techniczne pompy:

1) wirowa, odśrodkowa, wielostopniowa,
2) wirniki, kierownice, środki kadłubów, kadłuby, tuleje i pierścienie uszczelniające, wykonane z materiału odpornego na korozję i podwyższonej odporności na ścieranie,
3) konfiguracja lewa,
4) wysokość podnoszenia nie mniejsza niż 520 m,
5) wydajność nie mniejsza niż 8,6 m3/godz, sprostowane pismem z dnia 21.06.2010 r. na 8,6 m3/min.
6) sprawność nie mniejsza niż 76%,
7) pompa dostosowana do silnika o napięciu 6 kV,
8) średnica króćca tłocznego – 250 mm,

9) średnica króćca ssawnego 300mm,
10) gwarancja na min 20 tys. godzin pracy,
11) zapewnienie, iż po 20 tys. godz. pracy pompa nie straci na sprawności o więcej niż 3%,
12) przystosowana do współpracy z silnikami 6kV typu Sh500H4D 1250 kW lub równoważnymi,
13) wymiary maksymalne mm– długość x szerokość x wysokość = 3000x 1200x1170.

W odpowiedzi na pismo odwołującego z dnia 22 czerwca 2010 r. o treści – prosimy podać rodzaj, skład chemiczny, właściwości fizyczne pompowanej cieczy (wyjaśnienia pod kątem zapisów o odporności materiałów pompy na ścieranie i korozję). Zamawiający udostępnił sprawozdanie z badań laboratoryjnych nr 654/W/2010 z dnia 28 czerwca 2010 r. do 1.07.2010 r. próbki wody, gdzie pH podano w wysokości 8,18.

Zgodnie z rozdziałem IV ust. 4 lit b) SIWZ zamawiający wymagał dołączenia do oferty dokumentacji technicznej, (instrukcji obsługi) lub wypisów z tej dokumentacji w rozumieniu dyrektywy 2006/42/WE i 94/9/WE, które potwierdzać będą, iż oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania i parametry techniczne podane w załączniku nr 1.do SIWZ

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia rozdział II pkt 1 oraz w sekcji III.2.3 ogłoszenia pkt 1: warunki udziału – zdolność techniczna (informacje konieczne do dokonania oceny spełnienia wymogów, zamawiający zapowiedział uznanie, iż wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, jeżeli wykonawca wykaże się, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, należytą realizacją zamówień w zakresie:
- dostawy elementów zestawów pompowych (pompy, silniki);
- lub kompletnych zestawów pompowych;
- i/lub wykonanymi lub wykonywanymi wymianami zestawów pompowych, instalacji elektromaszynowych związanych z montażem i uruchomieniem zestawów pompowych w układach głównego odwadniania, których łączna wartość brutto jest nie mniejsza niż 600 000,00 zł. oraz załączy dokumenty poświadczające, że wykazane zamówienia zostały zrealizowane lub są realizowane należycie.

Na potwierdzenie spełnienia powyższego warunku udziału w postępowaniu wykonawca zobowiązany był dołączyć do oferty: wykaz wykonanych a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych zamówień w okresie ostatnich

trzech lat przed upływem terminu składania ofert a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem:
- przedmiotu zamówienia,
- dat wykonania i odbiorców,
oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że zamówienia te zostały wykonane należycie. Wzór wykazu stanowi załącznik nr 3 do SIWZ.
Załącznik nr 3 do SIWZ - wykaz należycie wykonanych zamówień, obejmuje podanie:
1) przedmiotu zamówienia,
2) wartość brutto zamówienia,
3) termin realizacji (dzień, m-c, rok),
4) odbiorca – pełna nazwa, adres zamawiającego strony umowy,
5) nr załącznika do wykazu w postaci dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie lub wykonywanie zamówienia, np. referencje.

Rozdział II SIWZ pkt 3 stanowi - wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów, ich potencjale technicznym, osobach zdolnych do realizacji zamówienia, 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 wykonywaniu zamówienia (zgodnie z wzorem przedstawionym w załączniku nr 5 do SIWZ).

W rozdziale IX SIWZ zamawiający wymagał wskazania przez wykonawcę w ofercie zakresu zamówienia, którego wykonanie powierzył podwykonawcom (zał. nr 5 do SIWZ)

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) – zamawiający ustanowił jedynym kryterium oceny ofert cenę brutto oferty.

W ofercie przystępującego Elektromontaż Energetyka Sp. z o.o. (str. 59) zaoferowana została pompa wysokociśnieniowa – typu MHK250-650x5 – 2 szt.:

a) wirowa, odśrodkowa, wielostopniowa,
b) wirniki, kierownice, środki kadłubów, kadłuby, tuleje i pierścienie uszczelniające, wykonane z materiału odpornego na korozję i podwyższonej odporności na ścieranie,
c) konfiguracja lewa,
d) wysokość podnoszenia min. 520 m,
e) wydajność min. 8,6 m3/godz, (w karcie katalogowej 8,6 m3/min),
f) sprawność min. 76%,
g) średnica króćca tłocznego – 250 mm,

h) średnica króćca ssawnego 300mm,
i) gwarancja na min 20 tys. godzin pracy,
j) zapewnienie, iż po 20 tys. godzin pracy pompa nie straci na sprawności o więcej niż 3%,
k) przystosowana do współpracy z silnikami 6kV typu Sh500H4D 1250 kW lub równoważnymi,
l) wymiary maksymalne mm– długość x szerokość x wysokość = 3000x 1200x1170.

Na potwierdzenie posiadania wymaganych parametrów technicznych Elektromontaż złożył kartę katalogową pompy, charakterystykę pracy oraz rysunek z podaniem gabarytów. Z karty katalogowej pompy Marley Duchting Pumpen typu MHK250-650x5 wynika, iż jest ona przeznaczona do pompowania wody kopalnianej, wartość pH neutralne. Karta katalogowa podaje zróżnicowane symbole materiału oznaczającego jego rodzaj, z którego wykonane są poszczególne elementy pompy.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 4 sierpnia 2010 r. Elektromontaż uzupełnił wymagane dane parametrów technicznych wraz z przedstawieniem oświadczenia przedstawiciela producenta Marley Polska Sp. z o.o. i karty katalogowej urządzenia.

Przystępujący Elektromontaż Energetyka Sp. z o.o. złożył do akt sprawy oświadczenie przedstawiciela handlowego producenta oferowanych pomp firmy Marley Polska Sp. z o.o., w którym potwierdza on w związku z oferowaną pompą wysokociśnieniową – typu MHK250-650x5, iż materiał, który został zastosowany w zaoferowanej pompie może zostać użyty do przetłaczania medium podanego w specyfikacji przetargowej. Jednocześnie poinformował, iż podana wartość pH = 8,18 nie będzie miała wpływu na jakość pracy urządzenia jak i jego żywotność, a spadek sprawności pompy w okresie 20 000 godzin pracy pompy nie przekroczy wartości 3%.

Przystępujący Elektrometal S.A. zaoferował również ten sam rodzaj pompy – wysokociśnieniowej – typu MHK250-650x5 Duchting Pumpen, charakteryzującej się identycznymi właściwościami i parametrami jak opisane wyżej. Na wezwanie zamawiającego z dnia 4 sierpnia 2010 r. uzupełnił wymagane dane parametrów technicznych wraz z przedstawieniem oświadczenia przedstawiciela producenta Marley Polska Sp. z o.o. potwierdzające właściwości pompy.

W zakresie doświadczenia i wiedzy oraz potencjału wykonawcy w aspekcie zdolności do należytego wykonania zamówienia przedłożyli następujące oświadczenia i dokumenty. Wykonawca Elektromontaż Energetyka Sp. z o.o. podał w załączniku nr 3 do oferty, iż zrealizował:

1) rozbudowę rozdzielni 6 kV R-41 na poziom 416 m w KWH S A. KWK „Murcki," wartość brutto 1 159 000,00 zł. 2008 r, dla KWH S.A. Murcki – Staszic Katowice, (referencje zał. 4.1),
2) modernizację rozdzielni 6kV poziom 500 przy szybie „wschodni 2" w KWK „Mysłowice – Wesoła," wartość brutto 1 701 900,00 zł, 2009 r. dla KHW SA „Mysłowice – Wesoła" (referencje zał. 4.2),
3) modernizację rozdzielni 6kV poziom 530 dla KW S.A., wartość brutto 1 701 900,00 zł, 2009 r. dla KW SA KWK „Sośnica Makoszowy Ruch Makoszowy," wartość brutto 1 431 060,00 zł, 2008 r. dla KW S.A. Oddział KWK „Sośnica Makoszowy" Zabrze (referencje zał. 4.3),
4) modernizację pompowni głównego odwadniania na poziomie 240 i 600, wartość brutto 549 000,00 zł., 2007 – 2008 r. dla JSW S.A. KWK „Jas-Mos" w Jastrzębiu Zdroju (referencje zał. 4.4), w tym zakresie potencjał został udostępniony przez firmę ELPRO -7 Sp. z o.o., wskazaną jako podwykonawca przystępującego Elektromontaż Energetyka Sp. z o.o.

Przedłożone referencje (zał. 4.1 – 4.4 str. 24 -28 dokumentów oferty) potwierdzają, że dostawy i roboty zabudowy, wymienione w załączniku nr 3 zostały wykonane należycie. Ponadto podają zakres zamówień oraz wartość robót.

Przystępujący Elektromontaż Energetyka Sp. z o.o. złożył oświadczenie (zał. według wzoru nr 5 do SIWZ str. 53-54 dokumentów oferty), że zamówienie będzie realizować z udziałem podwykonawcy ELPRO – 7 Sp. z o.o. ul. Ziemska 1 z Zabrza. Zakres zamówienia jaki zamierza powierzyć podwykonawcy obejmuje wymianę dwóch zestawów pompowych wraz z niezbędną aparaturą i instalacją elektryczną oraz armaturą mechaniczną. Oświadczył, że będzie polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia innego podmiotu. W związku z powyższym przedstawił pisemne zobowiązanie ELPRO – 7 Sp. z o.o. do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, które stanowi załącznik nr 5.1 do oferty. Na stronie 55 oferty przystępującego zawarte jest oświadczenie wskazanego podwykonawcy ELPRO – 7 Sp. z o.o. z dnia 19 lipca 2010 r., że w związku ze złożeniem przez naszą firmę oferty dla Elektromontaż Energetyka Sp. z o.o. na dostawę i uruchomienie urządzeń produkcji ELPRO -7 dla realizacji zamówienia publicznego pn. „Modernizacja pompowni głównego odwadniania dla potrzeb Południowego Koncernu firma ELPRO – 7 oddaje do dyspozycji Węglowego S.A. - Zakład Górniczy Sobieski"
niezbędne zasoby na okres korzystania z nich przy wykonaniu przedmiotowego zamówienia.

Przystępujący Elektromontaż na dowód swojej zdolności do realizacji zamówienia dodatkowo przedłożył umowę z 30 listopada 2006 r. zawartą z zamawiającym na wykonanie

zabudowy zestawu pompowego OW 250 w komorze pomp głównego odwadniania poz. 500 m rejon „Sobieski" wraz z dostawą i zabudową armatury i osprzętu elektrycznego.

Elektrometal S.A. podał w załączniku nr 3 do oferty, iż zrealizował:
1) dostawę i zabudowę urządzeń instalacji dla rozdzielni 6kV i pompowni głównego odwadniania na poziomie 900 m KWK Staszic, o wartości 9 850 384,43 w okresie od 1.08.2008 – 29.04.2009 r. dla MWM Elektro Sp. z o.o. z Trzebinii (referencje zał. 9a);
2) budowę pompowni na poziomie 800 wraz z dostawą niezbędnych maszyn i urządzeń, materiałów dla JSWSA KWK Jas-Mos, o wartości 2 049 600,00 zł odbiorca JSW S.A. (referencje zał. 9b).

Załączone referencje (zał. 9a i 9b str. 39-41 dokumentów oferty) potwierdzają, że dostawy i roboty zabudowy, wymienione w załączniku nr 3 zostały wykonane należycie. Ponadto podają zakres zamówień oraz wartość robót.

Pismem z dnia 12 sierpnia 2010 r. przekazanym wykonawcom w dniu 13 sierpnia 2010 r. zamawiający powiadomił o wyborze oferty przystępującego Elektromontaż Energetyka Sp. z o.o. Ze streszczenia oceny i porównania ofert wynika, iż na cztery złożone oferty, oferta odwołującego zajęła trzecią pozycję. Natomiast oferta przystępującego Elektrometal S.A. została sklasyfikowana na drugiej pozycji.

Izba zważyła co następuje.

Nie zachodziły podstawy do kwestionowania interesu wykonawcy do wniesienia środka ochrony prawnej, w sytuacji gdy odwołujący utrzymywał, iż czynności i zaniechania zamawiającego naruszyły zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, pozostawały niezgodne z wymogiem ustawowym równego traktowania wykonawców i zapewnienia reguł uczciwej konkurencji, a nadto pozbawiły odwołującego możliwości uzyskania zamówienia, mimo że złożył ofertę najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Po przeanalizowaniu wyżej opisanego materiału dowodowego, Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia ofert: przystępującego Elektromontaż Energetyka Sp. z o.o. oraz przystępującego Elektrometal S.A. ze względu na zaoferowanie pompy, w ocenie odwołującego, wykonanej z materiału nieodpowiedniego, tj. z żeliwa - nieodpornego na korozję oraz podatnego na szybsze zużycie - z uwagi na odczyn pH 8,18 pompowanego

medium podany w wyjaśnieniach zamawiającego - wyniku badań wody przeprowadzonych w dniach 28 czerwca - 1 lipca 2010 r.

Obaj przystępujący podali w ofercie ten sam rodzaj pompy wysokociśnieniowej – typu MHK250-650x5 Duchting Pumpen, której dystrybutorem jest przedstawiciel producenta firma Marley Polska Sp. z o.o.

Faktem jest, iż w karcie katalogowej produktu widnieje wartość pH neutralne, tj. pH 7. Jednocześnie wymieniona karta podaje, iż pompa jest przystosowana do tłoczenia medium w postaci wód kopalnianych. Jak podaje opis: na całość pompy nie składa się jedynie jej korpus (obudowa) ale też wirnik, dyfuzor, pierścienie zużywające się, wał, tuleja, które jak wynika z podanych symboli, zostały wykonane z różnych materiałów, np. stopów brązu, (norma C45 oznacza natomiast stal). Stopy odlewnicze żeliwne o odpowiednich właściwościach mają szerokie zastosowanie w produkcji pomp i części instalacyjnych, posiadają wysoką odporność na korozję. Należało uwzględnić, iż zamawiający nie postawił żadnego warunku, aby pompy, czy ich elementy były wykonane z określonego materiału np. stali kwasoodpornej. Pompa zaoferowana w ofercie odwołującego również nie jest wykona z materiału jednorodnego, ale poszczególne części wykonane są: ze staliwa np. korpus, inne części z brązu i stali. Dane techniczne zespołu pompowego dla oferowanej przez odwołującego pompy OW-250 B/8 parametr pompowanej cieczy określają w wielkościach od 5 do 9 pH.

Zarówno przystępujący Elektromontaż Energetyka Sp. z o.o. oraz przystępujący Elektrometal S.A., zaoferowali w swoich ofertach dokładnie takie parametry pompy jakich oczekiwał zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia w załączniku nr 1 do SIWZ. Obejmujące między innymi oświadczenie: iż wirniki, kierownice, środki kadłubów, kadłuby, tuleje i pierścienie uszczelniające, wykonane są z materiału odpornego na korozję o podwyższonej odporności na ścieranie, z zaoferowaniem gwarancji na min 20 tys. godzin pracy, z zapewnieniem, że po 20 tys. godzinach pracy pompa nie straci na sprawności o więcej niż dopuszczalne 3%.

Na potwierdzenie oferowanych parametrów zostały załączone wymagane dokumenty tj. karty katalogowe, charakterystyka pracy, rysunki i oświadczenia dostawcy potwierdzające podane właściwości. Z faktu, że podane zostało pH7, a badanie wód kopalnianych w określonym czasie potwierdziło odczyn pH 8,18 nie można, zdaniem Izby wywodzić, iż zaoferowany produkt nie jest odpowiedni. Zamawiający nie ustanowił bowiem żadnych warunków, które wiązałyby się z odrzuceniem oferty, w przypadku podania, iż odczyn tłoczonej cieczy dla danej pompy wynosi pH7. Odwołujący w jakikolwiek sposób nie wykazał, aby rodzaj materiału z jakiego zrobiona jest wymieniona pompa - jej elementy, był nieodpowiedni i nie zapewniał dotrzymania wymaganych parametrów sprawności i

wytrzymałości pompy. Szczególnie, iż wprost w karcie katalogowej podano, że ten rodzaj pompy jest przystosowany do tłoczenia wód kopalnianych.

Z przytoczonych wyżej względów Izba uznała, iż zarzut naruszenia przez

zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie znalazł potwierdzenia. Odwołujący nie wykazał, iż którykolwiek z parametrów i właściwości granicznych, których podania żądał zamawiający w odniesieniu do opisu oferowanej pompy nie został zawarty w ofercie: Elektromontaż Energetyka Sp. z o.o. oraz przystępującego Elektrometal S.A. Oświadczenia wykonawców dodatkowo potwierdziły przywołane wyżej dokumenty opisu technicznego, wymagane przez zamawiającego i załączone w dokumentacji ofert oraz oświadczenia dostawcy firmy Marley Polska Sp. z o.o. Treść ofert złożonych przez przystępujących, w ocenie Izby odpowiada zatem treści SIWZ.

Również za chybiony Izba uznała zarzut odwołującego, iż przystępujący nie wykazali spełnienia warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia pozostającego w związku z przedmiotem zamówienia i do przedmiotu zamówienia proporcjonalnego. Zdaniem Izby, zamawiający nie dopuścił się naruszenia art. 7, art. 24 ust 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 26 ust 3 Pzp, art. 22 ust 1 pkt 2, art. 25 ust 1 pkt 1, oraz art. 89 ust 5, ustawy Pzp. W sposób otwarty na konkurencję ustanowił warunki udziału, wymagając doświadczenia obejmującego: zrealizowanie zamówień: w zakresie: - dostawy elementów zestawów pompowych (pompy, silniki); lub kompletnych zestawów pompowych; i/lub wykonanych lub wykonywanych wymian zestawów pompowych, instalacji elektromaszynowych związanych z montażem i uruchomieniem zestawów pompowych w układach głównego odwadniania.

Zarówno wykaz wykonawcy Elektromontaż Energetyka Sp. z o.o. oraz przystępującego S.A. obejmuje robót, tj. Elektrometal wymienione elementy elektromaszynowych związanych z układem głównego odwadniania oraz zestawów czy elementów zestawów pompowych o łącznych wartościach nie mniejszych niż wymagane 600 000,00 zł.

W ocenie Izby, Elektromontaż w sposób uprawniony posłużył się wiedzą i doświadczeniem firmy ELPRO -7 Sp. z o.o. przy modernizacji pompowni głównego odwadniania na poziomie 240 i 600, (wartość brutto 549 000,00 zł., 2007 – 2008 r.) dla JSW S.A. KWK „Jas-Mos” w Jastrzębiu Zdroju (referencje zał. 4.4), gdyż pozwala na to przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

W tym zakresie wiedza i doświadczenie potencjał techniczny i osobowy został udostępniony przez firmę ELPRO -7 Sp. z o.o. ul. Ziemska 1 z Zabrza, wskazaną jako podwykonawca przystępującego Elektromontaż Energetyka Sp. z o.o., zgodnie z warunkami określonymi w SIWZ. Potwierdza to oświadczenie przystępującego Elektromontaż,

sporządzone dokładnie według wzoru załącznika nr 5 do SIWZ, iż zakres robót modernizacji pompowni „głównego odwadniania” powierzy podwykonawcy. Zakres zamówienia jaki zamierza powierzyć podwykonawcy obejmuje wymianę dwóch zestawów pompowych wraz z niezbędną aparaturą i instalacją elektryczną oraz armaturą mechaniczną.

Bezsprzecznie wskazany podwykonawca ELPRO – 7 Sp. z o.o. oświadczeniem z dnia 19 lipca 2010 r., zobowiązał się w związku ze złożeniem przez jego firmę oferty dla Elektromontaż Energetyka Sp. z o.o. na dostawę i uruchomienie urządzeń produkcji ELPRO -7 dla realizacji zamówienia publicznego pn. „Modernizacja pompowni głównego odwadniania dla potrzeb Południowego Koncernu Węglowego S.A. - Zakład Górniczy Sobieski" - do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu przedmiotowego zamówienia.

Oznacza to, iż podmiot, który posiada wystarczającą wiedzę i doświadczenie dla zabudowy zespołów pompowych, będzie bezpośrednio uczestniczył w realizacji zamówienia jako podwykonawca. Natomiast przystępujący Elektromontaż wykazał posiadanie w do robót instalacji doświadczenia własnego odniesieniu modernizacyjnych elektromaszynowych związanych z układem pomp głównego odwadniania. Zachodziły więc przesłanki, aby przyjąć, iż wykonawca Elektromontaż jest zdolny wykonać przedmiotowe zamówienie w sposób należyty, gdyż dysponuje wszystkimi czynnikami, które taki efekt mogą zapewnić.

Izba nie podzieliła poglądów odwołującego, iż opisane wyżej oświadczenie podwykonawcy firmy ELPRO – 7 do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu przedmiotowego zamówienia jest niewłaściwe i niewystarczające. Na etapie składania oferty może być dopuszczone jedynie oświadczenie

o treści jak przedstawił przystępujący, pochodzące od podmiotu, który udostępnia swój potencjał. Ustawa Prawo zamówień publicznych nie nakłada na wykonawców obowiązku, aby przed wyborem ich oferty do realizacji zamówienia, zawierali umowy na podwykonawstwo z dokładnym określeniem wzajemnych zobowiązań i przedkładali te umowy w dokumentacji oferty. Przywołany przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp mówi o pisemnym zobowiązaniu podmiotu trzeciego i dokument taki został złożony, zatem nie zachodzą podstawy do jego kwestionowania. Takie samo oświadczenie o identycznej treści wymienionego podwykonawcy firmy ELPRO - 7 złożył również odwołujący, który także zamierzał posłużyć się doświadczeniem wymienionego podmiotu. Nie czyni różnicy, iż odwołujący w sposób pełniejszy opisał w treści załącznika nr 5 zakres robót jakie zamierzał powierzyć spółce ELPRO -7.

Wykaz doświadczenia zawodowego przedstawiony przez przystępującego Elektrometal S.A. w załączniku nr 3 do oferty, iż zrealizował: dostawę i zabudowę urządzeń

instalacji dla rozdzielni 6kV i pompowni głównego odwadniania, budowę pompowni wraz z dostawą niezbędnych maszyn i urządzeń o wartości przewyższającej 600 000,00 zł. poświadcza wymaganą wiedzę i doświadczenie do realizacji przedmiotowego zamówienia.

Za zupełnie chybione Izba poczytała zarzuty odwołującego, odnoszące się do referencji wyżej omówionych (uwzględnionych przez zamawiającego), które zostały złożone przez obu przystępujących jako potwierdzenie należytego wykonania zamówień podanych w załącznikach wykazu doświadczenia zawodowego. Wbrew wywodom odwołującego, bez żadnych wątpliwości można powiązać roboty i dostawy opisane w tych załącznikach z przedłożonymi referencjami, które dodatkowo, ponad ustawowy obowiązek potwierdzenia jedynie należytego wykonania dostaw i robót, w sposób dość szczegółowy opisują zakres zamówień i podają ich wartość.

Zobowiązanie wykonawcy i jego zdolność do realizacji zamówienia w oznaczonym zakresie statuuje oświadczenie własne uczestnika postępowania przetargowego, a nie podmiotu trzeciego jakim jest wystawca referencji. Referencje stanowią natomiast niesformalizowane poświadczenie, iż oznaczony podmiot/osoba jest godna polecenia, gdyż w sposób prawidłowy wykonała dla zamawiającego zlecone prace. Próba dyskredytacji przez odwołującego dokumentów referencji przedstawionych przez przystępujących, w ocenie Izby nie znajduje usprawiedliwionych podstaw.

Z poglądów prezentowanych w orzecznictwie (wyrok Sądu Okręgowego w Częstochowie z 7 września 2005 r., Sygn. akt VI Ca 527/05), wynika, iż szczegółowe określenie warunków udziału w postępowaniu jest obowiązkiem zamawiającego, jako podmiotu znającego specyfikę zamówienia. W przedmiotowym przypadku zamawiający, określił treść warunków w taki, a nie inny sposób, zatem próba ich interpretacji poprzez wprowadzenie elementów nie ujętych w ich literalnym brzmieniu nie znajduje uzasadnienia, gdyż skutkowałaby przyjęciem za podstawę badania i oceny ofert wymogów o innej treści aniżeli ta, jaka została ustalona w ogłoszeniu i w SIWZ. „Warunki udziału w postępowaniu, które nie były przedmiotem skutecznych protestów, obowiązują wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu ze szczegółowością ustaloną przez Zamawiającego” (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 1 lipca 2005 r., Sygn. akt UZP/ZO/0-1574/05). Sposób oceny spełnienia warunków udział w postępowaniu został przez zamawiającego ustalony w zgodności z przepisami 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. Nr 226, poz. 1817), zgodnie z którymi dopuszczalne jest żądanie przez zamawiającego - wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych dostaw lub usług w zakresie

niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia. Jeżeli wykonawca wykazując spełnienie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, a podmioty

te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający mógł żądać od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w § 2 wymienionego rozporządzenia o braku podstaw do wykluczenia. Takich wymagań zamawiający nie ustanowił w SIWZ i w ogłoszeniu, a więc oceny ofert, pod kątem zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia mógł jedynie dokonać w oparciu o dokumenty, których wprost wymagał. Okoliczność, iż przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nakłada na wykonawcę obowiązek udowodnienia zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, nie obliguje wykonawcy do złożenia dokumentów wprost niewymaganych przez zamawiającego i niewymienionych w ogłoszeniu i w SIWZ. Postanowienia ogłoszenia i SIWZ nie stanowiły przedmiotu zaskarżenia ze strony wykonawców.

Sposób prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – ma urzeczywistnić i zapewnić jego przebieg z poszanowaniem podstawowych zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). Przede wszystkim opis warunków udziału w postępowaniu i sposób ich oceny, nie może eliminować, czy ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji. Potencjał wykonawcy ma być odnoszony do przedmiotu zamówienia, skoro stosownie do art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków, winien pozostawać proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, oraz być związany z przedmiotem zamówienia.

Reasumując - zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający ma obowiązek wykluczyć z postępowania o udzielenie zamówienia, wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu, jednakże w przedmiotowym postępowaniu, w stosunku do przystępujących przesłanki te nie zostały spełnione.

Przy czym podkreślenia wymaga, iż zamawiający ma prawo i obowiązek przyjąć ofertę najkorzystniejszą według ustalonego kryterium oceny, które nie narusza równego traktowania wykonawców w postępowaniu i art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. Sam fakt subiektywnego odczucia odwołującego o uchybieniach w postępowaniu, a w szczególności chęć wyeliminowania korzystniejszych ofert, nie jest podstawą do zarzucenia naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący nie przedłożył żadnych dowodów, które potwierdzałyby trafność stawianych zarzutów w tym zakresie.

Uwzględniając powyższe należy wskazać, iż niedopuszczalne jest stwierdzenie na etapie oceny ofert, że wykonawcy oprócz wymagań określonych w SIWZ powinni potwierdzić

inne wymagania nie wynikające wprost ze specyfikacji. Dokumenty nie wymagane co do oznaczonej w SIWZ treści nie mogą więc stanowić podstawy odrzucenia oferty wykonawcy. Potwierdza to ugruntowana linia orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej np. orzeczenie KIO z dnia 2 października 2008 r., w sprawie o sygnaturze KIO/UZP 999/08. W tym stanie rzeczy w świetle ustawy Pzp dokumenty złożone przez przystępujących, w tym w szczególności wykaz zrealizowanych zamówień i referencje są dokumentami zgodnymi ze stanem faktycznym oraz prawidłowymi pod względem formalno-prawnym. Nie ma żadnych podstaw aby nakazywać zamawiającemu wzywanie przystępujących o ewentualne uzupełnienie dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Ustawa Prawo zamówień publicznych nakazuje, aby postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone było w sposób przejrzysty, oznacza to między innymi, iż zamawiający winien ustalone w SIWZ warunki, jakim mają odpowiadać oferty, egzekwować tak, jak zostały przewidziane. Weryfikacji ofert, może jedynie dokonywać w oparciu o postanowienia, które ustanowił, wiążących również dla samego zamawiającego, który nie jest uprawniony aby je dowolnie zmieniać czy interpretować. Zatem dokonując wyboru oferty, może oprzeć tę czynność wyłącznie o dołączone do oferty dokumenty, sporządzone w wymagany sposób. Działania przeciwne prowadziłyby do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, równego traktowania wykonawców i wyboru oferty zgodnie z przepisami tej ustawy.

Izba ustaliła w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, że zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 7, art. 24 ust 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 26 ust 3 Pzp, art. 22 ust 1 pkt 2, art. 25 ust 1 pkt 1, oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 5, art. 91 ustawy Prawo zamówień publicznych nie znalazły potwierdzenia. W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła

odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Skoro odwołanie zostało oddalone przez Izbę, kosztami postępowania należało obciążyć odwołującego.

Izba zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600,00 zł. tytułem zwrotu kosztów zastępstwa przez pełnomocnika, na podstawie § 3 pkt 2b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238)

27

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach.**

Przewodniczący:

……

28