

WYROK

z dnia 2 grudnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Brzeska
Anna Chudzik**

Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 grudnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 listopada 2014 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: MWM Elektro Sp. z o.o. z siedzibą w Trzebini oraz ENSTER Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Kopalnię Soli „Wieliczka” S. A. z siedzibą w Wieliczce**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Stalkowent Sp. z o. o.; Powen Projekt Sp. z o. o., z siedzibą w Zabrze zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienie czynności badania i oceny ofert a także powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Stalkowent Sp. z o. o.; Powen Projekt Sp. z o. o., z siedzibą w Zabrze na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wskazanym w uzasadnieniu**

2. Kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Stalkowent Sp. z o. o.; Powen Projekt Sp. z o. o., z siedzibą w Zabrze** i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: MWM Elektro Sp. z o.o. z siedzibą w Trzebini oraz ENSTER Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Stalkowent Sp. z o. o.; Powen Projekt Sp. z o. o., z siedzibą w Zabrze** kwotę **18 600 zł 00 gr.** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: MWM Elektro Sp. z o.o. z siedzibą w Trzebini oraz ENSTER Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu oraz koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

.....

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Kopalnia Soli „Wieliczka” S. A. z siedzibą w Wieliczce prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia pn: *Modernizacja stacji wentylatorów polegająca na dostawie, zabudowie i uruchomieniu 2 szt wentylatorów osiowych w stacji wentylatorów głównych przy szybie Kościuszko wraz z wymianą rozdzielnicy n.n. RG Kościuszki i kabli odpływowych do zasilania wentylatorów głównych.*

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: MWM Elektro Sp. z o.o. z siedzibą w Trzebini oraz ENSTER Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (zwani dalej „*Odwołującym*”) w dniu 17 listopada 2014 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożyli odwołanie na zaniechanie wykluczenia oraz w konsekwencji odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Stalkowent Sp. z o. o.; Powen Projekt Sp. z o. o., z siedzibą w Zabrze z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie następujących przepisów ustawy:

1. art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum spółek Stalkowent Sp. z o.o. i Powen Projekt Sp. z o. o, z postępowania, mimo że wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania, tj. że posiada doświadczenie polegające na wykonaniu zdalnego sterowania stacją wentylatorów głównych w podziemnym zakładzie górniczym z zabudowanymi wentylatorami osiowymi, o którym mowa w punkcie VI.1.2) podpunkcie 1.1.b) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia;

2. art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum spółek Stalkowent Sp. z o. o, i Powen Projekt Sp. z o. o, z postępowania, mimo że wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania, tj. że posiada doświadczenie polegające na dostawie co najmniej jednego wentylatora typu

oferowanego Zamawiającemu w rozumieniu, o którym mowa w punkcie VI.1.2) podpunkcie 1.2. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia,

3. art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 22 ust. 1 pkt 2 i art. 26 ust. 2a ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum spółek Stalkowent Sp. z o.o. i Powen Projekt Sp. z o.o. z postępowania, mimo że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących posiadania wiedzy i doświadczenia;

4. art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum spółek Stalkowent Sp. z o.o. i Powen Projekt Sp. z o.o., mimo że oferta ta została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania;

5. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum spółek Stalkowent Sp. z o.o. i Powen Projekt Sp. z o.o., mimo że wykonawca ten podlegał wykluczeniu z postępowania, a jego oferta odrzuceniu;

6. art. 26 ust. 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum spółek Stalkowent Sp. z o.o. i Powen Projekt Sp. z o.o. do przedłożenia prawidłowego pełnomocnictwa dla osoby, która podpisała ofertę w imieniu tego Konsorcjum.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia dokonanego wyboru oferty i powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz o zobowiązanie Zamawiającego do zwrotu na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Zaniechanie wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Stalkowent Sp. z o.o. i Powen Projekt Sp. z o.o. z postępowania oraz w konsekwencji odrzucenie ich oferty były przedmiotem odwołania, wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: MWM Elektro Sp. z o.o. z siedzibą w Trzebini oraz ENSTER Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie.

Zamawiający na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron - podzielając stanowisko Odwołującego - uwzględnił odwołanie w całości. Od powyższej czynności wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Stalkowent Sp. z o.o. i Powen Projekt Sp. z o.o. wnieśli sprzeciw wobec oświadczenia Zamawiającego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Stalkowent Sp. z o. o. oraz Powen Projekt Sp. z o. o., z siedzibą w Zabrze jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 17 listopada 2014 r.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego (które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 listopada 2014 r.) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Stalkowent Sp. z o. o. oraz Powen Projekt Sp. z o. o., z siedzibą w Zabrze (zwanych również: „Przystępującym Powen”).

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest: *Modernizacja stacji wentylatorów polegająca na dostawie, zabudowie i uruchomieniu 2 szt. wentylatorów osiowych w stacji wentylatorów głównych przy szybie Kościuszko wraz z wymianą rozdzielnic n.n. RG Kościuszki i kabli odpływowych do zasilania wentylatorów głównych.*

/dokumentacja postępowania: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, tekst jednolity, str. 1./

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (zwana dalej również „SIWZ”) zawierała, między innymi następujące postanowienia:

Pkt VI - „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania spełnienia tych warunków”, Zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:

Ppkt 2) posiadania wiedzy i doświadczenia, t.j. udokumentowanie należytego wykonania w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie:

1.1 co najmniej jednej usługi z podaniem jej wartości, przedmiotu, daty wykonania i podmiotu, na rzecz którego usługa została wykonana oraz załączeniem dowodów czy została wykonana należycie, spełniającej łącznie następujące warunki:

- usługa winna dotyczyć modernizacji lub zabudowy nowej stacji wentylatorów głównych w podziemnym zakładzie górniczym w ramach, której modernizowane lub zabudowywane były wentylatory osiowe, wartość usługi wynosiła co najmniej 2.500.000,00 zł;

b) co najmniej jednej usługi z podaniem jej wartości, przedmiotu, daty wykonania i podmiotu, na rzecz którego usługa została wykonana oraz załączeniem dowodów czy została wykonana należycie, spełniającej łącznie następujące warunki:

- usługa winna polegać na wykonaniu zdalnego sterowania stacją wentylatorów głównych w podziemnym zakładzie górniczym, z zabudowanymi wentylatorami osiowymi. Przez zdalne sterowanie Zamawiający rozumie rozwiązanie techniczne, które umożliwia wyłączenie, załączanie oraz sterowanie pracą stacji wentylatorów głównych z innego miejsca niż obiekt stacji wentylatorów.

Pkt 1.2 co najmniej jednej dostawy z podaniem jej wartości, przedmiotu, daty wykonania i podmiotu, na rzecz którego dostawa została wykonana należycie, spełniającej łącznie następujące warunki:

- przedmiotem dostawy był co najmniej jeden wentylator typu oferowanego Kopalni Soli „Wieliczka” S. A. w ramach niniejszego postępowania, przez co należy rozumieć wentylator tego samego typu, osiowy oraz pochodzący od tego samego producenta. Zamawiający nie wymaga aby dostarczony wentylator miał te same parametry, co wentylator będący przedmiotem dostawy wskazanej przez wykonawcę dla spełnienia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu,

- wentylator typu oferowanego Kopalni Soli „Wieliczka” S. A. w ramach niniejszego postępowania został zabudowany w celu przetwarzania wyrobisk podziemnego zakładu górniczego.

/dokumentacja postępowania: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, str. 4-5/

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że m. in. Odwołujący jak i Przystępujący Powen złożyli oferty w niniejszym postępowaniu.

Na potwierdzenie spełniania powyższego warunku pierwotnie Konsorcjum Stalkowent przedłożyło wykaz usług (str. 8 oferty), w którym ujęło dwa zamówienia: Kompleksowe wykonanie wymiany wentylatorów w stacji wentylatorów Kopalni Doświadczalnej Barbara w Mikołowie (poz. 1) oraz: Zaprojektowanie, dostawa, budowa i rozruch stacji wentylatorów głównych przy szybie 2.1 w Polu Stefanów kopalni Lubelski Węgiel Bogdanka S.A. (poz.2).

W odpowiedzi na wezwanie z 14 sierpnia 2014 r. do złożenia wyjaśnień w piśmie z 21 sierpnia 2014 r. Konsorcjum Stalkowent wyjaśniło, że zamówienie ujęte w poz. 2 obejmowało dostawę wentylatorów typu WPK 3,9/SK, które były wentylatorami promieniowymi, a nie osiowymi.

W odpowiedzi na wezwanie z 28 sierpnia 2014 r. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie powyższego warunku, wraz z pismem z 29 sierpnia 2014 r. Konsorcjum Stalkowent przedłożyło wykaz usług, w którym ujęło m.in. wykonanie systemu zdalnego sterowania w ramach umowy: Kompleksowe wykonanie wymiany wentylatorów w stacji wentylatorów Kopalni Doświadczalnej Barbara w Mikołowie (poz. 3 wykazu) oraz wykonanie systemu zdalnego sterowania w ramach umowy: Modernizacja stacji wentylatorów głównych w KWK „Wujek” (poz. 4 wykazu).

Na potwierdzenie należytego wykonania umowy na Kompleksowe wykonanie wymiany wentylatorów w stacji wentylatorów Kopalni Doświadczalnej Barbara w Mikołowie (poz. 3 wykazu) Konsorcjum Stalkowent przedstawiło dwie referencje wystawione przez KD Barbara z 29 stycznia 2013 r. (str. 10 oferty oraz załącznik do pisma z 29 sierpnia 2014 r.) 1 z 29 sierpnia 2014 r. (załącznik do pisma z 29 sierpnia 2014. r.). Zgodnie z referencją z 29 stycznia 2013 r. zakres zadania obejmował „wykonanie robót elektrycznych dla zabudowanych wentylatorów (wraz z systemami sterowania IAKP)”. Stosownie natomiast do referencji z 29 sierpnia 2014 r, w zakresie prac mieściło się „wykonanie nowego systemu sterowania stacji wentylatorów osiowych (wykonanie szaf zasilająco -sterowniczych, oprogramowania, stanowisk wizualizacji (stanowiska komputerowego wraz z oprogramowaniem)”.

Na potwierdzenie należytego wykonania umowy na Modernizację stacji wentylatorów głównych w KWK „Wujek” (poz. 4 wykazu) Konsorcjum Stalkowent przedłożyło trzy protokoły odbioru technicznego z 26 lutego 2010 r., 10 listopada 2011 r. i 29 stycznia 2014 r. (załączniki do pisma z 29 sierpnia 2014 r.).

W punkcie VI.1.2) podpunkcie 1.2 SIWZ Zamawiający wymagał udokumentowania wykonania co najmniej jednej dostawy, której przedmiotem był co najmniej jeden wentylator typu oferowanego Kopalni Soli „Wieliczka” S.A. w ramach niniejszego postępowania, przez co należy rozumieć wentylator tego samego typoszeregu, osiowy oraz pochodzący od tego samego producenta, Zamawiający nie wymagał, aby dostarczony wentylator miał te same parametry, co wentylator będący przedmiotem dostawy wskazanej przez Wykonawcę dla spełnienia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu.

Na potwierdzenie spełnienia powyższego warunku. Konsorcjum Stalkowent przedstawiło wykaz dostaw (str. 9 oferty), w którym ujęło dwa zamówienia: Kompleksowe wykonanie wymiany wentylatorów w stacji wentylatorów Kopalni Doświadczalnej Barbara w Mikołowie (poz. 1) oraz Zaprojektowanie, dostawa, budowa i rozruch stacji wentylatorów głównych przy szybie 2.1 w Polu Stefanów kopalni Lubelski Węgiel Bogdanka SA (poz.2).

Na potwierdzenie należytego wykonania pierwszej dostawy Konsorcjum Stalkowent przedstawiło referencję wystawioną przez KD Barbara z 29 stycznia 2013 r., (str. 10 oferty), zgodnie z którą zakres zadania obejmował dostawę dwóch wentylatorów WOK-1,8.

Na potwierdzenie należytego wykonania drugiej dostawy Konsorcjum Stalkowent przedstawiło referencję wystawioną przez Lubelski Węgiel Bogdanka S.A. z 25 stycznia 2012 r. (str. 11 oferty), zgodnie z którą stacja została wyposażona w dwa wentylatory typu WPK 3.9/SK. W piśmie z 21 sierpnia 2014 r. Konsorcjum Stalkowent wyjaśniło: że wentylatory typu WPK 3.9/SK dostarczone na zamówienie spółki Lubelski Węgiel Bogdanka SA były wentylatorami promieniowymi, a nie osiowymi. Wyjaśnienie to dotyczyło wprawdzie wprost usługi ujętej w poz. 2 wykazu usług (str., 8 oferty), jednakże wskazana usługa była realizowana w ramach tej samej umowy, co dostawa ujęta w poz. 2 wykazu dostaw (str., 9 oferty), i dotyczyła tych samych wentylatorów typu WPK 3.9/SK.

Zamawiający w dniu 7 listopada 2014 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty: oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Stalkowent Sp. z o. o.; Powen Projekt Sp. z o. o., z siedzibą w Zabrze.

/dokumentacja postępowania: Wybór najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Stalkowent Sp. z o. o.; Powen Projekt Sp. z o. o., z siedzibą w Zabrze z dnia 7 listopada 2014 r./.

Od niniejszej czynności Zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: MWM Elektro Sp. z o.o. z siedzibą w Trzebini oraz ENSTER Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie – wnieśli odwołanie w dniu 17 listopada 2014 r.

/dokumentacja postępowania: Odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: MWM Elektro Sp. z o.o. z siedzibą w Trzebini oraz ENSTER Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie z dnia 17 listopada 2014 r. /.

Zamawiający w dniu 1 grudnia 2014 r. – na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron – oświadczył, w odpowiedzi na odwołanie, iż uwzględni w całości zarzuty odwołania.

/dokumentacja postępowania: Protokół z posiedzenia i rozprawy z dnia 1 grudnia 2014 r. str. 2 /.

Wobec uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego Przystępujący Powen korzystając z uprawnienia wynikającego z art. 186 ust. 4 ustawy Pzp wniósł sprzeciw od tej czynności, nie zgadzając się ze stanowiskiem Zamawiającym.

/dokumentacja postępowania: Protokół z posiedzenia i rozprawy z dnia 1 grudnia 2014 r. str. 2/.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie, choć nie wszystkie zarzuty odwołania zostały uwzględnione.

Izba oceniając zarzut bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego z ww. postępowania - wzięła pod uwagę następujące okoliczności faktyczne oraz prawne:

W pierwszej kolejności Izba rozpatrzyła zarzut niespełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia, t.j. zawartego w pkt VI 2) 1.1. b) SIWZ.

Spór wniesiony niniejszym odwołaniem sprowadza się do pytania jak Zamawiający rozumiał postanowienia pkt VI 2) 1.1. b) SIWZ, czy w świetle tak skonstruowanych wymagań należało wykazać się jedną usługą dotyczącą modernizacji lub zabudowy nowej stacji wentylatorów głównych w podziemnym zakładzie górniczym, w ramach której modernizowane lub zabudowywane były wentylatory osiowe, czy Zamawiający rozumiał powyższy warunek jako wykonanie systemu, który już funkcjonuje, czy też dopuszczalnym było wykazanie

systemu, który – po dokonaniu pewnych czynności technicznych – będzie funkcjonował w nieokreślonej przyszłości (możliwe będzie jego uruchomienie w przyszłości).

Aby rozstrzygnąć niniejszy spór koniecznym jest dokonanie interpretacji tych postanowień przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Według Odwołującego koniecznym było wykazaniem się usługą która polegać miała na wykonaniu jednostek sterowniczych w dwóch miejscach, - czego w ocenie Odwołującego - brakowało w wykazanym przez Przystępującego Powen zamówieniu. W ocenie Odwołującego taka konstrukcja uniemożliwiała właściwe działanie i w przypadku usług wykonanych brak było układu zdalnego sterowania. Nie istniała możliwość przesyłania danych.

Odwołujący powołał się na opinię Akademii Górniczo-Hutniczej z Krakowa, w której wskazano, co rozumie się przez zdalne sterowanie. Istotnym – według tej opinii - jest przekazywanie komunikatów tj. umożliwiające przekazywanie komend z jednostki sterującej lub sterująco-kontrolnej do jednostki wykonawczej z miejsca odległego fizycznie. Ponadto istotnym jest również stwierdzenie, że sterowaniem jest wszelkie celowe oddziaływanie jednego systemu na inny. W celu otrzymania takich zmian przebiegu procesu zachodzącego w układzie sterowanym w danej chwili, który uważa się za pożądaną. Zatem wizualizacja pracy wentylatora jest zupełnie inną funkcją, nie pozwala sterować pracą wentylatora, tylko monitorować jego parametry. Przepływ informacji jest tylko w jedną stronę. Przy zdalnym sterowaniu komendy powinny być przesyłane w dwóch kierunkach po to by wyłączyć wentylator.

Należy zgodzić się z Odwołującym, że w punkcie VI.1.2) podpunkcie 1.1. SIWZ Zamawiający wymagał udokumentowania wykonania co najmniej dwóch usług, w tym co najmniej jednej usługi dotyczącej modernizacji lub zabudowy nowej stacji wentylatorów głównych w podziemnym zakładzie górniczym, w ramach której modernizowane lub zabudowywane były wentylatory osiowe (ppkt 1.1.a) oraz co najmniej jednej usługi polegającej na wykonaniu zdalnego sterowania (ppk 1.1.b). W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej co do tej drugiej usługi – co również potwierdził Zamawiający na rozprawie - istotnym dla niego było aby wykazano się wykonaniem usługi umożliwiającej zdalne sterowanie. Zatem istotnym było wykonanie systemu, który już funkcjonuje, polegającym na zdalnym sterowaniu. Należy zgodzić się również z Zamawiającym, że co do złożonego dowodu - schematu złożonego przez Przystępującego Powen - na powyższym schemacie nie zostały ujęte kłapy tj. możliwość sterowania tymi klapami. Wg Zamawiającego – wobec

postawionym wymagań - koniecznym było umożliwienie sterowania klapami. Ponadto Jak słusznie zauważył Zamawiający złożony przez Przystępującego Powen schemat jest typową wizualizacją z możliwością sterowania obrotami wirników ze stacji. Zamawiający – wobec postawionego warunku wyjaśnił, że istotnym dla niego było wykazanie się wykonaniem usługi umożliwiającej zdalne sterowanie, co oznaczało, że chodziło o wykonanie systemu, który już funkcjonuje, polegającym jednocześnie na zdalnym sterowaniu.

Odnosząc się do złożonych odpowiedzi przez KD „Barbara” w dniu 28 października 2014 r. oraz z dnia 17 listopada 2014 r., stwierdzić należy, że obie odpowiedzi zostały udzielone przez KD „Barbara” w taki sposób jak zostały sformułowane pytania. Pytanie zadane przez Stalkowent Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze było pytaniem ogólnym, odnoszącym się do możliwości załączania, wyłączania oraz sterowania pracą wentylatorów głównych w sposób zdalny, z innego miejsca niż obiekt stacji wentylatorów. Istotnym jednak dla rozstrzygnięcia niniejszego sporu – z punktu widzenia treści postawionego warunku – było pytanie Odwołującego skierowane do KD „Barbara” czy posiadane obecnie na stacji wentylatorów głównych rozwiązanie techniczne umożliwia wykonanie powyższych operacji, bez konieczności ponoszenia dodatkowych nakładów finansowych na takie elementy jak sprzęt, system komunikacji i oprogramowanie? KD „Barbara” udzieliła odpowiedzi negatywnej. Tak zadane pytanie odnosi się do istoty postawionego warunku, pytanie ogólne zadane przez Stalkowent i w konsekwencji udzielona odpowiedź może odnosić się do możliwości, która będzie mieć miejsce w dalece opisanej przeszłości.

Powołanie się przez Przystępującego Powen na złożoną dokumentację (t.j. konkretnie ppkt 2.9.7 „Transmisja danych”), i zawarte tam stwierdzenie, iż „Sygnały z szafy AKPiS do dyspozytorni przesyłane są kablem sygnalizacyjnym, który łączy budynek stacji wentylatorów z dyspozytornią”, nie świadczy że został wykonany w całości system zdalnego sterowania.

Ponadto sam Przystępujący Powen przyznał, że wszystkie prace nie zostały ukończone – w wykazanim przez niego zamówieniu, co zresztą potwierdziła również wizja lokalna przeprowadzona przez Zamawiającego.

Wobec przedstawionej argumentacji należy przyjąć, że rozumienie warunku przyjęte przez Przystępującego Powen doprowadziłoby do sytuacji, że każdy – nawet nieukończony - w najmniejszym czy też w największym stopniu system – należałoby zakwalifikować jako rozwiązanie techniczne, które umożliwia wyłączanie, załączanie oraz sterowanie pracą stacji wentylatorów głównych z innego miejsca niż obiekt stacji wentylatorów. Takie rozumowanie

doprowadziłoby do sytuacji, w której Zamawiający nie miałby w rzeczywistości możliwości sterowania takim urządzeniem, a warunek w swej treści byłby warunkiem pozornym.

Zatem w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej – wobec skorzystania przez zamawiającego z procedury przewidzianej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp – należało uznać, że wykonawca nie spełnił opisanego w pkt VI. 2) 1.1 b) SIWZ warunku udziału dotyczącego wiedzy i doświadczenia.

Następnie Izba rozpoznała zarzut niespełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia, t.j. zawartego w pkt VI 2) 1.2.SIWZ.

Zgodnie z opisanymi wymaganiami Zamawiającego należało wykazać się dostawą, której przedmiotem był co najmniej jeden wentylator typu oferowanego Kopalni Soli „Wieliczka” S. A. w ramach niniejszego postępowania, przez co należało rozumieć wentylator tego samego typoszeregu, osiowy oraz pochodzący od tego samego producenta. Zamawiający nie wymagał aby dostarczony wentylator miał te same parametry, co wentylator będący przedmiotem dostawy wskazanej przez wykonawcę dla spełnienia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu.

Nie jest sporne pomiędzy stronami, jakiego rodzaju wentylatory oferuje Przystępujący Powen. Przystępujący Powen zaoferował wentylatory typu WOK posiadające sposób zabudowy jak na rysunku 2.2.2 złożonej normy (wyciągu), gdzie wirnik znajduje się na wale silnika, wirnik i silnik znajdują się w obudowie wentylatora (układ jednowentylatorowy). Istnieją jednak jeszcze inne rozwiązania, w których silnik występuje osobno, wał napędza wirnik, silnik znajduje się w osobnym pomieszczeniu (tak jak rysunek 2.2.3 złożonego wyciągu normy).

Należy jednak zauważyć, że co do postawionych warunków istniały wymogi dostarczenia wentylatorów, tego samego typoszeregu. Odwołujący również w tym zakresie powołał się na opinię Akademii Górniczo-Hutniczej z Krakowa, w której podano definicję typoszeregu (str. 3). Typoszeregiem wentylatorów nazywa się rodzinę maszyn geometrycznie podobnych o stałej skali podobieństwa liniowego.

Jak słusznie wskazał Odwołujący nie można zgodzić się z Przystępującym Powen, że do zakwalifikowania wentylatora do tego samego typoszeregu, wystarczające jest zakwalifikowanie urządzenia do tego samego celu. Tym bardziej jeśli wentylatory są różne o różnych konstrukcjach. Nie wystarczy również – wbrew temu jak twierdził Przystępujący

Powen - wydanie folderu w tym zakresie, omówienie wentylatorów w jednym folderze nie można uznać za dowód, że w folderze jest mowa o wentylatorach tego samego typoszeregu. Zatem również w tym przypadku dalece wątpliwym jest spełnienie - przez Przystępującego Powen - warunku opisanego w pkt VI 2) 1.2.SIWZ.

Nie potwierdził się w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzut dotyczący złożenia przez Przystępującego Powen nieprawdziwych informacji oraz w konsekwencji naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, polegający na zaniechaniu wykluczenia tego wykonawcy.

Należy zauważyć, iż katalog przesłanek wskazanych w art. 24 ustawy Pzp skutkujących wykluczeniem wykonawcy z postępowania jest zamknięty i nie może być interpretowany rozszerzająco. Wystąpienie którejkolwiek z przesłanek obliguje Zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Jedną z przesłanek, mieszczącą się w powyższym katalogu, skutkującą wykluczeniem wykonawcy z postępowania jest złożenie nieprawdziwych informacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Izba przywołuje w tym zakresie treść art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Z przepisu tego wynika zatem, iż aby wykluczyć wykonawcę z prowadzonego postępowania Zamawiający musi dokonać analizy czy zostały spełnione łącznie następujące elementy: po pierwsze – stwierdzić zaistnienie faktu złożenia przez wykonawcę w toku prowadzonego postępowania nieprawdziwych informacji, po drugie – ustalić, czy te nieprawdziwe informacje mają lub mogą mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Przechodząc na grunt niniejszej sprawy Krajowa Izba Odwoławcza dokonała analizy powyższego stanu faktycznego i w jej opinii zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie potwierdził się w zgromadzonym materiale dowodowym.

Niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie można automatycznie utożsamiać ze złożeniem przez wykonawcę nieprawdziwych informacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że działanie Przystępującego Powen było w jakikolwiek sposób celowe i miało wprowadzać Zamawiającego w błąd i umożliwić uzyskanie zamówienia na podstawie nieprawdziwych danych. Zgodnie z Dyrektywą

2004/18/WE wykonawcę wyklucza się jeżeli „*jest on winny poważnego wprowadzenia w błąd*”. W ocenie Izby nie wykazano, że sytuacja taka miała miejsca w prowadzonym postępowaniu.

Izba przypomina, że złożenie nieprawdziwych informacji, mających lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania powinno być udowodnione w sposób nie budzący wątpliwości, w innych wypadkach wykluczenie wykonawcy z postępowania na tej podstawie może doprowadzić do złamania podstawowych zasad zamówień publicznych; t.j. zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady uczciwej konkurencji, wynikających z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Powyższe potwierdza wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 15 stycznia 2010 r. (sygn. akt XII Ga 420/09), wskazujący, że wykluczenie wykonawcy na podstawie omawianego przepisu (aktualnie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp) wymaga ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, iż wykonawca złożył nieprawdziwe informacje oraz wykazania, że ich złożenie miało wpływ (aktualnie – także mogło mieć wpływ) na wynik postępowania.

Ponadto Izba zauważa, że Zamawiający nie może przerzucać na wykonawców ryzyka wynikającego z działań podejmowanych przez niego w toku postępowania o udzielenie zamówienia i wyciągać negatywnych konsekwencji w postaci wykluczenia z postępowania. Zachowanie wykonawcy – tak jak zostało to wskazane wcześniej - nie może być automatycznie utożsamiane przez Zamawiającego ze złożeniem nieprawdziwych informacji w postępowaniu, a jakiegokolwiek wątpliwości i niejasności nie mogą przesądzać o zamiarze złożenia nieprawdziwych informacji. Podstawą argumentacji zawartej w uzasadnieniu wykluczenia wykonawcy z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, nie może być też wyłącznie przypuszczenie, czy też domniemanie Zamawiającego wynikające z działań podjętych przez niego w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Należy pamiętać, że to na Zamawiającym spoczywa obowiązek wykazania, że zostały złożone nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik niniejszego postępowania (podobnie wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie, Wydział II Cywilny Odwoławczy z dnia 25 stycznia 2013 r., sygn. akt II Ca 1285/12).

Zatem w świetle powyższych rozważań, zdaniem Izby trudno wywieść, że wykonawca w niniejszym postępowaniu złożył nieprawdziwe informacje, stąd też nie zostały wypełnione przesłanki zawarte w dyspozycji art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Mając powyższe na względzie należało uznać iż Zamawiający nie miał wystarczających podstaw do wykluczenia Przystępującego Powen w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej nie potwierdził się również zarzut dotyczący złożenia przez Przystępującego Powen wadliwego pełnomocnictwa. Wbrew temu co twierdził Odwołujący – pełnomocnictwo z dnia 11 lipca 2014 r. złożone przez Przystępującego Powen wyraźnie wskazywało Stalkowent Sp. z o.o. jako lidera - utworzonego przez wykonawców Stalkowent Sp. z o.o. oraz Powen Projekt Sp. z o.o. - konsorcjum, zaś pełnomocnictwo udzielone Panu R. S. upoważniało go do składania - w ramach niniejszego postępowania – oświadczeń woli oraz reprezentowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Wobec potwierdzenia się niektórych zarzutów odwołania, Zamawiający zobowiązany jest do unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienia czynności badania i oceny ofert a także powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Stalkowent Sp. z o. o.; Powen Projekt Sp. z o. o., z siedzibą w Zabrzu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, z uwagi na niespełnienie warunków wiedzy i doświadczenia.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), w szczególności § 3 ust. 1 pkt 2 b) w zw. z § 5 ust. 2 pkt 2 ww. rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....

.....

.....