

Sygn. akt: KIO 2207/16

**WYROK**  
**z dnia 9 grudnia 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Agata Mikołajczyk**

**Protokolant: Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 grudnia 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 listopada 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Farmur S.A, Elgór + Hansen S.A, ul. Armii Krajowej 51, 40-698 Katowice** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Polska Grupa Górnicza Sp. z o.o., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice**, przy udziale:

A. 1. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Uslugowe Martech Plus M. M. Spółka Jawna, ul. Międzyblokowa 12a/5, 41-706 Ruda Śląska;**

A.2. **Przedsiębiorstwa Kompletacji i Montażu Systemów Automatyki "CARBOAUTOMATYKA" S.A., ul. Budowlanych 168, 43-100 Tychy,**

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie wnoszącego odwołanie;

B. wykonawcy - **Firma Produkcyjno Usługowo-Handlowa "UNISTER PLUS" M. P., ul. Jana 11, 44-282 Łuków Śląski,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

**1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje:**

**1.1.** unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności przeprowadzenia aukcji elektronicznej w zakresie Zadań nr 2, 3, 4, i 7 oraz czynności zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej skierowanego do wykonawcy - **Firmy Produkcyjno Usługowo-Handlowej "UNISTER PLUS" M. . z Łukowa Śląskiego** w zakresie Zadania nr 7 i do wykonawcy Apator Mining Sp. z o.o. z Katowic w zakresie Zadań nr 2, 3 i 4;

**1.2.** wykluczenie wykonawcy - **Firmy Produkcyjno Usługowo-Handlowej "UNISTER PLUS" M. P. z Łukowa Śląskiego** w zakresie Zadania 7 oraz wykonawcy Apator Mining Sp. z o.o. z Katowic w zakresie Zadań nr 2, 3 i 4 i uznanie ofert tych wykonawców w zakresie wskazanych Zadań za odrzucone;

**2.** Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - **Polską Grupę Górniczą Sp. z o.o., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice** i:

**2.1.** 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 **Konsorcjum - Farmur S.A, Elgór + Hansen S.A, ul. Armii Krajowej 51, 40-698 Katowice** tytułem wpisu od odwołania,

**2.2.** zasądza od zamawiającego - **Polskiej Grupy Górniczej Sp. z o.o., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - **Konsorcjum - Farmur S.A, Elgór + Hansen S.A, ul. Armii Krajowej 51, 40-698 Katowice** kwotę **18.075 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy siedemdziesiąt pięć złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 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 **Katowicach**.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – POLSKA GRUPA GÓRNICZA sp. z o.o. Oddział KWK „Halemba-Wirek” z Rudy Śląskiej prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.] [ustawa Pzp], którego przedmiotem jest „Dostawa stacji transformatorowych oraz stacji kompaktowych dla Oddziałów Polskiej Grupy Górniczej sp. z o.o. w 2016 r.”, nr sprawy: 151500832/01 (dalej „postępowanie”), w zakresie następujących części Zadań oznaczonych, jako: „Dostawa stacji transformatorowej budowy przeciwwybuchowej:

- a) nr 1 - o mocy min.1400kVA 6/1 kV,
- b) nr 2 - o mocy min. 1000kVA 6/1 kV,
- c) nr 3 - o mocy min. 900kVA 6/1/0,5kV dwunapięciowa,
- d) nr 4 - o mocy min.1000kVA 6/1kV,
- e) nr 5 - o mocy min.1000kVA 6/1kV,
- f) nr 7 - o mocy min.400kVA 6/0,5 kV.

Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - konsorcjum firm - FAMUR S.A. z Katowic oraz Elgór + Hansen S.A. z Chorzowa podniósł zarzuty związane z oceną ofert z naruszeniem przepisów ustawy Pzp w zakresie Zadań nr 1, nr 2, nr 3, nr 4, nr 5 i nr 7, a mianowicie wobec:

- a) oferty wykonawcy - Firma Produkcyjno Usługowo Handlowa „UNISTER PLUS” M. („UNISTER”) w zakresie Zadań nr 1, 5 oraz 7 i zaniechania odrzucenia jego oferty w zakresie tych zadań na podstawie art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp;
- a) oferty wykonawcy - Apator Mining Sp. z o.o. ( „Apator”) w zakresie Zadań nr 2, 3 oraz 4 i zaniechania odrzucenia jego oferty w zakresie tych zadań na podstawie art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp;
- b) zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy Unister w zakresie zadania 7 i wykonawcy Apator w zakresie zadania nr 2, 3 i 4 na podstawie art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy Pzp Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby 1) unieważnił: a) czynność przeprowadzenia aukcji elektronicznej oraz czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie Zadań nr 1, 2, 3, 4, 5 i 7 (o ile czynność przeprowadzenia aukcji elektronicznej lub wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie Zadań nr 1,2, 3, 4,5 i 7 została już dokonana); b) czynności zaproszenia wykonawcy UNISTER do udziału w aukcji elektronicznej w zakresie Zadań nr 1,5 i 7; c) czynności zaproszenia wykonawcy Apator do udziału w aukcji elektronicznej w zakresie Zadań nr 2, 3 i 4; 2) dokonał:

d) ponownego badania i oceny złożonych ofert w zakresie Zadań nr 1, 2,3,4,5 i 7; e) czynności odrzucenia oferty wykonawcy UNISTER w zakresie Zadań nr 1,5 i 7; f) czynności odrzucenia oferty wykonawcy Apator w zakresie Zadań nr 2, 3 i 4; g) czynności wykluczenia wykonawcy UNISTER z postępowania w zakresie Zadania nr 7 oraz uznania oferty tego wykonawcy za odrzuconą; h) czynności wykluczenia wykonawcy Apator z postępowania w zakresie Zadań nr 2, 3 i 4 oraz uznania oferty tego wykonawcy za odrzuconą; i) czynności zaproszenia do aukcji elektronicznej oraz jej przeprowadzenia w zakresie Zadań nr 1,5 i 7 z pominięciem wykonawcy UNISTER; j) czynności zaproszenia do aukcji elektronicznej oraz jej przeprowadzenia w zakresie Zadań nr 2,3 i 4 z pominięciem wykonawcy Apator. Z ostrożności oraz tylko i wyłącznie na wypadek uznania, że w istniejących okolicznościach możliwe jest wezwanie wykonawcy UNISTER i wykonawcy Apator w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia wskazanych w uzasadnieniu odwołania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu, aby wezwał wykonawcę UNISTER i wykonawcę Apator do złożenia w wyznaczonym terminie ww. dokumentów, a w razie nie uzupełnienia skutecznie ww. dokumentów, aby dokonał czynności wykluczenia wykonawcy UNISTER z postępowania w zakresie Zadania nr 7 na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp i uznał jego ofertę za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp oraz, aby dokonał czynności wykluczenia wykonawcy Apator z postępowania w zakresie Zadań nr 2, 3 i 4 na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp i uznał jego ofertę za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że niewątpliwie jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia w zakresie Zadań nr 1, 2, 3, 4, 5 i 7. W tym celu Odwołujący złożył ofertę, której treść odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu i ubiega się o udzielenie mu zamówienia w zakresie Zadań nr 1,2,3,4, 5 i 7. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp Odwołujący poniósł szkodę. Gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy Pzp, to dokonałby wszystkich wskazanych powyżej zaniechanych czynności, natomiast nie dokonałby wskazanych powyżej czynności niezgodnych z przepisami ustawy Pzp. W konsekwencji wykonawca UNISTER nie zostałby zaproszony do udziału w aukcji elektronicznej i nie miałby szansy na wybór jego oferty, jako najkorzystniejszej w zakresie Zadań nr 1, 5 i 7. Tak samo wykonawca Apator nie zostałby zaproszony do udziału w aukcji elektronicznej i nie miałby szansy na wybór jego oferty, jako najkorzystniejszej w zakresie Zadań nr 2, 3 i 4. Poprzez dokonanie i zaniechanie ww. czynności Zamawiający doprowadził do sytuacji, w której Odwołujący może utracić szansę na uzyskanie zamówienia w zakresie Zadań nr 1, 2, 3, 4, 5 i 7. Może się bowiem okazać, że w następstwie planowanych aukcji

elektronicznych w zakresie Zadań nr 1, 5 i 7 nastąpi wybór oferty wykonawcy UNISTER, co w konsekwencji narazi Odwołującego na szkodę w postaci utraty zysku jaki Odwołujący zamierzał osiągnąć realizując przedmiotowe zamówienie w zakresie Zadań nr 1, 5 i 7. Tak samo może się okazać, że w następstwie planowanych aukcji elektronicznych w zakresie Zadań nr 2, 3 i 4 nastąpi wybór oferty wykonawcy Apator, co w konsekwencji narazi Odwołującego na szkodę w postaci utraty zysku, jaki Odwołujący zamierzał osiągnąć realizując przedmiotowe zamówienie w zakresie Zadań nr 2,3 i 4. Poprzez dokonanie i zaniechanie ww. czynności Zamawiający doprowadził zatem do sytuacji, w której Odwołujący może utracić szansę na uzyskanie zamówienia w zakresie Zadań nr 1, 2, 3, 4, 5 i 7 oraz na osiągnięcie zysku, który Odwołujący planował osiągnąć w wyniku ich realizacji (lucrum cessans). Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący wskazuje ponadto, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp niewątpliwie może mieć istotny wpływ na wynik postępowania w zakresie Zadań nr 1, 2, 3, 4, 5 i 7, a zatem biorąc pod uwagę art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie. Efektem wskazanych powyżej czynności i zaniechań Zamawiającego może być bowiem uniemożliwienie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty w zakresie Zadań nr 1, 2,3,4,5 i 7, co w istotny sposób wpłynęłoby na wynik postępowania w zakresie Zadań nr 1, 2, 3,4,5 i 7. 7. Odwołujący w dniu 17 listopada 2016 r. otrzymał od Zamawiającego drogą elektroniczną zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej w zakresie Zadań nr 1, 5 i 7. Z zaproszeń tych wynika, że Zamawiający nie odrzucił żadnej ze złożonych ofert ani nie wykluczył żadnego z wykonawców i nie uznał żadnej oferty za odrzuconą. Tym samym przyjąć należało, że Zamawiający zaprosił wykonawcę UN1STER do udziału w aukcji elektronicznej w zakresie Zadań nr 1,5 i 7, uznając, że jego oferta nie podlega odrzuceniu. Ponadto Odwołujący w dniu 18 listopada 2016 r. otrzymał od Zamawiającego drogą elektroniczną zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej w zakresie Zadań nr 2, 3 i 4. Z zaproszeń tych wynika, że Zamawiający nie odrzucił żadnej ze złożonych ofert ani nie wykluczył żadnego z wykonawców i nie uznał żadnej oferty za odrzuconą. Tym samym przyjąć należało, że Zamawiający zaprosił wykonawcę Apator do udziału w aukcji elektronicznej w zakresie Zadań nr 2,3 i 4, uznając, że jego oferta nie podlega odrzuceniu.

W uzasadnieniu zarzutów wskazał na następujące okoliczności:

I. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp - zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy UNISTER w zakresie Zadań nr 1, 5 i 7 oraz oferty wykonawcy Apator w zakresie Zadań nr 2, 3 i 4, stwierdził, co następuje.

1. Oferta wykonawcy Unister w zakresie Zadań nr 1, 5 i 7 i oferta wykonawcy Apator w zakresie Zadań nr 2, 3 i 4 wraz z wyjaśnieniami i uzupełnieniami dotyczącymi ww. ofert nie odpowiada treści SIWZ, a zatem zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp powinny one zostać odrzucone przez Zamawiającego. Za wyrokiem KIO z dnia 7 maja 2014 r., sygn. akt: KIO 796/14, wskazać trzeba, że: „(...) niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy polega albo na niezgodności zobowiązania, które w ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ: ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie, w tym braku wymaganego w SIWZ sposobu potwierdzenia właściwości czy jakości oferowanego świadczenia (np. przez brak przedłożenia tzw. dokumentów przedmiotowych, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp).”

2. Zamawiający odnośnie wszystkich Zadań wskazał w SIWZ (pkt XI), iż: „w celu potwierdzenia; że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym w Załączniku nr 1, Zamawiający wymaga dołączenia do oferty: 1. Wykazu spełnienia istotnych dla Zamawiającego wymagań i parametrów technicznych, zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 2a do SIWZ. 2. Dokumentów wymienionych w części IV. A. załącznika Nr 1 do SIWZ” Z kolei w części IV.A. załącznika Nr 1 do SIWZ Zamawiający odnośnie wszystkich Zadań wskazał: „A. Wymagane dokumenty, które muszą być dołączone do oferty: d) DTR/Instrukcję użytkowania oferowanych stacji potwierdzającą spełnienie wymagań technicznych określonych w Załączniku nr 1 i 2a SIWZ, w tym możliwość zastosowania dodatkowych elementów. Podczas oceny ofert Zamawiający zastrzega sobie prawo wglądu do dokumentacji dopuszczeniowej oferowanych stacji transformatorowych. Jeżeli dołączone w ofercie DTR/Instrukcja użytkowania będzie się różnić od dokumentacji dopuszczeniowej i zmiany nie będą wprowadzone zgodnie z § 113 ust 11, 12 i 13 Prawa geologicznego i górniczego będzie to podstawą do odrzucenia oferty.” Podkreślił, że Zamawiający wymagał załączenia do oferty kompletnej DTR (Dokumentacji Techniczno-Ruchowej) lub kompletnej Instrukcji użytkowania oferowanych stacji. Zamawiający nie dopuścił ani zastąpienia ww. dokumentów innymi dokumentami, ani złożenia wyciągów z ww. dokumentów. Ww. dokumenty miały być złożone w całości, co jest wymaganiem oczywistym i niezakwestionowanym ani przez wykonawcę UNISTER, ani przez wykonawcę Apator. Ponadto ww. dokumenty miały być zgodne z dokumentacją dopuszczeniową oferowanych stacji transformatorowych, przez którą to dokumentację należy rozumieć Dopuszczenia wydawane przez Prezesa Wyższego Urzędu Górniczego, które zgodnie z częścią IV.A. lit. a) załącznika Nr 1 do SIWZ należało również załączyć do oferty.

3. Zgodnie z załącznikiem nr 2a do oferty wykonawca UNISTER zaoferował: w Zadaniu nr 1 stacją IT3SU 1000/6//R/SU/IVUI,4; w Zadaniu nr 5 stacją IT3SU 1000/6//S/P/IIUI,0; i w

Zadaniu nr 7 stacją IT3SU 1000/6/0,5/R/SU/IIUO,4. Do oferty wykonawca załączył kopię Dopuszczeń Prezesa Wyższego Urzędu Górniczego dla zaoferowanych urządzeń. W ww. dopuszczeniach, będących decyzjami administracyjnymi, wskazano, że stacje transformatorowe będą eksploatowane zgodnie z Dokumentacją Techniczno-Ruchową (instrukcją obsługi i bezpieczeństwa) nr UP/DTR/02/13 z lipca 2013 r. wraz z aneksem nr 2.1 ze stycznia 2016 r. Tymczasem wykonawca UNISTER załączył do swojej oferty Dokumentacją Techniczno-Ruchową, Instrukcję obsługi i bezpieczeństwa nr UP/DTR/02/13 z lipca 2013 r., nie załączył natomiast aneksu do ww. Dokumentacji, tj. aneksu nr 2.1 ze stycznia 2016 r. Wykonawca UNISTER załączył ponadto do oferty dokument o nazwie Instrukcja Obsługi i Bezpieczeństwa (zgodnie z UP/DTR/02/13 z lipca 2013 r. wraz z aneksem nr 2.1 ze stycznia 2016 r.). Zamawiający pismem z dnia września 2016r., znak: 72/D/DE/EZP/MZ/6279/2016, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał wykonawcę UNISTER do uzupełnienia w następującym zakresie: „uzupełnić instrukcję obsługi i bezpieczeństwa wymienioną w dopuszczeniu WUG dla oferowanych stacji, tj. UP/DTR/02/13 z lipca 2013 r. wraz z aneksem nr 2.1 ze stycznia 2016 roku”. Wykonawca UNISTER w odpowiedzi na powyższe wezwanie (pismo z dnia 05 października 2016 r.) oświadczył, że: „instrukcja obsługi i bezpieczeństwa zamieszczona jest na stronach 54-146 złożonej oferty w formie: Dokumentacji Techniczno-Ruchowej (Instrukcji obsługi i bezpieczeństwa) nr UP/DTR/02/13 oraz • Instrukcji obsługi i bezpieczeństwa (zgodnie z UP/DTR/02/13 z lipca 2013 oraz z aneksem nr 2.1 ze stycznia 2016). Dokumentacja UP/DTR/02/13 z lipca 2013r. oraz aneks nr 2.1 do dokumentacji UP/DTR/02/13 ze stycznia 2016 r. umożliwia konfigurację różnych typów stacji. Zgodnie z zapisami dokumentacji źródłowej „Instrukcja obsługi i bezpieczeństwa” w aneksie nr 2.1 w celu zachowania przejrzystości dokumentu konkretnego typu stacji transformatorowej szczegółowa Instrukcja obsługi i bezpieczeństwa jest tworzona na bazie dokumentacji UP/DTR/02/13 z lipca 2013 oraz z aneksem nr 2.1 ze stycznia 2016 tworząc tzw. wyciąg z całości dopuszczonej dokumentacji. W ofercie stworzono właśnie wyciąg z w/w dokumentacji w celu wykazania możliwości skonfigurowania ognioszczelnych stacji transformatorowej zgodnie z podanymi typami w ofercie, tj. (...). Zdaniem Odwołującego, z powyższego wynika, że wykonawca UNISTER, wbrew jasnym i precyzyjnym postanowieniom SIWZ oraz wbrew jasnemu i precyzyjnemu wezwaniu do uzupełnienia nie złożył wymaganej w SIWZ kompletnej DTR (Dokumentacji Techniczno-Ruchowej), tj. nie złożył aneksu nr 2.1 do dokumentacji UP/DTR/02/13 ze stycznia 2016r., przedstawiając zamiast niej inny dokument, tj. bliżej nieokreślony wyciąg z całości dopuszczonej dokumentacji. Tymczasem jedynie zapoznanie się z kompletną DTR, wraz z aneksem nr 2.1 do dokumentacji UP/DTR/02/13 ze stycznia 2016r., pozwala na sprawdzenie, czy oferowane stacje faktycznie spełniają wymagania techniczne określone w Załączniku nr 1 i 2a SIWZ, w tym możliwość zastosowania dodatkowych elementów. Postępowanie zarówno wykonawcy UNISTER jak i Zamawiającego



stoi w rażącej sprzeczności z postanowieniami SIWZ, gdzie wyraźnie wskazano, jaki dokument należy przedłożyć, nie przewidując żadnych wyjątków w tym zakresie. Odwołujący za wyrokiem KIO z dnia 6 marca 2013 r., sygn. akt: KIO 386/13, wskazuje, że: specyfikacja istotnych warunków zamówienia, od momentu jej udostępnienia, jest wiążąca dla zamawiającego - jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Jak wskazuje art. 701 § 3 Kodeksu cywilnego jest to zobowiązanie, zgodnie z którym organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty, zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu. Z uwagi na to, że obok ogłoszenia zamawiający konkretyzuje warunki przetargu zarówno odnośnie do zamówienia (umowy), jak i prowadzenia postępowania w specyfikacji, to siwz należy uznać za warunki przetargu w rozumieniu k.c. Udostępnienie siwz jest zatem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w siwz. Zaznaczyć przy tym należy, iż co do zasady, dla oparcia i wyprowadzenia konsekwencji prawnych z norm siwz, jej postanowienia winny być sformułowane w sposób precyzyjny i jasny. Precyzyjne i jasne formułowanie warunków przetargu, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem sine qua non, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców." Co więcej, zgodnie z Dopuszczeniami Prezesa Wyższego Urzędu Górniczego dla urządzeń zaoferowanych przez wykonawcę UNISTER stacje transformatorowe mają być eksploatowane zgodnie z Dokumentacją Techniczno-Ruchowa (instrukcją obsługi i bezpieczeństwa) nr UP/DTR/02/13 z lipca 2013 r. wraz z aneksem nr 2.1 ze stycznia 2016 r. W ww. Dopuszczeniach nie ma żadnej wzmianki na temat możliwości KZP tworzenia wyciągu z całości dopuszczonej dokumentacji, tudzież tworzenia szczegółowej Instrukcji obsługi i bezpieczeństwa na bazie dokumentacji UP/DTR/02/13 z lipca 2013 oraz z aneksem nr 2.1 ze stycznia 2016. Innymi słowy to wyłącznie kom o tętna Dokumentacja Techniczno-Ruchowa (instrukcja obsługi i bezpieczeństwa) nr UP/DTR/02/13 z lipca 2013 r. wraz z aneksem nr 2.1 ze stycznia 2016 r. może być podstawą eksploatacji zaoferowanych urządzeń, dlatego też Zamawiający zażądał i powinien otrzymać od wykonawcy UNISTER kompletną Dokumentację wraz z aneksem nr 2.1 ze stycznia 2016 r. Wskazał także, że bardzo wątpliwe jest, czy faktycznie załączona do oferty wykonawcy UNISTER szczegółowa Instrukcja obsługi i bezpieczeństwa stworzona została na bazie dokumentacji UP/DTR/02/13 z lipca 2013 oraz z aneksem nr 2.1 ze stycznia 2016. Powyższe poddaje w wątpliwość choćby to, że w załączonej do oferty szczegółowej Instrukcji obsługi i bezpieczeństwa posłużono się sformułowaniami użytymi przez Zamawiającego w SIWZ. Trudno uwierzyć, aby w dokumentacji UP/DTR/02/13 z lipca 2013 lub w aneksie nr 2.1 ze stycznia 2016 użyto dokładnie takich samych sformułowań

jak Zamawiający w SIWZ, skoro przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte dopiero w czerwcu 2016 r. Treść załączonej do oferty szczegółowej Instrukcji obsługi i bezpieczeństwa wskazuje, że została ona stworzona wyłącznie na potrzeby niniejszego postępowania i w celu potwierdzenia spełniania wymagań technicznych określonych w Załączniku nr 1 i 2a SIWZ. Za powyższym przemawia również to, że szczegółowa Instrukcja obsługi i bezpieczeństwa dotyczy wyłącznie tych typów stacji transformatorowych, które zaoferował wykonawca UNISTER, a nie żadnych innych. Trudno uwierzyć, że na etapie sporządzania szczegółowej Instrukcji obsługi i bezpieczeństwa wyłącznie ślepy traf spowodował, że objęto nią dokładnie te typy stacji transformatorowych, które zaoferował wykonawca UNISTER, tym bardziej, że typy te są przedmiotem zamówienia w ramach różnych Zadań, tj. nr 1,5, 6 i 7. Zdaniem Odwołującego nie ma już możliwości wezwania wykonawcy UNISTER do uzupełnienia kompletnej Dokumentacji Techniczno-Ruchowej (instrukcji obsługi i bezpieczeństwa) nr UP/DTR/02/13 z lipca 2013 r. wraz z aneksem nr 2.1 ze stycznia 2016 r., gdyż Zamawiający dokonał już takiego wezwania pismem z dnia września 2016 r., znak pisma 72/D/DE/EZP/MZ/6279/2016, Zgodnie natomiast z utrwalonym orzecznictwem KIO wezwanie do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust 3 ustawy Pzp ma charakter jednorazowy.

4. Zgodnie z załącznikiem nr 2a do oferty wykonawca Apator zaoferował: w Zadaniu nr 2 stację IT3SU 1000/6//R/SU/IIUI,0; w Zadaniu nr 3 stację IT3SU 1000/6/1-0,5/R/SU/IVUI,0; i w Zadaniu nr 4 stację IT3SU 1000/6//R/SU/IVUI,0. Do oferty wykonawca Apator załączył kopię Dopuszczeń Prezesa Wyższego Urzędu Górniczego dla zaoferowanych urządzeń. W ww. dopuszczeniach, będących decyzjami administracyjnymi, wskazano, że stacje transformatorowe będą eksploatowane zgodnie z Dokumentacją Techniczno-Ruchowa instrukcja obsługi i bezpieczeństwa) nr UP/DTR/02/13 z lipca 2013 r. wraz z aneksem nr 2.1 ze stycznia 2016 r. Tymczasem wykonawca Apator załączył do swojej oferty Dokumentację Techniczno-Ruchową, Instrukcję obsługi i bezpieczeństwa nr UP/DTR/02/13 z lipca 2013 r., nie załączył natomiast aneksu do ww. Dokumentacji, tj. aneksu nr 2.1 ze stycznia 2016 r. Wykonawca Apator załączył ponadto do oferty dokument o nazwie Instrukcja Obsługi i Bezpieczeństwa (zgodnie z UP/DTR/02/13 z lipca 2013 r. wraz z aneksem nr 2.1 ze stycznia 2016r.). Zamawiający pismem z dnia września 2016r., znak: 72/D/DE/EZP/MZ/6278/2016, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał wykonawcę Apator do uzupełnienia w następującym zakresie: „uzupełnić instrukcję obsługi i bezpieczeństwa wymienioną w dopuszczeniu WUG dla oferowanych stacji, tj. UP/DTR/02/13 z lipca 2013 r. wraz z aneksem nr 2.1 ze stycznia 2016 roku”. Wykonawca Apator w odpowiedzi na powyższe wezwanie oświadczył, że: „instrukcja obsługi i bezpieczeństwa zamieszczona jest na stronach 111-165 oraz 269-295 złożonej oferty w formie: Dokumentacji Techniczno-Ruchowej {Instrukcji obsługi i bezpieczeństwa) nr UP/DTR/02/13; Instrukcji obsługi i bezpieczeństwa (zgodnie z UP/DTR/02/13 z lipca 2013 oraz z aneksem nr 2.1 ze stycznia 2016). Dokumentacja

UP/DTR/02/13 z lipca 2013r. oraz aneks nr 2.1 do dokumentacji UP/DTR/02/13 ze stycznia 2016r. umożliwia konfigurację różnych typów stacji. Zgodnie z zapisami dokumentacji źródłowej „Instrukcja obsługi i bezpieczeństwa” w aneksie nr 2.1 w celu zachowania przejrzystości dokumentu konkretnego typu stacji transformatorowej szczegółowa Instrukcja obsługi i bezpieczeństwa jest tworzona na bazie dokumentacji UP/DTR/02/13 z lipca 2013 oraz z aneksem nr 2.1 ze stycznia 2016 tworząc tzw. wyciąg z całości dopuszczonej dokumentacji. W ofercie stworzono właśnie wyciąg z w/w dokumentacji w celu wykazania możliwości skonfigurowania ognioszczelnych stacji transformatorowej zgodnie z podanymi typami w ofercie, tj. (...).” Reasumując, jak w przypadku analogicznego zarzutu do oferty UNISTER, podkreślił, że wbrew precyzyjnym postanowieniom SIWZ oraz wbrew wezwaniu do uzupełnienia nie złożył wymaganej w SIWZ kompletnej DTR (Dokumentacji Techniczno-Ruchowej), tj. nie złożył aneksu nr 2.1 do dokumentacji UP/DTR/02/13 ze stycznia 2016r., przedstawiając inny dokument, tj. bliżej nieokreślony wyciąg z całości dopuszczonej dokumentacji. Tymczasem jedynie zapoznanie się z kompletną DTR, wraz z aneksem nr 2.1 do dokumentacji UP/DTR/02/13 ze stycznia 2016r., pozwala na sprawdzenie, czy oferowane stacje faktycznie spełniają wymagania techniczne określone w Załączniku nr 1 i 2a SIWZ, w tym możliwość zastosowania dodatkowych elementów. Wskazując również na orzecznictwo oraz art. 701 § 3 Kodeksu cywilnego stwierdził, że postępowanie zarówno wykonawcy Apator jak i Zamawiającego stoi w rażącej sprzeczności z postanowieniami SIWZ, albowiem precyzyjne i jasne formułowanie warunków przetargu, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem sine qua non, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Podkreślił, że zgodnie z Dopuszczeniami Prezesa Wyższego Urzędu Górniczego dla urządzeń zaoferowanych przez wykonawcę Apator stacje transformatorowe mają być eksploatowane zgodnie z Dokumentacją Techniczno-Ruchową instrukcja obsługi i bezpieczeństwa! Nr UP/DTR/02/13 z lipca 2013 r. wraz z aneksem nr 2.1 ze stycznia 2016 r. W ww. Dopuszczeniach nie ma żadnej wzmianki na temat możliwości tworzenia wyciągu z całości dopuszczonej dokumentacji, tudzież tworzenia szczegółowej Instrukcji obsługi i bezpieczeństwa na bazie dokumentacji UP/DTR/02/13 z lipca 2013 oraz z aneksem nr 2.1 ze stycznia 2016. Innymi słowy to wyłącznie kompletna Dokumentacja Techniczno-Ruchowa (instrukcja obsługi i bezpieczeństwa) nr UP/DTR/02/13 z lipca 2013 r. wraz z aneksem nr 2.1 ze stycznia 2016 r. może być podstawą eksploatacji zaoferowanych urządzeń, dlatego też Zamawiający zażądał i powinien otrzymać od wykonawcy Apator kompletną Dokumentację wraz z aneksem nr 2.1 ze stycznia 2016 r. Także zauważył, że bardzo wątpliwe jest, czy faktycznie załączona do oferty wykonawcy Apator szczegółowa Instrukcja obsługi i bezpieczeństwa stworzona została na bazie dokumentacji UP/DTR/02/13 z lipca 2013 oraz z aneksem nr 2.1 ze stycznia 2016. Powyższe poddaje w wątpliwość choćby to, że w załączonej

do oferty szczegółowej Instrukcji obsługi i bezpieczeństwa posłużono się sformułowaniami użytymi przez Zamawiającego w SIWZ. Trudno uwierzyć, aby w dokumentacji UP/DTR/02/13 z lipca 2013 lub w aneksie nr 2.1 ze stycznia 2016 użyto dokładnie takich samych sformułowań jak Zamawiający w SIWZ, skoro przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte dopiero w czerwcu 2016 r. Treść załączonej do oferty szczegółowej Instrukcji obsługi i bezpieczeństwa wskazuje, że została ona stworzona wyłącznie na potrzeby niniejszego postępowania i w celu potwierdzenia spełniania wymagań technicznych określonych w Załączniku nr 1 i 2a SIWZ. Za powyższym przemawia również to, że szczegółowa Instrukcja obsługi i bezpieczeństwa dotyczy wyłącznie tych typów stacji transformatorowych, które zaoferował wykonawca Apator, a nie żadnych innych. Trudno uwierzyć, że na etapie sporządzania szczegółowej Instrukcji obsługi i bezpieczeństwa wyłącznie ślepy traf spowodował, że objęto nią dokładnie te typy stacji transformatorowych, które zaoferował wykonawca Apator, tym bardziej, że typy te są przedmiotem zamówienia w ramach różnych Zadań, tj. nr 2,3 i 4. Odwołujący wskazał również, że nie ma już możliwości wezwania wykonawcy Apator do uzupełnienia kompletnej Dokumentacji Techniczno-Ruchowej {instrukcji obsługi i bezpieczeństwa} nr UP/DTR/02/13 z lipca 2013 r. wraz z aneksem nr 2.1 ze stycznia 2016 r., gdyż Zamawiający dokonał już takiego wezwania pismem z dnia września 2016 r., znak pisma 72/D/DE/EZP/MZ/6278/2016, a wezwanie do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ma charakter jednorazowy. II. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 4 i ust.4 ustawy Pzp wobec wykonawcy UNISTER - zaniechanie przez Zamawiającego czynności wykluczenia wykonawcy UNISTER z postępowania w zakresie Zadania nr 7 oraz uznania tej oferty za odrzuconą w zakresie tego Zadania nr 7 powołał się na postanowienie pkt 1 z rozdziału VII SIWZ zgodnie z którym: o zamówienie mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: 1. posiadania wiedzy i doświadczenia, to znaczy: w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali, a w przypadku świadczeń okresowych iub ciągłych również wykonują, dostawy w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia o wartości brutto nie mniejszej niż odpowiednio dla poszczególnych zadań: zadania nr 1 - 100 000,00 PLN; zadania nr 2 - 400 000,00 PLN; zadania nr 3 - 200 000,00 PLN; zadania nr 4 - 200 000,00 PLN; zadania nr 5 - 200 000,00 PL; zadania nr 6 - 150 000,00 PLN; zadania nr 7 - 600 000,00 PLN; zadania nr 8 - 150000,00 PLN; zadania nr 9 - 150000,00 PLN; zadania nr 10 - 100 000,00 PLN; zadania nr 11 - 50 000,00 PLN brutto; zadania nr 12 - 50 000,00 PLN. Razem dla wykonania całości przedmiotu zamówienia: 2 350 000,00 PLN. Za zakres dostaw niezbędny do wykazania spełnienia warunku Zamawiający uważa dostawy zrealizowane do podziemnych zakładów górniczych w zakresie: stacji transformatorowych o mocy min. 100kVA. stacji kompaktowych (wyłączników wieloodpływowych). W przypadku, gdy Wykonawca składa ofertę na więcej i niż jedno zadanie,

wówczas powinien Wykazać się łącznym doświadczeniem określonym dla tych zadań." Zatem w przypadku ubiegania się o więcej niż jedno Zadanie warunk dotyczący wiedzy i doświadczenia podlegał sumowaniu, przykładowo ubiegając się o zamówienie w Zadaniu nr 1 i 2 trzeba się było wykazać dostawą o łącznej wartości brutto nie mniejszej niż 500 000,00 PLN (w zakresie zadania nr 1 - 100 000,00 PLN, w zakresie zadania nr 2 - 400 000,00 PLN). Ponadto dostawy miały być zrealizowane do podziemnych zakładów górniczych a nie do innych miejsc czy podmiotów. Innymi słowy odbiorcą dostaw miały być podziemne zakłady górnicze. Powyższe jasno i wyraźnie wynika z pkt IX SIWZ - Dokumenty i oświadczenia w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, gdzie Zamawiający wskazał, że: „Zamawiający żąda przedłożenia wraz z ofertą: 1. wykazu wykonanych głównych dostaw oraz załączenia dowodów, że te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie, zgodnie z Załącznikiem nr 3 do SIWZ. Dowodami są: a) poświadczenie wystawione przez odbiorcę tj. podziemny zakład górniczy. b) oświadczenie Wykonawcy - jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, o którym mowa powyżej. W przypadku, gdy zamawiający jest podmiotem, na rzecz którego dostawy wskazane w wykazie dostaw zostały wcześniej wykonane, Wykonawca nie ma obowiązku przedkładania ww. dowodów."

Wykonawca UNISTER złożył ofertą w zakresie Zadania nr 1, 5, 6 i 7, załączając do niej wykaz wykonanych głównych dostaw. Zamawiający pismem z dnia 28 września 2016 r., znak pisma 72/D/DE/EZP/MZ/6279/2016, wezwał wykonawcę UNISTER do wskazania Zadań, których dotyczy załączony wykaz. Wykonawca UNISTER w piśmie z dnia 05 października 2016 r. wyjaśnił, że: a) Pozycja nr 1 na kwotę 479 700,00 - dotyczy zadań nr 1,5,6; b) Pozycja nr 2 na kwotę 658 148,00 - dotyczy zadania nr 7. W ocenie Odwołującego dostawa wskazana w pozycji nr 2 wykazu nie spełnia wymagań SIWZ. W wykazie jasno i wyraźnie wskazano, że odbiorcą ww. dostaw był BARTEC, czyli BARTEC Polska Sp. z o.o., który nie jest podziemnym zakładem górniczym ani takiego zakładu nie prowadzi. Zamawiający dostrzegł powyższe i pismem z dnia 28 września 2016 r., znak pisma 72/D/DE/EZP/MZ/6279/2016, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał wykonawcę UNISTER do uzupełnienia. Zamawiający wskazał w wezwaniu, że: „ponadto przedłożone na str. 34-35 poświadczenie firmy BARTEC Polska Sp. z o.o. z dn. 7.04.2016 wraz z oświadczeniem z dn. 18.07.2016 r. potwierdzające realizację dostaw ognioszczelnych stacji transformatorowych IT3S... do podziemnego zakładu górniczego DEMIR Export Fernas w Turcji i Velenje w Słowenii wskazują, że wystawca referencji był firma pośrednicząca a nie odbiorca sprzętu. Wobec powyższego wzywa się Wykonawcę do uzupełnienia dowodów potwierdzających należyte wykonanie dostaw wystawionych przez odbiorcę tj. podziemne zakłady górnicze." W odpowiedzi na powyższe wykonawca UNISTER w piśmie z dnia 05 października 2016 r. oświadczył, że: „w związku z tym, że dostawy określone w pozycji nr 2 wykazu wykonywanych głównych dostaw

realizowane dla odbiorcy BARTEC Polska Sp. z o.o., który był bezpośrednim dostawcą przedmiotowych stacji dla kopalń w Turcji oraz Słowenii zgodnie z oświadczeniem złożonym na stronie 35 oferty, firma UNISTER PLUS nie dysponuje poświadczeniami powyższych zakładów górniczych." Innymi słowy wykonawca UNISTER przyznał wprost, że nie wykonał dostaw określonych w pozycji nr 2 wykazu do podziemnych zakładów górniczych jak tego wymaga sformułowany w SIWZ warunek, ale na rzecz BARTEC Polska Sp. z o.o. To dopiero BARTEC Polska SD. Z o.o. wykonała dostawy do podziemnych zakładów górniczych DEMIR Export Fernas w Turcji i Velenie w Słowenii. Powyższe wynika również z załączonego do pisma wykonawcy UNISTER z dnia 05 października.2016 r. oświadczenia BARTEC Polska Sp. z o.o, z dnia 05 października 2016 r., w którym BARTEC Polska Sp. z o.o. oświadczyła, że: „(...) firma produkcyjno- usługowo-handlowa „UNISTER PLUS” M. P. dostarczyła firmie BARTEC Polska SD. Z O.O. stacje transformatorowe typu IT3SU.... które zostały dostarczone i zainstalowane w podziemnych zakładach górniczych w Turcji oraz w Słowenii. Szczegółowe dane dotyczące zrealizowanych przez firmę BARTEC dostaw (jak zlecenia, potwierdzenia realizacji) stanowią tajemnicę handlową i nie mogą zostać udostępnione osobom trzecim." W świetle powyższego wykonawca UNISTER nie legitymuje się wymaganym w SIWZ doświadczeniem, gdyż dostaw określonych w pozycji nr 2 wykazu nie sposób uznać za dostawy zrealizowane do podziemnych zakładów górniczych, jak to jest wymagane w SIWZ. Dostawy do podziemnych zakładów górniczych zostały zrealizowane dopiero przez firmę BARTEC Polska Sp. z o.o. Podkreślić trzeba, że Zamawiający wskazał w SIWZ precyzyjnie i jednoznacznie nie tylko, co miało być przedmiotem wymaganych dostaw (stacje transformatorowe o mocy min. 100kVA, stacje kompaktowe), ale również gdzie te dostawy miały być zrealizowane (do podziemnych zakładów górniczych). Wykonawca UNISTER tak opisanego doświadczenia niewątpliwie nie posiada.

2. Wskazał ponadto, że Zamawiający żądał w SIWZ, aby załączone do wykazu poświadczenie wystawione były przez odbiorcę dostaw, tj. podziemny zakład górniczy. Jak to już podniesiono powyżej, BARTEC Polska Sp. z o.o. ani nie jest podziemnym zakładem górniczym, ani takiego zakładu nie prowadzi. Tym samym poświadczenia wystawione przez ww. podmiot nie spełniają wymagań SIWZ. Zamawiający wezwał wykonawcę UNISTER do uzupełnienia w tym zakresie (pismo z dnia 28 września 2016 r., znak pisma 72/D/DE/EZP/MZ/6279/2016). W odpowiedzi wykonawca UNISTER w piśmie z dnia 05 października 2016 r. oświadczył, że: „w związku z tym, że dostawy określone w pozycji nr 2 wykazu wykonywanych głównych dostaw realizowane dla odbiorcy BARTEC Polska Sp. z o.o., który był bezpośrednim dostawcą przedmiotowych stacji dla kopalń w Turcji oraz Słowenii zgodnie z oświadczeniem złożonym na stronie 35 oferty, firma UNISTER PLUS nie dysponuje poświadczeniami powyższych zakładów górniczych. Mając na uwadze powyższe, bariery kulturalno-językowe, pomimo wszystkich starań z naszej strony nie jesteśmy w stanie

dostarczyć dodatkowych dowodów ani ze strony obiorcy finalnego ani też firmy BARTEC Polska gdyż dostawa przedmiotowych stacji była elementem dużego zamówienia a szczegóły realizacji dostawy stanowią tajemnicę handlową stron kontraktu (kopia korespondencji z firmą BARTEC Polska Sp. z o.o. stanowi załącznik nr 1 do niniejszego pisma}. Korzystając z uprawnień wynikających z ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.), a w szczególności z § 1 ust 2 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, zgodnie z pkt IX ppkt l.b) - w załączeniu do niniejszego pisma składamy oświadczenie własne wraz z dowodem w postaci oświadczenia naszego bezpośredniego odbiorcy BARTEC Polska Sp. z o.o., uznając powyższe za wystarczające spełnienia warunku udziału." W świetle SIWZ poświadczenie miało być bezwzględnie wystawione przez odbiorcę tj. podziemny zakład górniczy, a nie przez inny podmiot. Żadna z okoliczności powołanych w piśmie wykonawcy UNISTER nie usprawiedliwia nieprzedłożenia poświadczeń wystawionych przez podziemne zakłady górnicze DEM1R Export Fernas w Turcji i Velenje w Słowenii. W szczególności nie jest żadną przeszkodą to, że bezpośrednim dostawcą stacji dla kopalń w Turcji oraz Słowenii była firma BARTEC Polska Sp. z o.o. (choć dowodzi to niespełniania warunku udziału w postępowaniu, o czym powyżej). Nie ma bowiem żadnych przeszkód, aby wykonawca UNISTER zwrócił się o poświadczenie bezpośrednio do ww. podziemnych zakładów górniczych. Tymczasem z wyjaśnień złożonych przez wykonawcę UNISTER i załączonych do nich dokumentów wynika, że wykonawca UNISTER nawet nie podjął takiej próby. Nie są też żadną przeszkodą bliżej nieokreślone bariery kulturalno-językowe, na które powołał się wykonawca UNISTER. Zarówno Turcja jak i Słowenia są cywilizowanymi krajami, należącymi do zachodniego kręgu kulturowego. Warto przypomnieć, że Słowenia jest członkiem Unii Europejskiej od 1 maja 2004 roku, od 1 stycznia 2007 kraj jest również członkiem strefy euro. Zarówno w Turcji jak i w Słowenii nie brakuje osób władających językami obcymi, zarówno w Turcji jak i w Słowenii funkcjonują polskie konsulaty, wreszcie w Polsce aktywnie działa Polsko-Turecka Izba Gospodarcza z siedzibą w Warszawie oraz Polsko-Bałkańska Izba Handlowa z siedzibą w Warszawie, która wspiera współpracę gospodarczą, przemysłową i naukowo-techniczną między Polską a m.in. Słowenią. Słowem, nie było żadnych przeszkód, aby wykonawca UNISTER skontaktował się z ww. podziemnymi zakładami górniczymi i bezpośrednio od nich uzyskał stosowne poświadczenia. Ponadto poświadczenie od ww. podziemnych zakładów górniczych mogła uzyskać firma BARTEC Polska Sp. z o.o., która wykonała do nich dostawę. Tutaj z kolei nie jest żadnym argumentem powołanie się przez wykonawcę UNISTER i firmę BARTEC Polska Sp, z o.o. na tajemnicę handlową. Pojęcie tajemnicy handlowej w ogóle nie występuje w ustawie Pzp. Jeżeli przez tajemnicę handlową wykonawca UNISTER i firma BARTEC Polska Sp. z o.o. rozumiały natomiast tajemnicę

przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, to w świetle przepisów ustawy Pzp zaistnienie takiej tajemnicy uprawnia jedynie wykonawcę do dokonania stosowanego zastrzeżenia określonych informacji, a nie do nieskładania dokumentu zawierającego tajemnicę przedsiębiorstwa. Trudno zresztą zrozumieć jaką to tajemnicę handlową chronią wykonawca UNISTER i firma BARTEC Polska Sp, z o.o. Przecież poświadczenie ma być jedynie dowodem, że dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Innymi słowy z poświadczenia ma jedynie wynika, że dostawy zostały wykonane należycie, poświadczenie nie musi natomiast zawierać żadnych innych informacji, w szczególności szczegółowego zakresu dostawy, warunków dostawy czy wynagrodzenia dostawcy. W przedmiotowej sprawie nie sposób uznać, że tajemnicą handlową jest informacja o tym, iż firma BARTEC Polska Sp. z o.o. wykonała dostawę ognioszczelnych stacji transformatorowych o mocy 400kVA oraz 1000kVA do podziemnych zakładów górniczych DEMIR Export Fernas w Turcji i Velenje w Słowenii, gdyż ta informacja została ujawniona w ofercie wykonawcy UNISTER i w wyjaśnieniach złożonych przez wykonawcę UNISTER. Co więcej, z załączonych do oferty i wyjaśnień oświadczeń firmy BARTEC Polska Sp. z o.o. wynika, że podmiot ten nie miał nic przeciwko ujawnieniu powyższej informacji, w szczególności w żaden sposób nie zobowiązał wykonawcy UNISTER do zachowania powyższej informacji w tajemnicy. Zdaniem Odwoływającego, niedopuszczalne w okolicznościach niniejszej sprawy było powołanie się przez wykonawcę UNISTER na § 1 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, i zastąpienie wymaganego poświadczenia własnym oświadczeniem. Zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 3 ww. rozporządzenia dowodem w przypadku zamówień na dostawy lub usługi może być oświadczenie wykonawcy, jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, o którym mowa w pkt 1. Tymczasem w przedmiotowej sprawie nie sposób wskazać żadnych uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze, które uniemożliwiałyby wykonawcy UNISTER uzyskanie poświadczenia. W szczególności przyczyny takie nie zostały wskazane w piśmie wykonawcy UNISTER z dnia 05 października 2016 r. i w załączonych do niego dokumentach. Za wyrokiem KIO z dnia 14 listopada 2014 r., sygn. akt: KIO 2243/14 wskazać trzeba, że: „przez przyczyny obiektywne niemożności wystawienia poświadczenia należytego wykonania należy rozumieć sytuacje, gdy podmiot, który jest uprawniony do wystawienia referencji, z przyczyn niezależnych od tego podmiotu nie jest w stanie potwierdzić należytego wykonania usługi (tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku o sygn. akt: KIO 2873/13). W przedmiotowym postępowaniu z taką sytuacją nie mamy do czynienia a wykonawca UNISTER całą swoją aktywność w zakresie uzyskania poświadczeń ograniczył do skierowania jednego pisma (!) do firmy BARTEC Polska Sp. z o.o. Tymczasem z utrwalonego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wynika, że praktyka



zastępowania poświadczeń własnym oświadczeniem wykonawcy musi mieć charakter wyjątkowy: „usankcjonowanie praktyki masowego przedkładania oświadczeń własnych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, bez konieczności wykazywania przez wykonawców uzasadnionych i obiektywnych przyczyn niemożności dostarczenia poświadczenia, doprowadziłoby do daleko idącej patologii. Instytucja listów referencyjnych stałaby się wówczas w praktyce martwa, zaś na zamawiających przerzucono by uciążliwy i czasochłonny obowiązek dociekania, czy wykonawca legitymuje się wymaganą wiedzą i doświadczeniem” (tak: KIO 191/14; KIO 192/14; KIO 200/14; KIO 202/14; KIO 205/14, KIO 2243/14). Podsumowując stwierdził, że wykonawca UNISTER nie wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie Zadania nr 7. Odwołujący wskazuje ponadto, że nie ma możliwości wezwania wykonawcy UNISTER do uzupełnienia w tym zakresie, gdyż Zamawiający dokonał już takiego wezwania pismem z dnia września 2016 r., znak pisma 72/D/DE/EZP/MZ/6279/2016. Zgodnie natomiast z utrwalonym orzecznictwem KIO wezwanie do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ma charakter jednorazowy. Ponadto jak to wykazano powyżej oferta wykonawcy UNISTER podlega odrzuceniu ze względu na niezgodność jej treści z treścią SIWZ. Z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wynika natomiast, że Zamawiający nie może wezwać wykonawcy do uzupełnienia, jeżeli pomimo uzupełnienia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu, a z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie.

II. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp oraz ust.4 w zakresie Zadań nr 2, 3 i 4, a dotyczącego oferty wykonawcy Apator, także powołał się na postanowienie pkt 1 z rozdziału VII i IX SIWZ wskazując, że wykonawca Apator złożył ofertę w zakresie Zadania nr 2, 3 i 4, załączając do niej wykaz wykonanych głównych dostaw. Zamawiający pismem z dnia 28 września 2016 r., znak pisma 72/D/DE/EZP/MZ/6278/2016, wezwał wykonawcę Apator do wskazania Zadań, których dotyczy załączony wykaz. Wykonawca Apator w odpowiedzi na powyższe wezwanie wyjaśnił, że: a) Pozycja nr 1 na kwotę 479 700,00 - dotyczy zadania nr 2; b) Pozycja nr 2 na kwotę 658 148,00 - dotyczy zadania nr 3 i 4. Zaznaczył, że wykonawca Apator w całości opiera się na wiedzy i doświadczeniu udostępnionych mu przez wykonawcę UNISTER na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. W wykazie dostaw złożonym przez wykonawcę Apator wskazano dokładnie te same dostawy, co w wykazie dostaw złożonym przez wykonawcę UNISTER. W pozycji nr 2 wykazu złożonego przez wykonawcę Apator wskazano dostawę wykonaną na rzecz BARTEC, czyli BARTEC Polska Sp. z o.o. Ponadto do wykazu nie załączono poświadczeń wystawionych przez podziemny zakład górniczy. W ocenie Odwołującego dostawa wskazana w pozycji nr 2 wykazu nie spełnia wymagań SIWZ. Powołał się na argumentację podnoszoną w zakresie analogicznego zarzutu skierowanego do oferty UNISTER. Podał ponadto wykonawca Apator, tak samo jak wykonawca UNISTER, został

wezwany przez Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dowodów potwierdzających należyte wykonanie dostaw wykonanych wystawionych przez odbiorcą, tj. podziemne zakłady górnicze (pismo z dnia 28 września 2016 r., znak pisma 72/D/DE/EZP/MZ/6278/2016). Wykonawca Apator na powyższe wezwanie zareagował tak samo jak wykonawca UNISTER, tj. przedstawił dokładnie taką samą argumentację tłumaczącą dlaczego nie jest w stanie uzupełnić poświadczeń wystawionych przez podziemne zakłady górnicze oraz z powołaniem się na § 1 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, złożył zamiast poświadczeń własne oświadczenie. Niedopuszczalność takiego postępowania została szeroko uargumentowana powyżej w pkt II uzasadnienia odwołania. Podkreślił także, że wykonawca Apator w całości opiera się na wiedzy i doświadczeniu udostępnionych mu przez wykonawcę UNISTER na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Innymi słowy, gdyby nie zasoby udostępnione przez wykonawcę UNISTER, to wykonawca Apator nie wykazałby spełniania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia w zakresie Zadań nr 2, 3 i 4. Dalej wskazał, że zgodnie z SIWZ (Rozdział IX, pkt 3): „Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu oraz potencjale technicznym i osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić Zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów (w oryginale lub notarialnie poświadczoną kopii dokumentu) do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia, zgodnie z Załącznikiem nr 6 do SIWZ” Z kolei w Załączniku nr 6 do SIWZ Zamawiający wskazał, że zobowiązanie musi zawierać m.in.: a) zakres udostępnianych zasobów, b) sposób wykorzystania w/w zasobów przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia, c) charakteru stosunku, jaki będzie łączył podmiot oddającego do dyspozycji zasoby z wykonawcą. Do oferty wykonawca Apator załączył zobowiązanie wykonawcy UNISTER do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów (str. 51). Ww. zobowiązanie nie odpowiada wymaganiom SIWZ jak i wymaganiom ustawy Pzp, gdyż brak w nim wskazania zakresu udostępnianych zasobów, ponadto ze zobowiązaniu brak jest nawiązania do uczestnictwa podmiotu udostępniającego zasoby w wykonaniu zamówienia. Zobowiązanie nie zawiera też żadnych konkretnych informacji odnośnie: sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia, charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem. W przypadku sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu w zobowiązaniu ograniczono się do nic niemówiącego wskazania, że: Sposób wykorzystania w/w zasobów przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia to: wykonanie prac zgodnych z załącznikiem nr 2a do SIWZ Natomiast charakter stosunku, jaki

będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem, określono w następujący, zdawkowy sposób: Charakteru stosunku, jaki będzie łączył na» z wykonawcą: umowa techniczno-handlowa. Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał wykonawcę Apator do uzupełnienia zobowiązania (pismo z dnia 28 września 2016 r., znak pisma 72/D/DE/EZP/MZ/6278/2016). Zamawiający wskazał, że: „biorąc pod uwagę, że załączony dokument (str. 51 oferty) „zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia" nie wskazuje, o jakie zasoby wskazane w tym postępowaniu chodzi zamawiający wzywa do jego uzupełnienia w tym zakresie." Wykonawca Apator w odpowiedzi na powyższe wezwanie uzupełnił zobowiązanie wykonawcy UNISTER. Odnośnie uzupełnionego dokumentu wskazał, że ww. zobowiązanie nadal nie zawiera wskazania zakresu udostępnianych zasobów, jak i nadal brak w nim nawiązania do uczestnictwa podmiotu udostępniającego zasoby w wykonaniu zamówienia. Uzupełnione zobowiązanie nadal nie zawiera też żadnych konkretnych informacji odnośnie: sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia, charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem. Co do zakresu udostępnianych zasobów, to w uzupełnionym zobowiązaniu wskazano jedynie, że udostępnione zostają wiedza i doświadczenie, bez żadnego bliższego ich określenia. Takie wskazanie zasobu – jego zdaniem - jest niewystarczające. Powołał się na orzecznictwo KIO [sygn. akt: KIO 2239/13, KIO 2240/13; sygn. akt KIO 326/13; sygn. akt KIO 2036/12], podnosząc, że dotyczy ono podobnie sformułowanego zobowiązania: „oświadczenie podmiotu trzeciego o udostępnieniu zasobów, "aby mogło być uznane za dowód potwierdzający dysponowanie zasobami tego podmiotu musi posiadać stosowną treść, z której będzie wynikało, że podmiot ten zobowiązał się do udostępnienia wykonawcy określonych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, jak i formę pisemną oraz dla swej skuteczności musi zostać złożone przez osobę uprawnioną (osoby uprawnione) do reprezentowania podmiotu trzeciego w powyższym zakresie oraz, że "żadne istotne okoliczności w tym zakresie nie mogą być pozostawione domysłem", a tym samym "zobowiązanie podmiotu trzeciego o udostępnieniu zasobów winno być konkretne, precyzyjne i winno jednoznacznie wskazywać sposób i zakres udostępnienia" oraz, że „na podstawie składanego przez podmiot trzeci zobowiązania zamawiający ma obowiązek zweryfikowania, czy wykonawca, który korzysta z zasobów podmiotu trzeciego jest odpowiedni, tzn. czy spełnia określone kryteria i będzie naprawdę mógł wykorzystać wszelkie wskazane przez niego zasoby przez cały czas wykonywania zamówienia (podobnie wyrok ETS w orzeczeniu C-176/98, Hosta Italia, por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 22 marca 2012 r., sygn. akt KIO 466/12) oraz, że [sygn. akt KO 160/12] "Dysponowanie (...) zasobami musi być jednoznaczne i nie może wynikać z dedukcji czy domysłów zamawiającego, co do tego czy podmiot, który przedstawia zobowiązanie innego podmiotu do udzielenia odpowiedniego zasobu

rzeczywiście nim dysponuje, a także w jakim zakresie nastąpiło udzielenie potencjału innego podmiotu. Jeśli złożone wraz z ofertą zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy odpowiedniego zasobu wymaga podjęcia zabiegów interpretacyjnych w celu ustalenia jego treści w tym zakresie udostępnienia zasobu, to nie sposób uznać za udowodnione jego udostępnienie". Zdaniem Odwoływającego „Równie istotną wadliwością uzupełnionego zobowiązania jest to, że nie wskazuje ono w jaki sposób ma nastąpić udostępnienie wiedzy i doświadczenia przez wykonawcę UNISTER. Zobowiązanie nie zawiera żadnych konkretnych informacji w tym zakresie i w żadnym wypadku nie może być uznane za dowód, iż wykonawca Apator faktycznie będzie dysponować zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Z treści zobowiązania nie wynika również, że podmiot udostępniający zasoby będzie w jakikolwiek sposób zaangażowany w wykonanie zamówienia, choćby poprzez udzielenie konsultacji czy doradztwa. Samo wskazanie w zobowiązaniu, iż udostępniane są wiedza i doświadczenie, jest niewystarczające i nie dowodzi rzeczywistego udostępnienia ww. zasobów”. Podkreślił, że zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp z postępowania wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Konstrukcja powyższego przepisu jest oczywista - to wykonawca ma wykazać, poprzez złożenie wskazanych przez Zamawiającego oświadczeń i dokumentów, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, a jeżeli tego nie uczyni, to podlega wykluczeniu z postępowania. W świetle - ustawy Pzp nie ma zatem żadnego domniemania spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców. Za wyrokiem z dnia 25 października 2012 r., sygn. akt: KIO 2220/12, wskazał, że ciężar udowodnienia spełniania warunków udziału w postępowaniu obciąża wykonawcę. Powinien on - na podstawie dokumentów wymaganych przez Zamawiającego w SIWZ oraz ewentualnie korzystając z instytucji opisanej w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp - spełnianie warunków wykazać. Zamawiający nie jest uprawniony na etapie badania i oceny ofert do liberalizowania czy odstępowania od ustalonych przez siebie wymagań, które nie zostały podważone przez wykonawców w drodze dostępnych im środków. Takie działanie należy zakwalifikować, jako niedopuszczalne i uchybiające art. 7 ust. 1 ustawy Pzp." Wskazał na wyrok KIO 2722/12, KIO 2723/12, KIO 2724/12, KIO 2725/12 i podkreślił, że nie ma przy tym znaczenia, czy obiektywnie dany wykonawca spełnia postawiony przez Zamawiającego warunek, jeżeli tego nie wykazał w wymagany przez Zamawiającego sposób. Odnosząc powyższe do niniejszej sprawy Odwoływający stwierdza, że wykonawca UNISTER, jak i wykonawca Apator, nie wykazali spełniania postawionego warunku udziału w postępowaniu w wymagany przez Zamawiającego sposób, tj. poprzez złożenie dokumentów wymaganych w SIWZ.

III. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 91b ust. 1 tej ustawy stwierdził, że zgodnie z art. 91b ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający zaprasza drogą elektroniczną do udziału w aukcji elektronicznej wszystkich wykonawców, którzy złożyli

oferty niepodlegające odrzuceniu. Jak wynika ze wskazanych powyżej okoliczności, Zamawiający zaprosił do udziału w planowanej aukcji elektronicznej wykonawcę UNISTER i wykonawcę Apator, pomimo że w wykonawcy złożyli oferty podlegającą odrzuceniu, względnie które winny zostać uznane za odrzucone.

IV. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp podkreślił, że stawia ten zarzut jedynie z ostrożności i wyłącznie na wypadek gdyby Izba uznała, że w istniejących okolicznościach faktycznych wezwanie wykonawcy UNISTER i wykonawcy Apator do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jest jednak dopuszczalne. Jednocześnie stwierdził, że oferta wykonawcy UNISTER jak i oferta wykonawcy Apator podlega odrzuceniu z powodu niezgodności z treścią SIWZ. Z tych względów nie jest możliwe wezwanie wykonawcy UNISTER i wykonawcy Apator do uzupełnienia dokumentów podmiotowych w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie bowiem z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający nie może wezwać wykonawcy do uzupełnienia ww. dokumentów, jeżeli mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu, a tak jest właśnie w przypadku oferty wykonawcy UNISTER jak i oferty wykonawcy Apator. Dlatego jedynie z ostrożności Odwołujący wskazuje, że Zamawiający powinien wezwać: a) wykonawcę UNISTER do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia w zakresie Zadania nr 7, gdyż wykonawca UNISTER nie wykazał spełniania tego warunku, co zostało wykazane powyżej, b) wykonawcę Apator do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia w zakresie Zadań nr 2, 3 i 4, gdyż wykonawca Apator nie wykazał spełniania tego warunku, co zostało wykazane powyżej.

Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego przystąpili: wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe Martech Plus M. M. Spółka Jawna, z Rudy Śląskiej oraz wykonawca Przedsiębiorstwo Kompletacji i Montażu Systemów Automatyki "CARBOAUTOMATYKA" S.A. z Tych, wnosząc o uwzględnienie odwołania, a po stronie Zamawiającego - Firma Produkcyjno Usługowo-Handlowa "UNISTER PLUS" M. P. z Łukowa Śląskiego, wnosząc o oddalenie odwołania.

## **Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwołanie podlega uwzględnieniu.

W przedmiotowym odwołaniu zarzuty podniesiono w odniesieniu do oferty wykonawcy - Firmy Produkcyjno- Usługowo-Handlowej "UNISTER PLUS" M. P. z Łukowa Śląskiego [wykonawca Unister Plus] w zakresie zadania nr nr: 1,5 i 7 oraz do oferty wykonawcy Apator Mining sp. z o.o. z Katowic [wykonawca Apatar] w zakresie zadania nr nr: 2, 3 i 4 zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia tych ofert w zaskarżonym zakresie oraz zarzut naruszenia art. 24 ust.2 pkt 4 i usta.4 ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie wykluczenia tych wykonawców z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Rozpoznając te zarzuty Izba miała na uwadze postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia [SIWZ] oraz treść złożonych ofert tych wykonawców, a także wezwania o złożenia wyjaśnień [pisma z dnia 28.09.2016 r.] kierowane do wymienionych wykonawców oraz udzielone przez nich wyjaśnienia i złożone dokumenty.

Pierwszy z zarzutów dotyczył nie spełnienia przez wykonawców wymagań określonych w części IV.A. pod lit. d) załącznika Nr 1 do SIWZ. W tym postanowieniu Zamawiający [odnośnie wszystkich Zadań] wskazał, że: „A. Wymagane dokumenty, które muszą być dołączone do oferty; (...) d) DTR/ Instrukcję użytkowania oferowanych stacji, potwierdzającą spełnienie wymagań technicznych określonych w Załączniku nr 1 i 2a SIWZ, w tym możliwość zastosowania dodatkowych elementów. Podczas oceny ofert Zamawiający zastrzega sobie prawo wglądu do dokumentacji dopuszczeniowej oferowanych stacji transformatorowych. Jeżeli dołączone w ofercie DTR/ Instrukcja użytkowania będzie się różnić od dokumentacji dopuszczeniowej i zmiany nie będą wprowadzone zgodnie z § 113 ust. 11, 12 i 13 Prawa geologicznego i górniczego będzie to podstawą do odrzucenia oferty.”

Izba uznała, że wskazany powyżej zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Z uwagi na postanowienie specyfikacji, tylko w odniesieniu do Dokumentacji Techniczno-Ruchowej można zgodzić się, że wymagana DTR to część dokumentacji dopuszczeniowej. Takiego wniosku nie można postawić w stosunku do drugiej możliwej do przedłożenia dokumentacji, a mianowicie Instrukcji. Zamawiający w opisie posłużył się bowiem oznaczeniem dla tej Instrukcji, jako „Instrukcja użytkowania oferowanej stacji”, a nie jak podnosił Odwołujący, wskazując na decyzje Prezesa WUG – „Instrukcja obsługi i bezpieczeństwa”. Izba stwierdza

także, że Odwołujący nie wykazywał w toku rozprawy różnic w tej Instrukcji w stosunku do dokumentacji dopuszczeniowej, co mogłoby uzasadniać nakazanie Zamawiającemu skorzystanie z uprawnień zastrzeżonych dla niego w zakresie części IV. A. lit. d) załącznika Nr 1 do specyfikacji. Izba zwraca uwagę, że to na Odwołującym, podobnie na Przystępujących po jego stronie wykonawców, spoczywał w tej sprawie – zgodnie z regułą wynikającą z art. 190 ust.1 ustawy Pzp - ciężar dowodu, albowiem wskazani domagali się na tej podstawie faktycznej i w oparciu o przepis art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, odrzucenia ofert wskazanych wykonawców. Izba dodatkowo stwierdza, że ukośnik, jako znak pisarski mający postać ukośnej kreski [/] - prawy ukośnik] w przypadku wyrazów oznacza słowo „lub”. Wykonawca udzielając wyjaśnień odniósł się do dokumentu zamieszczonego na stronach 56-146. Pierwszy z dokumentów to DTR [str 56-73], a drugi to właśnie – dopuszczona wskazanym postanowieniem [alternatywnie] Instrukcja użytkowania oferowanej stacji – aczkolwiek oznaczona – wbrew zawartości dokumentu, jako Instrukcja obsługi i bezpieczeństwa. Tym samym Odwołujący nie może domagać się – bez względu na jego racje – do zobowiązania wykonawców przedłożenia aneksu nr 2.1 do dokumentacji UP/DTR/02/13 ze stycznia 2016 r. Także nie ma podstaw, aby kwestionować przedłożoną Instrukcję z uwagi na jej postanowienia analogiczne, jak użyte przez Zamawiającego w pkt III ust. 11 Załącznika nr 1 do SIWZ utworzoną na bazie dokumentacji UP/DTR/02/13 z lipca 2013 oraz aneksu nr 2.1 ze stycznia 2016 i określaną, jako „wyciąg z całości dopuszczonej dokumentacji”.

Zasadny jest natomiast drugi z zarzutów, a dotyczący braku potwierdzenia wymagania z rozdziału VII pkt 1 specyfikacji w związku z rozdziałem IX pkt 1 SIWZ. Zgodnie z tym wymaganiem wykonawcy w zakresie każdego z zadań – stosownie do podanych w tym punkcie wartości - zobowiązani byli potwierdzić realizację dostaw w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia [o wartości brutto wymaganej]. W tym punkcie Zamawiający podał także, że „Za zakres dostaw niezbędny do wykazania spełnienia warunku Zamawiający uważa dostawy zrealizowane do podziemnych zakładów górniczych w zakresie: stacji transformatorowych o mocy min. 100kVA, stacji kompaktowych (wyłączników wieloodpływowych). Celem potwierdzenia spełnienia tego warunku Zamawiający w części IX ust. 1 SIWZ żądał (...) przedłożenia wraz z ofertą wykazu wykonanych głównych dostaw oraz załączenia dowodów, że te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie, zgodnie z Załącznikiem nr 3 do SIWZ. Dowodami są: a) poświadczenie wystawione przez odbiorcę tj. podziemny zakład górniczy, b) oświadczenie Wykonawcy - jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, o którym mowa powyżej”. Dla potrzeb tego postępowania, w związku z możliwością posłużenia się zasobami podmiotu trzeciego, o której stanowi art. 26 ust.2b ustawy Pzp - Zamawiający opracował także w załączniku nr 6 do siwz formularz „Zobowiązanie do oddania do dyspozycji

niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia”, a w opisie przypisów użytych w jego treści wskazano: w pierwszym przypisie: 1. Zakres udostępnianych zasobów niezbędnych do potwierdzenia spełniania warunku • Wiedza i doświadczenie • osoby zdolne do wykonania zamówienia (imię i nazwisko, funkcja lub zakres wykonywanych czynności • zdolności finansowe i ekonomiczne. Z kolei w drugim, [„Sposób wykorzystania w/w zasobów przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia:”] podano: 2. np. podwykonawstwo, konsultacje, doradztwo. W sytuacji, gdy przedmiotem udostępnienia są zasoby nierozdzielnie związane z podmiotem ich udzielającym niemożliwe do samodzielnego obrotu i dalszego udzielenia ich bez zaangażowania tego podmiotu w wykonanie zamówienia, taki dokument powinien zawierać wyraźne nawiązanie do uczestnictwa tego podmiotu w wykonaniu zamówienia. W trzecim z kolei przypisie [„Charakteru stosunku, jaki będzie łączył nas z wykonawcą:”] podano „3. np. umowa cywilno-prawna, umowa o współpracy”.

Pierwszy z wykonawców, Unister Plus, celem potwierdzenia, że spełnia wskazany warunek przedstawił na str 32 oferty wymagany Wykaz wykonanych głównych dostaw obejmujący dwie pozycje, w drugiej z nich [sporna] jako odbiorcę dostaw – wskazano firmę Bartec Polska sp. z o.o. z Tych, również wystawcę referencji. W tych referencjach [str 34] podano, że firma Unister Plus świadczyła należycie usługi dostawy stacji transformatorowych wraz z komponentami na łączną kwotę przewyższającą 750 tys. zł. Drugi z wykonawców, Apator taki Wykaz przedstawił na str 44 oferty obejmujący także dwie pozycje. W drugiej z nich [spornej], jako odbiorcę dostaw – wskazano także firmę Bartec Polska sp. z o.o. z Tych, również wystawcę referencji. Ten dokument referencyjny to ten sam dokument, którym legitymował się Unister Plus w jego ofercie. W tym przypadku wskazano także [w obu pozycjach], że wykonawca będzie korzystał – na zasadach art. 26 ust.2b Pzp – z zasobów podmiotu wykonującego dostawę, a mianowicie Unister Plus. W formularzu Wykazu [w kol. 6] w jego tytule było zaznaczone, że mają one służyć do wykazania spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia. W ofercie tego wykonawcy na stronie 51 zamieszczono także zobowiązanie z datą 1.08.2016 r. do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, wystawione przez Unister Plus. W tym zobowiązaniu wiersz o treści: do dyspozycji niezbędne zasoby' nie został wypełniony, wskazano tylko na trzy pozycje i opisano w tych pozycjach stacje transformatorowe], jako zakres udostępnionych zasobów. Z kolei w wierszu oznaczonym jako „Sposób wykorzystania w/w zasobów przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia to ”: wpisano wykonanie prac zgodnych z załącznikiem nr 2a do SIWZ i wskazano, Zadanie 2, Zadanie 3, Zadanie 4. Z kolei w wierszu cyt. „Charakteru stosunku, jaki będzie łączył nas z wykonawcą”’: podano „umowa techniczno-handlowa”. Obaj wykonawcy w piśmie z dnia 28.09.2016 r. w zakresie wskazanego wymagania zostali wezwani do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust.3 i 4 Pzp. Pierwszy



z nich Unister Plus został zobowiązany – w zaskarżonym zakresie - do uzupełnienia dowodów potwierdzających należyte wykonanie dostaw wystawionych przez odbiorcę tj. podziemne zakłady górnicze. W tym przypadku Zamawiający wskazał, że (...) przedłożone na str. 34-35 poświadczenie firmy BARTEC Polska Sp. z o.o. z 7.04.2016 r. wraz z oświadczeniem z dn. 18.07.2016 r. potwierdzające realizację dostaw ognioszczelnych stacji transformatorowych IT3S... do podziemnego zakładu górniczego DEMIR Export Fernas w Turcji i Velenje w Słowenii wskazują, że wystawca referencji była firma pośrednicząca a nie odbiorca sprzętu”. Drugi z kolei z wykonawców – Apator – podobnie w wezwaniu - został zobowiązany do uzupełnienia dowodów potwierdzających należyte wykonanie dostaw wystawionych przez odbiorcę tj. podziemne zakłady górnicze. W zakresie tej oferty decyzję, co do jej uzupełnienia oparto na analogicznych argumentach, jak w przypadku oferty Unister Plus, albowiem ten wykonawca – w związku z art. 26 ust.2b Pzp - przedłożył na str 42 - 43 kserokopie tych samych dokumentów. Ponadto wykonawca Apator został zobowiązany – w tym wezwaniu - do uzupełnienia dokumentu ze str 51 oferty ["zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia"] i określenia, o jakie zasoby wskazane w postępowaniu chodzi. Wykonawca Unister Plus w odpowiedzi na to wezwanie podał [pkt 2 pisma], że w związku z tym, że dostawy określone w pozycji nr 2 wykazu wykonywanych głównych dostaw realizowane dla odbiorcy Bartec Polska Sp. z o.o., który był bezpośrednim dostawcą przedmiotowych stacji dla kopalń w Turcji oraz Słowenii zgodnie z oświadczeniem złożonym na stronie 35 oferty, firma Unister Plus nie dysponuje poświadczeniami tych zakładów górniczych. Mając na uwadze powyższe, bariery kulturalno-językowe, pomimo wszelkich starań ze strony firmy Unister Plus nie jesteśmy w stanie dostarczyć dodatkowych dowodów ani ze strony odbiorcy finalnego ani też firmy Bartec Polska sp. z o.o., gdyż dostawa przedmiotowych stacji była elementem dużego zamówienia a szczegóły realizacji dostawy stanowią tajemnice, handlową stron kontraktu (kopia korespondencji z firmą BARTEC Polska Sp. z o.o. stanowi załącznik nr 1 do niniejszego pisma)". Dalej podał, że korzystając z uprawnień wynikających z ustawy Prawo zamówień publicznych, a w szczególności §1 ust.2 pkt 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, zgodnie z pkt IX ppkt 1.b) - w załączeniu do niniejszego pisma składa oświadczenie własne wraz z dowodem w postaci oświadczenia jego bezpośredniego odbiorcy BARTEC Polska Sp. z o.o., uznając powyższe za wystarczające dla spełnienia warunku udziału. W powołanym oświadczeniu firma Bartec potwierdziła zarówno dostawy, jak i fakt objęcia szczegółowych danych dotyczących zrealizowanych przez firmę Bartec dostaw, jako tajemnica handlowa, które nie mogą być udostępniane osobom trzecim. Analogiczne wyjaśnienie w tym zakresie złożyła firma Apator i przedłożyła takie same załączniki. Odnośnie załącznika nr 6 przedłożyła formularz zobowiązania opatrzony datą 5.10.2016 r. a w opisie

oświadczenia wg wymaganego przypisu pierwszego podano: „Wiedza i doświadczenie oraz Potencjał techniczny”. Opisy odnoszące się do przypisu drugiego i trzeciego, których nie dotyczyło wezwanie, pozostawiono bez zmian.

Izba przede wszystkim stwierdza, że w świetle postanowień specyfikacji, jej punktem 1 z rozdziału VII w związku z punktem 1 z rozdziału IX pkt 1 dostawy miały być zrealizowane do [a nie dla] podziemnych zakładów górniczych i poświadczenie – jak słusznie podnosił Odwołujący - miało być bezwzględnie wystawione przez odbiorcę tj. podziemny zakład górniczy, a nie przez inny podmiot. Pomimo wezwania wykonawca Unister Plus nie udowodnił, że dostawy zrealizowane zostały przez firmę Bartec do odbiorców finalnych - podziemnych zakładów górniczych, w których pracują wykazane stacje, a także nie uzupełnił, jak wymagała specyfikacja, dowodów potwierdzających ten fakt [wystawionych przez odbiorcę - podziemny zakład górniczy]. Spółka Bartec bez wątplenia nie jest podziemnym zakładem górniczym. Nie udowodniono także, że ta firma była bezpośrednim dostawcą do wskazanych w oświadczeniach kopalń. W stanie faktycznym sprawy, można domniemywać, że był to jeden z pośredników. Na powyższe wskazują okoliczności dotyczące oferty wykonawcy Bartec, także uczestnika tego postępowania. Zamawiający, wskazując na postanowienie SIWZ [cz. VII pkt 1 zdanie 2 oraz część IX ust.1] uzasadnił bowiem wykluczenie wykonawcy BARTEC POLSKA Sp. z o.o. z tego postępowania tym, że wykonawca ten, celem potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym w SIWZ, dołączył do oferty Wykaz wykonanych głównych dostaw wraz z dokumentami potwierdzającymi, że te dostawy zostały wykonane należycie, przy czym przedłożone poświadczenia [firmy ENKA sp. jawna dotyczące wykonywania usług związanych z dostawą stacji MSL-1203 z soft startem do kopalń krajów WNP oraz firmy Linter Mining Sp. z o.o. dotyczące dostawy stacji MSL-1203 do zasilania przenośnika taśmowego] wskazują, że firmy te były firmami pośredniczącymi, a nie odbiorcami sprzętu oraz, że pomimo wezwania, wykonawca ten nie wskazał odbiorców finalnych - podziemnych zakładów górniczych, w których pracują wykazane stacje i nie uzupełnił dowodów potwierdzających ten fakt wystawionych przez odbiorcę - podziemny zakład górniczy. Ustalenie w zakresie wykonawcy Unister Plus odnosi się także do wykonawcy Apator, gdyż wykonawca ten w całości opierał się na wiedzy i doświadczeniu udostępnionych przez wykonawcę Unister na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp i w Wykazie dostaw złożonym przez wykonawcę Apator wskazano te same dostawy, co w Wykazie dostaw złożonym przez wykonawcę Unister i podobnie nie przedstawił, także na wezwanie, dokumentów referencyjnych od odbiorców – podziemnych zakładów górniczych. Izba podkreśla, że Zamawiający nie jest uprawniony na etapie badania i oceny ofert do liberalizowania, czy odstępowania od ustalonych przez siebie wymagań, które nie zostały podważone przez wykonawców w drodze dostępnych im środków. Takie działanie byłoby

niedopuszczalne, uchybiające zasadom uczciwej konkurencji i równego traktowania, wynikającym z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Wobec tych ustaleń Izba stwierdza, że w ofertach, wykonawca Unister Plus co do zadania nr 7, a wykonawca Apator co do zadań nr nr 2, 3 i 4 nie potwierdzili warunku z punktu 1 rozdziału VII specyfikacji i z tego względu w takim zakresie podlegają wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy Pzp, a oferty także w takim zakresie podlegają odrzuceniu na podstawie art. 24 ust.4 ustawy Pzp, co powoduje konieczność unieważnienia dotychczas podjętych czynności w zakresie wskazanych zadań.

Odnosnie treści zobowiązania przedłożonego w ofercie przez wykonawcę Apator w załączniku nr 6 oraz zmian przedstawionych na formularzu także według tego załącznika, Izba stwierdza, że zarówno jego treść, jak i wprowadzone zmiany nie odpowiadają wymaganiom specyfikacji, w tym wymaganiom tego formularza. Zamawiający w opisach przypisów, zamieszczonych w jego treści, jednoznacznie wskazał, jakich informacji wymaga w tym formularzu. Po jego uzupełnieniu [na wezwanie z dnia 28.09.2016 r.] dalej nie wiadomo, w jaki sposób będzie następowało dysponowanie udostępnionymi zasobami. W oświadczeniu, co do sposobu wykorzystania przez wykonawcę Apator przy wykonywaniu zamówienia zasobów udostępnionych przez Unister Plus, lakonicznie wskazano na załącznik nr 2a do specyfikacji, w którym to załączniku dla każdej stacji określono tylko wymagania techniczne, a nie wymagany do wykonania zakres prac. Z tego powodu nie można wnosić, że Unister Plus, jako producent – co wywodził na rozprawie Zamawiający – wyprodukuje, będące przedmiotem dostawy stacje transformatorowe, a Apator zajmie się ich dostawą sensu stricto. Izba zwraca uwagę, że to zamówienie nie jest skierowane do producentów stacji, a w opisie wymagano podania przykładowo, do czego konkretnie powinien zobowiązać się podmiot udostępniający zasoby. Przykładowo wskazano na podwykonawstwo, doradztwo, konsultacji, zaznaczając jednocześnie, że w przypadku udostępnienia zasobu nierozzerwalnie związanego z udzielającym je podmiotem, co ma miejsce w tej sprawie, dokument powinien nawiązywać wyraźnie do uczestnictwa tego podmiotu w wykonaniu zamówienia. Izba zwraca uwagę, że zasób wiedzy i doświadczenia ewentualnie i hipotetycznie możliwy byłby do zinterpretowania z uwagi na treść Wykazu dostaw [załącznik nr 4], ale udostępnianego potencjału technicznego takiej interpretacji poddać nie można. Zamawiający, w tym zakresie, w objaśnieniach podał, że oczekuje wskazania rodzaju, nazwy i modelu, a w tym zakresie wskazano z jakiegoś powodu na stacje transformatorowe, których dotyczy przedmiot dostawy. Izba za orzecznictwem wskazuje, że dysponowanie zasobami podmiotu trzeciego nie powinno być pozostawiona domysłem. Musi być jednoznaczne, co do tego czy podmiot, który powołuje się na takie udostępnienie zasobu rzeczywiście będzie tym zasobem dysponował, a także w jakim

zakresie nastąpiło jego udostępnienie. Zdaniem Izby, jeżeli złożone zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy odpowiedniego zasobu wymaga podjęcia zabiegów interpretacyjnych w celu ustalenia jego treści, w tym w zakresie wskazanym powyżej, to nie sposób uznać za udowodnione jego udostępnienie. Reasumując Izba stwierdza, że w rozpoznawanej sprawie oświadczenia złożone w ofercie wykonawcy Apator nie potwierdzają realnego oddania do dyspozycji potencjału innego podmiotu, nie pozwalają bowiem ustalić, w jaki sposób nastąpi jego udostępnienie i w jakim zakresie. Jednocześnie Izba stwierdza, że powyższe mogłyby podlegać dalszym wyjaśnieniom, albowiem jak wskazano wezwaniem z 28.09.2016 r. nie dotyczyło tych kwestii. Jednakże w tej sprawie Izba z urzędu zobowiązana była uwzględnić odpowiednio dyrektywę z art. 192 ust.2 ustawy Pzp, zgodnie z którą podlega uwzględnieniu tylko taki zarzut, który miał lub może mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W tym przypadku Izba za kluczowy uznała zarzut naruszenia art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy Pzp, który powoduje wykluczenie wykonawcy z postępowania. Z tego względu Izba nie nakazywała w tym zakresie zastosowania procedury z art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego (pkt 2) orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....