

WYROK
z dnia 21 lipca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska - Maziarz

Członkowie: Małgorzata Rakowska

Ewa Jankowska

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **16 lipca 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Petek i Wspólnicy Adam Korbel Sp. j., ul. Dąbrowskiego 2, 41-800 Zabrze** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Katowicki Holding Węglowy S.A., ul. Damrota 16-18, 40-022 Katowice** protestu z dnia **3 czerwca 2009 r.**

przy udziale **WOLFRAM Sp. z o.o., ul. Grzegórzecka 69, 31-559 Kraków** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża **Katowicki Holding Węglowy S.A., ul. Damrota 16-18, 40-022 Katowice** i nakazuje:
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Petek i Wspólnicy Adam Korbel Sp. j., ul. Dąbrowskiego 2, 41-800 Zabrze,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 388 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy trzysta osiemdziesiąt osiem złotych zero groszy) przez **Katowicki Holding Węglowy S.A., ul. Damrota 16-18, 40-022 Katowice** na rzecz **Petek i Wspólnicy Adam Korbel Sp. j., ul. Dąbrowskiego 2, 41-800 Zabrze**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na posiedzenie Izby,

- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Petek i Wspólnicy Adam Korbel Sp. j., ul. Dąbrowskiego 2, 41-800 Zabrze**.

U z a s a d n i e n i e

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym przez zamawiającego - Katowicki Holding Węglowy S.A., na dostawę silników prądu zmiennego w okresie 24 miesięcy od dnia zawarcia umowy do Katowickiego Holdingu Węglowego S.A. (nr sprawy ZP/EZ/11/2009) wykonawca - Petek i Wspólnicy Adam Korbel Sp.j., zwany dalej protestującym lub odwołującym, złożył protest wobec decyzji zamawiającego o ponownym wyborze oferty Wolfram Sp. z o.o. (dalej także Wolfram) jako najkorzystniejszej w zakresie części I/II i I/III i równoczesnego zaniechania przez czynności, do których był zobowiązany na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), dalej zwanej ustawą Pzp, tj. wykluczenia i odrzucenia w zakresie części I/II i I/III oferty Wolfram.

Protestujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 183 ust. 5, poprzez jego niezastosowanie i nie dokonanie w sposób prawidłowy czynności zaniechanej, tj. wykluczenia i odrzucenia oferty Wolfram oraz nie dokonania unieważnienia postępowania w zakresie zadania I/II zgodnie z rozstrzygnięciem protestu,
2. art. 183 ust. 5, poprzez jego niezastosowanie i nie dokonanie w sposób prawidłowy czynności zaniechanej, tj. wykluczenia i odrzucenia oferty Wolfram oraz wyboru oferty protestującego w zakresie zadania I/III zgodnie z rozstrzygnięciem protestu,

3. art. 7 ust. 1 i 3, poprzez ich niezastosowanie i w konsekwencji dokonanie w sposób nieprawidłowy ponownego badania i oceny ofert i ponownego wyboru Wolfram w zakresie wykonania części I/II i I/III w sposób sprzeczny z przepisami ustawy Pzp oraz zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
4. art. 26 ust. 3, poprzez jego zastosowanie i w konsekwencji ponowne wystąpienie do Wolfram o uzupełnienie załączonych do oferty dokumentów,
5. art. 24 ust. 2 pkt 4, poprzez jego niezastosowanie, a przez to błędne przyjęcie, że Wolfram:
 - wraz z przedłużeniem w dniu 14 stycznia 2009 r. terminu związania ofertą jednocześnie wniósł wadium na przedłużony okres związania ofertą,
 - wyraził zgodę na dalsze przedłużenie terminu związania ofertą przed upływem w dniu 24 marca 2009 r. terminu związania ofertą,
6. art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3, poprzez ich niezastosowanie, a przez to błędne przyjęcie, że Wolfram legitymuje się wiedzą i doświadczeniem oraz środkami finansowymi w zakresie wymaganym w SIWZ, jak również błędne przyjęcie, iż Wolfram złożył odpowiednie dokumenty potwierdzające nabyte doświadczenie i posiadaną zdolność kredytową lub środki finansowe,
7. art. 89 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 24 ust. 4, poprzez ich niezastosowanie i w konsekwencji nieodrzućenie oferty Wolfram pomimo tego, że została ona złożona przez podmiot podlegający wykluczeniu z postępowania,
8. art. 89 ust. 1 pkt 2, poprzez jego niezastosowanie i w konsekwencji nieodrzućenie oferty Wolfram i co się z tym wiąże uznanie, iż oferta złożona przez Wolfram odpowiada treści SIWZ,
9. art. 89 ust. 1 pkt 1, poprzez jego niezastosowanie i w konsekwencji nieodrzućenie oferty Wolfram i co się z tym wiąże uznanie, iż oferta złożona przez Wolfram jest zgodna z ustawą.

Protestujący wniósł o:

1. unieważnienia czynności wyboru ofert najkorzystniejszych w zakresie części 1/II i 1/III,
2. powtórzenia czynności wyboru i oceny ofert,
3. unieważnienia postępowania w zakresie części 1/II,
4. dokonania wyboru oferty protestującego jako najkorzystniejszej w zakresie części 1/III.

Protestujący wskazał, że jego interes prawny doznał uszczerbku, który polega na:

1. ograniczeniu mu możliwości uzyskania zamówienia w zakresie części 1/III, ponieważ jego oferta zajęła w rankingu ofert dla części 1/III drugie miejsce i w przypadku prawidłowego dokonania przez zamawiającego czynności badania i oceny ofert tj. wykluczenia Wolfram i/lub odrzucenia jego oferty zachodzą przesłanki do wyboru oferty protestującego jako najkorzystniejszej,
2. wykluczeniu odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty w zakresie części 1/II przy jednoczesnym zaniechaniu takich samych czynności wobec Wolfram, a więc nierównym traktowaniu wszystkich wykonawców, co narusza art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. W ocenie protestującego, pomimo odrzucenia jego oferty w zakresie części 1/II, posiada on interes prawny w złożeniu protestu, na co jednoznacznie wskazuje wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 18 stycznia 2006 r. (UZP/ZO/0-85/06).

W uzasadnieniu protestu protestujący wskazał, że zamawiający nieprawidłowo dokonał czynności ponownego badania i oceny ofert, co skutkowało ponownym wyborem Wolfram w zakresie zadania 1/II i 1/III.

odnośnie sytuacji finansowej wykonawcy Wolfram

Przedstawione zaświadczenia ING Bank Śląski S.A. o posiadanych środkach oraz o uzyskanych kredytach nie potwierdzają, że Wolfram posiada wymaganą przez zamawiającego zdolność kredytową lub środki finansowe zgodnie z SIWZ.

Wolfram złożył ofertę na części przedmiotu zamówienia I/II - I/VII w związku z czym był zobowiązany wykazać się posiadanymi środkami lub zdolnością kredytową na kwotę 2.956.000,00 zł.

Pierwotnie, do oferty (str. 50) Wolfram przedstawił zaświadczenie, z którego wynika jedynie, że wpływy miesięczne w okresie od 01.08.2007 r. do 31.07.2008 r. kształtowały się na poziomie niskich kwot siedmiocyfrowych, a dodatkowo działalność spółki finansowana jest z kredytów i linii gwarancyjnej.

Wolfram nie wykazał się wymaganą zdolnością kredytową lub posiadanymi środkami, lecz wskazał wyłącznie z jakich produktów kredytowych spółka korzysta tj. kredytu w rachunku bankowym w wysokości 1.000.000,00 zł, kredytu w formie linii odnawialnej w wysokości 1.700.000,00 zł oraz linii gwarancyjnej na kwotę 150.000,00 zł. Kwota udzielonych kredytów nie pokrywa wysokości środków lub zdolności kredytowej, jaką zobowiązany był się wykazać Wolfram (2.956.000,00zł).

Ponadto na podstawie zaświadczenia nie można było wywnioskować, czy pomimo udzielenia kredytów Wolfram posiada zdolność kredytową w wysokości wymaganej przez Zamawiającego.

W wyniku wezwania Zamawiającego Wolfram przedstawił zaświadczenie Banku PEKAO S.A. z dnia 23.04.2009 nr CK/O/1M/214/09, które wskazuje, że na dzień 29.05.2008 r. stan wolnych środków na rachunku Wolfram wynosił 368.656,81 zł. Przedłożone zaświadczenie z banku nie potwierdza, iż Wolfram posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości żądanej przez zamawiającego i w wymaganym przez zamawiającego i ustawie Pzp czasie, ponieważ zgodnie ze zdaniem ostatnim § 26 ust. 3 "Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert." Termin składania ofert w niniejszym postępowaniu upływał w dniu 25.11.2008 r. zaś zaświadczenie potwierdza stan środków na dzień 29.05.2008 r., a więc na 6 miesięcy przed terminem składania ofert. Tymczasem rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów; jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane wskazuje w § 1 ust. 3 pkt 2, iż informacja banku, w którym wykonawca posiada rachunek, potwierdzająca wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy powinna być wystawiona nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

Potwierdza to, iż Wolfram nieprawidłowo uzupełnił brakujące dokumenty, a zamawiający nieprawidłowo dokonał powtórnej czynności badania i oceny ofert, uwzględniając informację banku z dnia 23.04.2009 r.

Ani pierwotne zaświadczenie z banku, ani wyjaśnienia przedłożone przez Wolfram w wyniku wezwania nie potwierdzają, iż znajduje się on w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia. Protestujący zwrócił uwagę, iż zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą zamawiający może tylko raz wezwać wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia tego samego dokumentu, co w przypadku nieprawidłowego uzupełnienia dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp nakazuje zamawiającemu obligatoryjne wykluczenie takiego oferenta i odrzucenia jego oferty (KIO/UZP 319/08).

odnośnie doświadczenia wykonawcy Wolfram

Złożona oferta w dalszym ciągu nie wskazuje wartości wykonanych dostaw, a jedynie jej orientacyjną wartość. Na stronach 51-54 wykonawca Wolfram zamieścił wykaz wykonanych dostaw, z którego treści nie wynika jednoznacznie, jakiej wartości były wykonane dostawy, gdyż kolumna nr 5 wykazu zatytułowana jest "orientacyjna wartość (zł)".

Wykonawcy zobowiązani są wskazać wartości, które jednoznacznie pozwolą ocenić, czy zrealizowane lub realizowane dostawy odpowiadają wartościom dostaw wymaganym przez

zamawiającego. W przypadku niniejszego postępowania dla części zamówienia 1/II - 1/VII Wolfram powinien wykazać się wykonanymi lub wykonywanymi zamówieniami o wartości co najmniej 3.123.000,00 zł.

Ponieważ Wolfram wskazał jedynie wartość orientacyjną zrealizowanych lub realizowanych dostaw, to nie pozwala to na stwierdzenie, czy w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania wykonał dostawy o wymaganej przez zamawiającego wartości.

Protestujący wskazał, że przyjmuje, iż zamawiający wezwał Wolfram do uzupełnienia powyższego oświadczenia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp lub wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp, a Wolfram nie wykonał żądania zamawiającego w tym zakresie, ponieważ wśród uzupełnionych dokumentów brak było wyjaśnień w tej kwestii.

Wskazał, że w swoim proteście z 7 kwietnia 2009 r. podniósł, iż Wolfram do swojej oferty dołączył wykaz dostaw zrealizowanych w latach 2001 -2008, a okres wykonania został podany wyłącznie w latach, co nie pozwala na określenie, które z dostaw wykazanych jako zrealizowane w roku 2005 zostały zrealizowane po dniu odpowiadającym dniu wszczęcia niniejszego postępowania.

Na podstawie pkt 6.3 rozdziału 1 SIWZ oraz § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów; jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane nie można uwzględnić wykazanych dostaw zrealizowanych w latach 2001-2004 oraz dostaw zrealizowanych w roku 2005 przed dniem odpowiadającym dniu wszczęcia postępowania.

Wolfram nie potwierdził, że wykonane dostawy zostały wykonane należycie, ponieważ w celu uzupełnienia oferty nie przedstawił zamawiającemu żadnych nowych dokumentów potwierdzających, że wykazane dostawy zostały wykonane należycie.

Wykonawcy zobowiązani byli na podstawie pkt 6.3 rozdziału 1 SIWZ do załączenia dokumentów potwierdzających, że wykazane dostawy zostały zrealizowane należycie. Wolfram na stronach 55-131 oferty przedstawił dokumenty, jednak spośród załączonych dokumentów można uznać, iż jedynie referencje wystawione przez: Patentus S.A. (str. 55), Zakłady Koksownicze "Zdzieszowice" Sp. z o.o. (str. 56), ISD Huta Częstochowa Sp. z o.o. (str. 57), Fugor Sp. z o.o. (str. 58) oraz protokół odbioru z BOT Elektrownia Opole S.A. (str. 63) mogłyby potwierdzać, iż wykazane dostawy zostały wykonane należycie, gdyby nie inne zastrzeżenia do tych dokumentów.

Pozostałe dostawy określone w wykazie nie zostały potwierdzone żadnymi dokumentami wskazującymi, iż zostały wykonane należycie. Wolfram dołączył co prawda do oferty wyciągi z umów, m.in. z KWK Budryk S.A. (str. 72-73 oraz 105-106), Kompanią Węglową Oddział KWK Ziemowit (str. 85-86), Południowym Koncernem Węglowym S.A. (str. 103-104 powtórzona na str. 125-126), Elektrownią Skawina S.A. (str. 108-110), Katowickim Holdingiem Węglowym S.A. - KWK Staszic, KWK Wujek, KWK Mysłowice-Wesoła, KWK

Murcki (str. 115-122), Jastrzębską Spółką Węglową S.A. (str. 124) oraz potwierdzenie wyboru oferty PKE S.A. Elektrownia Łaziska (str. 123), które to dokumenty potwierdzają wyłącznie otrzymanie zamówień.

Protestujący wskazał, że zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą za dokumenty potwierdzające należyte wykonanie dostaw można uznać: referencje, protokoły odbioru, potwierdzenie dokonania płatności (sygn. KIO/UZP 191/08, KIO/UZP 62/08, KIO/UZP 106/08). Nie mogą zaś stanowić takich dokumentów umowy oraz np. informacje o wyborze oferty najkorzystniejszej, gdyż wskazują jedynie na uzyskanie lub możliwość uzyskania zamówienia.

Oznacza to, że dostawy do Fawent S.A. (poz. 18), Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. (poz. 19), KWK Budryk S.A. (poz. 20), KWK. Bogdanka S.A. (poz. 21), Koksowni Przyjaźni Sp. z o.o. (poz. 22) - przy założeniu, że zostały zrealizowane w 2005 r. po dniu odpowiadającym dniu wszczęcia postępowania, Mittal Steel Poland S.A. (poz. 24, 32, 41), Huty Stali Częstochowa Sp. z o.o. (poz. 25), Kompanii Węglowej S.A. Oddział KWK Ziemowit (poz. 26), Kompanii Węglowej S.A. Oddział KWK Szczygłowice (poz. 28), Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. (poz. 29, 38), Koksowni Przyjaźni Sp. z o.o. (poz. 30), Elektrowni Skawina S.A (poz. 31), Południowego Koncernu Energetycznego S.A Elektrownia Łaziska (poz. 36), Południowego Koncernu Węglowego S.A. (poz. 39), Zakładów Urządzeń Chemicznych Tofama S.A. (poz. 42), Fabryki Maszyn Górniczych Niwka S.A (poz. 43), Sigma S.A. (poz. 44), Mifama S.A. (poz. 45), Fabryki Maszyn Górniczych Pioma S.A. (poz. 46) i Katowickiego Holdingu Węglowego S.A. (poz. 47) nie zostały potwierdzone dokumentami wskazującymi, że zostały wykonane należycie, co powoduje, iż Wolfram powinien podlegać wykluczeniu. Powołał się na wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 18.07.2005 r. (UZP/ZO/0-1741/05).

Zamawiający uznał za dostawy odpowiadające swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia dostawy silników prądu przemiennego lub/i stałego do zastosowania w zakładach górniczych na powierzchni i w podziemnych wyrobiskach górniczych, wobec czego nie można uznać, że silniki dostarczane do Fawent S.A., Koksowni Przyjaźni Sp. z o.o. , BOT Elektrownia Opole S.A., Mittal Steel Poland S.A., Huty Stali Częstochowa Sp. z o.o., Zakładów Koksochemicznych Zdieszowice Sp. z o.o., Elektrowni Skawina S.A., ISD Huta Częstochowa Sp. z o.o., Południowego Koncernu Energetycznego S.A Elektrownia Łaziska, Zakładów Urządzeń Chemicznych Tofama S.A. są silnikami przeznaczonymi do zastosowania w zakładach górniczych na powierzchni i w podziemnych wyrobiskach górniczych, ze względu na fakt, iż powyższe podmioty nie działają w branży górniczej i dostawy silników do tych podmiotów wymagają zachowania innych parametrów.

Wolfram w wykazie wykonanych dostaw wykazał jedynie rok realizacji dostaw. Załączone do oferty dokumenty potwierdzające należyte wykonanie dostaw wskazują, iż dostawy wskazane w wykazie mogły być realizowane także po dniu wszczęcia postępowania. Z referencji wystawionych przez ISD Huta Częstochowa Sp. z o.o. wynika, że dostawy o wartości 2.192.000,00 zł były realizowane przez Wolfram w latach 2007-2008. Ponieważ powyższy dokument został wystawiony w dniu 14.11.2008 r. może on potwierdzać dostawy zrealizowane do tego dnia, a więc także po dniu wszczęcia postępowania.

Z referencji wystawionych przez Fugor Sp. z o.o. wynika, że dostawy o wartości 140.000,00 zł były realizowane przez Wolfram w latach 2007-2008. Ponieważ powyższy dokument został wystawiony w dniu 17.11.2008 r., może on potwierdzać dostawy zrealizowane do tego dnia, a więc także po dniu wszczęcia postępowania.

Protestujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17.01.2008 r. o sygn. akt KIO/UZP/58/07, zgodnie z którym „Referencja nie musi wskazywać dokładnego zakresu, dat, wartości zamówienia itp., a jedynie ma potwierdzać należyte jego wykonanie. Jednakże w przypadku, gdy referencja zawiera zakres wykonanego zamówienia, nie może on być rozbieżny z oświadczeniem złożonym w wykazie”.

Oznacza to, że załączone referencje nie potwierdzają wartości wykazanych przez Wolfram dostaw do ISD Huta Częstochowa Sp. z o.o. oraz powodują, iż nie można określić wartości dostaw zrealizowanych przez Wolfram przed dniem wszczęcia postępowania.

Treść załączonych referencji wskazuje, iż:

- wartość dostaw na rzecz ISD Huta Częstochowa Sp. z o.o. wskazana w wykazie (1.080.560,00+1.377.801,00=2.458.361,00 zł) jest wyższa od wartości wskazanej przez ISD Huta Częstochowa Sp. z o.o. w referencji (2.192.000,00zł),
- wartość dostaw na rzecz Patentus S.A. wskazana w wykazie (1.430.000,00 zł) jest wyższa od wartości wskazanej przez Patentus SA w referencji (999.180,00 zł),
- wartość dostaw na rzecz Fugor Sp. z o.o. wskazana w wykazie (148.565,00 zł) jest wyższa od wartości wskazanej przez Fugor Sp. z o.o. w referencji (140.000,00 zł).

Ponadto z treści referencji wynika, że dotyczy ona dostaw zrealizowanych w latach 2007-2008, zaś w wykazie wskazano wyłącznie dostawy zrealizowane w roku 2008.

Protestujący podniósł, że treść referencji i wykaz usług muszą być zupełnie ze sobą zgodne, w przeciwnym wypadku nie można uznać, że potwierdzają one należyte wykonanie usług – (UZP/ZO/0-79/07).

Wolfram nie potwierdził, że wszystkie wykonane przez niego dostawy na rzecz ISD Huta Częstochowa Sp. z o.o. i Patentus S.A. zostały wykonane należyście.

Do oferty zostały załączone także inne wyciągi z umów dotyczących dostaw silników oraz potwierdzenia wyboru ofert, lecz dotyczyły one zamówień nie określonych w wykazie oraz dokumenty tego typu nie potwierdzają należytego wykonania dostaw.

Protestujący wskazał, że po przeprowadzonej analizie oferty i złożonych uzupełnień / wyjaśnień Wolfram nie potwierdził za pomocą dokumentów, iż jakkolwiek dostawa zrealizowana przez niego w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia została zrealizowana należycie, bowiem albo nie dołączył żadnego dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie dostaw, albo w celu potwierdzenia dostaw wykazał się referencjami nie potwierdzającymi całej wartości dostawy wskazanej w wykazie, albo wykazał się dostawami nie odpowiadającymi swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia.

odnośnie spełnienia wymagań, o których mowa w pkt 1, 2 i 4 Przedmiot zamówienia Rozdziału II

Wolfram zaoferował dla części I/II poz. 17 i 27 oraz dla części I/III poz. 3 silniki wyprodukowane przez Damel S.A. Jednak zarówno w złożonej ofercie jak i w złożonych wyjaśnieniach nie przedstawił stosownego oświadczenia o zapewnieniu parametrów, co pozwala stwierdzić, że treść oferty Wolfram dla części I/II i I/III w dalszym ciągu jest sprzeczna z treścią SIWZ i powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W wyniku złożonych wyjaśnień Wolfram w dalszym ciągu nie przedstawił oświadczenia, że posiada zapewnienie Damel S.A., którego produkty zaoferował dla części I/II poz. 17 i 27 oraz dla części I/III poz. 3, iż wykona on przedmiot zamówienia zgodnie z ofertą.

Wolfram przedstawił na wezwanie Zamawiającego certyfikaty badania typu oraz wzory deklaracji zgodności dotyczące silników produkowanych przez Damel S.A. lecz nie załączył wymaganego przez zamawiającego dokumentu potwierdzającego, że jeżeli załączone do oferty dokumenty nie są wystawione na Wykonawcę (Wolfram), to powinien on dołączyć oświadczenie, wydane przez podmiot, na który zostały one wydane (Damel S.A.), iż ma prawo posługiwać się tymi dokumentami, a dokumenty te nie zostały anulowane lub wycofane.

odnośnie języka złożonych dokumentów

Załączone do oferty dokumenty wystawione przez Baseefa Ltd zostały złożone w języku angielskim, tymczasem zgodnie z treścią rozdziału I pkt 6.9 „Dokumenty sporządzone w języku obcym muszą być złożone wraz z tłumaczeniem na język polski, poświadczonym przez wykonawcę”

Pomimo wezwania zamawiającego w trakcie badania i oceny ofert przed pierwszym wyborem oferty najkorzystniejszej z dnia 30.03.2009 r. część dokumentów (certyfikatów) nie została przedstawiona w tłumaczeniu na język polski (dokumenty wydane w dniu 29.10.2007 r. określone jako nr zbioru projektu 07/0526 oraz 07/0525).

Oferta została sporządzona niezgodnie z treścią SIWZ W sytuacji nieuzupełnienia oferty w wyznaczonym terminie oferta podlegała odrzuceniu.

Powtórne wezwanie dokonane w tym zakresie przez zamawiającego nie może zostać uznane za prawidłowe w świetle przepisów ustawy Pzp, gdyż zamawiający jest uprawniony tylko raz wezwać wykonawcę do uzupełnienia tego samego dokumentu (KIO/UZP 319/08, KIO/UZP 827/08).

W sytuacji nieprzedstawienia, pomimo wezwania, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, tłumaczenia załączonych dokumentów na język polski zamawiający zobowiązany był do odrzucenia oferty Wolfram na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp jako sprzecznej z ustawą, już przed pierwszym wyborem oferty najkorzystniejszej. Powtórne wezwanie Wolfram do uzupełnienia tych dokumentów było bezzasadne, stanowiło czynność sprzeczną z ustawą Pzp i potwierdza, że zamawiający nieprawidłowo wykonał czynność badania i oceny ofert dokonaną w wyniku uwzględnienia protestu.

odnośnie przedłużenia terminu związania ofertą przez wykonawcę Wolfram

Zamawiający zaniechał wykluczenia oferty Wolfram z postępowania pomimo, iż ten przed upływem terminu związania ofertą w dniu 24 marca 2009 r. nie złożył stosownego oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą.

Zamawiający zgodnie z treścią pkt 11.1 SIWZ wyznaczył termin składania ofert na dzień 25 listopada 2008 r. Równocześnie w pkt 9 SIWZ oświadczył, że „Wykonawcy pozostają związani ofertą przez okres 60 dni kalendarzowych, przyjmując za pierwszy dzień związania ofertą, dzień w którym upłynął termin składania ofert.”

Termin powyższy upływał w dniu 23 stycznia 2009 r.

Zamawiający, pismem z dnia 12 stycznia 2009 r., wezwał wykonawców do przedłużenia terminu związania ofertą o kolejne 60 dni, tj. na okres do dnia 24 marca 2009 r.

Wolfram pismem z dnia 14 stycznia 2009 r. oświadczył, że przedłuży termin związania ofertą o oznaczony okres 60 dni i zobowiązuje się do dnia 31 stycznia 2009 r. przedłożyć dokument przedłużający ważność wadium o 60 dni.

Od dnia 14 stycznia 2009 r. Wolfram był związany ofertą do dnia 24 marca 2009 r., zaś dokument przedłużający wadium na okres od 1 lutego 2009 r. do 24 marca 2009 r. złożył dopiero pismem z dnia 29 stycznia 2009 r.

W związku z powyższym w okresie od 24 stycznia 2009 r. do dnia 29 stycznia 2009 r. oferta Wolfram nie była zabezpieczona wadium przez cały okres związania ofertą.

Zgodnie z art. 85 ust. 4 ustawy Pzp "Przedłużenie okresu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą" Ustawa stwierdza jednoznacznie, że obie czynności, tj. zgoda na przedłużenie terminu

związania ofertą i przedłużenie lub wniesienie wadium powinny zostać dokonane jednocześnie, a przepis ten musi być interpretowany literalnie.

Ze względu na niewniesienie jednocześnie z oświadczeniem o przedłużeniu terminu związania ofertą wadium na przedłużony okres związania ofertą Wolfram powinien zostać wykluczony z postępowania. Powołał się także na wyrok Zespołu Arbitrów o sygn. UZP/ZO/0-130/07 oraz UZP/ZO/0-1701/06.

Ponadto przedłużony termin związania ofertą, jak wyżej wskazano, upływał w dniu 24 marca 2009 r. Do tego dnia wykonawcy mogli złożyć stosowne oświadczenie o samodzielnym przedłużeniu okresu związania ofertą. Wolfram do dnia 24 marca 2009 r. nie złożył takiego oświadczenia i dopiero pismem z dnia 25 marca 2009 r., przesłanym zamawiającemu faksem w dniu 25 marca 2009 r. o godz. 12:30 przedłużył termin związania ofertą o okres 30 dni (także bez równoczesnego wniesienia wadium na przedłużony okres związania ofertą) do dnia 23 kwietnia 2009 r. Przedłużenie terminu związania ofertą dokonane w dniu 25 marca 2009 r. było spóźnione.

Dodatkowo kolejne przedłużenie terminu związania ofertą zostało dokonane przez Wolfram dopiero pismem z dnia 26 kwietnia 2009 r., a więc 2 dni po upływie terminu związania ofertą. Wolfram po raz kolejny przedłużył termin związania ofertą o kolejne 60 dni, bez równoczesnego złożenia gwarancji wadium na przedłużony okres związania ofertą.

Wolfram przez 2 dni, tj. 24 i 25 kwietnia 2009 r. nie był związany ofertą, zaś gwarancja wadium została wniesiona w terminie późniejszym, gdyż data jej wystawienia określona została na 29 kwietnia 2009 r., wobec czego zamawiający był zobowiązany do wykluczenia Wolfram z postępowania. Protestujący powołał się na wyrok Zespołu Arbitrów o sygn. UZP/ZO/0-2304/06.

odnośnie spełnienia przez silniki wymagania Dyrektywy ATEX 94/9/WE

Zgodnie z treścią rozdziału 2 pkt 1.3 i 1.4 silniki elektryczne, przeznaczone do stosowania w podziemnych wyrobiskach zakładu górniczego oraz do stosowania na powierzchni zakładu górniczego o napięciach znamionowych od 50V do 1000V prądu przemiennego oraz od 75V do 1500V prądu stałego muszą spełniać wymagania Dyrektywy ATEX 94/9/WE (wprowadzonej Rozporządzeniem Ministra Gospodarki Pracy i Polityki Społecznej z dnia 22 grudnia 2005r. w sprawie zasadniczych wymagań dla urządzeń i systemów ochrony przeznaczonych do użytku w przestrzeniach zagrożonych wybuchem, Dz. U. Nr 263, poz. 2203).

Na potwierdzenie tego warunku należało złożyć dla silników elektrycznych wymienionych w formularzach cenowych części zamówienia oznaczonych numerami 1/II poz. 2 od 5, 7 do 9 oraz 11 do 28, 1/III, certyfikat badania typu WE wydany przez jednostkę notyfikowaną potwierdzający, że urządzenie, systemy ochronne, części i podzespoły przeznaczone do

użytku w pomieszczeniach zagrożonych wybuchem, spełniają wymagania Dyrektywy ATEX 94/9/WE oraz dla wszystkich silników wymienionych w formularzach cenowych części zamówienia oznaczonych numerami 1/II, 1/III, wzór deklaracji zgodności, wystawiony przez producenta, że oferowany wyrób spełnia wymagania Unii Europejskiej i prawa polskiego w zakresie wprowadzania do obrotu.

Wolfram zaoferował dla części 1/III, poz. 14 i 18 silniki wyprodukowane przez Emit S.A. Nie dołączył jednak certyfikatu badania typu dla silników określonych w części 1/III, poz. 14 i 18.

Ponadto do oferty załączony został wzór deklaracji zgodności wyłącznie dla silników typu dSKgwp, nie dołączono zaś wzoru deklaracji zgodności dla silników dSLgwp, co pozwala stwierdzić, że treść oferty Wolfram dla części 1/III jest sprzeczna z treścią SIWZ i powinna zostać odrzucona.

W ocenie protestującego nie można zgodzić się z wyjaśnieniami Wolfram, że załączone do oferty Wolfram certyfikaty Atex wydane przez jednostkę notyfikowaną Baseefa Ltd dla firmy Brook Crompton, którymi posługuje się firma Fabryka Silników Elektrycznych Tamel S.A. są prawidłowe, ponieważ w świetle przepisów i wymagań dyrektywy ATEX producent silników powinien posiadać certyfikat wydany przez jednostkę notyfikowaną na siebie, tj. firmę producenta.

Ponadto załączone certyfikaty opierają się o stare normy zharmonizowane EN 50018, które w chwili obecnej nie obowiązują.

Aktualizacja certyfikatów do nowych norm EN 60079 powinna być przeprowadzona poprzez wydanie załącznika do każdego certyfikatu (tzw. amendment), a nie tak jak w przypadku firmy Tamel S.A. za pomocą dokumentu zbiorczego uwzględniającego wszystkie certyfikaty. Pozwala to stwierdzić, że treść oferty Wolfram dla części 1/II i 1/III jest sprzeczna z treścią SIWZ i powinna zostać odrzucona.

Ponadto dokumenty wydane przez jednostkę notyfikowaną Baseefa Ltd na firmę Brook Crompton nie są wiarygodne, ponieważ nie zawierają pieczęci jednostki, a ponadto albo nie zostały w ogóle podpisane (dokumenty z dnia 4.01.2007 r. oraz z 11.09.2008 r. o numerze 5233), albo zostały podpisane przez inną osobę aniżeli osoba upoważniona do reprezentowania Baseefa Ltd (dokument z 18.10.2007 r. określony jako Project File no 07/0103, dokument z 29.10.2007 r. określony jako Project File no 07/0526, dokument z 29.10.2007 r. określony jako Project File no 07/0525).

Zamawiający protest rozstrzygnął, poprzez jego oddalenie, wskazując, że po przeanalizowaniu dokumentów postępowania oraz złożonych ofert, podtrzymuje decyzję o wyborze najkorzystniejszej oferty dla części zamówienia nr II i III z dnia 26.05.2009 r.

Przystępując do postępowania protestacyjnego wykonawca Wolfram Sp. z o.o. wskazał, że:

1. zgodnie z dostarczoną do zamawiającego gwarancją bankową okres jej ważności w zakresie zadań I/II oraz I/III wygasa z dniem 30.06.2009 r. i stanowi ciągłość wobec przedkładanych wcześniejszych gwarancji (od dnia złożenia oferty wadium zachowuje ciągłość),
2. wykaz zrealizowanych dostaw i referencji jest zgodny z wymogami treści specyfikacji,
3. karty katalogowe silników będące integralną częścią dokumentacji technicznej silnika w zakresie części 1/11 poz. 17 i 27 oraz dla części 1/III poz. 3, które zostały przekazane do zamawiającego zawierają parametry techniczne wyrobu z podaniem wymiarów montażowych i gabarytowych i to w gestii zamawiającego pozostaje merytoryczność jej oceny,
4. tłumaczenia certyfikatów Baseefa Ltd dla silników typu W-UEF produkcji Fabryki Silników Elektrycznych TAMEL S.A. zostało dostarczone do zamawiającego w formie uzupełnień do pisma numer 7468/08 z dnia 17.12.2008 r.

Ponadto Wolfram przekazał pismo z Fabryki Silników Elektrycznych TAMEL S.A., wyjaśniające zarzuty wniesione przez protestującego w proteście z dnia 10.04.2009 r. Uzupełnienie dotyczyło również przeniesienia praw własności używania certyfikatu ATEX na Fabrykę Silników Elektrycznych TAMEL S.A.

Jeżeli protestujący kwestionuje legalność dokumentów wystawionych przez jednostkę notyfikowaną Baseefa Ltd na rzecz Fabryki Silników Elektrycznych TAMEL S.A., to winien to udowodnić,

5. oferta protestującego została odrzucona przez zamawiającego pismem z dnia 30.03.2009r. Składając częściową ofertę protestujący (wymóg SIWZ złożenia oferty na całość zadania) nie oprotestował czynności odrzucenia jego oferty. w części zamówienia III wobec czego nie posiada interesu prawnego w tej części zamówienia.

W odwołaniu odwołujący ponowił zarzuty, żądania i argumentację zawartą uprzednio w proteście.

Ponawiając zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp dodatkowo podniósł, że wykonawca Wolfram Sp. z o.o. wyraził zgodę na dalsze przedłużenie terminu związania ofertą przed upływem w dniu 23 kwietnia 2009 r. terminu związania ofertą.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. ogłoszenia o zamówieniu (Dz. U. UE 2009/S 214-285589 z dnia 04.11.2008 r.), SIWZ, oferty przystępującego wraz z dokumentami złożonymi w ramach jej uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, pismami zamawiającego DE/DEP/IN/7468/08, DE/DEP/IN/007/09, DE/DEP/IN/2326/09 odpowiednio z dnia 17.12.2008r., 05.01.2009 r., 28.04.2009 r., a także stanowisk i oświadczeń odwołującego oraz przystępującego, zaprezentowanych w proteście, odwołaniu, przystąpieniach do postępowania protestacyjnego i odwoławczego, a także dodatkowo przez zamawiającego w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający, pismem DE/DEP/IN/1765/09 z dnia 30 marca 2009 r., poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej między innymi w zakresie części II i III, w których dokonał wyboru oferty złożonej przez Wolfram Sp. z o.o.

Odwołujący, pismem z dnia 7 kwietnia 2009 r., złożył protest na powyższą czynność zamawiającego.

Zamawiający, pismem DE/DEP/IN/2181/09 z dnia 15 kwietnia 2009 r., uwzględnił złożony protest. W dalszej kolejności zamawiający, pismem nr DE/DEP/IN/2968/09 z dnia 26 maja 2009 r., poinformował wykonawców, że dokonał ponownie wyboru oferty Wolfram Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej dla zadań II i III.

Na decyzję zamawiającego o ponownym wyborze oferty Wolfram Sp. z o.o. w zakresie części II i III, odwołujący w dniu 5 czerwca 2009 r., pismem z dnia 3 czerwca 2009 r. złożył protest, który zamawiający oddalił pismem DE/DEP/IN/3184/09 z dnia 8 czerwca 2009 r., od którego odwołujący złożył rozpoznawane obecnie przez skład orzekający Izby odwołanie.

Skład orzekający Izby stwierdza, że podmioty korzystające ze środków ochrony prawnej, przewidzianych w dziale VI ustawy Pzp muszą legitymować się interesem prawnym na każdym etapie korzystania z tych środków - tak na etapie protestu, odwołania, jak i ewentualnie skargi.

Zgodnie bowiem z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, dla skuteczności złożenia środka ochrony prawnej konieczne jest wykazanie przez wykonawcę uszczerbku - rzeczywistego lub potencjalnego - w jego interesie prawnym w uzyskaniu zamówienia, który to uszczerbek powstał na skutek naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

W świetle przywołanego przepisu dla skuteczności złożenia odwołania istotne jest wystąpienie kumulatywnie trzech przesłanek:

1. uszczerbku w interesie prawnym, związanym z uzyskaniem danego zamówienia,
2. naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp,
3. związku przyczynowego pomiędzy konkretnym naruszeniem, a powstaniem, bądź możliwością powstania uszczerbku w interesie prawnym wnoszącego środek ochrony prawnej.

Skład orzekający Izby podziela pogląd, znajdujący odzwierciedlenie w dotychczasowym orzecznictwie Zespołów Arbitrów, Krajowej Izby Odwoławczej oraz Sądów Okręgowych, zgodnie z którym interes prawny wnoszącego środek odwoławczy musi doznać uszczerbku w konkretnym postępowaniu, w którym on uczestniczy i polegać na tym, że traci on możliwość uznania jego oferty za najkorzystniejszą.

Biorąc pod uwagę stan faktyczny przedmiotowego postępowania oraz sposób definiowania pojęcia interes prawny, skład orzekający Izby ustalił brak legitymacji odwołującego do wnoszenia środków ochrony prawnej w zakresie zarzutów odnoszących się do wykonawcy Wolfram Sp. z o.o. w części II zamówienia skoro oferta odwołującego została uprzednio skutecznie przez zamawiającego odrzucona. Oznacza to, że nawet wykazanie zasadności zarzutów stawianych Wolfram Sp. z o.o. nie dawałoby odwołującemu szansy na uzyskanie przedmiotowego zamówienia publicznego w części II.

Ze względu na fakt, że interes prawny stanowi materialnoprawną przesłankę skuteczności środka ochrony prawnej, to stwierdzenie braku interesu prawnego po stronie odwołującego w zakresie wniesienia obu środków ochrony prawnej, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, obliguje skład orzekający Izby do pozostawienia zarzutów wobec przystępującego, odnoszących się do części II zamówienia bez ich merytorycznego rozpoznania.

Skład orzekający Izby ustalił natomiast istnienie interesu prawnego do wniesienia przez odwołującego zarówno protestu, jak i odwołania w zakresie podstaw wykluczenia wykonawcy Wolfram Sp. z o.o. i odrzucenia złożonej przez niego oferty w części III zamówienia, ponieważ potwierdzenie się zarzutu niezasadnego zaniechania odrzucenia przez zamawiającego oferty tego wykonawcy, oznaczałoby dla odwołującego szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia publicznego, skoro jego oferta została sklasyfikowana bezpośrednio po ofercie Wolfram Sp. z o.o.

Zarzut zaniechania przez zamawiającego wykluczenia wykonawcy Wolfram Sp. z o.o. z powodu niespełnienia przez tego wykonawcę warunku znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia potwierdził się.

W Rozdziale I pkt 5 ppkt 5.1.3. SIWZ zamawiający postawił ogólnie sformułowany warunek, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy m. in. znajdują się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia.

W Rozdziale I pkt 6 ppkt 6.4. zamawiający zobowiązał wykonawców, aby w celu potwierdzenia, że wykonawca znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia złożyli informacje banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo – kredytowej, w którym wykonawca posiada rachunek bankowy, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy na kwotę nie mniejszą niż wartości wskazane dla poszczególnych części zamówienia. Informacja miała być wystawiona nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Zamawiający przewidział, że w przypadku, gdy wykonawca składa ofertę obejmującą kilka części zamówienia, względnie całe zamówienie, to wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytowa wykonawcy musi wynosić co najmniej sumę wielkości określonych przez zamawiającego dla odpowiednich części zamówienia.

Wykonawca Wolfram Sp. z o.o. złożył oferty częściowe w 6 częściach zamówienia (części od II do VII), dla których zamawiający przewidział łącznie kwotę 2 956 tys. zł (w tys. zł: 535 + 949 + 448 + 528 + 432 + 64). Kwestia wielkości środków, jakie wykonawca Wolfram Sp. z o.o. winien wykazać odpowiednio do złożonych ofert częściowych nie była między stronami sporna.

W ofercie Wolfram Sp. z o.o. złożył:

1. zaświadczenie ING Bank Śląski Oddział Regionalny Kraków WDKK/20/07/EW z dnia 07.02.2007 r. (str. 49 oferty), w którym Starszy Doradca Klienta Korporacyjnego Andrzej Białek w imieniu ING Bank Śląski S.A. w Katowicach, Wydział Doradców Klienta Korporacyjnego w Krakowie zaświadczył, że Wolfram Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie przy ul. Grzegórzeckiej 69 posiada w tym banku rachunek bankowy i wskazał numer tego rachunku,
2. zaświadczenie ING Bank Śląski S.A. Oddział ds. Korporacyjnych w Krakowie 864/186/08/AD z dnia 08.08.2008 r. (str. 50 oferty), w którym Starszy Doradca Klienta Korporacyjnego Ewa Włodarczyk oraz Doradca Analityk Klienta Korporacyjnego Aleksandra Dyrka zaświadczyły, że bank ten prowadzi dla spółki Wolfram (wskazano adres siedziby spółki) rachunek bankowy w złotych polskich, wskazano numer tego

rachunku, tożsamy z numerem wskazanym w zaświadczeniu z dnia 07.02.2007 r. oraz, że:

- 2.1. średnie miesięczne wpływy na rachunek za ostatnie 12 miesięcy, tj. w okresie od 01.08.2007 r. do 31.07.2008 r. kształtowały się na poziomie niskich kwot siedmiocyfrowych,
- 2.2. bank finansuje działalność bieżącą spółki, poprzez kredyt w rachunku bankowym w kwocie 1 mln zł, kredyt złotowy w formie linii odnawialnej w kwocie 1,7 mln zł, a nadto Wolfram Sp. z o.o. ma przyznaną linię gwarancyjną w wysokości 150 tys. zł, w ramach której korzysta z dwóch gwarancji,
- 2.3. spółka nie zalega z płatnościami wobec banku,
- 2.4. na rachunku spółki nie występują zajęcia komornicze lub tytuły egzekucyjne,
- 2.5. w ocenie banku spółka należy do wiarygodnych i rzetelnych partnerów.

Termin składania ofert w przedmiotowym postępowaniu upłynął w dniu 25.11.2008 r., a zatem żadne z zaświadczeń, złożonych w ofercie przez Wolfram Sp. z o.o. nie mogło być brane pod uwagę przy ocenie spełnienia warunku znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, ponieważ oba zostały wydane wcześniej niż 3 miesiące przed terminem składania ofert (odpowiednio 07.02.2007 r. i 08.08.2008 r.).

Wobec braku dokumentów w tym zakresie zamawiający był zobligowany, przepisem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do wezwania wykonawcy Wolfram Sp. z o.o. do ich uzupełnienia.

Zamawiający trzykrotnie zwracał się do wykonawcy Wolfram Sp. z o.o., o uzupełnienie dokumentów w trybie art. 26 ust. 3, tj. pismami:

1. DE/DEP/IN/7468/08 z dnia 17.12.2008 r.,
2. DE/DEP/IN/007/09 z dnia 05.01.2009 r.,
3. DE/DEP/IN/2326/09 z dnia 28.04.2009 r.

Jednak dopiero po proteście odwołującego z dnia 07.04.2009 r. zamawiający wezwał Wolfram Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów odnośnie warunku znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia (pismo z dnia 28.04.2009 r.), żądając „dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia na kwotę nie mniejszą niż 2 956 000 zł wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert” (lit. a).

W ramach uzupełnienia, w wyznaczonym przez zamawiającego terminie, wykonawca Wolfram Sp. z o.o. złożył trzy dokumenty, z których dwa pochodziły z ING Bank Śląski (z 08.10.2007 r. i 30.04.2009 r.), trzeci z Banku PEKAO S.A. Regionalne Centrum Korporacyjne z 23.04.2009 r.

Biorąc pod uwagę wymóg, aby dokumenty potwierdzające spełnienie warunku wystawione były nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert dokument z ING Bank Śląski z 08.10.2007 r. nie mógł być brany pod uwagę.

Oceniając spełnienie przez Wolfram Sp. z o.o. warunku, zamawiający nie uwzględnił tego dokumentu, oświadczył bowiem, iż oparł się wyłącznie na piśmie z dnia 30.04.2009 r.

W ocenie składu orzekającego Izby, zaświadczenie z ING Bank Śląski S.A. Oddział ds. Korporacyjnych w Krakowie 864/179/09/EW z dnia 30.04.2009 r., podpisane przez Starszego Doradcę Klienta Korporacyjnego Ewę W. oraz Doradcę Analityka Klienta Korporacyjnego Włodzimierza P. nie potwierdza spełnienia przez wykonawcę Wolfram Sp. z o.o. warunku znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia.

Zaświadczenie zostało podpisane w dniu 30.04.2009 r., tj. po upływie terminu składania ofert, co wobec brzmienia przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wymagającego, aby złożone na wezwanie zamawiającego dokumenty potwierdzały spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert, dokumentu tego nie dyskwalifikuje. To nie data samego dokumentu jest w tym przypadku kluczowa, ale to, na jaki dzień aktualne są informacje w nim zawarte.

W przedmiotowym zaświadczeniu z 30.04.2009 r. ING Bank Śląski S.A. podano następujące informacje:

1. wysokość środków, jakie były dostępne dla Wolfram Sp. z o.o. na koniec 15.09.2008 r. (732 557,21 zł),
2. że bank finansuje działalność bieżącą spółki Wolfram, poprzez kredyt w rachunku bankowym w kwocie 1 mln zł z terminem zapadalności 05.06.2009 r. oraz poprzez kredyt złotowy w formie linii odnawialnej w kwocie 1,7 mln zł z terminem zapadalności 05.06.2009 r.
3. że spółka Wolfram ma przyznaną linię gwarancyjną w wysokości 150 tys. zł,
4. że spółka Wolfram nie zalega z płatnościami wobec tego banku oraz na rachunku nie występują zajęcia komornicze lub tytuły egzekucyjne.

Z powyższych informacji ING Bank Śląski S.A. nie sposób wyczytać, że nie później niż na dzień 25.11.2008 r., tj. dzień, w którym upłynął termin składania ofert, wykonawca Wolfram korzystał z kredytów w wysokości łącznej 2,7 zł, a nadto, że korzystał z linii gwarancyjnej w wysokości 150 tys. zł. Gdyby w treści pisma z dnia 30.04.2008 r. zawarto informację, iż Wolfram Sp z o.o. na ten właśnie dzień korzystała z w/w produktów, wówczas należałoby uznać, że spółka ta spełnia warunek w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia.

Jednak wobec tego braku, w świetle przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, skład orzekający Izby uznał, że wykonawca Wolfram Sp. z o.o. nie wykazał w sposób przewidziany przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, że spełnia warunek pozostawania w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonania przedmiotowego zamówienia i dlatego winien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu. Sytuacja ta nie może już ulec konwalidacji wobec wyczerpania procedury uzupełnienia dokumentów odnoszących się do sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy. Skład orzekający Izby podziela bowiem w pełni dotychczasowe orzecznictwo odnośnie możliwości jednokrotnego wezwania do uzupełnienia danego dokumentu.

Skład orzekający Izby stwierdził zatem naruszenie przez zamawiającego przepisu art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby nie stwierdził natomiast naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, stojąc na stanowisku, iż podstawą odrzucenia oferty, w przypadku wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu (w tym przypadku w części III) stanowi przepis art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. Oferta nie została złożona przez wykonawcę uprzednio wykluczonego (w momencie składania oferty Wolfram Sp. z o.o. nie był wykonawcą wykluczonym), a zatem w ocenie Izby, przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp nie znajduje tu zastosowania.

Zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy Wolfram Sp. z o.o. z powodu niespełnienia przez tego wykonawcę warunku posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia nie potwierdził się.

W Rozdziale I pkt 5 ppkt 5.1.2. SIWZ zamawiający postawił ogólnie sformułowany warunek, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy m. in. posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie.

W Rozdziale I pkt 6 ppkt 6.4. zamawiający zobowiązał wykonawców, aby w celu potwierdzenia, że wykonawca posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie złożył wykaz o treści zgodnej ze wzorem stanowiącym załącznik nr 9 do SIWZ wykonanych w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie, dostaw odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że wszystkie te dostawy (wymienione w wykazie) zostały wykonane należycie. Zamawiający za dostawy odpowiadające swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia uznał dostawy silników prądu przemiennego i/lub stałego do zastosowania w zakładach górniczych na powierzchni i w podziemnych wyrobiskach górniczych. Zamawiający przewidział także, że w przypadku,

gdy wykonawca składa ofertę obejmującą kilka części zamówienia, względnie całe zamówienie, to wartość dostaw musi wynosić co najmniej sumę wielkości określonych przez zamawiającego dla odpowiednich części zamówienia.

Załącznik nr 9 do SIWZ to „Istotne postanowienia umowy”. Uznać zatem należy, że odesłanie w treści SIWZ do załącznika, który miał być wzorem „Wykazu wykonanych dostaw” (dalej także „Wykaz”) było błędne. Znajdujący się na stronie 28 SIWZ wykaz załączników do SIWZ załącznika „Wykazu wykonanych dostaw” nie zawiera. Skład orzekający Izby przyjął wobec powyższego, tak jak oświadczył zamawiający na rozprawie, że zamawiający nie opracował w przedmiotowym postępowaniu żadnego wzoru „Wykazu”, którym mogliby się posłużyć wykonawcy.

Wykonawca Wolfram Sp. z o.o. złożył oferty częściowe w 6 częściach zamówienia (części od II do VII), dla których zamawiający przewidział łącznie wartość 3 132 tys. zł (w tys. zł: 567 + 1 006 + 474 + 559 + 458 + 68). Kwestia wielkości środków, jakie wykonawca Wolfram Sp. z o.o. winien wykazać odpowiednio do złożonych ofert częściowych nie była między stronami sporna, choć w proteście i odwołaniu wskazano kwotę 3 123 000 zł, co skład orzekający Izby uznał za oczywistą omyłkę pisarską w proteście, powieloną komputerowo (funkcje kopiuuj – wklej) w odwołaniu.

Zamawiający, jak oświadczył na rozprawie, oceniając spełnienie przez wykonawcę Wolfram Sp. z o.o. warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia, nie brał w ogóle pod uwagę dostaw z lat 2001 – 2005 wskazanych w „Wykazie wykonanych dostaw”, toteż argumentacja odwołującego w tym zakresie jest całkowicie irrelevantna.

Skład orzekający Izby uznał, iż dostawy wskazane przez wykonawcę Wolfram Sp. z o.o. w latach 2006 – 2008 potwierdzają realizację w okresie ostatnich trzech lat przed wszczęciem przedmiotowego zamówienia publicznego podobnych do przedmiotu zamówienia dostaw o żądanej wartości 3 132 000,00 zł.

Za podstawę swojego stanowiska skład orzekający przyjął z jednej strony konieczność łącznego odczytywania informacji zawartych w „Wykazie wykonanych dostaw” z informacjami zawartymi w dokumentach potwierdzających należyte ich wykonanie, co pozwoliło uznać za pewne, a nie jedynie orientacyjne wartości dostaw wskazane w „Wykazie”; z drugiej strony skład orzekający Izby przyjął konieczność podania w „Wykazie” wartości dostaw nie mniejszych niż podawane w dokumentach potwierdzających należyte wykonanie dostaw.

W ocenie składu orzekającego Izby, nie jest dopuszczalne zastępowanie wartości, które winny zostać podane w „Wykazie”, wartościami zawartymi np. w referencjach, czy w składanych dodatkowo przez wykonawców fakturach (jak uczynił to z własnej inicjatywy Wolfram Sp. z o.o.), tj. przyjmowanie wartości wyższych, wynikających np. z referencji, ponieważ niezbędnym dla wykazania spełnienia warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia

jest przedłożenie zarówno wykazu zawierającego informacje wymagane przepisami § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605 z późn. zm.), jak i dokumentów potwierdzających należyte wykonanie wskazanych dostaw.

Jednocześnie za dopuszczalne skład orzekający Izby uznał występowanie różnic pomiędzy wartościami wskazanymi w „Wykazie” i w dokumentach potwierdzających należyte wykonanie dostaw (większe wartości w „Wykazie”), uznając, że wykonawca dysponuje najlepszą wiedzą co do rodzaju dostaw wskazywanych, uprzednio zrealizowanych, a jednocześnie wiedzą co do podobieństwa tych dostaw do dostaw będących przedmiotem zamówienia publicznego, w którym składany jest „Wykaz wykonanych dostaw”.

Skład orzekający Izby za nieuprawniony uznał natomiast sposób interpretacji warunku przyjęty przez odwołującego, tj. że wykazywane dostawy winny być dostawami realizowanymi wyłącznie dla zakładów górniczych. Takie rozumienie warunku nie znajduje oparcia w brzmieniu samego warunku, zawartym w Rozdziale I pkt 6 ppkt 6.4., w którym mowa o dostawach silników do zastosowania w zakładach tego rodzaju (górnictwa), a nie o dostawach do zakładów tego rodzaju, co nie jest tożsame. Czym innym jest bowiem najczęściej znajdujące zastosowanie produktu u danej grupy odbiorców, a w konsekwencji najczęstsza sprzedaż produktu dla tej grupy odbiorców, a czym innym możliwość zakupu takiego produktu – nie podlegającego ograniczeniom w obrocie – przez inne podmioty, niż te, które są podstawowymi odbiorcami.

Za całkowicie gołosłowne skład orzekający Izby uznał twierdzenie odwołującego, iżby dostawy silników do takich podmiotów jak BOT Elektrownia Opole S.A., Zakłady Koksownicze „Zdzieszowice”, PATENTUS S.A., ISD Huta Stali Częstochowa Sp. z o.o. wymagały zachowania innych parametrów.

Odwołujący nie podważał, że silniki dostarczone przez Wolfram Sp. z o.o. odbiorcom wskazanym w „Wykazie wykonanych dostaw” nie były silnikami, które nie mogłyby znaleźć zastosowania w zakładach górniczych.

Skład orzekający Izby za nietrafną uznał nadto argumentację odwołującego podważającą na dzień wszczęcia przedmiotowego postępowania, tj. 04.11.2008 r. wartość dostaw wskazanych w referencji ISD Huta Częstochowa Sp. z o.o. z dnia 14.11. 2008 r. dla dostaw z lat 2007 – 2008, która zmierzała do wykazania, że wskazana w tej referencji wartość 2 192 000,00 zł odnosi się w jakimś zakresie do dostaw zrealizowanych po dniu wszczęcia postępowania.

Skład orzekający Izby za naturalny, zgodny z logiką i praktyką obrotu gospodarczego uznał fakt udzielania przez odbiorców referencji w jakiś czas po realizacji zamówienia, nie zaś w dniu samego odbioru dostawy. Zaobserwować można, przykładowo na podstawie

dokumentacji postępowań przetargowych, że kwestia, po jak długim czasie od realizacji dostawy dostawca wystąpi do odbiorcy i otrzyma od niego referencje, o które się ubiega, jest zmienna. Za niezbyt częste uznać należy przypadki, gdy referencji udziela się w tym samym dniu, w którym dokonano odbioru – samo potwierdzenie odbioru wynika bowiem najczęściej z protokołów sporządzanych na taką właśnie okoliczność.

Biorąc to pod uwagę skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że fakt, iż referencje opatrzone są datą późniejszą, niż termin wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie budzi żadnych wątpliwości w sytuacji, gdy wykonawca, poprzez zamieszczenie w „Wykazie” wartości oświadcza, że dotyczą one określonego przez zamawiającego okresu.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca Wolfram Sp. z o.o. wykazał spełnienie warunku, poprzez wskazanie następujących dostaw silników elektrycznych:

1. dla BOT Elektrownia Opole S.A. w roku 2006 o wartości 711 504,00 zł (poz. 23), która została potwierdzona protokołem odbioru nr 1/01/2006 z dnia 19.01.2006 r. (str. 63 oferty) dotyczącym umowy Nr 710/05/FP/P wskazanej w treści protokołu; sama umowa Nr 710/05/FP/P z dnia 07.11.2005 r. została zawarta na stronach 59 – 62 oferty – w § 2 tej umowy wskazano wynagrodzenie za wykonanie dostawy w wysokości 583 200 zł plus podatek VAT (kwota 583 200,00 zł + 22% VAT, tj. 128 304,00 zł daje dokładnie kwotę 711 504,00 zł wskazaną w poz. 23 „Wykazu”),
2. dla Zakładów Koksowniczych „Zdzieszowice” w roku 2006 i 2007 o wartości odpowiednio 212 964,92 zł i 165 277,00 zł (poz. 27 i 34), potwierdzone referencjami z dnia 19.11.2008 r. dotyczącymi dostaw silników z lat 2006 – 2008 o łącznej wartości 550 000,00 zł (str. 56 oferty),
3. dla PATENTUS S.A. w roku 2008 (poz. 35), której potwierdzenie należytego wykonania dla wartości 999 180,00 zł znajduje się w informacji tej spółki z dnia 09.10.2008 r. o terminowym wykonaniu dostawy i bez zastrzeżeń (str. 55 oferty),
4. ISD Huta Stali Częstochowa Sp. z o.o. w roku 2007 i 2008 (poz. 33 i 40) o wartości odpowiednio 1 080 560,00 zł i 1 377 801,00 zł, potwierdzone listem referencyjnym z dnia 14.11.2008 r. dotyczącym dostaw silników na łączną kwotę 2 192 000,00 zł (str. 57 oferty).

W ocenie składu orzekającego Izby, fakt zatytułowania przez wykonawcę Wolfram Sp. z o.o. kolumny piątej „Wykazu wykonanych dostaw” jako „Orientacyjna wartość (zł)” pozostaje bez znaczenia w sytuacji, gdy dokumenty potwierdzające należyte wykonanie wskazanych dostaw wskazują konkretne wartości, którym nie można przypisać charakteru orientacyjnego, przybliżonego.

Biorąc pod uwagę wskazane powyżej dostawy umieszczone w „Wykazie wykonanych dostaw” oraz potwierdzenie ich należytego wykonania przez wymienione powyżej 4 podmioty stwierdzić należy, że wykonawca Wolfram Sp. z o.o. wykazał dostawy o łącznej wartości przewyższającej wartość żądaną przez zamawiającego dla części II – VII, tj. 3 132 000,00 zł. (711 504,00 zł + 212 964,92 zł + 165 277,00 zł + 999 180,00 zł + 2 192 000,00 zł).

Skład orzekający Izby za niedopuszczalne, w świetle ustawowej zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, uznał stanowisko odwołującego wyrażone na rozprawie, iż wykonawca musi potwierdzić należyte wykonanie ujawnionych w „Wykazie” dostaw nawet wówczas, gdy w „Wykazie” ujawnił większą liczbę dostaw niż minimalna wymagana przez zamawiającego, a dostawy te (minimalna liczba) potwierdzają spełnienie warunku.

Wobec powyższego skład orzekający Izby nie stwierdził podstaw do wykluczenia wykonawcy Wolfram Sp. z o.o. z powodu niespełnienia przez tego wykonawcę warunku posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia, a w konsekwencji nie stwierdził podstaw do odrzucenia złożonej przez Wolfram Sp. z o.o. oferty. Tym samym skład orzekający Izby nie znalazł podstaw do przypisania zamawiającemu w tym zakresie naruszenia przepisu art. 24 ust. 1 pkt 10, czy art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 nie mógłby tu zostać zastosowany, o czym była mowa powyżej w części dotyczącej zarzutu niespełnienia warunku znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia. Brak także podstaw do stwierdzenia naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ponieważ dokumenty złożone przez Wolfram Sp. z o.o. w ofercie potwierdzały spełnienie postawionego warunku, wezwanie w tym zakresie nie było konieczne i nie zostało przez zamawiającego do tego wykonawcy skierowane. Podjęcie dodatkowych działań przez samego wykonawcę Wolfram Sp. z o.o., polegające na złożeniu z własnej inicjatywy nowych dokumentów (faktury) pozostaje bez wpływu na ocenę prawidłowości czynności podjętych przez zamawiającego.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Wolfram Sp. z o.o. z powodu nieprzedłożenia przez tego wykonawcę karty katalogowej wraz z oświadczeniem o zapewnieniu parametrów silnika, o których mowa w Rozdziale II pkt 1 Przedmiot zamówienia oraz z powodu braku posiadania przez Wolfram zapewnienia DAMEL S.A., iż ten wykona przedmiot zamówienia zgodnie z ofertą nie potwierdził się.

W Rozdziale II „Szczegółowe wymagania techniczne” pkt 2 „Warunki przedmiotowe” ppkt 2.4. zamawiający wskazał, że „spełnienie wymagań, o których mowa w pkt. 1 Przedmiot zamówienia winno być potwierdzone kartą katalogową zawierającą między innymi:

charakterystykę oraz parametry techniczne wyrobu z podaniem wymiarów montażowych i gabarytowych wraz z oświadczeniem o zapewnieniu parametrów, o których mowa w tym punkcie."

Wykonawca Wolfram Sp. z o.o. zaoferował w części 1/III zamówienia w poz. 3 silniki SP2 225L-4 producenta DAMEL S.A.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 28.04.2008 r. (lit. b) wykonawca Wolfram Sp. z o.o. przedłożył kartę katalogową dla zaoferowanych silników indukcyjnych górniczych SP2 225L-4.

Odwołujący nie kwestionował, aby same silniki zaoferowane przez wykonawcę Wolfram Sp. z o.o. producenta DAMEL z Dąbrowy Górniczej nie spełniały jakichkolwiek wymagań zamawiającego.

W karcie katalogowej producent szczegółowo opisał zastosowanie, cechy charakterystyczne silników, zgodność z wymaganiami norm, certyfikaty, dane techniczne, zamieścił także rysunki – schematy połączeń oraz wymiary montażowe i gabarytowe, a nadto opisał warunki zastosowania i eksploatacji.

Po części zawierającej powyższy opis silników znajduje się oświadczenie: „Producent oferuje silniki w wykonaniu podstawowym oraz w opcjach wykonanych na zamówienie odbiorcy”.

W ocenie składu orzekającego Izby, oświadczenie to jest wystarczające, aby uznać, że producent nie tylko gwarantuje wykonanie silników zgodnych z opisanymi przez siebie wcześniej parametrami, ale także, że wykona silniki zgodnie z ich opisem. Przyjęcie odmiennego wniosku oznaczałoby w istocie przyjęcie zasady, że producenci co innego oferują, a co innego produkują, co przy produktach wymagających tak długotrwałych procedur badawczych, sprawdzających i certyfikacyjnych jest absurdalne.

Skoro same parametry nie były przez odwołującego kwestionowane, uznać należy, że wykonawca Wolfram Sp. z o.o. uczynił zadość wymogowi zawartemu w Rozdziale II pkt 2 ppkt 2.4 SIWZ, a jednocześnie, że poprzez oświadczenie producenta zawarte w karcie katalogowej wykonawca Wolfram Sp. z o.o. posiadał zapewnienie DAMEL S.A., iż ten wykona przedmiot zamówienia zgodnie z ofertą.

Wobec powyższego skład orzekający Izby nie znalazł podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy Wolfram Sp. z o.o. w tym zakresie i przypisania zamawiającemu naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Wolfram Sp. z o.o. z powodu nieprzedłożenia przez tego wykonawcę oświadczenia producenta DAMEL S.A., na którego zostały wystawione dokumenty (certyfikat badania typu WE wydany przez jednostkę notyfikowaną oraz wzór deklaracji zgodności), że wykonawca ten ma prawo posługiwać się tymi dokumentami, a dokumenty te nie zostały anulowane lub wycofane nie potwierdził się.

Wymóg przedłożenia wskazanego oświadczenia zamawiający sformułował w odniesieniu do silników wymienionych w formularzach cenowych części zamówienia oznaczonych 1/I, 1/II poz. 1,6, 10 oraz 1/X i 1/XI, co wynika z faktu zamieszczenia tego wymogu w części dotyczącej tych silników w Rozdziale II pkt 2.1. lit. c SIWZ.

Wobec powyższego skład orzekający Izby nie znalazł podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy Wolfram Sp. z o.o. i przypisania zamawiającemu naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w tym zakresie.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Wolfram Sp. z o.o. z powodu przedłożenia przez tego wykonawcę dokumentów wystawionych przez Beseefa Ltd z dnia 29.10.2007 r. określonych jako nr zbioru projektu 07/0526 i 07/0525 w języku angielskim nie potwierdził się.

W Rozdziale I pkt 6.9.SIWZ zamawiający wskazał, że „Dokumenty sporządzone w języku obcym muszą być złożone wraz z tłumaczeniem na język polski, poświadczonym przez Wykonawcę”. Wymóg ten jest zgodny z wymogiem zawartym w § 4 ust. 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

Skład orzekający Izby na marginesie stwierdza, że wymóg pkt. 6.9. został zamieszczony przez zamawiającego w pkt. 6 Rozdziału I dotyczącym oświadczeń lub dokumentów, jakie wykonawcy winni dostarczyć w celu potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu, a więc w części SIWZ dotyczącej wyłącznie warunków podmiotowych wykonawców, co mogło wprowadzać wykonawców w błąd co do obowiązku przedkładania tzw. dokumentów przedmiotowych sporządzonych w języku obcym również wraz z tłumaczeniem na język polski.

Wykonawca Wolfram Sp. z o.o. na stronach 175 – 193 oferty złożył dokument „Supplementary EC – Type Examination Certificate dotyczący Project File 07/0525 (trzykrotnie) z dnia 29.10.2007 r. (issued 29 October 2007), dokument „Supplementary EC – Type Examination Certificate” dotyczący Project File 07/0526 z dnia 29.10.2007 r. (issued 29 October 2007) (dwukrotnie) oraz dokument „Supplementary EC – Type

Examination Certificate” dotyczący Project File 07/0103 z dnia 18.10.2007 r. (issued 18 October 2007).

Skład orzekający Izby ustalił, że:

1. wezwaniem z dnia 17.12.2008 r., zamawiający zażądał uzupełnienia oferty Wolfram Sp. z o.o. o „certyfikaty badania typu dla silników typu W-UEF wyszczególnionych w części zamówienia II i III”. (lit. a),
2. wezwaniem z dnia 05.01.2009 r. zamawiający zażądał uzupełnienia oferty o tłumaczenie na język polski poświadczone przez wykonawcę certyfikatów badania z dnia 29.10.2007 r. (lit. d),
3. wezwaniem z dnia 28.04.2009 r., zamawiający zażądał uzupełnienia oferty o aktualne certyfikaty typu WE wraz z tłumaczeniem na język polski poświadczonym przez wykonawcę (lit. b).

W przedłożonej przez zamawiającego składowi orzekającemu Izby dokumentacji postępowania znajduje się plik dokumentów luzem, który zawiera w szczególności tłumaczenie dokumentów wskazanych powyżej dotyczących projektu 07/0525, 07/0526 i 07/0103. Tłumaczenie to zostało wykonane – zgodnie z informacją w dolnej części tłumaczenia - przez Rafała Hałonia i potwierdzone przez Prezesa Zarządu Wolfram Sp. z o.o. Krzysztofa D.

Skład orzekający Izby uznał także, że z trzech przywołanych powyżej wezwań zamawiającego tylko jedno, tj. z dnia 05.01.2009 r. dotyczyło uzupełnienia w kwestionowanym przez odwołującego zakresie tłumaczenia certyfikatów z dnia 29.10.2007 r. na język polski.

Wobec powyższego skład orzekający Izby uznał, że zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Wolfram Sp. z o.o. na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w tym zakresie, a nadto że zamawiający nie naruszył przepisu art. 26 ust. 3 ustawy, ponieważ nie ponowił wezwania o uzupełnienie tłumaczenia certyfikatów z dnia 29.10.2007 r.

Zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy Wolfram Sp. z o.o. z tego powodu, że oferta tego wykonawcy nie była zabezpieczona wadium przez cały okres związania ofertą nie potwierdził się.

W przedmiotowym postępowaniu termin składania ofert, zgodnie z Rozdziałem I pkt 11 ppkt 11.1 SIWZ został wyznaczony na dzień 25.11. 2008 r. i nie został w zmieniony.

Termin związania ofertą, zgodnie z Rozdziałem I pkt 10 SIWZ, wynosił 60 dni, „przyjmując za pierwszy dzień związania ofertą dzień, w którym upłynął termin składania ofert”.

Przepis art. 85 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający może tylko raz, co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni. Brak w ustawie Pzp podobnego obwarowania dla przypadku, gdy wykonawca z własnej inicjatywy – samodzielnie chce przedłużyć termin związania ofertą. Uprawniony jest zatem wniosek, że ustawodawca jedynie w przypadku przedłużania przez wykonawców terminu związania ofertą na wniosek zamawiającego wymaga złożenia przez nich odrębnego oświadczenia, tj. zgody na takie przedłużenie.

W ocenie składu orzekającego Izby, oznacza to dopuszczenie możliwości wyrażenia woli wykonawcy – w przypadku działania przez wykonawcę z własnej inicjatywy – przedłużenia terminu związania ofertą, poprzez przedłużenie ważności wadium. Wówczas termin związania ofertą będzie tożsamy z terminem ważności wadium.

Zamawiający, pismem DE/DEP/IN/112/09 z dnia 12.01.2009 r. zwrócił się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni. W piśmie tym zamawiający zawarł również przypomnienie, iż wykonawca jest zobowiązany wraz z wyrażeniem zgody przedłużyć okres ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe do wniesienia nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą.

Wykonawca Wolfram Sp. z o.o. w ofercie na stronie 5 w pkt. 10 złożył oświadczenia, że uważa się za związanego złożoną przez siebie ofertą przez okres 60 dni, przyjmując za pierwszy dzień związania ofertą dzień, w którym upłynął termin składania ofert. Do oferty załączył gwarancję nr 1964/08/K z dnia 24.11.2008 r. wystawioną przez ING Bank Śląski S.A. z terminem ważności 31.01.2009 r. i kwotą gwarantowaną w wysokości 211 739,00 zł. Oryginał tej gwarancji znajduje się w okazanej składowi orzekającemu Izby dokumentacji postępowania.

W przedłożonej przez zamawiającego składowi orzekającemu Izby dokumentacji postępowania znajdują się nadto:

1. pismo z dnia 14.01.2009 r., w którym Wolfram Sp. z o.o. wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni, zobowiązując się jednocześnie, że do czasu wygaśnięcia przedłożonej wcześniej gwarancji przedłoży dokument przedłużający jej ważność o 60 dni,
2. oryginał Aneksu nr 1 z dnia 29.01.2009 r. do gwarancji nr 1964/08/K z dnia 24.11.2008 r., który przedłużył termin ważności tej gwarancji do dnia 01.04.2009 r., pozostawiając pozostałe warunki gwarancji bez zmian,

3. pismo z dnia 25.03.2009 r., w którym Wolfram Sp. z o.o. złożył oświadczenie, że przedłuży termin związania ofertą o 30 dni, zobowiązując się jednocześnie, że do czasu wygaśnięcia przedłożonej wcześniej gwarancji (Aneksu nr 1) przedłoży dokument przedłużający jej ważność o 30 dni,
4. oryginał Aneksu nr 2 z dnia 01.04.2009 r. do gwarancji nr 1964/08/K z dnia 24.11.2008 r., który przedłużył termin ważności tej gwarancji do dnia 30.04.2009 r., pozostawiając pozostałe warunki gwarancji bez zmian,
5. pismo z dnia 26.04.2009 r., w którym Wolfram Sp. z o.o. złożył oświadczenie, że przedłuży termin związania ofertą o 60 dni, zobowiązując się jednocześnie, że do czasu wygaśnięcia przedłożonej wcześniej gwarancji (Aneksu nr 2) przedłoży dokument przedłużający jej ważność o 60 dni,
6. oryginał gwarancji nr 694/09/K z dnia 29.04.2009 r. wystawionej przez ING Bank Śląski S.A. z terminem ważności 30.06.2009 r. i kwotą gwarantowaną w wysokości 104 808,00 zł, odpowiadającą kwocie żądanej przez zamawiającego w SIWZ dla części II i III zamówienia (37 743,00 zł + 67 065,00 zł),
7. oryginał Aneksu nr 1 do gwarancji nr 694/09/K z dnia 29.04.2009 r., który przedłużył termin ważności tej gwarancji do dnia 15.08.2009 r., pozostawiając pozostałe warunki gwarancji bez zmian,
8. pismo z dnia 05.06.2009 r., w którym Wolfram Sp. z o.o., przystępując do postępowania protestacyjnego wywołanego protestem odwołującego zadeklarował, pod rygorem wykluczenia z postępowania, wniesienie wadium dla części II i III zamówienia na okres niezbędny do zabezpieczenia postępowania do zawarcia umowy po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu.

Wobec powyższych ustaleń skład orzekający Izby uznał, że w dniu złożenia oferty, tj. 25.11.2009 r. wykonawca Wolfram Sp. z o.o. był i do dnia 15.08.2009 r. jest związany złożoną przez siebie ofertą w części II i III zamówienia, a oferta była i jest zabezpieczona wadium. Skoro bowiem wykonawca składał oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą lub co najmniej przedłużał ważność wadium w dniu bezpośrednio poprzedzającym dzień upływu ważności uprzednio złożonego wadium, to stwierdzić należy, że zachowana została ciągłość wadium składanego przez Wolfram Sp. z o.o. konsekwentnie w formie gwarancji bankowej.

Skład orzekający Izby stoi na stanowisku, że wola wykonawcy co do przedłużenia terminu związania ofertą, w świetle przepisu art. 65 kodeksu cywilnego, jest jednoznaczna i nie może budzić wątpliwości w sytuacji, gdy wykonawca, jak w przedmiotowym

postępowaniu, przedkłada nową gwarancję lub aneks do gwarancji i bierze aktywny udział w procedurze przetargowej, poprzez przystępowanie do postępowań toczących się w wyniku składanych protestów.

Skład orzekający Izby nie podzielił sposobu rozumienia „jednoczesności” składanych oświadczeń o przedłużeniu terminu związania ofertą z przedłużeniem ważności wadium, zaprezentowanego przez odwołującego, a sprowadzającego się do twierdzenia, że przedłużenie ważności wadium musi nastąpić zawsze, gdy następuje przedłużenie terminu związania ofertą, nawet w przypadkach, gdy wadium pozostaje ważne dłużej niż wykonawca pozostaje związany złożoną przez siebie ofertą (uprzednio złożone wadium pozostanie ważne po dniu złożenia oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą)

Przeciwnie niż ocenia to odwołujący, skład orzekający Izby stoi na stanowisku, że wykładnia celowościowa przepisu art. 85 ust. 4 ustawy Pzp musi znaleźć pierwszeństwo przed wykładnią językową przywołanego artykułu, ponieważ nie do przyjęcia jest, aby ustawodawca nakładał na wykonawców dodatkowe obowiązki, związane nadto z koniecznością ponoszenia przez nich dodatkowych kosztów (opłata gwarancji, niemożność dysponowania pieniędzmi złożonymi jako wadium) przy jednoczesnym braku zasadności i korzyści takiego rozwiązania z punktu widzenia celu składania wadium, tj. zabezpieczenia oferty.

Odwołujący nie uwzględnił w ogóle okresów zawieszenia terminu związania ofertą w związku z wnoszonymi w przedmiotowym postępowaniu protestami.

Wobec powyższego skład orzekający Izby nie znalazł podstaw do wykluczenia wykonawcy Wolfram Sp. z o.o. na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, a w konsekwencji nie stwierdził podstaw do odrzucenia złożonej przez Wolfram Sp. z o.o. oferty.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Wolfram Sp. z o.o. z powodu niezłożenia przez tego wykonawcę certyfikatu badania typu silników oraz wzoru deklaracji dla silników dSKgwp 315 S4X i dSLgwp 315 S4 potwierdził się.

W Rozdziale II pkt 1.3 i 1.4 SIWZ zamawiający wskazał, że silniki elektryczne, przeznaczone do stosowania w podziemnych wyrobiskach zakładu górniczego oraz do stosowania na powierzchni zakładu górniczego o napięciach znamionowych od 50V do 1000V prądu przemiennego oraz od 75V do 1500V prądu stałego muszą spełniać wymagania Dyrektywy ATEX 94/9/WE, wprowadzonej rozporządzeniem Ministra Gospodarki Pracy i Polityki Społecznej z dnia 22 grudnia 2005 r. w sprawie zasadniczych wymagań dla urządzeń i systemów ochrony przeznaczonych do użytku w przestrzeniach zagrożonych wybuchem (Dz. U. Nr 263, poz. 2203).

Zgodnie z wymogiem Rozdziału II pkt 2.3. lit. b SIWZ na potwierdzenie spełnienia tego warunku należało złożyć dla silników elektrycznych wymienionych w szczególności w formularzach cenowych części zamówienia oznaczonych numerem 1/III certyfikat badania typu WE wydany przez jednostkę notyfikowaną, potwierdzający, że urządzenie, systemy ochronne, części i podzespoły przeznaczone do użytku w pomieszczeniach zagrożonych wybuchem spełniają wymagania Dyrektywy ATEX 94/9/WE oraz wzór deklaracji zgodności WE, wystawiony przez producenta, że oferowany wyrób spełnia wymagania Unii Europejskiej i prawa polskiego w zakresie wprowadzania na rynek i do użytku w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych.

Wykonawca Wolfram Sp. z o.o. zaoferował w części 1/III zamówienia w poz. 14 i 18 odpowiednio silnik dSKgwp 315 S4X i dSLgwp 315 S4 producenta EMIT S.A.

W ofercie na stronie 210 oferty wykonawca Wolfram Sp. z o.o. zamieścił wzór deklaracji zgodności WE wystawiony przez EMIT S.A. dotyczący silnika o oznaczeniu symbolem dSKgwp.

Zamawiający, pismem DE/DEP/IN/2326/09 z dnia 28.04.2009 r. wezwał wykonawcę Wolfram Sp. z o.o. do uzupełnienia oferty o aktualne certyfikaty badania typu WE dla poz. 14 i 18 części III zamówienia produkcji EMIT (lit. c).

W przedłożonej przez zamawiającego składowi orzekającemu Izby dokumentacji postępowania, znajdują się:

1. wzór deklaracji zgodności WE wystawiony przez EMIT S.A. dotyczący silnika dSLgwp 315 S4,
2. certyfikat badania typu WE wydany przez Główny Instytut Górnictwa – Jednostkę Notyfikowaną Nr 1453 dla silnika dSKgwp 315 S4X producenta EMIT S.A.

Skład orzekający Izby na tej podstawie stwierdził, że brak w dokumentacji, w tym z uwzględnieniem dokumentów przedłożonych w ramach uzupełnienia oferty certyfikatu badania typu WE dla zaoferowanego przez Wolfram Sp. z o.o. silnika dSLgwp 315 S4.

W ofercie na stronie 371 znajduje się pierwsza (z trzech) strona certyfikatu typu WE, jednak dotyczy ona silników dSLgwp355M4 oraz dSLgwp355M4X, które to silniki zostały zaoferowane przez Wolfram Sp. z o.o. w poz. 2 i 3 części IV zamówienia.

Wobec powyższego skład orzekający Izby uznał, że zamawiający zaniechał odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Wolfram Sp. z o.o. w powyższym zakresie, czym naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Wolfram Sp. z o.o. z tego powodu, że wykonawca ten załączył do oferty certyfikaty Atex wydane przez jednostkę notyfikowaną Baseefa Ltd. dla firmy Brook Crompton, którymi nieprawidłowo posługuje się Fabryka

Silników Elektrycznych TAMEL S.A. oraz z tego powodu, że certyfikaty opierają się na starej normie zharmonizowanej nie potwierdził się.

Za głosowne skład orzekający Izby uznał twierdzenie odwołującego, że producent silników (w kwestionowanym przypadku Fabryka Silników Elektrycznych TAMEL S.A.) powinien posiadać certyfikat wydany przez jednostkę notyfikowaną na siebie, odmawiając tym samym możliwości posługiwania się przez tego producenta certyfikatami innego podmiotu (w tym przypadku firmy Brook Crompton), do których prawo posługiwania się wynika ze zmiany rejestracji potwierdzonej przez Baseefa Ltd. (Zmiana rejestracji z dnia 11.09.2009 r. została podpisana w angielskiej wersji językowej przez dyrektora R S Sinclar).

Za głosowne skład orzekający Izby uznał także twierdzenie odwołującego, że dokumenty wydane przez Baseefa Ltd. są niewiarygodne. Brak bowiem podstaw do podważania uprawnienia dyrektora (R S Sinclar) do podpisania dokumentów w imieniu tej jednostki (podpisy tej osoby widnieją na wszystkich dokumentach, poza załącznikami do tych dokumentów, w angielskich wersji językowej, tj. z dnia 04.01.2007 r. oraz 11.09.2008 r.), czy też samego dokumentu z powodu braku pieczęci. Odwołujący stwierdził, że inna osoba jest upoważniona do reprezentowania Baseefa Ltd., nie przedstawiając w tym zakresie żadnych dokumentów czy informacji.

Skład orzekający Izby za głosowne uznał wreszcie twierdzenie odwołującego, że aktualizacja certyfikatów do nowych norm winna być przeprowadzona przez wydanie załącznika do każdego certyfikatu, nie zaś za pomocą dokumentu zbiorczego, uwzględniającego wszystkie certyfikaty, jak w przypadku producenta TAMEL S.A.

Wobec powyższego skład orzekający Izby nie znalazł podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy Wolfram Sp. z o.o. w tym zakresie na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 183 ust. 5 ustawy Pzp, w następstwie protestu z dnia 07.04.2009 r., poprzez jego niezastosowanie i nie dokonanie w sposób prawidłowy czynności zaniechanej, tj. wykluczenia wykonawcy Wolfram sp. z o.o. i odrzucenia jego oferty nie potwierdził się.

W ocenie składu orzekającego Izby, choć ustawa Prawo zamówień publicznych nie przewiduje wprost możliwości częściowego uwzględnienia lub częściowego oddalenia protestu, to możliwość taką należy dopuścić w szczególności wobec brzmienia art. 183 ust. 5 ustawy Pzp, przewidującego możliwość uwzględnienia wszystkich lub jednego z żądań.

Wyczerpujące uzasadnienia zamawiającego w tym zakresie winno zapobiegać ewentualnym wątpliwościom i błędnemu odczytywaniu jego intencji przez wykonawców

składających protesty oraz przez wykonawców przystępujących do postępowania protestacyjnego, nadto winno zapobiegać przedłużaniu postępowania protestacyjno – odwoławczego (w wyniku opóźnienia w pozyskaniu przez wykonawców informacji o okolicznościach będących podstawą wnoszenia protestów).

W proteście z dnia 07.04.2009 r. odwołujący domagał się w szczególności, aby zamawiający, przed dokonaniem wykluczenia Wolfram Sp. z o.o. z udziału w postępowaniu, wezwał tego wykonawcę do uzupełnienia oferty na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Wśród zarzutów podnoszonych w proteście z dnia 07.04.2009 r. był zarzut dotyczący prawidłowości przedłużenia ważności wadium, którego wadliwość nie może podlegać konwalidacji. Jednak protestujący mógł przyjąć, że skoro zamawiający protest uwzględnił to również w tym zakresie przychylił się do jego stanowiska, a ponowna ocena doprowadzi w konsekwencji do odrzucenia oferty konkurującego z nim wykonawcy. Zamawiający nie zasygnalizował w żaden sposób, że ponowne badanie i ocena ofert zostanie poprzedzone wezwaniem wykonawcy do uzupełnienia oferty.

Niemniej jednak wskazane powyżej sformułowanie jednego z żądań protestu dawało zamawiającemu podstawę, aby protest uwzględnić skoro zamawiający uznał, że podniesione wówczas przez odwołującego zarzuty wymagają weryfikacji w świetle nowych dokumentów, które winien złożyć Wolfram Sp. z o.o.

Skład orzekający Izby uznał, że w powyższych okolicznościach brak jest podstaw do przypisania zamawiającemu naruszenia przepisu art. 183 ust. 5 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby uznał, że w przypadkach stwierdzenia powyżej naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, zamawiający naruszył jednocześnie przepis art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Na podstawie art. 191 ust. 1 zdanie pierwsze oraz art. 191 ust.1a ustawy Pzp skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. stosownie do wyniku postępowania. Jednocześnie Izba uwzględniła koszty odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (3 600,00 zł) oraz dojazdu (214,00 zł) na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **w Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....