

WYROK
z dnia 30 marca 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Justyna Tomkowska
Członkowie:	Agnieszka Trojanowska Renata Tubisz
Protokolant:	Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach **18 i 25 marca 2021 roku w Warszawie** odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **22 lutego 2021 roku** przez wykonawców:

- 1) wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) **WĘGLOKOKS Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach (Lider)** oraz (2) **Przedsiębiorstwo HYDROMEL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Siemianowicach Śląskich (Partner) – KIO 565/21;**
- 2) wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) **FAMUR Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach (Lider);** (2) **HYDROTECH Spółka Akcyjna z siedzibą w Rybniku (Partner) – KIO 585/21**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Lubelskiego Węgla „BOGDANKA” Spółka Akcyjna z siedzibą w Bogdance**

przy udziale wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego:

- 1) wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) **WĘGLOKOKS Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach (Lider)** oraz (2) **Przedsiębiorstwo HYDROMEL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Siemianowicach Śląskich (Partner) – KIO 585/21;**
- 2) wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) **FAMUR Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach (Lider);** (2) **HYDROTECH Spółka Akcyjna z siedzibą w Rybniku (Partner) – KIO 565/21**

orzeka:

1. Oddala oba odwołania.
 2. Kosztami postępowania obciąża **Odwołujących – wykonawców:**
 - 1) **wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) WĘGLOKOKS Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach (Lider) oraz (2) Przedsiębiorstwo HYDROMEL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Siemianowicach Śląskich (Partner) – KIO 565/21;**
 - 2) **wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) FAMUR Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach (Lider); (2) HYDROTECH Spółka Akcyjna z siedzibą w Rybniku (Partner) – KIO 585/21**
- i:**
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę po **15 000 zł 00 gr** (słownie: po piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołujących** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od **Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) WĘGLOKOKS Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach (Lider) oraz (2) Przedsiębiorstwo HYDROMEL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Siemianowicach Śląskich (Partner) na rzecz Zamawiającego – Lubelskiego Węgla „BOGDANKA” Spółka Akcyjna z siedzibą w Bogdance kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych 00/100 groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;**
 - 2.3. zasądza od **Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) FAMUR Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach (Lider); (2) HYDROTECH Spółka Akcyjna z siedzibą w Rybniku (Partner) na rzecz Zamawiającego – Lubelskiego Węgla „BOGDANKA” Spółka Akcyjna z siedzibą w Bogdance kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych 00/100 groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;**

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2019 r., poz. 2019 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

UZASADNIENIE

Sygn. akt KIO 565/21

Dnia 22 lutego 2021 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 505 ust. 1 oraz art. 513 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019) (dalej jako: Pzp2019) odwołanie złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: (1) WĘGLOKOKS spółka akcyjna z siedzibą w Katowicach (Lider) oraz (2) Przedsiębiorstwo HYDROMEL spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Siemianowicach Śląskich (Partner), dalej jako „Odwołujący”. Odwołanie dotyczy Zadania nr 2.

Zamawiający: Lubelski Węgiel „BOGDANKA” Spółka Akcyjna z siedzibą w Bogdance prowadzi postępowanie na Modernizację oraz dostawę urządzeń układu kompleksu ścianowego przeznaczonych do pracy w podziemnych zakładach górniczych wydobywających węgiel kamienny, w pomieszczeniach zagrożonych wybuchem metanu i pyłu węglowego z podziałem na dwa zadania. Nr ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej to 2020/S172-4X6747 z dnia 4 września 2020 roku.

Odwołujący powziął informacje o czynnościach będących podstawą do wniesienia odwołania dnia 12 lutego 2021 roku (otrzymanie zawiadomienia o wykluczeniu Odwołującego przesłane drogą elektroniczną). Termin na wniesienie odwołania został zachowany. Odwołujący prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu i uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Odwołanie złożono od niezgodnych z przepisami ustawy PZP czynności i zaniechań Zamawiającego:

- 1) czynności wykluczenia Odwołującego z powodu rzekomego niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, pomimo że Odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału, a co za tym idzie nie podlega wykluczeniu z postępowania;
- 2) zaniechania czynności wszechstronnego rozważenia i zbadania oferty Odwołującego i dokumentów dołączonych do oferty, a zwłaszcza przedstawionych referencji oraz wyjaśnień Odwołującego, do której to czynności Zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy PZP, ze złożonych dokumentów oraz wyjaśnień wynika potwierdzenie spełniania przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu.
- 3) czynności odrzucenia „na marginesie” oferty Odwołującego jako rzekomo niezgodnej z treścią SIWZ, pomimo że oferta jest zgodna z SIWZ,
- 4) czynności odrzucenia „na marginesie” oferty Odwołującego jako rzekomo niezgodnej z ustawą, podczas gdy oferta Odwołującego jest w pełni zgodna z ustawą.

Odwołujący zarzucał naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) (dalej jako: PZP) poprzez jego błędne zastosowanie, a w konsekwencji wykluczenie Odwołującego z powodu rzekomego niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu i w sposób należyty wykazał ich spełnianie oraz wyjaśnił dalsze wątpliwości Zamawiającego;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP poprzez jego błędne zastosowanie, a w konsekwencji dokonane „na marginesie” powiadomienie, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu za rzekomą niezgodność oferty z treścią SIWZ, podczas gdy oferta Odwołującego jest zgodna z treścią SIWZ, a informacja Zamawiającego nie daje Odwołującemu wiedzy, czy Zamawiający odrzucił jego ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP, czy jedynie zasugerował taką możliwość;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP poprzez jego błędne zastosowanie, a w konsekwencji dokonane „na marginesie” powiadomienie, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu za rzekomą niezgodność oferty z ustawą, podczas gdy oferta Odwołującego jest zgodna z ustawą, a informacja Zamawiającego nie daje Odwołującemu wiedzy, czy Zamawiający odrzucił jego ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, czy jedynie zasugerował taką możliwość;
- 4) art. 7 ust. 1 ustawy PZP poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, faworyzowanie przez Zamawiającego drugiego z wykonawców, który złożył ofertę konkurencyjną w postępowaniu, będąc jednocześnie oferentem, który realizował na rzecz Zamawiającego poprzednie zamówienie, jak również prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady proporcjonalności.

Odwołujący wnosił o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości;
- 2) przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania, a w szczególności dowodów wskazanych w treści odwołania;
- 3) powołanie biegłego z zakresu obudów zmechanizowanych w zakresie stwierdzenia zgodności konstrukcji (np. z jednostki naukowo-technicznej, jak Główny Instytut Górnictwa. Wyższy Urząd Górniczy, Politechnika Śląska, ITG KOMAG, SITG) i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego w przedmiocie zgodności części technicznej oferty Odwołującego z częścią techniczną SIWZ (OPZ) w zakresie pięciu zarzutów sformułowanych przez Zamawiającego w piśmie o wykluczeniu Odwołującego;

- 4) unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego oraz z ostrożności czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- 5) ewentualnie (na wypadek, gdyby Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 2 postępowania przed rozstrzygnięciem odwołania) - unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 6) nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
- 7) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania.

Odwołujący zaznaczył, że spełnia przesłanki materialnoprawne z art. 505 ust. 1 ustawy PZP2019, ponieważ ma interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący złożył prawidłową ofertę (zgodną z treścią SIWZ oraz ustawą) przed terminem wyznaczonym przez Zamawiającego na składanie ofert oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu postawione przez Zamawiającego. W postępowaniu złożono dwie oferty. Druga oferta została złożona przez konsorcjum, które uprzednio realizowało zamówienie do którego nawiązuje zamówienie, niemniej jednak druga ze złożonych ofert jest o około 11,5 mln złotych droższa od oferty Odwołującego. W wyniku błędnych czynności Zamawiającego oraz uznania, że Odwołujący podlega wykluczeniu, a jego oferta „podlega odrzuceniu” Odwołujący utracił możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia, co naraża go na bezpośrednią szkodę w jego nieuzyskaniu.

WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU

Zgodnie z I Częścią SIWZ Rozdział V pkt. 1 ppkt. 1) lit. a) część ii.) o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej - Zamawiający wymagał, aby w celu potwierdzenia posiadania niezbędnej zdolności technicznej lub zawodowej, Wykonawcy wykazali się, że:

ii. *dotyczy zadania nr 2: w okresie ostatnich ośmiu lat przed upływem terminu składnia ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) zrealizowali należycie zamówienia odpowiadające rodzaj i zakresowi przedmiotowi postępowania, tj.: co najmniej jedno zamówienie na:*

- *dostawę minimum jednego kompletu ścianowej obudowy zmechanizowanej w ilości min. 100 sekcji o podziałce 1,75m, które pracowały lub pracują w podziemnych kopalniach węgla kamiennego,*
- *oraz co najmniej jedno zamówienie na usługi remontu lub modernizacji co najmniej 100 szt. ścianowej obudowy zmechanizowanej spełniających wymagania dyrektyw*

2014/34/UE, 2006/42/WE, które pracowały lub pracują w podziemnych kopalniach węgla kamiennego, w wyrobiskach zagrożonych wybuchem metanu i pyłu węglowego.

Odwołujący na spełnienie wymagań przedstawił w JEDZ Przedsiębiorstwa HYDROMEL oraz w wykazie zrealizowanych usług usługę: Dostawa do JSW S.A. KWK Budtyk nowego zmechanizowanego kompleksu ścianowego wraz z osprzętem, w tym 118 szt. nowych sekcji z podziałką 1,75m, dołączając również stosowne referencje należytego wykonania w/w zamówienia. Usługa powyższa realizowana była w konsorcjum trzech wykonawców: Becker-Warkop sp. z o.o., Przedsiębiorstwo HYDROMEL S.A., Hydrotech S.A.

W dniu 27 stycznia 2021 roku Zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy PZP wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie złożonych dokumentów odnosząc się do wykonanego przez Przedsiębiorstwo HYDROMEL zamówienia referencyjnego - zakresu doświadczenia nabytego podczas dostaw zrealizowanych przez tego wykonawcę.

W dniu 29 stycznia 2021 roku Odwołujący odpowiedział na wezwanie, wyjaśniając pełny udział Przedsiębiorstwa HYDROMEL w realizacji zamówienia referencyjnego oraz wyjaśniając, że nie ma możliwości przedstawienia dokumentów źródłowych, ze względu na ciążący na Odwołującym obowiązek poufności.

W dniu 3 lutego 2021 roku Zamawiający ponownie, działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy PZP wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący niezwłocznie w dniu 4 lutego 2021 roku udzielił wyjaśnień, jednakże wyjaśnienia te nie zostały uwzględnione przez Zamawiającego.

W dniu 12 lutego 2021 roku Zamawiający zawiadomił o wykluczeniu Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy PZP 2004.

ZGODNOŚĆ OFERTY Z SIWZ

Czynnościami Zamawiającego wyprzedzającymi korespondencję w zakresie warunku udziału, była weryfikacja oferty Odwołującego, w ramach której Zamawiający nabral wątpliwości odnośnie treści oferty Odwołującego, które wskazał Odwołującemu w wezwaniu z dnia 13 stycznia 2021 roku do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy PZP.

Na powyższe wezwanie Odwołujący złożył stosowne wyjaśnienia w dniu 18 stycznia 2021 roku. Powyższe wyjaśnienia nie były przez Zamawiającego kwestionowane, a Zamawiający nie wzywał ponownie Odwołującego do składania dalszych wyjaśnień.

W dniu 12 lutego 2021 roku Zamawiający zawiadomił o wykluczeniu Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy PZP. Jednocześnie Zamawiający „na marginesie” wskazał, że oferta Odwołującego podlega również odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt

2 ustawy PZP jako oferta, której treść nie odpowiada treści SIWZ oraz art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP jako oferta niezgodna z ustawą.

Z działaniami Zamawiającego Odwołujący się nie zgadza.

ZARZUT NARUSZENIA ART. 24 UST. 1 PKT 12 USTAWY PZP

Decyzja o wykluczeniu Odwołującego z postępowania podyktowana była błędnym przekonaniem Zamawiającego, że przywołane zamówienie referencyjne (polegające na dostawie do JSW S.A. KWK Budryk nowego zmechanizowanego kompleksu ścianowego wraz z osprzętem w tym 118 szt. nowych sekcji z podziałką 1,75m) nie może stanowić podstawy do wykazania doświadczenia nabytego przez Przedsiębiorstwo HYDROMEL ze względu na fakt, że realizowane było w ramach konsorcjum, a z informacji posiadanych przez Zamawiającego wynikało, że inny uczestnik powyższego konsorcjum dostarczył 40 ze 118 sztuk sekcji obudowy. Zamawiający dokonał więc prostego rachunku, z którego wynikało, że „wyłączenie” spośród 118 sztuk sekcji, 40 sztuk dostarczonych przez konsorcjanta, pozwalałoby na wykazanie się doświadczeniem w dostawie nie więcej niż 78 sztuk (podczas gdy w treści warunku udziału wskazano 100 sztuk).

Z zapatrywaniem Zamawiającego Odwołujący się nie godzi, ponieważ nie wynika ono ani z przepisów ustawy PZP 2004, ani ustawy PZP 2019, ani orzecznictwa oraz piśmiennictwa. Powyższy pogląd Zamawiającego jest więc jego własnym autorskim poglądem.

Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej w przypadku, jeśli dana kwestia nie wynika wprost z przepisów, ale z przekonania Zamawiającego, a nawet z doktryny czy orzecznictwa, Zamawiający musi zwrócić na nią uwagę wykonawcom zainteresowanym złożeniem ofert w treści SIWZ. Nie sposób oczekiwać od wykonawców znajomości doktryny czy orzecznictwa, a tym bardziej nie sposób wymagać, aby domyślali się oni prywatnych zapatrywań Zamawiającego na pewne kwestie (tak wyrok KIO z dnia 24 października 2019 roku, sygn. akt KIO 2043/19). Zamawiający w żadnym miejscu SIWZ nie wskazał zakazu powoływania się przez wykonawców na doświadczenie nabyte w ramach konsorcjum, jak również nie wskazał, że wykonawcy mogą powoływać się wyłącznie na taki zakres, który wykonali samodzielnie (z wyłączeniem pozostałych konsorcjantów). Skoro Zamawiający nie wyraził w SIWZ tego rodzaju reguł, a nie wynikają one również z przepisów prawa (w tym ustawy PZP 2004 oraz ustawy PZP 2019), to Zamawiający nie może wyciągać wobec Odwołującego negatywnych konsekwencji z posłużenia się przez niego referencjami zdobytymi w ramach poprzedniej realizacji, która wykonywana była w ramach konsorcjum. Żaden przepis ustawy PZP 2004 ani ustawy PZP 2019 nie ogranicza możliwości powoływania się na zasoby nabyte w ramach wcześniejszych realizacji wykonywanych w

ramach konsorcjum wyłącznie do zakresu osobiście wykonanego wyłącznie przez jeden podmiot.

Odmienne od stanowiska prezentowanego przez Zamawiającego jest również podejście do wskazanej kwestii w orzecznictwie. Trybunał Sprawiedliwości, w szeroko cytowanym orzeczeniu ESAPROJEKT odniósł się do powyższej kwestii, natomiast stanowisko Trybunału zostało błędnie zinterpretowane przez Zamawiającego. Wbrew mniemaniu Zamawiającego, wyrok ten, jak również dalsze orzecznictwo KIO nie stoi na przeszkodzie powoływaniu się przez pojedynczego wykonawcę na doświadczenie nabyte w ramach konsorcjum, pod warunkiem (ocenianym jednostkowo — w zależności od każdego konkretnego przypadku) faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego (z wyroku TS z 4.05.2017 r., C-387/14, ESAPROJEKT). Wykonawca nabywa realne doświadczenie nie przez sam fakt bycia członkiem grupy wykonawców i bez względu na to, jaki miał w tę grupę wkład, lecz wyłącznie poprzez bezpośredni udział w realizacji przynajmniej jednej z części zamówienia, do którego całościowego wykonania zobowiązana jest ta grupa wykonawców. A więc wykonawca nie może polegać, do celów wymaganego przez Instytucję zamawiającą doświadczenia, na realizacji świadczeń przez innych członków grupy wykonawców, w których realizacji faktycznie i konkretnie nie brał udziału — a contrario jeśli wykonawca brał udział (faktycznie i konkretnie) w realizacji przynajmniej jednej z części zamówienia, do którego całościowego wykonania zobowiązana jest grupa wykonawców, to może powoływać się na doświadczenie nabyte w ramach działań konsorcjum.

Orzecznictwo TS oraz KIO wskazuje wyraźnie, że powyższe okoliczności należy rozpatrywać w zależności od konkretnego przypadku i nie ma konieczności faktycznej realizacji całego zakresu zamówienia, ale wystarczający jest faktyczny udział w tej realizacji pozwalający na nabycie doświadczenia (zob. wyrok KIO 2570/19).

Odwołujący stwierdził, że Przedsiębiorstwo HYDROMEL w ramach konsorcjum składającego się z trzech podmiotów wykonało całkowicie samodzielnie część z powierzonych konsorcjum dostaw oraz czynnie uczestniczyło w realizacji całego przedmiotu zamówienia, m.in. poprzez: udział w tworzeniu i opiniowaniu dokumentacji technicznej dostaw składających się na całe zamówienie (118 sekcji), uczestnictwo w odbiorach wstępnych w formie prezentacji sprzętu (składającego się na cały przedmiot zamówienia) zamawiającemu na powierzchni przed rozpoczęciem seryjnej produkcji, aktywnie i czynnie (współ z pozostałymi konsorcjantami) dokonywała wizji na dole kopalni KWK Budryk celem zapoznania się ze stanem całego przedmiotu zamówienia po pożarze w ścianie oraz oceniała stan techniczny tego sprzętu, jak również wykonywała szereg dalszych czynności i

działań niezbędnych do prawidłowej realizacji całego przedmiotu zamówienia przez całe konsorcjum.

Mając na uwadze, że sekcje są elementem powtarzalnym - dostawa kilkudziesięciu takich samych elementów, stanowiących fragment większej całości (łącznie konsorcjum dostarczyło 118 sztuk takich sekcji) pozwala na nabycie doświadczenia polegającego na dostawie całego kompletu sekcji. Sytuacja taka dotyczy realizacji takich samych, powtarzalnych elementów (w określonej liczbie). Różnica w dostawie pojedynczych sztuk sekcji oraz 100 sztuk sekcji polega wyłącznie na zakupie większej ilości materiałów do produkcji, ukształtowaniu planu produkcji, oddelegowaniu większej liczby pracowników do produkcji, większej liczbie transportów (logistyka). W ramach konsorcjum wykonawców, Przedsiębiorstwo HYDROMEL brało czynny udział w powyższych czynnościach, stąd nie sposób zaprzeczyć, że nabyło niezbędne doświadczenie w tym zakresie.

Na potwierdzenie swojego stanowiska Odwołujący przywołał orzecznictwo, w tym: wyrok KIO z dnia 21 grudnia 2018 roku (KIO 2534/18), wyrok KIO z dnia 18 kwietnia 2019 roku (KIO 588/19), wyrok KIO z dnia 19 lipca 2019 roku (KIO 1266/19), wyrok KIO z dnia 15 listopada 2019 roku (KIO 2090/19), wyrok KIO z dnia 22 listopada 2019 roku (KIO 2262/19), wyrok KIO z dnia 9 stycznia 2020 roku (KIO 2570/19), wyrok KIO z dnia 8 lipca 2020 roku (KIO 933/20).

Zgodnie z treścią rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. poz. 2415) prawodawca dał wyraz temu, jakie rozumienie wyroku ESAPROJEKT ma być obowiązujące, wynikiem czego w przepisie § 9 ust. 3 rozporządzenia wskazał, że wykonawca może powoływać się na doświadczenie nabyte w ramach konsorcjum odnośnie takich robót budowlanych, usług czy dostaw „w których wykonywaniu bezpośrednio uczestniczył”. Prawodawca wyjaśnił, że jego zamiarem jest aby wykonawcy mogli powoływać się na doświadczenie nabyte w ramach dostaw, w których wykonaniu bezpośrednio uczestniczyli.

Przedsiębiorstwo HYDROMEL faktycznie wykonywało dostawy sekcji obudowy oraz bezpośrednio i czynnie uczestniczyło w dostawie wszystkich 118 sztuk sekcji obudowy, a przez to nabyło doświadczenie w dostawie wszystkich 118 sztuk sekcji obudowy, bez konieczności faktycznej dostawy wszystkich z nich.

Odmienne podejście Zamawiającego (co wynika również z cytowanego orzecznictwa), przeczyłoby istocie konsorcjum, jak również wypaczałoby jego sens, z kolei konsorcjum stałoby zawsze na gorszej pozycji niż pojedynczy wykonawca. W takim bowiem przypadku pojedynczy wykonawca nabywałby zawsze pełne doświadczenie, z kolei konsorcjant — pomimo realizacji takich samych obowiązków oraz takiej samej

odpowiedzialności za cały przedmiot zamówienia — byłby poszkodowany nie mogąc powołać się na tożsame referencje dotyczące tożsamego zamówienia. Powyższe wypaczałoby również jeden z celów zamówień publicznych, jakim jest aktywizacja sektora MSP (małych i średnich przedsiębiorstw), które najaktywniej działają w ramach konsorcjów — dzieląc się obowiązkami, ale realizując całe zamówienie wspólnie i w porozumieniu. Tylko dzięki połączeniu potencjałów technicznych są w stanie zrealizować zamówienie, niemniej jednak nie można wyciągać z tego dla nich negatywnych konsekwencji, które doprowadziłyby do monopolizacji zamówień publicznych wyłącznie przez sektor dużych przedsiębiorstw. Stanowisko Zamawiającego powodowałoby zamrożenie zamówień publicznych, w których wykonawcy nie rozwijaliby się i nie nabywali większego doświadczenia, a jedynie mogli działać w ramach raz nabytych kompetencji. Konsorcja mają za zadanie służyć również rozwijaniu umiejętności i nabywaniu większego doświadczenia przez podmioty działające w ich ramach — poprzez umożliwienie im dostępu do większych zakresów i bardziej skomplikowanych zamówień, a przez to — rozszerzanie ich portfolio o nowe i bogatsze referencje.

Zamawiający nie może wyciągać wobec Odwołującego negatywnych konsekwencji na obecnym etapie (jeśli nie wyraził jasno powyższego zapatrywania w SIWZ — przed terminem składania ofert), stanowiłoby to bowiem niedopuszczalną w świetle orzecznictwa KIO zmianę reguł postępowania w trakcie gry.

Zatem Przedsiębiorstwo HYDROMEL spełnia warunki udziału w postępowaniu, a tym samym Odwołujący (jako wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia) spełnia warunki udziału w postępowaniu, a co czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania jest błędna.

ZARZUT NARUSZENIA ART. 89 UST. 1 PKT 2 USTAWY PZP

Zamawiający w informacji o wykluczeniu Odwołującego, jako podstawę prawną podaje art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy PZP, niemniej jednak wskazuje „na marginesie”, iż nienależnie od zaistniałej podstawy wykluczenia oferta podlega również odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP - jako oferta, której treść nie odpowiada treści SIWZ oraz art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP - jako oferta niezgodna z ustawą.

Przede wszystkim nie jest jasny charakter prawny tych wywodów podanych „na marginesie”, bez wskazania w petitum pisma, że Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego. Nie wiadomo, czy Zamawiający ofertę Odwołującego odrzucił, czy stwierdza że mógłby to zrobić, ale tego nie robi, czy jest to informacja o zamiarze Zamawiającego na przyszłość. Taki sposób komunikowania jest niedopuszczalny w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, bowiem Zamawiający w sposób jasny, jednoznaczny i czytelny musi dać wyraz dokonany przez siebie czynnościom. To Zamawiający po jasnym

zakomunikowaniu swojej decyzji i uzasadnieniu podjętych czynności zakreśla granice możliwego zaskarżenia odwołaniem do Krajowej Izby Odwoławczej.

Dlatego też z ostrożności Odwołujący formułuje zarzut na wypadek, że wywody Zamawiającego prowadzone „na marginesie” oraz w sprawie niepodjętej czynności odrzucenia oferty Odwołującego zasługują na rozpoznanie.

Zamawiający zarzuca Odwołującemu niezgodność oferty z treścią SIWZ na pięciu płaszczyznach:

- 1) zgodnie z wymogami Zamawiającego, przełożenie stropnicy winno zawierać się w przedziale 2,68-2,72 — zdaniem Zamawiającego (na podstawie jego własnych obliczeń) w ofercie Odwołującego przełożenie nie zawiera się w w/w przedziale (1,89 oraz 2,78);
- 2) zgodnie z wymogami Zamawiającego wymiary sekcji muszą być zgodne z załącznikiem nr 2 do OPZ — zdaniem Zamawiającego, Odwołujący nie określił wymiarów sekcji umożliwiających stwierdzenie zgodności sekcji z załącznikiem nr 2 do OPZ;
- 3) zgodnie z wymogami Zamawiającego przewody magistralne powinny być podwieszane do stropnicy w taki sposób, aby nie wchodziły w kolizję z osłonami bocznymi sekcji podczas pracy oraz nie zmniejszały przejścia przeznaczonego dla załogi określonego normą PN-EN 1804-1+A1:2011 — zdaniem Zamawiającego, Odwołujący w dokumentach dołączonych do oferty nie określił czy przewody magistralne nie zmniejszają przejścia przeznaczonego dla załogi określonego normą PN-EN 1804-1+A1:2011;
- 4) zgodnie z wymogami Zamawiającego sekcja obudowy powinna posiadać główne charakterystyczne wymiary decydujące o współpracy z przenośnikiem i kombajnem, zgodne z wymiarami podanymi na szkicu stanowiącym załącznik nr 2 do OPZ — zdaniem Zamawiającego, Odwołujący nie uwzględnił wymiarów decydujących o współpracy z przenośnikiem i kombajnem zgodnie z wymiarami podanymi na szkicu stanowiącym załącznik nr 2 do OPZ;
- 5) zgodnie z wymogami Zamawiającego urządzenia powinny odpowiadać wymienionym aktom prawnym — zdaniem Zamawiającego, Odwołujący w związku z treścią dokumentów ofertowych ma zamiar dostarczyć urządzenia odpowiadające nieaktualnym przepisom prawnym.

ad 1) Zamawiający dokonuje własnych obliczeń (nieznanych Odwołującemu), podczas których osiąga dwa wyniki, które wydają się nie przystawać do zakładanego przez Zamawiającego przedziału. Niemniej jednak:

- 1) wynik 1,89 — uzyskany z wyliczeń ze strony 61 Instrukcji (Wersji skróconej), Obudowa Zmechanizowana HYDROMEL-12/31-POz HYDROMEL-12/31 -POz/BSN, HYDROMEL-12/31-POz/G, HYDROMEL-12/31 -PO z/ G/BSN, HYDROMEL-12/31-P0z/H,

W31.304IOR, W31.305IOR, W31.306IOR, W31.307IOR, W31.308IOR, wydanie Oa (dalej jako: Instrukcja skrócona) odnosi się do sekcji obudowy HYDROMEL T2/31-POz/G/BSN. Jest to sekcja skrajna, dla której nie zostało określone w SIWZ wymagane przełożenie stropnicy. Stąd zaprezentowany przez Zamawiającego wynik (1,89) pozostaje całkowicie pozbawiony znaczenia w sprawie i nie może być uznany za niezgodny z SIWZ (skoro SIWZ nie podaje żadnej wartości dla tego rodzaju sekcji);

2) wynik 2,78 — uzyskany z wyliczeń ze stron 62 oraz 63 Instrukcji skróconej dotyczy sekcji obudowy powstałych w wyniku modernizacji sekcji GLINIK 12/27-POz i HYDROTECH 12/27-POz. Wymiary stropnic na tych rysunkach — w ofercie Odwołującego — są zgodne z rzeczywistymi wymiarami sekcji obudowy GLINIK 12/27-POz i HYDROTECH 12/27-POz znajdującymi się w posiadaniu Zamawiającego — mając na uwadze, że wymiar wyliczony przez Zamawiającego wynika bezpośrednio z wymiarów sekcji, którą Zamawiający posiada — skoro Odwołujący podał wymiary sekcji posiadanej przez Zamawiającego, to wymiar będący wynikiem obliczeń musi być zgodny z wymogami Zamawiającego (nie istnieje możliwość, aby przy podaniu wymiarów realnych sekcji osiągnąć wynik, który nie mieściłby się w przedziale podanym przez Zamawiającego), stąd obliczenia Zamawiającego zawierają błąd. Dodatkowo, celem potwierdzenia prawidłowości obliczeń Odwołującego, w procedurze przetargowej w dniu 16 września 2020 roku zadano Zamawiającemu pytanie:

„23. Zwracamy się do Zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ dotyczącej zakresu modernizacji sekcji obudowy GUNIK12/27POz i HYDROTECH-12/27-POz, który ma być zrealizowany przez zastosowanie nadstawek spągnicy w układzie lemniskatowym i drugiego typu stojaków, a w związku z tym brak wpływu modernizacji na takie parametry jak podporność roboczą, nacisk na spąg, aktywne podparcie stropu, przyłożenie stropnicy, odkrycie stropu czy równą linię końca stropnic przy jednakowym ustawieniu sekcji w ścianie, prosimy o potwierdzenie, że sekcje przed modernizacją spełniają wymagania sformułowane w punktach W 8 — IZ 12 załącznika nr 5 do SIWZ. Jeżeli te wymagania nie są spełnione przed modernizacją to nie ma możliwości ich spełnienia w wyniku modernizacji”.

Odwołujący podał na swoich rysunkach wymiary sekcji posiadanej przez Zamawiającego — zgodnie z jego oświadczeniem z postępowania, że sekcje spełniają wymagania. W związku z tym, w przypadku jeśli w wyniku obliczeń (na podstawie podanych przez samego Zamawiającego wartości), Zamawiający dochodzi do przekonania, że wynik obliczeń nie mieści się w przedziale Zamawiającego, to znaczy że albo wymagania Zamawiającego są błędne, albo błędnie podał on wymiary, które zastosować mieli Wykonawcy w swoich rysunkach — niemniej jednak obie te okoliczności obciążają Zamawiającego, a nie Odwołującego, który zastosował wymiary sekcji zgodnie z odpowiedzią Zamawiającego, że wymiary te spełniają wymagania Zamawiającego. W

przypadku, jeśli podane przez Zamawiającego wymiary są prawidłowe (jak wynika z odpowiedzi Zamawiającego na zadane pytanie) — wynik ostateczny obliczeń musi być prawidłowy. Oferent nie miał możliwości skorygowania przełożenia stropnicy przy narzuconym zakresie modernizacji, stąd podany wymiar wynika bezpośrednio z podanych przez Zamawiającego wymiarów posiadanych przez niego sekcji.

ad 2) Wymiary wskazane na powołanych rysunkach na stronach nr 54, 55, 58, 59, 62, 63 Instrukcji skróconej potwierdzają zgodność z wymaganiami załącznika nr 2 do OPZ. Aktualne w całej rozciągłości pozostają wyjaśnienia poczynione w ad 1) odnośnie wymiarów sekcji (rzeczywistych) oraz udzielonej przez Zamawiającego odpowiedzi na zadane w postępowaniu pytanie. Stąd jeśli wymiary sekcji przed modernizacją Zamawiający podał prawidłowo, to nie może zaistnieć sytuacja, w której wymiary te będą niezgodne z wymogami Zamawiającego po modernizacji (ze względu na założony zakres modernizacji). Pozostałe ujęte w załączniku nr 2 do OPZ wymiary niewidoczne na rysunkach zostały określone w części tekstowej instrukcji na stronie 10 Instrukcji skróconej oraz na stronie 4 Instrukcji skróconej.

Zamawiający zobowiązany jest do kompleksowej i całościowej oceny oferty, a zatem wymiary podane w wersji pisemnej muszą zostać wzięte przez Zamawiającego pod uwagę.

ad 3) przez omyłkę do treści załącznika nr 5 nie wpisano odniesienia do strony 4 Instrukcji skróconej, na której umieszczono zapis:

Zwartość konstrukcji, duży stopień przykrycia stropu oraz przyległe sterowanie zapewniają prawidłową i ekonomiczną eksploatację, a przejście o szerokości minimum 600 mm (z uwzględnieniem gabarytów magistrali zasilająco-splywowej) pomiędzy zastawką przenośnika i sekcją obudowy oraz o wysokości nie mniejszej niż 700 mm w zakresie roboczym sekcji, zapewniają duży komfort załodze zatrudnionej w ścianie, co jest równoznaczne z deklaracją, że nie zmniejszają przejścia przeznaczonego dla załogi określonego normą. Na powołanych stronach 20 i 21 Instrukcji skróconej znajduje się zapis, że „nie zachodzą kolizje przewodów magistralnych z osłonami bocznymi sekcji”.

Powyższa omyłka nie prowadzi jednak w żadnej mierze do niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, ponieważ na Zamawiającym ciąży obowiązek wszechstronnego i całościowego zbadania oferty oraz wszystkich załączonych do niej dokumentów i oświadczeń (oferty sensu largo). Skoro w ofercie Odwołującego wskazano wprost, że spełniony jest wymóg Zamawiającego w postaci odpowiedniego przejścia dla załogi, to nie sposób przyjąć, że oferta ta niezgodna jest z SIWZ.

Zamawiający nie wymagał, aby w treści dokumentacji ofertowej zawierać konkretne postanowienia (o konkretnej treści), a więc np. konieczne jest zacytowanie wymogu Zamawiającego o spełnieniu normy PN-EN 1804-1+A1:2011. Jej spełnienie wynika z

prostego porównania wartości — 600 mm szerokości przejścia i 700 mm wysokości przejścia (w zakresie roboczym) — przy wymogach min. 600 mm i min. 400 mm wynikających z przywołanej normy.

ad 4) Ujęte w załączniku nr 2 do OPZ wymiary dotyczące kombajnu i przenośnika, niewidoczne na rysunkach zostały określone w części tekstowej instrukcji na stronie 10 Instrukcji skróconej:

W ścianowym kompleksie zmechanizowanym sekcje obudowy HYDROMEL-12/31 -POz (POz/BSN, POzf G, POz/ G/BSN, POz/ H) mogą współpracować z różnymi przenośnikami ścianowymi (np. typu JOY AFC 890) oraz Z kombajnami ścianowymi o zabiorze około 1000 mm (np. typu JOY 4LS 22).

Przy założeniu współpracy sekcji liniowych z podnośnikiem o szerokości rynny max 1450 mm oraz przy ścieżce kombajnowej spągowej wynoszącej max 290 mm, odkrycie stropu (odległość końca stropnicy do ociosu po dosunięciu sekcji do przenośnika) nie przekracza 550 mm. Unia końca stropnic sekcji nowych i zmodernizowanych jest linią prostą przy jednakowym ustawieniu tych sekcji obudowy.

W przypadku, gdy sekcja znajduje się w pozycji „wyjechanej”, na wysokości 2,0 m, a wysokość kombajnu - mierzona od spągownicy zastawce do górnej płaszczyzny osłon złożonych wynosi max. 1400 mm, odległość dolnej płaszczyzny stropnicy do powierzchni górnej osłon ociosanych kombajnu nie jest mniejsza niż 250 mm

oraz na stronie 4 Instrukcji skróconej:

Zwartość konstrukcji, duży stopień przykrycia stropu oraz przyległe sterowanie zapewniają prawidłową i ekonomiczną eksploatację, a przejście o szerokości minimum 600 mm (z uwzględnieniem gabarytów magistrali zasilająco-splywowej) pomiędzy zastawką przenośnika i sekcją obudowy oraz o wysokości nie mniejszej niż 700 mm w zakresie roboczym sekcji, zapewniają duży komfort załodze zatrudnionej w ścianie.

Zamawiający zobowiązany jest do kompleksowej i całościowej oceny oferty, a zatem wymiary podane w wersji pisemnej muszą zostać wzięte przez Zamawiającego pod uwagę, tym bardziej że Zamawiający nie wymagał konkretnej formy przekazania tych informacji w ofercie.

ad 5) przywołane w Instrukcji nieaktualne przepisy nie świadczą o fakcie, że Odwołujący złożył ofertę niezgodną z treścią SIWZ (a więc, że zamierza dostarczyć Zamawiającemu urządzenia niezgodne z SIWZ, czy tym bardziej z najnowszymi przepisami i normami Odwołujący oświadczył w ofercie (punkty 2, 12, 17 Formularza Oferty), że w pełni akceptuje postanowienia SIWZ oraz wzoru umowy, które wprost nakładają obowiązek realizacji przedmiotu zamówienia w oparciu o najnowsze akty prawne (przykładowo § 1 ust. 4 wzoru umowy).

Omyłka Wykonawcy wynikała z wykorzystania w postępowaniu posiadanej Instrukcji, która dotyczy sekcji i obudów istniejących, a jej wcześniejsze przygotowanie spowodowało włączenie do niej aktów prawnych aktualnych na dzień jej sporządzania. Niemniej jednak bez wątpienia Odwołujący zamierza zrealizować przedmiot zamówienia w pełnej zgodności z aktualnymi przepisami.

Oferta Odwołującego jest w pełni zgodna z. wymaganiami Zamawiającego postawionymi w treści SIWZ (OPZ). Dodatkowo zastrzeżenia wzbudza formuła przekazania powyższych informacji Odwołującemu — „na marginesie” oraz niepodjęcie przez Zamawiającego żadnej merytorycznej i ostatecznej decyzji co do oferty Odwołującego. Dalsze zastrzeżenia wzbudza fakt, że wezwanie Odwołującego do wyjaśnień treści oferty nastąpiło przed wezwaniem Odwołującego do wyjaśnień oraz uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, a Zamawiający nie powiełał wezwania do wyjaśnień treści oferty z art. 87 ust. 1 ustawy PZP. Powyższe świadczy, że Zamawiający przyjął wyjaśnienia Odwołującego odnośnie treści oferty i zgodził się z nimi, uznając że rozwiewają one wątpliwości Zamawiającego i potwierdzają zgodność oferty z SIWZ, w innym przypadku wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy PZP nie powinno byłoby się ziścić ze względu na brzmienie ostatniego fragmentu tego przepisu — Zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Skoro Zamawiający (mając na tym etapie wiedzę o treści oferty Odwołującego oraz wyjaśnieniach jej treści) dokonał późniejszego wezwania Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy PZP, dał tym samym wyraz, że oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu.

Zamawiający w żadnym miejscu nie wskazał z jakim konkretnie postanowieniem SIWZ miałyby być niezgodna oferta Odwołującego. Zamawiający wymagał od wykonawców potwierdzenia spełniania postawionych wymogów (w formie tabelarycznej). Odwołujący w każdym miejscu własnej tabeli potwierdził wymagania Zamawiającego, wpisując „TAK”. Z kolei Zamawiający nie wskazał w SIWZ w jaki sposób odpowiedź twierdząca ma zostać rozwinięta w złożonych dokumentach (czy przy pomocy obliczeń, czy podania konkretnych wartości, czy odniesienia do konkretnych norm lub przywołania ich treści, czy w formie rysunków czy opisu, itd.) — stąd wyciąganie przez Zamawiającego dalekosiężnych wniosków i podejmowanie ostatecznych czynności wyłącznie z powodu, że sposób rozwinięcia powyższych kwestii w dokumentacji Odwołującego nie odpowiada założonemu przez Zamawiającego sposobowi ich wyrażenia jest zbyt daleko idące, naruszające podstawowe zasady PZP oraz łamiące przepisy ustawy. Zamawiający nie poinformował

wykonawców o swoich wyobrażeniach co do sposobu przedstawienia informacji, a co za tym idzie — wobec braku jednolitego i narzuconego wzorca — nie jest obecnie w stanie przedstawić konkretnego postanowienia SIWZ, z którym niezgodny byłby sposób przedstawienia informacji przez Odwołującego w jego ofercie.

ZARZUT NARUSZENIA ART. 89 UST. 1 PKT 1 USTAWY PZP

Zamawiający w informacji o wykluczeniu Odwołującego, jako podstawę prawną podaje art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy PZP, niemniej jednak wskazuje „na marginesie”, iż nienależnie od zaistniałej podstawy wykluczenia oferta podlega również odrzuceniu na podstawie art. 89 ust 1 pkt 1 ustawy PZP - jako oferta niezgodna z ustawą. Odwołujący formułuje zarzut z ostrożności.

Zamawiający zarzuca Odwołującemu niezgodność oferty z ustawą, którą wywodzi z rzekomej zmiany treści oferty przez Odwołującego na etapie po otwarciu ofert. Odwołujący nie zmienił oferty sensu stricto i od początku oferował Zamawiającemu ten sam przedmiot opisany w ofercie. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnienia złożonych dokumentów, Odwołujący złożył wyjaśnienia, w ramach których wyjaśnił fragmenty oferty wzbudzające wątpliwości Zamawiającego, W ramach wyjaśnień Odwołujący złożył dokument pod nazwą Instrukcja (Wersji skróconej), Obudowa zmechanizowana HYDROMEL- 12) 31-PO z HYDROMEL- 12/31-POz/BSN, HYDROMEL-12) 31 -POzI G, HYDROMEL-12/31 -PO-/ G/BSN, HYDROMEL-12/31-POz/H, W31.304IOR, W31.305IOR, W31.306IOR, W31.307IOR, W31.308IOR, wydanie Oa, który w sposób bardziej klarowny obrazował kwestie poruszone przez Zamawiającego w wezwaniu.

Równoważny skutek Odwołujący osiągnąłby składając obszernie wyjaśnienia pisemne, niemniej jednak Odwołujący ujął wszystkie te kwestie w wymienionym dokumencie dla przejrzystości i komplementarności tego dokumentu. Niemniej jednak przedmiot dostawy oferowany przez Odwołującego nie zmienił się i jest tożsamy od momentu złożenia oferty do chwili obecnej. Zmieniono jedynie sformułowania opisujące ten przedmiot na takie, które byłyby jasne dla Zamawiającego i nie pozostawiały cienia wątpliwości, że przedmiot ten spełnia wymagania Zamawiającego (które były spełnione od samego początku, od momentu złożenia oferty przez Odwołującego). Późniejsza data, którą opatrzone dokument nie może stanowić o zmianie treści oferty. Dokument ten został opatrzone datą bieżącą (z momentu jego złożenia Zamawiającemu), w przeciwnym wypadku Odwołujący narażałby się bowiem na zarzut antydatowania dokumentów lub posługiwania się dokumentami przerobionymi, co mogłoby narażać go na odpowiedzialność karną.

Zamawiający w żadnym miejscu uzasadnienia nie wskazuje na czym miałyby polegać zmiana w treści oferty Odwołującego, poza stwierdzeniem że złożenie dokumentu z późniejszą datą wyczerpuje znamiona zmiany oferty. Wniosek taki jest błędny i nie zasługuje

na uwzględnienie, ponieważ Odwołujący nie zmienił oferty, nie zmienił warunków tejże oferty i konsekwentnie oferuje Zamawiającemu to samo, co w momencie składania oferty.

Dalsze zastrzeżenia wzbudza fakt, że wezwanie Odwołującego do wyjaśnień treści oferty nastąpiło przed wezwaniem Odwołującego do wyjaśnień oraz uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, a Zamawiający nie powiełał wezwania do wyjaśnień treści oferty z art. 87 ust. 7 ustawy PZP. Zatem Zamawiający przyjął wyjaśnienia Odwołującego odnośnie treści oferty i zgodził się z nimi, uznając że rozwiewają one wątpliwości i potwierdzają zgodność oferty z SIWZ, w innym przypadku wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy PZP nie powinno być się ziszczyć.

ZARZUT NARUSZENIA ART. 7 UST. 1 USTAWY PZP

W stanie faktycznym sprawy w ocenie Odwołującego zarzut taki wydaje się uzasadniony.

Zamawiający przygotował i prowadzi postępowanie w sposób niekonkurencyjny oraz naruszając zasady równego traktowania wykonawców. Wskazywane na etapie poprzedzającym składanie ofert naruszenia podstawowych zasad zamówień publicznych (w tym zasady proporcjonalności w opisie warunków udziału w postępowaniu) nie spowodowały zmiany postępowania Zamawiającego.

Opis przedmiotu zamówienia dokonany przez Zamawiającego faworyzuje wykonawcę który zrealizował poprzednie zamówienie dla Zamawiającego, polegające na dostawie obudowy w ilości 174 sztuk sekcji o podziałce 1,75 m. Zamawiający wymaga w OPZ dostawy przedmiotu, który jest niemal identyczny (a miejscami identyczny) z przedmiotem dostarczonym przez wykonawcę w ramach poprzedniego zamówienia.

Również warunki udziału w postępowaniu są postawione w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, naruszając zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. W uprzednim postępowaniu warunki udziału odnosiły się do dostawy 100 dowolnych sekcji (bez wskazania podziałki 1,75 m) oraz dostawy sekcji o podziałce 1,75 m (bez wskazania ilości — a więc wystarczająca była dostawa jednej sekcji o takiej podziałce). W tym zamówieniu Zamawiający stawia warunek udziału w postaci wymogu wykazania się doświadczeniem w dostawie 100 sztuk sekcji o podziałce 1,75 m (gdy tymczasem 176 sztuk sekcji wchodzących w zakres zamówienia nie podlega dostawie, ale jedynie modernizacji i remontowi). W sposób ewidentny dochodzi do faworyzowania poprzedniego wykonawcy, na co wskazuje również fakt, że poza Odwołującym oraz drugim oferentem, do postępowania o udzielenie zamówienia nie przystąpili żadni inni wykonawcy, ze względu na skrajnie nieproporcjonalne i zawężające warunki udziału w postępowaniu.

Odwołujący stanowi konsorcjum złożone z dwóch firm, z których każda ma kilkudziesięcioletnie doświadczenie w produkcji i remoncie maszyn i urządzeń tożsamyh z

przedmiotem tego postępowania, aczkolwiek o innej podziałce niż 1,75 m. Niemniej jednak różnica w podziałce sprowadza się do różnicy w wysokości danego przedmiotu. Nie sposób stwierdzić, że doświadczenie wykonawcy nabyte przy dostawie np. stołu o wysokości 1 metr nie pozwala na realizację dostawy stołu o wysokości 1,25 metra. Spółka WĘKLOKOKS S.A. w okresie od 2017 roku zrealizowała i odpowiadała za dostawy około 598 sztuk sekcji obudów. Wskazana w JEDZ tego podmiotu oraz wykazie zrealizowanych dostaw dostawa 141 kompletów nowych sekcji obudowy zmechanizowanej na rzecz PGG S.A. Oddział KWK RUDA Ruch Halemba jest jedynie jednym z przykładów posiadanego przez tę spółkę doświadczenia w dostawie nowych sekcji obudowy zmechanizowanej — co łącznie z doświadczeniem konsorcjanta daje wszechstronne doświadczenie w dostawie sekcji, w liczbie przekraczającej liczbę wymaganą przez Zamawiającego — stąd wywodzenie przez Zamawiającego o braku doświadczenia w dostawie określonej liczby sekcji jest nieprawdziwe i krzywdzące dla Odwołującego. Spółka Przedsiębiorstwo HYDROMEL sp. z o.o. w okresie ostatnich 8 lat zrealizowała na podstawie własnych dokumentacji i rozwiązań dostawy około 1005 sztuk sekcji obudów (w tym 406 sztuk nowych oraz 599 sztuk sekcji zmodernizowanych), ponadto w tym okresie spółka wykonała dodatkowo w ramach konsorcjów lub jako podwykonawca około 700 sztuk sekcji, w tym około 400 sztuk nowych obudów zmechanizowanych. Z tego powodu zarzut Zamawiającego o braku doświadczenia i wiedzy jest zarzutem krzywdzącym i niesprawiedliwym w świetle przedstawionych materiałów dowodowych, jak i samego faktu istnienia i funkcjonowania spółek Odwołującego na rynku krajowym i zagranicznym.

Reasumując Odwołujący podkreślił, że podejmowane przez Zamawiającego czynności naruszają podstawowe zasady PZP, w tym zasadę uczciwej konkurencji, zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę proporcjonalności, w sposób ewidentny faworyzując drugiego z wykonawców, który zrealizował na rzecz Zamawiającego poprzednie zamówienie. Ze względu na podjęte czynności i zaniechania, Zamawiający naraża siebie (a przede wszystkim środki publiczne) na wydatki o ponad 11 milionów złotych większe, niż musiałby ponieść w przypadku zgodnego z przepisami ustawy PZP przygotowania i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W tym stanie rzeczy, Odwołujący wnosil jak w petitum odwołania.

Sygn. akt KIO 585/21

W prowadzonym postępowaniu, podstawie art. 513 ustawy Pzp2019, odwołanie złożyli również wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: (1) FAMUR S.A. z siedzibą w Katowicach (Lider; (2) HYDROTECH S.A. z siedzibą

w Rybniku (Partner), dalej jako „Odwołujący 2” lub „Odwołujący Famur” lub „konsorcjum Famur”.

Odwołanie złożono w Zadaniu 2 - Modernizacja 168 szt. sekcji obudowy zmechanizowanej typu GLINIK 12/27 POz do obudowy typu 12/31 POz i modernizacja 8 szt. sekcji obudowy zmechanizowanej typu HYDROTECH 12/27 POz do obudowy typu 12/31 POz z podziałem na dwa zakresy: 1,2m 2,7m i 1,6m v 3,1m oraz dostawa kompletnych, fabrycznie nowych, wolnych od wad fizycznych i prawnych sekcji liniowych w ilości 35 szt. i 2 szt. sekcji skrajnych, zmechanizowanej obudowy ścianowej typu POz o zakresie wysokości geometrycznej 1,2 v 3,1 m - z podziałem na dwa zakresy: 1,2 - 2,7 i 1,6 - 3,1 wraz z wyposażeniem każdej sekcji w kompletne zasilanie i sterowanie - współpracujących z urządzeniami objętymi Zadaniem 1.

Odwołanie złożono od niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego podjętych oraz zaniechanych w postępowaniu w zakresie Zadania 2, tj.:

- a) czynności badania i oceny oferty złożonej przez Konsorcjum WĘGLOKOKS;
- b) zaniechania czynności wykluczenia Konsorcjum WĘGLOKOKS z postępowania z przyczyn wskazanych w odwołaniu i zaniechania czynności uznania oferty Konsorcjum WĘGLOKOKS za odrzuconą;
- c) zaniechania czynności odrzucenia oferty Konsorcjum WĘGLOKOKS z przyczyn wskazanych w odwołaniu.

Przedmiotem zamówienia jest modernizacja oraz dostawa urządzeń układu kompleksu ścianowego przeznaczonych do pracy w podziemnych zakładach górniczych wydobywających węgiel kamienny, w pomieszczeniach zagrożonych wybuchem metanu i pyłu węglowego z podziałem na dwa zadania. Zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych na poszczególne zadania (obejmujących pełny zakres danego zadania).

Odwołujący Famur stawia następujące zarzuty:

- a) zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, w związku z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum WĘGLOKOKS oraz zaniechanie uznania oferty Konsorcjum WĘGLOKOKS za odrzuconą, pomimo że Konsorcjum WĘGLOKOKS w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadziło Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, oraz pomimo że Konsorcjum WĘGLOKOKS w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawiło informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu;
- b) zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności

odrzućenia oferty złożonej przez Konsorcjum WĘGLOKOKS, pomimo że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ;

c) zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zezwolenie na dokonanie przez Konsorcjum WĘGLOKOKS w toku badania i oceny ofert bardzo istotnych zmian w treści oferty, pomimo że art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zabrania dokonywania jakiegokolwiek zmiany.

Odwołujący Famur wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby w zakresie Zadania 2:

a) dokonał ponownego badania i oceny oferty złożonej przez Konsorcjum WĘGLOKOKS;

b) wykluczył Konsorcjum WĘGLOKOKS z postępowania z przyczyn wskazanych w odwołaniu oraz uznał ofertę Konsorcjum WĘGLOKOKS za odrzuconą;

c) odrzucił ofertę złożoną przez Konsorcjum WĘGLOKOKS z przyczyn wskazanych w odwołaniu;

d) w konsekwencji dokonał czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący Famur wskazał, że jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia w zakresie Zadania 2. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu zamówienia w zakresie Zadania nr 2. Odwołujący złożył ofertę, której treść odpowiada treści SIWZ, wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu i ubiega się o udzielenie mu zamówienia w zakresie Zadania nr 2. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Odwołujący może ponieść szkodę. W razie odrzucenia oferty Konsorcjum WĘGLOKOKS i w razie wykluczenia tego Wykonawcy to oferta Odwołującego Famur będzie ofertą najkorzystniejszą i zarazem jedyną nieodrzuconą ofertą w zakresie Zadania 2. Jak wynika z zamieszczonej na platformie zakupowej Zamawiającego informacji z otwarcia ofert, ofertę z najniższą ceną w zakresie Zadania 2 złożyło Konsorcjum WĘGLOKOKS, natomiast drugą i ostatnią w kolejności ofertą pod względem wysokości ceny jest oferta Odwołującego. Na dzień wniesienia odwołania Zamawiający nie dokonał jeszcze wyboru najkorzystniejszej oferty. Zamawiający w dniu 12 lutego 2021 roku zawiadomił wszystkich wykonawców o wykluczeniu Konsorcjum WĘGLOKOKS z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 12 ustawy Pzp, jednak czynność wykluczenia Konsorcjum WĘGLOKOKS nie jest jeszcze ostateczna i może zostać podważona poprzez skorzystanie przez Konsorcjum ze środków ochrony prawnej. Ponadto Zamawiający nie wykluczył Konsorcjum WĘGLOKOKS z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp, jak również nie odrzucił oferty Konsorcjum WĘGLOKOKS na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, pomimo że przesłanki do takiego wykluczenia i odrzucenia są spełnione.

Odwołujący zmuszony był wnieść odwołanie z zarzutami wskazującymi na inne, niż podał Zamawiający, podstawy wykluczenia oraz z zarzutami wskazującymi na konieczność odrzucenia oferty Konsorcjum WĘGLOKOKS na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż Zamawiający nie odrzucił oferty Konsorcjum WĘGLOKOKS, mimo że w piśmie z 12 lutego 2021 r. Zamawiający wskazał na liczne niezgodności treści oferty Konsorcjum WĘGLOKOKS z treścią SIWZ. Zatem Odwołujący Famur może utracić szansę na uzyskanie zamówienia w zakresie Zadania 2 oraz na osiągnięcie zysku, który Odwołujący planował osiągnąć w wyniku jego realizacji (lucrum cessans).

Termin na wniesienie odwołania został zachowany. Kopia odwołania została w formie elektronicznej prawidłowo doręczona Zamawiającemu. Odwołujący Famur uiszczył wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 4 ustawy Pzp

Jak wynika z pisma z 12 lutego 2021 r. Zamawiający wykluczył Konsorcjum WĘGLOKOKS na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 12 ustawy Pzp, ponieważ nie wykazał spełnienia warunku udziału doświadczenia. W ocenie Odwołującego w sprawie spełnione są również przesłanki wykluczenia Konsorcjum WĘGLOKOKS na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp.

Zgodnie z 1 Częścią SIWZ Rozdział V pkt 1 ppkt. 1) lit. a) ii.) Zamawiający wymagał, aby w celu potwierdzenia posiadania niezbędnej zdolności technicznej lub zawodowej, Wykonawcy wykazali, że:

„ii. dotyczy zadania nr 2: w okresie ostatnich ośmiu lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) zrealizowali należycie zamówienia odpowiadające rodzajem i zakresem przedmiotowi postępowania, tj. co najmniej jedno zamówienie na:

- dostawę minimum jednego kompletu ścianowej obudowy zmechanizowanej w ilości min. 100 sekcji o podziałce 1.75 m. które pracowały lub pracują w podziemnych kopalniach węgla kamiennego

- oraz co najmniej jedno zamówienie na usługi remontu lub modernizacji co najmniej 100 szt. ścianowej obudowy zmechanizowanej spełniających wymagania dyrektyw 2014/34/UE, 2006/42/WE, które pracowały lub pracują w podziemnych kopalniach węgla kamiennego, w wyrobiskach zagrożonych wybuchem metanu i pyłu węglowego.”

Konsorcjum WĘGLOKOKS załączyło do oferty dokumenty JEDZ dla WĘGLOKOKS S.A. dla Przedsiębiorstwa HYDROM EL Sp. z o.o.

W Części IV JEDZ WĘGLOKOKS S.A.: Kryteria kwalifikacji - C: Zdolność techniczna i zawodowa, w punkcie dotyczącym dostaw kompletów ścianowej obudowy zmechanizowanej

WĘGLOKOKS S.A. powołała się na realizację następujących dostaw: „opis”: 141 kompletów nowych sekcji obudowy zmechanizowanej wykonanych według dokumentacji dostarczonej przez Zamawiającego wraz z kompletną hydrauliką sterowniczą doposażonych w system monitoringu i wizualizacji ciśnień w stojakach, kwota 51 326 946,39 PLN (Złoty); Data początkowa 19-08-2019; Data końcowa 20-02-2020; odbiorcy Polska Grupa Górnicza S.A. Oddział KWK RUDA RUCH HALEMBA"

W Części IV JEDZ Przedsiębiorstwa HYDROM EL Sp. z o.o.: Kryteria kwalifikacji — C: Zdolność techniczna i zawodowa, w punkcie dotyczącym dostaw kompletów ścianowej obudowy zmechanizowanej Przedsiębiorstwo HYDROMEL powołało się natomiast na realizację następujących dostaw:

„opis”: Dostawa do JSW S.A. KWK Budryk nowego zmechanizowanego kompleksu ścianowego wraz z osprzętem w tym 118 szt. nowych sekcji z podziałką 1.75 m; kwota 141818678 PLN (Złoty); Data początkowa 26-03-2019; Data końcowa 14-10-2019; odbiorcy Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. KWK Budryk"

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 13.01.2021r na podstawie art. 26 ust. 2f ustawy Pzp, Konsorcjum WĘGLOKOKS przedstawiło wykaz należycie wykonanych zamówień z podziałem na zamówienia wykonane przez WĘGLOKOKS S.A. oraz Przedsiębiorstwo HYDROMEL Sp. z o.o. W wykazie dotyczącym zamówień wykonanych przez WĘGLOKOKS S.A. w części dotyczącej dostaw kompletów ścianowej obudowy zmechanizowanej (Zadanie 2), WĘGLOKOKS S.A. przedstawiła poniższe zamówienie: dostawy kompletów ścianowej obudowy zmechanizowanej (zadanie 2) 141 kompletów nowych sekcji obudowy zmechanizowanej wykonanych według dokumentacji dostarczonej przez Zamawiającego wraz z kompletną hydrauliką sterowniczą doposażonych w system monitoringu i wizualizacji ciśnień w stojakach. Kwota 51 326 946, 39 zł; 19-08-2019 do 20-02-2020; Sekcje liniowe z jednostronnie ruchomymi osłonami bocznymi typu ZRP-19/41-POZ oraz sekcje skrajne typu ZRP 19/41-POz/BSW wykonane dla Polska Grupa Górnicza S.A. Oddział KWK RUDA RUCH HALEMBA.

Z kolei w wykazie dotyczącym zamówień wykonanych przez Przedsiębiorstwo HYDROMEL Sp. z o.o., w części dotyczącej dostaw kompletów ścianowej obudowy zmechanizowanej (Zadanie 2), wskazano zamówienie: dostawy kompletów ścianowej obudowy zmechanizowanej (zadanie 2); Dostawa do JSW S.A, KWK Budryk nowego zmechanizowanego kompleksu ścianowego wraz z osprzętem w tym i 18 szt, nowych sekcji z podziałką 1.75 m; kwota 141 818 678,94 zł netto; od 26.03.2019 do 14.10.2019; Sekcje obudowy BW- 24/44-POz o podziałce 1.75 m (118 sekcji); wykonane dla Jastrzębska Spółka Węglowa S.A, KWK „Budryk".

Zdaniem Odwołującego Famur Konsorcjum WĘGLOKOKS dwukrotnie jako spełniające warunek dotyczący dostawy minimum jednego kompletu ścianowej obudowy zmechanizowanej w ilości min. 100 sekcji o podziałce 1.75 m wskazała zamówienie wykonane dla Polskiej Grupy Górniczej S.A., Oddział KWK RUDA RUCH HALEMBA.

Zamawiający, po analizie informacji przedstawionych przez WĘGLOKOKS S.A. 27 stycznia 2021 r., wskazał odnośnie zamówienia realizowanego przez Węgłokoks, że: „Z zawartego w złożonym wykazie opisu zrealizowanego zamówienia oraz załączonych do wykazu dowodów w postaci referencji nie wynika jednak po pierwsze, ażeby przedmiotem dostawy była ścianowa obudowa zmechanizowana o podziałce 1,7 m. Ponadto z treści referencji wystawionych przez Polską Grupą Górniczą S.A. wynika, iż przedmiotowe zamówienie wykonywane było przez konsorcjum firm: Węgłokoks S.A. Katowice, Przedsiębiorstwo HYDROM EL S.A. Siemianowice Śląskie, Becker Warkop Sp. z o.o. Świerklany. Z opisu zrealizowanego zamówienia oraz załączonych do wykazu dowodów w postaci referencji nie wynika jednakże, jaki był zakres udziału poszczególnych uczestników konsorcjum, czyli ich faktyczny wkład w realizację przedmiotu tego zamówienia (jaką liczbę sekcji dostarczył każdy z uczestników konsorcjum).”

Zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, wezwał Konsorcjum WĘGLOKOKS do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów złożonych na potwierdzenie należytego zrealizowania przez Konsorcjum WĘGLOKOKS zamówienia na dostawę minimum jednego kompletu ścianowej obudowy zmechanizowanej w ilości min. 100 sekcji o podziałce 1,75 m, które pracowały lub pracują w podziemnych kopalniach węgla kamiennego, w szczególności poprzez wskazanie:

„- jaka konkretnie i w jakiej podziałce ścianowa obudowa zmechanizowana była przedmiotem dostawy na rzecz Polskiej Grupy Górniczej S.A. Oddział KWK RUDA RUCH HALEMBA przez konsorcjum firm: Węgłokoks S.A., Przedsiębiorstwo HYDROMEL S.A, Becker Warkop Sp. z o.o. oraz jaki był zakres udziału poszczególnych uczestników konsorcjum, czyli ich faktyczny wkład w realizację przedmiotu tego zamówienia (jaką liczbę sekcji obudowy dostarczył każdy z uczestników konsorcjum)”.

Konsorcjum WĘGLOKOKS, stwierdziło, że: „Wykonawcy działający w ramach konsorcjum firm spełniają wymagania zawarte w części I SIWZ rozdział V pkt 1 ppkt 1) lit. a) ii) w zakresie zadania nr 2 tj. w okresie ostatnich ośmiu lat przed upływem terminu składania ofert zrealizowali należycie zamówienia odpowiadające rodzajem i zakresem przedmiotowym postępowania, tj. co najmniej jedno zamówienie na:

- dostawę minimum jednego kompletu ścianowej obudowy zmechanizowanej w ilości min. 100 sekcji o podziałce 1,75m, które pracowały lub pracują w podziemnych kopalniach węgla kamiennego - na potwierdzenie tego Wykonawca (uczestnik konsorcjum) przedłożył

referencje otrzymane od firmy Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. KWK Budryk dostawa nowego zmechanizowanego kompleksu ścianowego wraz z osprzętem, w tym 118 szt. nowych sekcji z podziałką 1,75 m (uszczegółowione w załączniku nr 2 do SIWZ), oraz Wykonawca (Lider) przedłożył referencje otrzymane od firmy Polska Grupa Górnicza S.A. Oddział KWK Ruda z dnia 27.05.2020 r., w których wskazano na przedmiot zrealizowanego uprzednio zamówienia - dostawa 141 kompletów nowych sekcji obudowy zmechanizowanej (uszczegółowione w załączniku nr 2 do SIWZ)"

Zdaniem Odwołującego Famur przez złożenie powyższych wyjaśnień Konsorcjum WĘGLOKOKS chciało wprowadzić Zamawiającego w błąd, przekonać go, że 141 kompletów nowych sekcji obudowy zmechanizowanej dostarczonych do Polskiej Grupy Górniczej S.A. Oddział KWK RUDA RUCH HALEMBA spełnia wymóg dotyczący podziałki o wielkości 1.75m. Konsorcjum WĘGLOKOKS stanowczo zapewniło Zamawiającego, że spełnia warunek dotyczący dostawy minimum jednego kompletu ścianowej obudowy zmechanizowanej w ilości min. 100 sekcji o podziałce 1,75m i że spełnianie tego warunku potwierdzają referencje otrzymane od firmy Polska Grupa Górnicza S.A. Oddział KWK Ruda z dnia 27 maja 2020 r.

Tymczasem zamówienie wykonane dla Polskiej Grupy Górniczej S.A. Oddział KWK RUDA RUCH HALEMBA nie spełnia wymogu dotyczącego podziałki o wielkości 1,75m, gdyż 141 kompletów nowych sekcji obudowy zmechanizowanej ma wielkość podziałki wynoszącą 1,5 m, a zatem mniej niż wymagał Zamawiający w warunku udziału w postępowaniu. Kwestia wielkości podziałki w sekcjach nie budzi żadnych wątpliwości, gdyż wielkość ta została podana przez Konsorcjum WĘGLOKOKS w kolejnym piśmie do Zamawiającego z 04 lutego 2021r. Konsorcjum WĘGLOKOKS wskazało wprost, że 141 kompletów nowych sekcji obudowy zmechanizowanej wykonanej dla Polskiej Grupy Górniczej S.A. Oddział KWK Ruda Ruch Halemba było o podziałce 1.5m, czyli mniejszej niż wymagana w warunku doświadczenia. Była to odpowiedź na wezwanie Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału.

Zdaniem Odwołującego Famur Konsorcjum WĘGLOKOKS w piśmie z 04 lutego 2021r. całkowicie zmieniło swoje dotychczasowe stanowisko. Konsorcjum WĘGLOKOKS oświadczyło, że: „(...) Wykonawca załączył referencje dotyczące dostawy 141 kompletów nowych sekcji obudowy zmechanizowanej wykonanej dla Polskiej Grupy Górniczej S.A, Oddział KWK Ruda Ruch Halemba o podziałce 1.5m celem dodatkowej informacji dla zobrazowania doświadczenia Wykonawcy w produkcji sekcji ścianowych obudów zmechanizowanych. Powyższe referencje nie zostały załączone, aby spełnić wymagania postawione przez Zamawiającego w części I SIWZ rozdział V pkt 1 ppk.lj lit, a) ii) w zakresie zadania nr 2."

W ocenie Odwołującego Konsorcjum WĘGLOKOKS za wszelką cenę usiłowało uniknąć wykluczenia z postępowania ze względu na złożenie informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego. Konsorcjum WĘGLOKOKS zapewne dowiedziało się, że Zamawiający, o wyjaśnienia wystąpił również do Polskiej Grupy Górniczej S.A. jako odbiorcy zamówienia. Licząc się z tym, że Polska Grupa Górnicza S.A. udzieli Zamawiającemu informacji zgodnych z prawdą, Konsorcjum WĘGLOKOKS podjęło próbę wycofania się ze złożonych wcześniej Zamawiającemu nieprawdziwych informacji, chcąc ratować się przed spodziewanym wykluczeniem.

W ocenie Famur zamówienie wykonane na rzecz Polskiej Grupy Górniczej S.A. Oddział KWK RUDA RUCH HALEMBA, w rzeczywistości nie spełnia wymogu dotyczącego podziałki o wielkości 1,75m. Konsorcjum WĘGLOKOKS przyznało to wprost w piśmie z 04 lutego 2021r. Wcześniejsze, przeciwne sugestie i zapewnienia Konsorcjum WĘGLOKOKS, były niezgodne z rzeczywistością i miały wprowadzić Zamawiającego w błąd.

Drugi z członków konsorcjum - Przedsiębiorstwo HYDROMEL w ocenie Famur przypisało sobie w całości wykonanie dostawy 118 szt. nowych sekcji z podziałką 1.75 m dla Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. KWK „Budryk”. Natomiast wraz z wykazem zamówień Konsorcjum WĘGLOKOKS przedstawiło referencje wystawione przez Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. Z treści referencji wynika, iż przedmiotowe zamówienie wykonywane było przez konsorcjum firm: Becker Warkop, Przedsiębiorstwo HYDROMEL S.A., Hydrotech S.A. (spółka wchodząca w skład Odwołującego). Z treści referencji nie wynika natomiast, jaki był zakres udziału poszczególnych uczestników konsorcjum, czyli ich faktyczny wkład w realizację przedmiotu tego zamówienia.

Taki sposób przedstawienia informacji dotyczących zamówienia dla Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. KWK „Budryk” miał wywołać u Zamawiającego wrażenie, iż to Przedsiębiorstwo HYDROMEL w całości wykonało dostawę 118 szt. nowych sekcji z podziałką 1,75 m i że w związku z tym może się powołać na całość wynikającego z tej dostawy doświadczenia.

Zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, wezwał przez Konsorcjum WĘGLOKOKS do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów dla zamówienia referencyjnego, w szczególności poprzez wskazanie jaką liczbę sekcji obudowy dostarczyło Przedsiębiorstwo HYDROMEL S.A. w ramach zamówienia na dostawę na rzecz Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. KWK Budryk nowego zmechanizowanego kompleksu ścianowego wraz z osprzętem, biorąc pod uwagę, że zamówienie to obejmowało łącznie 118 szt. nowych sekcji z podziałką 1,75 m, spośród których 40 szt. dostarczył HYDROTECH S.A.

W odpowiedzi Konsorcjum WĘGLOKOKS w piśmie z 29 stycznia 2021r. uchyliło się od odpowiedzi i ograniczyło się do twierdzenia, że umowa na dostawę zawarta była w ramach konsorcjum, gdzie każdy z członków konsorcjum ponosił solidarną odpowiedzialność za realizację całego przedsięwzięcia będącego przedmiotem umowy; wewnętrzną sprawą konsorcjum jest podział prac pomiędzy członkami konsorcjum; Zamawiający nie może żądać od Wykonawcy wewnętrznych umów stanowiących tajemnice przedsiębiorstwa oraz innych dokumentów niezwiązanych z tym postępowaniem oraz wykraczających poza wymagania związane z tym postępowaniem.

Zdaniem Famur informacja na temat liczby sekcji obudowy dostarczonych przez Przedsiębiorstwo HYDROMEL S.A. nie jest też tajemnicą przedsiębiorstwa, a nawet gdyby taką tajemnicę faktycznie stanowiła, to Konsorcjum WĘGLOKOKS składając żądane wyjaśnienia mogło ją zastrzec zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Odmowa udzielenia odpowiedzi na konkretne pytanie Zamawiającego jednoznacznie dowodzi, że Konsorcjum WĘGLOKOKS nie chciało się przyznać, iż usiłowało wprowadzić Zamawiającego w błąd. Wbrew treści Wykazu Wykonawca nie wykonał w całości dostawy 118 szt. nowych sekcji z podziałką 1,75 m i w związku z tym nie może się powołać na całość wynikającego z tej dostawy doświadczenia.

Odwołujący Famur podkreślił, że zgodnie z umową zawartą pomiędzy Becker-Warkop Sp. z o.o. oraz HYDROTECH S.A., regulującą współpracę firm podczas realizacji umowy firma Hydrotech S.A. wykonała i dostarczyła 40 szt. obudowy zmechanizowanej BW24/44. Jest zatem oczywiste, że Przedsiębiorstwo HYDROMEL S.A. nie wykonało i nie dostarczyło na rzecz Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. KWK Budryk ani 118 szt. nowych sekcji z podziałką 1.75 m, ani nawet 100 szt. nowych sekcji z podziałką 1.75 m. lecz znacznie mniej. Z informacji posiadanych przez HYDROTECH S.A. wynika, że podział wykonania nowych sekcji dla Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. KWK Budryk pomiędzy ówczesnych konsorcjantów wyglądał następująco:

- HYDROTECH S.A. - 40 sekcji
- BECKER WARKOP SP.ZO.O. - 38 sekcji
- HYDROMEL S.A. - 40 sekcji, łącznie wykonano 118 sekcji.

Zatem Przedsiębiorstwo HYDROMEL może się powołać tylko i wyłącznie na doświadczenie wynikające z realizacji tej części zamówienia, którą faktycznie zrealizowało, czyli na doświadczenie w dostawie 40 szt. nowych sekcji z podziałką 1,75 m. Natomiast nie miało prawa wskazać, że w całości wykonało dostawę 118 szt. nowych sekcji z podziałką 1.75 m i że w związku z tym może się powołać na całość wynikającego z tej dostawy doświadczenia.

Opis zakresu doświadczenia Przedsiębiorstwa HYDROMEL S.A. w wykazie zamówień, jest niezgodny z rzeczywistością i miał wprowadzić Zamawiającego w błąd co do doświadczenia Konsorcjum WĘGLOKOKS, tj. przekonać Zamawiającego, że Konsorcjum WĘGLOKOKS spełnia ustalony warunek doświadczenia.

Zestawienie prawdziwych informacji dotyczących wielkości podziałki w zamówieniu wykonanym dla Polskiej Grupy Górniczej S.A. Oddział KWK RUDA RUCH HALEMBA oraz prawdziwych informacji na temat zakresu zaangażowania Przedsiębiorstwa HYDROMEL S.A. w realizację zamówienia dla Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. KWK Budryk z informacjami przedstawionymi przez Konsorcjum WĘGLOKOKS w wykazach zamówień oraz w wyjaśnieniach nie pozostawia wątpliwości, że Konsorcjum WĘGLOKOKS przedstawiło informacje nieprawdziwe, tj. niezgodne z obiektywnie istniejącą rzeczywistością. Konsorcjum WĘGLOKOKS chciało wprowadzić Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu i jednocześnie przedstawiło informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu. Zamawiający na podstawie przedstawionych informacji miał podjąć decyzję, że Konsorcjum WĘGLOKOKS spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia i że tym samym nie podlega wykluczeniu z postępowania.

W sprawie mamy do czynienia ze spełnieniem wszystkich trzech przesłanek wynikających z treści art. 24 ust. 1 pkt 16 i pkt 17 ustawy Pzp. (1) w wyniku przedstawienia informacji w wykazach zamówień oraz w wyjaśnieniach z 29 stycznia 2021r., Zamawiający miał nabrać błędnego przekonania co do spełnienia przez Konsorcjum WĘGLOKOKS warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, pomimo iż w rzeczywistości Konsorcjum WĘGLOKOKS tego warunku nie spełnia. (2) Konsorcjum WĘGLOKOKS w wykazach zamówień wskazało wyłącznie dostawy wykonane przez swoich członków (WĘGLOKOKS S.A. i Przedsiębiorstwo HYDROMEL S.A.), a nie przez inne podmioty. Nie sposób przyjąć zatem, że składając wykazy zamówień a następnie wyjaśnienia dotyczące tych wykazów Konsorcjum WĘGLOKOKS nie wiedziało, że dostawy wskazane w wykazach w rzeczywistości nie spełniają wymagań Zamawiającego określonych w warunku doświadczenia. Konsorcjum chciało wprowadzić Zamawiającego w błąd, podając w wykazach zamówień, jak i w wyjaśnieniach z 29 stycznia 2021r., nieprawdziwe informacje, mimo że miało pełną wiedzę na temat wielkości podziałki w zamówieniu wykonanym dla Polskiej Grupy Górniczej S.A. Oddział KWK RUDA RUCH HALEMBA oraz na temat zakresu zaangażowania Przedsiębiorstwa HYDROMEL S.A. w realizację zamówienia dla Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. KWK Budryk. W ocenie Odwołującego Konsorcjum WĘGLOKOKS działało świadomie i z rozmysłem, gdyż zdawało sobie sprawę, że w

rzeczywistości żaden z podmiotów tworzących Konsorcjum WĘGLOKOKS nie posiada doświadczenia wymaganego przez Zamawiającego. Składając nieprawdziwe informacje Konsorcjum WĘGLOKOKS chciało zatem uniknąć wykluczenia z postępowania z powodu niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp). (3) błąd, w który Konsorcjum WĘGLOKOKS chciało wprowadzić Zamawiającego, miał dotyczyć informacji co do spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Konsorcjum WĘGLOKOKS co najmniej nie dołożyło należytej staranności wymaganej od uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jeśli nawet przyjąć, iż Konsorcjum WĘGLOKOKS nie działało w sposób zamierzony, to niewątpliwie zachowanie Konsorcjum cechowało co najmniej niedbalstwo, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Konsorcjum powinno było dochować należytej staranności wymaganej od przedsiębiorców składających oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Złożenie wykazu zamówień a następnie wyjaśnień opisujących zakres wykonanych dostaw w sposób tak dalece niezgodny z rzeczywistością należy uznać za zachowanie zdecydowanie odbiegające od obowiązującego w tym zakresie miernika należytej staranności, co w konsekwencji należy ocenić co najmniej jako niedbalstwo.

W ocenie Odwołującego Famur Konsorcjum WĘGLOKOKS miało pełną świadomość tego, iż w rzeczywistości nie spełnia warunku doświadczenia.

Nie jest żadnym argumentem w sprawie to, iż ostatecznie Zamawiający nie dał się wprowadzić w błąd, gdyż prawidłowo ustalił, że Konsorcjum WĘGLOKOKS nie wykazało spełnienia warunku udziału i wykluczył Konsorcjum WĘGLOKOKS z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 12 ustawy Pzp. Nie ma znaczenia czy zamawiający został skutecznie wprowadzony w błąd na skutek czego podjął jakiegokolwiek decyzje czy wykonał jakiegokolwiek czynności.

Odwołujący Famur podkreślił, że kierując się ugruntowaną linią orzecniczą Sądów Okręgowych oraz Krajowej Izby Odwoławczej, opierającej się na orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, Przedsiębiorstwo HYDROMEL S.A. (a tym samym Konsorcjum WĘGLOKOKS) nie może powoływać się na całość doświadczenia wynikającego z realizacji zamówienia dla Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. KWK Budryk, skoro Przedsiębiorstwo HYDROMEL S.A. zrealizowało ją w ramach konsorcjum i jego udział ograniczał się jedynie do realizacji określonej części tego zamówienia, tj. dostawy 40 sekcji. Nie sposób zaakceptować twierdzeń Konsorcjum WĘGLOKOKS jakoby: „(...) *członek konsorcjum, będąc solidarnie odpowiedzialnym za realizację całego zamówienia, nabywa doświadczenie w jego realizacji nie zaś tylko doświadczenie związane z pewnym zakresem prac, jakie wykonał samodzielnie.*” Zmiana podejścia do kwestii możliwości wykorzystania

całości doświadczenia konsorcjum z samego tytułu bycia stroną umowy konsorcjalnej została definitywnie rozstrzygnięta przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej. W wyroku z 4 maja 2017 r. (sprawa C-387/14 Esaprojekt) TSUE orzekł, że artykuł 44 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 48 ust. 2 iit. a tej dyrektywy oraz zasadą równego traktowania wykonawców, zapisaną w art. 2 tej dyrektywy, należy interpretować w ten sposób, że nie dopuszcza on, by wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu publicznym, jeżeli faktycznie i konkretnie nie uczestniczył w jego realizacji. Tym samym Trybunał uznał, że można wykazywać się doświadczeniem jedynie w zakresie, jaki rzeczywiście dany podmiot wykonywał. Doświadczenia nie uzyskuje się poprzez sam udział w konsorcjum, lecz poprzez konkretne czynności realizowane w jego ramach.

Obecnie kwestia realnego podejścia do zagadnienia doświadczenia zdobytego w ramach konsorcjum znalazła trwałe uzasadnienie w orzecznictwie nakładając na podmiot zamawiający obowiązek szczegółowej analizy zakresu zdobytego przez wykonawcę doświadczenia na potrzeby wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Dlatego też Zamawiający tak szczegółowo weryfikował tę kwestię. Żadnym argumentem w sprawie nie jest również to, że warunkiem uznania możliwości powołania się na doświadczenie całego konsorcjum przez pojedynczego wykonawcę jest jego czynny udział np. w zarządzaniu sprawami konsorcjum. W przypadku zamówienia dla Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. KWK Budryk Przedsiębiorstwo HYDROMEL nie brało udziału w zarządzaniu sprawami konsorcjum, nie było bowiem liderem konsorcjum, funkcja ta pełniła natomiast spółka Becker-Warkop. Wreszcie nic nie wnosi do sprawy wskazanie ponoszenia solidarnej odpowiedzialności za realizację całego przedsięwzięcia będącego przedmiotem umowy. Kwestia doświadczenia nie ma bowiem nic wspólnego z kwestią solidarnej odpowiedzialności za realizację całości zamówienia. Doświadczenie wykonawcy należy postrzegać w kategoriach faktycznych, a nie prawnych. Solidarna (i zresztą tylko potencjalna) odpowiedzialność za realizację całości zamówienia w żaden sposób nie przekłada się na doświadczenie wynikające w realizacji całości zamówienia. Takiego doświadczenia Przedsiębiorstwo HYDROMEL S.A. po prostu nie nabyło.

Wykonawca, który przedstawił informacje, o których mowa w art. 24 ust 1 pkt 17 ustawy Pzp., nie jest wzywany do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust 3 ustawy Pzp. Ewentualne wezwanie do uzupełnienia wykazu zamówień nie wchodzi w rachubę. Poza tym Zamawiający już takiego wezwania dokonał.

Zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp oraz zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 87 ust. 1 ustawy Pzp

Treść oferty złożonej przez Konsorcjum WĘGLOKOKS 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 powinna zostać ona odrzucona przez Zamawiającego.

Zgodnie z wymaganiami zawartymi w Części I SIWZ Instrukcja dla Wykonawców, Rozdział VI pkt. 3: *„Przez ofertę rozumie się prawidłowo wypełnione przez Wykonawcę: Formularz oferty (Załącznik nr 1 do SIWZ) oraz następujące dokumenty, które Wykonawca zobowiązany jest złożyć przed upływem terminu składania ofert (niepodlegające uzupełnieniu na późniejszym etapie):*

- 1) *Dowód wniesienia wadium,*
- 2) *Dokumenty wymienione w Rozdziale XIII Części III SIWZ - Opisu przedmiotu zamówienia.”*

W Rozdziale XII Części III SIWZ - Opisu przedmiotu zamówienia, Zamawiająca wskazała, że: *„Wykonawca zobowiązany jest złożyć wraz ofertą następujące dokumenty:*

1. *Skróconą Instrukcję Obsługi dla urządzeń zadania pierwszego i drugiego, zgodną z dyrektywą 2006/42/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 17 maja 2006 r (zwaną dalej: DTR), która powinna zawierać: charakterystykę, dane techniczne urządzeń, rysunki, wykaz wyposażenia podstawowego normalnego i dodatkowego, instrukcję bezpiecznego użytkowania (obsługi, konserwacji i napraw), schemat instalacji elektrycznej, a także określać sposób załadunku, transportu elementów urządzeń, przygotowanie stanowiska montażowego, montażu i uruchomienia oraz rozruchu urządzeń, jak również zawierać katalog części zamiennych [wraz z cennikiem tych części, niezmiennym w okresie gwarancji - zgodnym z arkuszem kalkulacyjnym (wersje elektroniczne w systemie np. linkone)]*
2. *Wykres podporności sekcji w funkcji wysokości obudowy wraz z przedstawieniem wyników obliczeń w formie tabelarycznej (dotyczy Zadania 2).*
3. *Wykaz części zamiennych wraz z cennikiem w wersji elektronicznej (na bazie programu pozwalającego na szybkie sporządzanie zamówień). Cennik powinien zawierać ceny netto i brutto oferowanych części.*
4. *Wykaz części szybkozużywających się wraz z cennikiem w wersji elektronicznej (na bazie programu pozwalającego na szybkie sporządzanie zamówień). Cennik powinien zawierać ceny netto i brutto oferowanych części.*
5. *Harmonogram dostaw elementów kompletnych urządzeń i dokumentów.*
6. *Wykaz spełnienia istotnych dla Zamawiającego wymagań i parametrów technicznych (zał. nr 5 do SIWZ).*

7. *Sposób zagospodarowania opakowań i odpadów w świetle obowiązujących przepisów (powstałych przy dostawie).*

8. *Zestawienie asortymentowo-ilościowe wyprawki."*

Wszystkie te dokumenty stanowiły ofertę, wykonawca zobowiązany był je złożyć przed upływem terminu składania ofert a ponadto Zamawiający wprost wskazał w SIWZ na brak możliwości ich uzupełnienia na późniejszym etapie.

Konsorcjum WĘGLOKOKS złożyło dokumenty wraz z formularzem ofertowym. Zamawiający po ich analizie, pismem z dnia 13 stycznia 2021r., wezwał Konsorcjum WĘGLOKOKS do ich wyjaśnienia na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Na wezwanie Konsorcjum WĘGLOKOKS zamiast udzielić Zamawiającemu żądanych wyjaśnień złożyło jeszcze raz nowe dokumenty, tj.:

a) nową skróconą instrukcję obudowy, czyli: INSTRUKCJA (Wersja skrócona) Obudowa zmechanizowana HYDROMEL-12/31 -POz HYDROMEL-12/31 -POz/BSN HYDROMEL-12/31- POz/G HYDROMEL-12/31 -POz/G/BSN HYDROMEL-12/31-POz/H (część Skróconej Instrukcji Obsługi wymaganej w Rozdziale XIII pkt 1 Części III SIWZ);

b) nową Dokumentację Techniczno Ruchową - Skróconą Instrukcję Stosowania i Obsługi SPk24- 12/16f-DTR oferta, sterowanie pilotowe kompakt 12/16 funkcyjne do obudowy: Hydromel 12/31-POz — sekcja liniowa, Hydromel 12/31-POz/G — sekcja liniowa, Hydromel 12/31-POz/H — sekcja liniowa, Hydromel 12/31-POz/BSN — sekcja skrajna, Hydromel 12/31POz/G/BSN — sekcja skrajna (część Skróconej Instrukcji Obsługi wymaganej w Rozdziale XIII pkt 1 Części III SIWZ);

c) nowy Wykres podporności sekcji w funkcji wysokości obudowy wraz z przedstawieniem wyników obliczeń w formie tabelarycznej;

d) nowy Harmonogram dostaw elementów kompletnych urządzeń i dokumentów;

e) nowy Wykaz spełnienia istotnych dla Zamawiającego wymagań i parametrów technicznych (zał. nr 5 do SIWZ).

W Wykazie spełnienia istotnych dla Zamawiającego wymagań i parametrów technicznych (zał. nr 5 do SIWZ) wykonawcy w kolumnie nr 5 (zgodnie z jej opisem) mieli podać dokument potwierdzający spełnianie danego parametru i numer strony w tym dokumencie. Ponadto pod tabelą w załączniku nr 5 do SIWZ Zamawiający zamieścił następujące pouczenie:

„Zestawienie powinno zawierać wszystkie wymagania zawarte w Pkt. III Opisu przedmiotu zamówienia. Część III. TECHNICZNA Parametry nie mogą być sprzeczne z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego, muszą być zgodne z Wymaganiami technicznymi. Wszystkie parametry winny być wyrażone w tych samych jednostkach miar, których użył Zamawiający.

Powyższe parametry muszą być zawarte w Dokumentacji Techniczno Ruchowej stanowiącej załącznik do złożonej oferty. W przypadku braku zapisów parametrów technicznych w Dokumentacji Techniczno Ruchowej należy dołączyć inne dokumenty (zaświadczenia, certyfikaty, atesty, oświadczenie oferenta itp.) świadczące o spełnianiu warunków dla przedmiotu zamówienia.

Zestawienie oprócz potwierdzenia istnienia danego parametru w kol. 4) powinno określać w kol. 5 konkretną stronę w ofercie lub w innym dokumencie. z opisem, w przypadku braku podania strony lub nieścisłości oferta podlega uzupełnieniu przez oferenta, a w razie braku uzupełnienia odrzuceniu.”

Zatem Zamawiający dopuścił jednokrotne uzupełnienie tylko i wyłącznie załącznika nr 5 do SIWZ w przypadku braku podania w kolumnie 5 konkretnej strony w ofercie (DTR lub innym dokumencie) z opisem lub w przypadku innej nieścisłości w kolumnie 5. Natomiast uzupełnienie innych dokumentów składających się na ofertę nie było możliwe, co Zamawiający wyraźnie zaznaczył w SIWZ.

Odwołujący zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego przekazany w piśmie o wykluczeniu Konsorcjum, a odnoszącym się do zmiany treści dokumentów po terminie składania ofert oraz wyliczonych przez Zamawiającego błędach w uzupełnionych dokumentach. Jednak z niezrozumiałych dla Odwołującego powodów Zamawiający nie odrzucił oferty Konsorcjum WĘGLOKOKS. Zamawiający ograniczył się wyłącznie do stwierdzenia, że: *„Na marginesie Zamawiający zwraca również uwagę na fakt, iż niezależnie od zaistniałej przesłanki wykluczenia Wykonawcy konsorcjum WĘGLOKOKS S.A. i Przedsiębiorstwo HYDROMEL Sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 12 Ustawy PZP, oferta tego Wykonawcy podlega również odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy PZP — jako oferta, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP — jako oferta niezgodna z ustawą.”* Zamawiający nie dokonał odrzucenia oferty Konsorcjum WĘGLOKOKS na podstawie wskazanych przepisów, czego nie sposób zrozumieć wobec jednoznacznego stwierdzenia przez Zamawiającego przesłanek faktycznych do takiego odrzucenia.

Odwołujący Famur musiał postawić zarzut zaniechania czynności odrzucenia oferty Konsorcjum WĘGLOKOKS, pomimo że treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ, zarówno z powodów wskazanych przez Zamawiającego, jak i z innych, dodatkowych powodów wskazanych w odwołaniu.

1) Zgodnie z wymaganiami zawartymi w Części III SIWZ Opis Przedmiotu Zamówienia, Rozdział V ZADANIE 2: *„Ścianowa obudowa zmechanizowana: Wymagania techniczne i*

konstrukcyjne, które muszą spełniać sekcje obudowy zmechanizowanej po modernizacji (176 szt.) i 37 szt. fabrycznie nowe:

11. Przełożenie stropnicy $i=A / fB+C$ (Załącznik nr 31 powinno zawierać się w przedziale od 2.68 do 2.72, przy czym wymiar $C < 150\text{mm}$.)"

W nowym Wykazie spełnienia istotnych dla Zamawiającego wymagań i parametrów technicznych (zał. nr 5 do SIWZ), na str. 33, Konsorcjum WĘGLOKOKS oświadczyło, iż oferowana obudowa spełnia wymagania Zamawiającego oraz wskazało dokument i stronę mające potwierdzać spełnianie wymagań: Instrukcja (strona nr 54, 55 58, 59,62,63).

Obliczenia na podstawie wymiarów podanych na str. 62 i 63 nowej skróconej instrukcji obudowy, pokazują, że przełożenie stropnicy wynosi $i - 2.78$. dowodzą, że wymiary te są niezgodne z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w Części III SIWZ Opis Przedmiotu Zamówienia, Rozdział V Zadanie 2 pkt. 11.

2) Zgodnie z wymaganiami zawartymi w Części III SIWZ Opis Przedmiotu Zamówienia, Rozdział V ZADANIE 2: „Ścianowa obudowa zmechanizowana: Wymagania techniczne i konstrukcyjne, które muszą spełniać sekcje obudowy zmechanizowanej po modernizacji (176 szt.) i 37 szt. fabrycznie nowe:

10. Wymiary sekcji muszą być zgodne z załącznikiem nr 2 do OPZ, natomiast aktywne podparcie stropu należy uzyskać poprzez geometrię stropnicy zapewniającą podparcie stropu przy ociosie przez wykonanie jej podgięcia w przedniej części."

W nowym Wykazie spełnienia istotnych dla Zamawiającego wymagań i parametrów technicznych (zał. nr 5 do SIWZ), na str. 33, Konsorcjum WĘGLOKOKS oświadczyło, iż oferowana obudowa spełnia wymagania Zamawiającego oraz wskazało dokument i stronę mające potwierdzać spełnianie wymagań: Instrukcja (strona nr 54,55 58, 59.62, 63).

W rzeczywistości informacje na stronie 54, 55, 58, 59, 62, 63 nowej skróconej instrukcji obudowy, nie określają wymiarów sekcji zgodnie z załącznikiem nr 2 do OPZ, czyli zgodnie z wymaganiami Zamawiającego - brak jest wymiarów umożliwiających stwierdzenie zgodności wymiarów sekcji z załącznikiem nr 2 do OPZ.

3) Zgodnie z wymaganiami zawartymi w Części III SIWZ Opis Przedmiotu Zamówienia, Rozdział V ZADANIE 2: „Ścianowa obudowa zmechanizowana: Wymagania techniczne i konstrukcyjne, które muszą spełniać sekcje obudowy zmechanizowanej po modernizacji (176 szt.) i 37 szt. fabrycznie nowe:

„41. Przewody magistralne powinny być podwieszane do stropnicy w taki sposób, aby nie wchodziły w kolizję z osłonami bocznymi sekcji podczas pracy oraz nie zmniejszały przejścia przeznaczonego dla załogi określonego normą PN-EN 1804-1+A1:2011."

W nowym Wykazie spełnienia istotnych dla Zamawiającego wymagań i parametrów technicznych (zał. nr 5 do SIWZ), na str. 35, Konsorcjum WĘGLOKOKS oświadczyło, iż

oferowana obudowa spełnia wymagania Zamawiającego oraz wskazało dokument i stronę mające potwierdzać spełnianie wymagań: Instrukcja (strona nr 20, 21).

W nowej skróconej instrukcji obudowy, nie określono czy przewody magistralne nie zmniejszają przejścia przeznaczonego dla załogi określonego normą PN-EN 1804-1+AI:2011, a tym samym nie potwierdzono wymagań Zamawiającego.

4) Zgodnie z wymaganiami zawartymi w Części III SIWZ Opis Przedmiotu Zamówienia, Rozdział V ZADANIE 2: „Ścianowa obudowa zmechanizowana: Wymagania techniczne i konstrukcyjne, które muszą spełniać sekcje obudowy zmechanizowanej po modernizacji (176 szt.) i 37 szt. fabrycznie nowe:

„50. Sekcja obudowy powinna posiadać główne charakterystyczne wymiary decydujące o współpracy z przenośnikiem i kombajnem, zgodne z wymiarami podanymi na szkicu stanowiącym Załącznik nr 2 do OPZ.”

W nowym Wykazie spełnienia istotnych dla Zamawiającego wymagań i parametrów technicznych (zał. nr 5 do SIWZ), na str. 36, Konsorcjum WĘGLOKOKS oświadczyło, iż oferowana obudowa spełnia wymagania Zamawiającego oraz wskazało dokument i stronę mające potwierdzać spełnianie wymagań: Instrukcja (strona nr 54, 55 58, 59, 62,63).

Wskazane strony Instrukcji nie uwzględniają wymiarów (brak wymiarów w odniesieniu do kombajnu i przenośnika) decydujących o współpracy z przenośnikiem i kombajnem, zgodnie z wymiarami podanymi na szkicu stanowiącym Załącznik nr 2 do OPZ.

5) Zgodnie z wymaganiami zawartymi w Części III SIWZ Opis Przedmiotu Zamówienia, Rozdział V: *„V. Urządzenia objęte Zadaniem 1 i 2 powinny odpowiadać następującym warunkom technicznym:*

9. Urządzenia powinny spełniać wymogi obowiązujących aktualnych przepisów, w tym między innymi wymogi

- Rozporządzenia Ministra Energii z dnia 23 listopada 2016 r. w sprawie szczegółowych wymagań dotyczących prowadzenia ruchu podziemnych zakładów górniczych.*
- Rozporządzeniu Ministra Gospodarki z dnia 21 października 2008 r. w sprawie zasadniczych wymagań dla maszyn, wdrażającego postanowienia dyrektywy 2006/42/WE.*
- Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 6 czerwca 2016 r. w sprawie wymagań dla urządzeń i systemów ochronnych przeznaczonych do użytku w atmosferze potencjalnie wybuchowej implementującego Dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/34/UE z dnia 26 lutego 2014r.*
- Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 30 kwietnia 2004r. w sprawie dopuszczania wyrobów do stosowania w zakładach górniczych.”*

Przesłana nowa Dokumentacja Techniczno Ruchowa - Skrócona Instrukcja Stosowania i Obsługi SPk24-12/16f-DTR oferta, sterowanie pilotowe kompakt 12/16 funkcyjne do obudowy: Hydromel 12/31-POz — sekcja liniowa, Hydromel 12/31-POz/G — sekcja liniowa, Hydromel 12/31-POz/H — sekcja liniowa, Hydromel 12/31-POz/BSN — sekcja skrajna, Hydromel 12/31POz/G/BSN — sekcja skrajna, przywołuje nieaktualne akty prawne:

- a) Dyrektywa 94/9/WE (ATEX) z dnia 23 marca 1994r. w sprawie zbliżenia ustawodawstw Państw Członkowskich dotyczących urządzeń i systemów ochronnych przeznaczonych do użytku w przestrzeniach zagrożonych wybuchem, która została implementowana do polskiego prawodawstwa Rozporządzeniem Ministra Gospodarki z dnia 22 grudnia 2005r. w sprawie zasadniczych wymagań dla urządzeń i systemów ochronnych przeznaczonych do użytku w przestrzeniach zagrożonych wybuchem (Dz.U. 2005 Nr 263 poz. 2203).
- b) Rozporządzenie Ministra Gospodarki z dnia 28 czerwca 2002r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy, prowadzenia ruchu oraz specjalistycznego zabezpieczenia przeciwpożarowego w podziemnych zakładach górniczych (Dz.U. 2002 Nr 139 poz. 1169 z późn.zm.).
- c) Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 14 czerwca w ; sprawie zagrożeń naturalnych w zakładach górniczych {Dz.U. 2002 Nr 94 poz. 841 z późn.zm.).

Zatem z nowej Dokumentacji Techniczno Ruchowej - Skróconej Instrukcji Stosowania i Obsługi wynika, że zaoferowane urządzenia nie spełniają wymogów obowiązujących aktualnych przepisów, w tym między innymi wymogów wskazanych aktów prawnych.

6) Nowa skrócona instrukcja obudowy, złożona w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego stanowi całkowicie nowy dokument (opracowany w styczniu 2021 roku, czyli po terminie złożenia ofert, zawierający inną treść i zawartość dostosowaną do wymagań technicznych Zamawiającego zawartych w OPZ), mający zastąpić Instrukcję złożoną przed upływem terminu składania ofert jako część oferty. Zaakceptowanie przez Zamawiającego dokonanej modyfikacji treści oferty w powyższym zakresie winno zostać zakwalifikowane jako niedopuszczalna (w świetle art. 87 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp) zmiana treści oferty po upływie terminu składania ofert — wbrew dyspozycji art. 84 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający, poprzez brak odrzucenia oferty Konsorcjum WĘGLOKOKS, de facto zezwolił na dokonanie przez Konsorcjum WĘGLOKOKS w toku badania i oceny ofert bardzo istotnych zmian w treści złożonej oferty, pomimo że art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zabrania dokonywania jakiegokolwiek zmiany w treści oferty. Nowa skrócona instrukcja obudowy, złożona w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego to zupełnie inny dokument niż skrócona

instrukcja obudowy złożona wraz z formularzem ofertowym. Oczywiste i zasadnicze różnice pomiędzy ww. dokumentami wynikają już z ich stron tytułowych:

- na stronie tytułowej nowej skróconej instrukcji obudowy, wskazano, że jest to wydanie Oa (czyli późniejsze), podczas gdy na stronie tytułowej skróconej instrukcji obudowy złożonej wraz z formularzem ofertowym wskazano, że jest to wydanie 0 (czyli wcześniejsze);
- na stronie tytułowej nowej skróconej instrukcji obudowy, wskazano, że jest to wydanie ze stycznia 2021 (czyli późniejsze), podczas gdy na stronie tytułowej skróconej instrukcji obudowy złożonej wraz z formularzem ofertowym wskazano, że jest to wydanie z listopada 2020 (czyli wcześniejsze).

Niezależnie od powyższego Odwołujący Famur wskazał, że treść skróconej instrukcji obudowy złożonej przez Konsorcjum WĘGŁOKOKS wraz z formularzem ofertowym jest wręcz rażąco niezgodna z treścią SIWZ.

1) Zgodnie z wymaganiami zawartymi w Części III SIWZ Opis Przedmiotu Zamówienia, Rozdział V ZADANIE 2: *„Ścianowa obudowa zmechanizowana: Wymagania techniczne i konstrukcyjne, które muszą spełniać sekcje obudowy zmechanizowanej po modernizacji (176 szt.) i 37 szt. fabrycznie nowe:*

3. Musi być obudową dwustojakową, podporowo-osłonową, zawałową do pracy w pokładach nietąpiących — z trybem pracy kroku wstecz”

Z załączonej do oferty Instrukcji, wynika, że sekcje skrajne oferowanej obudowy pracują bez „kroku wstecz” - str. 4 Instrukcji:

„Sekcje HYDROMEL-12/31-POz/BSN i HYDROMEL-12/31-POz/G/BSN (sekcje skrajne) współpracują z przenośnikiem ścianowym w rejonie jego napędów, w pozycji wyjściowej bez kroku wstecz”.

Ponadto na str. 10 INSTRUKCJI w pkt. 7 OPIS KONSTRUKCJI I DZIAŁANIA, Konsorcjum WĘGŁOKOKS wskazało, że:

„Sekcje obudowy HYDROMEL-12/31-POz/BSN i HYDROMEL-12/31-POz/G/BSN pracują jako dosunięte do przenośnika (bez tzw. kroku wstecz), tzn. po wykonaniu skrawu kombajnem w pierwszej kolejności wysuwana jest stropnica wysuwna i przesuwany przenośnik, a następnie dosuwana jest do czoła ściany sekcja obudowy zmechanizowanej.”

Ponadto na str. 32 Instrukcji wskazano, że:

„W pozycji wyjściowej sekcja obudowy jest dosunięta do przenośnika (pracuje bez kroku wstecz.”

2) Zgodnie z wymaganiami zawartymi w Części III SIWZ Opis Przedmiotu Zamówienia, Rozdział V ZADANIE 2: *„Ścianowa obudowa zmechanizowana: Wymagania techniczne i*

konstrukcyjne, które muszą spełniać sekcje obudowy zmechanizowanej po modernizacji (176 szt.) i 37 szt. fabrycznie nowe:

16. Muszą posiadać osłony boczne ruchome z prawej strony, lewa strona spawana na stałe dotyczy to tylko sekcji liniowych. Sekcje skrajne mają mieć ruchome osłony boczne z obu stron."

Z załączonej do oferty INSTRUKCJI (Wersja skrócona) wynika, że sekcje skrajne nie mają ruchomych osłon bocznych z obu stron, lecz lewa strona jest spawana na stałe (nieruchoma) - str. 12:

„Osłona odzawałowa kompletna wyposażona jest w osłony boczne. Służą one do uszczelnienia przestrzeni zawałowej między osłonami odzawałowymi sąsiednich sekcji i korygowania ich wzajemnego położenia. Jedna z osłon bocznych (prawa) wysuwana jest siłownikiem. Druga z osłon (lewa) jest nieruchoma (spawana)."

Ze str. 13 Instrukcji wynika, że:

„Stropnica zasadnicza wyposażona jest w osłony boczne. Służą one do uszczelnienia stropu między stropnicami sąsiednich sekcji i korygowania ich wzajemnego położenia. Jedna z osłon bocznych (prawa) wysuwana jest poprzez prowadniki dwoma siłownikami. Druga z osłon (lewa) jest nieruchoma (spawana)."

3) Zgodnie z wymaganiami zawartymi w Części III SIWZ Opis Przedmiotu Zamówienia, Rozdział V ZADANIE 2: „Ścianowa obudowa zmechanizowana: Wymagania techniczne i konstrukcyjne, które muszą spełniać sekcje obudowy zmechanizowanej po modernizacji (176 szt.) i 37 szt. fabrycznie nowe:

2. Mieć dwa zakresy pracy: pierwszy - 1.4 - 2.6 m i drugi 1.7 - 3.0 m — realizowane przez zastosowanie dwóch różnych typów stojaków hydraulicznych i nadstawek w układzie lemniskatowym, przy czym Zamawiający wymaga ażeby wysokość geometryczna zmodernizowanych i fabrycznie nowych sekcji obudowy wynosiła 16/31."

W załączonej do oferty INSTRUKCJI (Wersja skrócona) na str. 6 w tabeli, w wierszu „Zakres wysokości pracy", podano że:

Zakres wysokości obudowy 1.2+3.1 w podzakresach 1.2+ 7 _ 1,6 + 3.1m

Zakres wysokości pracy 1,4 +3,0 w podzakresach 1,4+2.6_ 1.8+ 3.0m

Konsorcjum WĘGLOKOKS w tabeli wskazało i zaoferowało zakres pracy sekcji 1,8m — 3,0m zamiast wymaganego przez Zamawiającego zakresu pracy 1,7m — 3,0m.

W nowej skróconej instrukcji obudowy, złożonej w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Konsorcjum WĘGLOKOKS usunęło wprawdzie wszystkie wskazane niezgodności z treścią SIWZ, jednak złożenie nowej skróconej instrukcji obudowy stanowiło w ocenie FAMUR niedopuszczalną zmianę treści oferty, sprzeczną zarówno z art. 87 ust. 1

ustawy Pzp, jak i z SIWZ, gdzie w Części I SIWZ Instrukcja dla Wykonawców, Rozdział VI pkt. 3 Zamawiający wprost wskazał na brak możliwości uzupełnienia takich dokumentów na późniejszym etapie.

Złożona w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego nowa Dokumentacja Techniczno Ruchowa - Skrócona Instrukcja Stosowania i Obsługi SPk24-12/16f- DTR oferta, stanowi całkowicie nowy dokument (opracowany w styczniu 2021 roku, czyli po terminie złożenia ofert, zawierający inną treść i zawartość dostosowaną do wymagań technicznych Zamawiającego zawartych w OPZ), mający zastąpić Skróconą Instrukcję Stosowania i Obsługi złożoną przed upływem terminu składania ofert jako część oferty. Zaakceptowanie przez Zamawiającego dokonanej przez Konsorcjum WĘGLOKOKS modyfikacji treści jego oferty w powyższym zakresie winno zostać zakwalifikowane jako niedopuszczalna (w świetle art. 87 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp) zmiana treści oferty po upływie terminu składania ofert — wbrew dyspozycji art. 84 ust. 1 ustawy Pzp.

Wbrew twierdzeniom Konsorcjum WĘGLOKOKS nie jest tak, iż w Skróconej Instrukcji Stosowania i Obsługi złożonej wraz z formularzem ofertowym jedynie omyłkowo wpisano nazwy obudowy będące przedmiotem modernizacji, nie jest też tak, że nowej Skróconej Instrukcji - Stosowania i Obsługi, zmieniono jedynie nazwy obudowy na prawidłowe. W rzeczywistości dokonane zmiany były daleko dalej idące i polegały również na usunięciu ewidentnych niezgodności pomiędzy treścią SIWZ a treścią Skróconej Instrukcji Stosowania i Obsługi złożonej wraz z formularzem ofertowym.

4) Zgodnie z wymaganiami zawartymi w Części III SIWZ Opis Przedmiotu Zamówienia, Rozdział V ZADANIE 2: „*Ścianowa obudowa zmechanizowana: Wymagania techniczne i konstrukcyjne, które muszą spełniać sekcje obudowy zmechanizowanej po modernizacji (176 szt.) i 37 szt. fabrycznie nowe:*

38. Sekcje skrajne powinny posiadać korekcję podstropnicową z układem hydraulicznym sterowania umiejscowionym w rozdzielaczu kompaktowym. Również sterowanie osłonami bocznymi, w tych sekcjach powinno odbywać się niezależnie dla każdej ze stron, z rozdzielacza kompaktowego.”

Z załączonej do oferty Skróconej Instrukcji Stosowania i Obsługi wynika, że nie zostało zapewnione sterowanie osłonami bocznymi w sekcjach skrajnych, niezależnie dla każdej ze stron, z rozdzielacza kompaktowego. Mianowicie z Rys. 2 Schemat układu hydraulicznego sterowania 12+4 f. BW-Glinik-12/27-POz/S (nr rys UH 1120-01.02) na str. 22 Skróconej Instrukcji Stosowania i Obsługi wynika, że zaoferowano sterowanie 16 funkcyjne, czyli o zbyt małej liczbie funkcji, aby zapewnić sterowanie osłonami bocznymi w sekcjach skrajnych, niezależnie dla każdej ze stron, z rozdzielacza kompaktowego. Powyższe było

ściśle powiązane z tym, że sekcje skrajne nie mają ruchomych osłon bocznych z obu stron, lecz lewa strona jest spawana na stałe (nieruchoma). Dlatego też, konsekwentnie, Konsorcjum WĘGLOKOKS nie przewidziało dla nieruchomych osłon bocznych funkcji sterowania z rozdzielacza kompaktowego .

Niemożliwe jest uzupełnienie / rozbudowanie sterowania o drugą ruchomą stronę osłon bocznych bez zmiany ilości funkcji na rozdzielaczu, gdyż nie ma już tam wolnej pary funkcji (konieczna jest para funkcji, gdyż są to dwie funkcje - rozpieranie, czyli rozsuwanie siłowników, oraz ruch przeciwny, czyli ich zsuwanie). Uzupełnienie / rozbudowanie sterowania o drugą ruchomą stronę osłon bocznych wymaga innego, większego rozdzielacza. Dlatego też Konsorcjum WĘGLOKOKS dokonało zmian w treści nowej Skróconej Instrukcji Stosowania i Obsługi i w miejsce poprzednio oferowanych 12 funkcji + 4 funkcji z rozdzielacza osobnego (łącznie 16 funkcji) zaoferowało nowe sterowanie 18 funkcyjne, umożliwiające sterowanie obustronnie ruchomymi osłonami bocznymi sekcji skrajnej (16 funkcji oferowanych pierwotnie + 2 funkcje sterowania drugiej ruchomej strony osłon bocznych, łącznie 18 funkcji).

5) Złożony w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego nowy Wykres podporności sekcji w funkcji wysokości obudowy wraz z przedstawieniem wyników obliczeń w formie tabelarycznej stanowi całkowicie nowy dokument (opracowany w styczniu 2021 roku, czyli po terminie złożenia ofert, zawierający inną treść i zawartość dostosowaną do wymagań technicznych Zamawiającego zawartych w OPZ), mający zastąpić Wykres podporności sekcji w funkcji wysokości obudowy wraz z przedstawieniem wyników obliczeń w formie tabelarycznej złożony przed upływem terminu składania ofert jako część oferty. Zaakceptowanie przez Zamawiającego dokonanej przez Konsorcjum WĘGLOKOKS modyfikacji treści jego oferty w powyższym zakresie winno zostać zakwalifikowane jako niedopuszczalna (w świetle art. 87 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp) zmiana treści oferty po upływie terminu składania ofert — wbrew dyspozycji art. 84 ust. 1 ustawy Pzp.

6) Złożony w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 13 stycznia 2021 r. nowy Harmonogram dostaw elementów kompletnych urządzeń i dokumentów stanowi całkowicie nowy dokument (opracowany w styczniu 2021 roku, czyli po terminie złożenia ofert, zawierający inną treść i zawartość dostosowaną do wymagań Zamawiającego zawartych w OPZ), mający zastąpić Harmonogram dostaw elementów kompletnych urządzeń i dokumentów złożony przed upływem terminu składania ofert jako część oferty. Zaakceptowanie przez Zamawiającego dokonanej przez Konsorcjum WĘGLOKOKS modyfikacji treści jego oferty w powyższym zakresie winno zostać zakwalifikowane jako niedopuszczalna (w świetle art. 87 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp) zmiana treści oferty po upływie terminu składania ofert — wbrew dyspozycji art. 84 ust. 1 ustawy Pzp. W świetle

postanowień SIWZ Harmonogram dostaw stanowił część oferty a ponadto Zamawiający wprost wskazał w SIWZ na brak możliwości jego uzupełnienia na późniejszym etapie. Odwołujący zaznaczył, że zmiany w treści nowego Harmonogramu dostaw były bardzo istotne i polegały na usunięciu ewidentnych niezgodności pomiędzy treścią Harmonogramu dostaw złożonego wraz z formularzem ofertowym a treścią SIWZ. W szczególności zmienione zostały terminy dostaw, zamiast terminów określonych w miesiącach podano terminy określone w tygodniach, ponadto wskazano rodzaje oraz ilości sekcji dostarczanych w poszczególnych przedziałach czasowych (tygodniach). Ponadto zmieniono rodzaje oraz ilości sekcji dostarczanych w ramach poszczególnych Etapów:

- Harmonogram dostaw złożony wraz z formularzem ofertowym przewidywał w Etapie I dostawę 28 kpl sekcji po modernizacji, natomiast nowy Harmonogram dostaw przewiduje w Etapie I dostawę 4 szt. sekcji liniowych zmodernizowanych i 2 szt. sekcji skrajnych zmodernizowanych (łącznie 6 szt. sekcji zmodernizowanych):

- Harmonogram dostaw złożony wraz z formularzem ofertowym przewidywał w Etapie II dostawę 148 kpl sekcji po modernizacji, natomiast nowy Harmonogram dostaw przewiduje w Etapie II dostawę 4 szt. sekcji skrajnych zmodernizowanych i 166 szt. sekcji liniowych zmodernizowanych (łącznie 170 szt. sekcji zmodernizowanych).

Odwołujący podkreślił, że treść Harmonogramu dostaw złożonego wraz z formularzem ofertowym jest rażąco niezgodna z treścią SIWZ. Zgodnie bowiem z wymaganiami zawartymi w Części II SIWZ — Projekt umowy — zadanie nr 2 (Modernizacja i Dostawa Obudowy) § 2 ust. 2 zdanie szóste i siódme: *„(...) Harmonogram Dostaw (obejmujący oba Etapy) powinien zawierać podział Obudowy (w ramach każdego z Etapów) na główne podzespoły, określenie terminów dostawy poszczególnych głównych podzespołów, poprzez wskazanie kolejnego tygodnia (okresu realizacji Umowy liczonego od dnia zawarcia Umowy, określonego w komparycji Umowy), w którym nastąpi dostawa danych głównych podzespołów. Zamawiający przy tym wymaga ażeby w Harmonogramie Dostaw zostały przewidziane i następnie zrealizowane: Etap I: 1/ w pierwszej kolejności: dostawy sekcji liniowych (35 szt. sekcji nowych plus 4 szt. sekcji zmodernizowanych). 2/ w drugiej kolejności: dostawy 4 szt. sekcji skrajnych, oraz wszystkie przewody magistralne zgodnie z OPZ,. Etap 11:1/ w pierwszej kolejności: dostawy 4 szt. sekcji skrajnych, 2/ w drugiej kolejności: dostawy 166 szt. sekcji liniowych, oraz wszystkie przewody magistralne zgodnie z OPZ.”*

W treści Harmonogramu dostaw złożonego wraz z formularzem ofertowym wskazano terminy wyłącznie w miesiącach. Ponadto z Harmonogramu nie wynika rodzaj ani ilość sekcji dostarczanych w poszczególnych przedziałach czasowych (w poszczególnych miesiącach),

podano bowiem tylko ogólnie ilość sekcji dostarczanych w danym miesiącu, bez wskazania czy są to sekcje liniowe czy skrajne.

Ponadto sprzeczne z SIWZ są ilości sekcji nowych i zmodernizowanych przewidzianych do dostarczenia w Etapie I i w Etapie II. Harmonogram dostaw złożony wraz z formularzem ofertowym przewiduje w Etapie I dostawę 28 kpl sekcji po modernizacji, natomiast zgodnie z SIWZ w Etapie I przewidziano dostawę 4 szt. sekcji liniowych zmodernizowanych i 2 szt. sekcji skrajnych zmodernizowanych (łącznie 6 szt. sekcji zmodernizowanych).

Ponadto Harmonogram dostaw złożony wraz z formularzem ofertowym przewiduje w Etapie II dostawę 148 kpl sekcji po modernizacji, natomiast zgodnie z SIWZ w Etapie II przewidziano dostawę 4 szt. sekcji skrajnych zmodernizowanych i 166 szt. sekcji liniowych zmodernizowanych (łącznie 170 szt. sekcji zmodernizowanych!).

W załączonym do oferty Harmonogramie dostaw Konsorcjum WĘGLOKOKS zawarło również wskazanie dotyczące Etapu II, tj. stwierdzenie, że: *„termin rozpoczęcia odbioru sekcji nie później niż 02.05.2021r.”*

W nowym Harmonogramie dostaw Konsorcjum WĘGLOKOKS usunęło wprowadzić wszystkie wskazane niezgodności z treścią SIWZ, jednak złożenie nowego Harmonogramu stanowiło niedopuszczalną zmianę treści oferty, sprzeczną zarówno z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp jak i z SIWZ, gdzie w Części I SIWZ Instrukcja dla Wykonawców, Rozdział VI pkt. 3 Zamawiający wprost wskazał na brak możliwości uzupełnienia takich dokumentów na późniejszym etapie.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w oparciu o przepisy ustawy Pzp jest postępowaniem sformalizowanym, wymagającym stosowania zasad ustanowionych w treści SIWZ z uwagi na zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (co wyraża się m.in. brakiem możliwości zmiany ustalonych wymagań po terminie składania ofert). Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia w postępowaniu są związani treścią SIWZ. Skoro Zamawiający ukształtował treść wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia, żądając, aby wykonawca spełniał określone warunki SIWZ, powinien następnie działać konsekwentnie, oceniając złożone w postępowaniu oferty poprzez pryzmat sprecyzowanych na etapie przygotowania SIWZ wymagań. Jeżeli treść jakiegokolwiek oferty nie odpowiada treści wymagań określonych przez Zamawiającego (a zwłaszcza tak istotnych wymagań jak te dotyczące opisu przedmiotu zamówienia), Zamawiający powinien odrzucić taką ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Wymienione niezgodności treści oferty Konsorcjum WĘGLOKOKS z postanowieniami SIWZ mają charakter zasadniczy i nieusuwalny, a ponadto dotyczą niezgodności z wymaganiami jasno sprecyzowanymi w SIWZ, tym samym ziściły się wszystkie przesłanki odrzucenia

oferty Konsorcjum WĘGŁOKOKS na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, a brak dokonania powyższej czynności przez Zamawiającego stanowi również naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 Pzp. Nie jest możliwe usunięcie opisanej powyżej niezgodności w żaden sposób przewidziany ustawą Pzp. Każda próba usunięcia opisanej powyżej niezgodności musiałaby bowiem polegać na zastąpieniu zaoferowanych w ofercie urządzeń innymi, niewskazanymi w ofercie urządzeniami, spełniającym wymagania SIWZ. Art. 84 ust. 1 jak i art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wyraźnie zabraniają dokonywania jakichkolwiek zmian w treści oferty po upływie terminu składania ofert. Zakaz modyfikacji treści oferty poprzez składanie wyjaśnień został wyraźnie wyartykułowany w art. 87 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp. Zgodnie ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej warunkiem sine qua non dla dokonania poprawienia innych omyłek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest to, iż Zamawiający ma możliwość samodzielnego dokonania poprawy, tzn. w ofercie zamieszczone są informacje, które umożliwiają mu dokonanie poprawy bez ingerencji wykonawcy oraz wprowadzania do treści oferty informacji z zewnątrz. Tak więc Zamawiający, poprawiając ofertę, może wykorzystywać jedynie informacje w niej zamieszczone i to takie, które nie budzą wątpliwości co do tego, że stanowią treść oświadczenia woli wykonawcy. W ofercie Konsorcjum WĘGŁOKOKS brak jest informacji, które pozwalałyby Zamawiającemu na samodzielne poprawienie tej oferty i dostosowanie jej do treści SIWZ. Z oferty Konsorcjum WĘGŁOKOKS nie wynika bowiem w żaden sposób jakie inne urządzenia, spełniające wymagania SIWZ, wykonawca ten miałby oferować Zamawiającemu w miejsce urządzeń wskazanych w ofercie.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący Famur wnosił jak w petitum odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w SIWZ, ogłoszeniu o zamówieniu, wyjaśnieniach zamieszczonych na stronie internetowej Zamawiającego, ofertach, złożonych przez Wykonawców, wyjaśnieniach Wykonawców, odwołaniu, pismach procesowych, a także wyrażone ustnie i pisemnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia zostało wszczęte przed 1 stycznia 2021 r., jest ono prowadzone na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm., dalej jako „ustawa Pzp” lub „Pzp”), więc stosownie do art. 92 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020 ze zm.),

do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe.

Jednocześnie przepisy ustawy z Prawo zamówień publicznych z 11 września 2019 r. (tekst jednolity Dz.U.2019 r., poz. 2019 ze zmianami, dalej jako „Pzp2019”) znajdują zastosowanie do postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawie. Zgodnie bowiem z art. 92 ust. 2 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych, *do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 roku stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1.*

Następnie ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań w całości w trybie art. 528 ustawy Pzp2019 i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołania na rozprawę.

Ustalono dalej, że Wykonawcy wnoszący odwołania posiadają interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku potencjalnego naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ustawy Pzp2019. Możliwość dokonania w sposób nieprawidłowy czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenie Odwołującego Węgłokoks z postępowania, pozbawia Wykonawców możliwości uzyskania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołań.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożyli wykonawcy wymienieni w sentencji niniejszego orzeczenia. Izba potwierdziła skuteczność zgłoszonych przystąpień.

Na podstawie dokumentacji przesłanej przez Zamawiającego w wersji elektronicznej, Izba ustaliła, że Zamawiający w zadaniu nr 2 wyznaczył następujący warunek udziału dotyczący doświadczenia zawodowego (zdolność techniczna lub zawodowa):
„dotyczy zadania nr 2: w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy- w tym okresie) zrealizowali należycie

zamówienia odpowiadające rodzajem i zakresem przedmiotowi postępowania, tj. co najmniej jedno zamówienie na:

- dostawę minimum jednego kompletu ścianowej obudowy zmechanizowanej w ilości min. 100 sekcji o podziałce 1,75m, które pracowały lub pracują w podziemnych kopalniach węgla kamiennego*
- oraz co najmniej jedno zamówienie na usługi remontu lub modernizacji co najmniej 100 szt. ścianowej obudowy zmechanizowanej spełniających wymagania dyrektyw 2014/34/UE, 2006/42/WE, które pracowały lub pracują w podziemnych kopalniach węgla kamiennego, w wyrobiskach zagrożonych wybuchem metanu i pyłu węglowego.”*

W celu potwierdzenia spełniania opisanych warunków oraz potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia Wykonawcy z udziału w postępowaniu, a także w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, Wykonawca złoży dokumenty określone w rozdziale VI.

Zgodnie z Rozdziałem VI pkt 4 Zamawiający przed udzieleniem zamówienia wzywa Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie określonych w pkt 5-13 niniejszego Rozdziału - aktualnych na dzień złożenia - oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, Zamawiający może na każdym etapie postępowania wezwać Wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych oświadczeń lub dokumentów potwierdzających, że nie podlegają wykluczeniu i/lub spełniają warunki udziału w postępowaniu, a jeżeli zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio oświadczenia lub dokumenty nie są już aktualne, do złożenia aktualnych oświadczeń lub dokumentów.

Przez ofertę Zamawiający rozumiał prawidłowo wypełnione przez Wykonawcę: Formularz oferty (Załącznik nr 1 do SIWZ) oraz następujące dokumenty, które Wykonawca zobowiązany jest złożyć przed upływem terminu składania ofert (niepodlegające uzupełnieniu na późniejszym etapie):

- 1) Dowód wniesienia wadium,
- 2) Dokumenty wymienione w Rozdziale XII Części III SIWZ - Opisu przedmiotu zamówienia.

Z Rozdziału XII Części III SIWZ wynikało, że należało przedstawić Zamawiającemu:

1. Skróconą Instrukcję Obsługi dla urządzeń zadania pierwszego i drugiego, zgodną z dyrektywą 2006/42/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 17 maja 2006 r (zwaną dalej: DTR), która powinna zawierać: charakterystykę, dane techniczne urządzeń, rysunki,

wykaz wyposażenia podstawowego normalnego i dodatkowego, instrukcję bezpiecznego użytkowania (obsługi, konserwacji i napraw), schemat instalacji elektrycznej, a także określać sposób załadunku, transportu elementów urządzeń, przygotowanie stanowiska montażowego, montażu i uruchomienia oraz rozruchu urządzeń, jak również zawierać katalog części zamiennych [wraz z cennikiem tych części, niezmiennym w okresie gwarancji - zgodnym z arkuszem kalkulacyjnym (wersje elektroniczne w systemie np. linkone)]

2. Wykres podporności sekcji w funkcji wysokości obudowy wraz z przedstawieniem wyników obliczeń w formie tabelarycznej (dotyczy Zadania 2).

3. Wykaz części zamiennych wraz z cennikiem w wersji elektronicznej (na bazie programu pozwalającego na szybkie sporządzanie zamówień). Cennik powinien zawierać ceny netto i brutto oferowanych części.

4. Wykaz części szybkozużywających się wraz z cennikiem w wersji elektronicznej (na bazie programu pozwalającego na szybkie sporządzanie zamówień). Cennik powinien zawierać ceny netto i brutto oferowanych części.

5. Harmonogram dostaw elementów kompletnych urządzeń i dokumentów.

6. Wykaz spełnienia istotnych dla Zamawiającego wymagań i parametrów technicznych (zał. nr 5 do SIWZ).

7. Sposób zagospodarowania opakowań i odpadów w świetle obowiązujących przepisów (powstałych przy dostawie).

8. Zestawienie asortymentowo-ilościowe wyprawki.

W załączniku nr 5 do SIWZ pod tabelą Zamawiający wskazał, że *Zestawienie powinno zawierać wszystkie wymagania zawarte w Pkt. III Opisu przedmiotu zamówienia. Część III. TECHNICZNA Parametry nie mogą być sprzeczne z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego, muszą być zgodne z Wymaganiami technicznymi. Wszystkie parametry winny być wyrażone w tych samych jednostkach miar, których użył Zamawiający. Powyższe parametry muszą być zawarte w Dokumentacji Techniczno Ruchowej stanowiącej załącznik do złożonej oferty. W przypadku braku zapisów parametrów technicznych w Dokumentacji Techniczno Ruchowej należy dołączyć inne dokumenty (zaświadczenia, certyfikaty, atesty, oświadczenie oferenta itp.) świadczące o spełnianiu warunków dla przedmiotu zamówienia.*

Zestawienie oprócz potwierdzenia spełnienia danego parametru (kol. 4) powinno określać w kol. 5 konkretną stronę w ofercie (DTR lub innym dokumencie) z opisem, w przypadku braku podania strony lub nieściśłości oferta podlega uzupełnieniu przez oferenta, a w razie braku uzupełnienia odrzuceniu.

Odpowiadając na pytanie nr 23 z dnia 16 września 2020 roku dotyczące zakresu modernizacji sekcji obudowy GLINIK-12/27/POz i HYDROTECH-12/27-POz, który ma zrealizowany przez zastosowanie nadstawek spągnicy w układzie lemniskatowym i drugiego typu stojaków, a w związku z tym brak wpływu modernizacji na takie parametry jak podporność robocza, nacisk na spąg, aktywne podparcie stropu, przełożenie stropnicy, odkrycie stropu czy równą linię końca stropnic przy jednakowym ustawieniu sekcji w ścianie, Wykonawca prosiło potwierdzenie, że sekcje przed modernizacją spełniają wymagania sformułowane w punktach V.8 –V.12 załącznika nr 5 do SIWZ. Jeżeli te wymagania nie są spełnione przed modernizacją, to nie ma możliwości ich spełnienia w wyniku modernizacji, Zamawiający odpowiedział, że wymagania są spełnione.

13 stycznia 2021 roku Zamawiający na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wezwał konsorcjum WĘGLOKOKS do wyjaśnienia treści oferty.

Zamawiający podkreślił jakich dokumentów wymagał zgodnie z Rozdziałem XII Części III SIWZ. Konsorcjum WĘGLOKOKS w złączonym do oferty *Wykazie spełnienia istotnych dla Zamawiającego wymagań i parametrów technicznych (zał. nr 5 do SIWZ)*, podał m.in. typ urządzeń. Wykonawca podał następujące typy urządzeń: Obudowa zmechanizowana HYDROMEL-12/31-POz, HYDROMEL-12/31-POz/BSN; HYDROMEL-12/31-POz/G; HYDROMEL-12/31-POz/G/BSN; HYDROMEL-12/31-POz/H. Ponadto Wykonawca załączył do oferty Skróconą Instrukcję Obsługi dla obudowy zmechanizowanej oraz Dokumentację Techniczno Ruchową - Skróconą Instrukcję Stosowania i Obsługi dla sterowania: Sterowanie pilotowe kompakt 12/16 funkcyjne do obudowy BW-Glinik 12/27-POz-sekcja liniowa, BW-Glinik 12/27-POz/S-sekcja skrajna. W ocenie Zamawiającego, z treści złożonej DTR sterowania wynika, że nie dotyczy ona oferowanej przez Wykonawcę obudowy typu HYDROMEL, lecz obudowy BW-GLINIK 12/27, która nie jest przedmiotem oferty.

Zgodnie z wymaganiami zawartymi w Części III SIWZ Opis Przedmiotu Zamówienia, Rozdział V ZADANIE 2: *Ścianowa obudowa zmechanizowana: Wymagania techniczne i konstrukcyjne, które muszą spełniać sekcje obudowy zmechanizowanej po modernizacji (176 szt.) i 37 szt. fabrycznie nowe:*

(...)

2. *Mieć dwa zakresy pracy: pierwszy - 1,4 ÷ 2,6 m i drugi 1,7 ÷ 3,0 m – realizowane przez zastosowanie dwóch różnych typów stojaków hydraulicznych i nadstawek w układzie lemniskatowym, przy czym Zamawiający wymaga ażeby wysokość geometryczna zmodernizowanych i fabrycznie nowych sekcji obudowy wynosiła 16/31.*

Ponadto zgodnie z wymaganiami zawartymi w *Rozdziale XII Części III SIWZ - Opisu przedmiotu zamówienia.*”, Wykonawca zobowiązany jest złożyć wraz z ofertą następujące dokumenty:

„1. *Skróconą Instrukcję Obsługi dla urządzeń zadania pierwszego i drugiego, zgodną z dyrektywą 2006/42/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 17 maja 2006 r (zwaną dalej: DTR), która powinna zawierać: charakterystykę, dane techniczne urządzeń, rysunki, wykaz wyposażenia podstawowego normalnego i dodatkowego, instrukcję bezpiecznego użytkowania (obsługi, konserwacji i napraw), schemat instalacji elektrycznej, a także określać sposób załadunku, transportu elementów urządzeń, przygotowanie stanowiska montażowego, montażu i uruchomienia oraz rozruchu urządzeń, jak również zawierać katalog części zamiennych [wraz z cennikiem tych części, niezmiennym w okresie gwarancji - zgodnym z arkuszem kalkulacyjnym (wersje elektroniczne w systemie np. linkone)]*

2. *Wykres podporności sekcji w funkcji wysokości obudowy wraz z przedstawieniem wyników obliczeń w formie tabelarycznej (dotyczy Zadania 2).*

(...)

6. *Wykaz spełnienia istotnych dla Zamawiającego wymagań i parametrów technicznych (zał. nr 5 do SIWZ).*

Zapisy z oferty konsorcjum WĘGLOKOKS nie potwierdzają zakresu pracy oferowanej obudowy HYDROMEL z wymaganiami Zamawiającego (Część III SIWZ Opis Przedmiotu Zamówienia, Rozdział V Zadanie 2 pkt. 2), pomimo że w złączonym do oferty *Wykazie spełnienia istotnych dla Zamawiającego wymagań i parametrów technicznych (zał. nr 5 do SIWZ)*, na str. 31, Wykonawca oświadczył, iż oferowana obudowa spełnia ww. wymagania Zamawiającego. Tymczasem w załączonym do oferty Wykresie podporności sekcji HYDROMEL. Tabela i wykresy podporności sekcji w zakresie jej roboczej wysokości zostały podane dla zakresu roboczego 1,8m – 3,0m.

Ponadto Wykonawca, w przedstawionej Skróconej Instrukcji Obsługi obudowy zmechanizowanej HYDROMEL na str. 6 w tabeli, w wierszu „Zakres wysokości pracy”, podał zakres pracy sekcji 1,8m – 3,0m zamiast wymaganego przez Zamawiającego zakresu pracy 1,7m – 3,0m. Zamawiający wezwał do wyjaśnienia powyższej wewnętrznej niezgodności treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy PZP.

Zgodnie z wymaganiami zawartymi w Części III SIWZ Opis Przedmiotu Zamówienia, Rozdział V ZADANIE 2: *Ścianowa obudowa zmechanizowana: Wymagania techniczne i konstrukcyjne, które muszą spełniać sekcje obudowy zmechanizowanej po modernizacji (176 szt.) i 37 szt. fabrycznie nowe:*

(...)

3. Musi być obudową dwustojakową, podporowo-osłonową, zawałową do pracy w pokładach nietąpiących – z trybem pracy „kroku wstecz”.

Elementy oferty konsorcjum WĘGLOKOKS nie potwierdzają posiadania przez oferowaną obudowę HYDROMEL wymaganego trybu pracy „kroku wstecz”, pomimo że w złączonym do oferty *Wykazie spełnienia istotnych dla Zamawiającego wymagań i parametrów technicznych (zał. nr 5 do SIWZ)*, na str. 31, Wykonawca oświadczył, iż oferowana obudowa spełnia wymagania Zamawiającego. Z załączonej do oferty INSTRUKCJI (Wersja skrócona) Obudowy zmechanizowanej HYDROMEL-12/31-POz HYDROMEL-12/31-POz/BSN HYDROMEL-12/31-POz/G HYDROMEL-12/31-POz/G/BSN HYDROMEL-12/31-POz/H, wynika, że sekcje skrajne oferowanej obudowy pracują bez „kroku wstecz”, na str. 4 oraz na stronie 10 pkt 7. Zamawiający wezwał do wyjaśnienia wewnętrznej niezgodności treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy PZP.

Zgodnie z wymaganiami zawartymi w *Rozdziale XII Części III SIWZ - Opisu przedmiotu zamówienia.*, Wykonawca zobowiązany jest złożyć wraz z ofertą następujące dokumenty: „5. Harmonogram dostaw elementów kompletnych urządzeń i dokumentów”. Obowiązek ten potwierdzają także zapisy wzoru umowy (§ 2 ust. 2 zdanie szóste i siódme), gdzie harmonogram winien uwzględniać poszczególne dostawy w podziale na tygodnie.

W załączonym do oferty Harmonogramie dostaw, Wykonawca wskazał termin w miesiącach. Ponadto z przedstawionego harmonogramu nie wynika rodzaj ani ilość sekcji dostarczanych w poszczególnych przedziałach czasowych. Wykonawca w załączonym do oferty Harmonogramie dostaw zawarł również informację: *”termin rozpoczęcia odbioru sekcji nie później niż 02.05.2021r.”*

Biorąc powyższe pod uwagę, Zamawiający wezwał do wyjaśnienia treści oferty w powyższym zakresie na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy PZP – w szczególności poprzez wyszczególnienie w złożonym Harmonogramie w ramach Etapu I: dostawy sekcji liniowych (35 szt. sekcji nowych plus 4 szt. sekcji zmodernizowanych), 4 szt. sekcji skrajnych i wszystkich przewodów magistralnych; w ramach Etapu II: dostawy 4 szt. sekcji skrajnych, 166 szt. sekcji liniowych i wszystkich przewodów magistralnych.

Zgodnie z wymaganiami zawartymi w *Rozdziale XII Części III SIWZ - Opisu przedmiotu zamówienia.*, Wykonawca zobowiązany jest złożyć wraz z ofertą następujące dokumenty: (...) „3. Wykaz części zamiennych wraz z cennikiem w wersji elektronicznej (na bazie programu pozwalającego na szybkie sporządzanie zamówień). Cennik powinien zawierać ceny netto i brutto oferowanych części.

4. Wykaz części szybkozużywających się wraz z cennikiem w wersji elektronicznej (na bazie programu pozwalającego na szybkie sporządzanie zamówień). Cennik powinien zawierać ceny netto i brutto oferowanych części.”

Wykonawca załączył do oferty wykaz części zamiennych wraz z cennikiem, w którym winien podać „Termin dostawy” oraz „Okres gwarancji od dostawy”. W obu kolumnach tabeli, Wykonawca wpisał „zgodnie z SIWZ”. Ponadto Wykonawca załączył do oferty wykaz części szybkozużywających oraz materiałów eksploatacyjnych wraz z cennikiem, w którym w kolumnie „Termin dostawy”, Wykonawca również wpisał „zgodnie z SIWZ”.

Zamawiający przywołał również postanowienia Części II SIWZ Projekt umowy dla Zadania nr 2 paragraf 6 ust. 10, 13 i 19 w zakresie warunków gwarancyjnych i serwisowych.

Zamawiający na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy PZP, wezwał do wyjaśnienia czy Wykonawca przez sformułowanie "zgodnie z SIWZ" rozumie 30-dniowy termin dostawy części zamiennych (w tym części szybkozużywających się) oraz – z zastrzeżeniem postanowień § 6 ust. 13 projektu umowy - 12-miesięczny termin gwarancji jakości na te części. Ponadto w wykazie części zamiennych wraz z cennikiem przedstawionym przez Wykonawcę, na końcu wykazu znajduje się gwiazdka i komentarz: „*wykaz części zamiennych zostanie skorygowany po aktualizacji układu hydraulicznego w czasie prototypu i zaakceptowaniu ostatecznej wersji przez Zamawiającego”. W tym zakresie Zamawiający również poprosił o wyjaśnienia.

Zgodnie z wymaganiami zawartymi w *Rozdziale XII Części III SIWZ - Opisu przedmiotu zamówienia*, Wykonawca zobowiązany jest złożyć wraz ofertą następujące dokumenty: (...) „6. Wykaz spełnienia istotnych dla Zamawiającego wymagań i parametrów technicznych (zał. nr 5 do SIWZ).”

Wykonawca w *Załączniku nr 5 do SIWZ* w kolumnie nr 5 (zgodnie z opisem kolumny nr 5) winien podać dokument i numer strony. Zamawiający odwołał się również do UWAGI zamieszczonej pod tabelą Załącznika nr 5.

Wykonawca konsorcjum WĘGŁOKOKS S załączył do oferty *Wykaz spełnienia istotnych dla Zamawiającego wymagań i parametrów technicznych* zgodny z Załącznikiem nr 5 do SIWZ, potwierdzając w kolumnie nr 4 tabeli spełnianie danego parametru. W pierwszej części tabeli w Załączniku nr 5 do SIWZ, sekcja: *Warunki geologiczno- górnicze i miejsce pracy urządzeń z obu zadań. Urządzenia objęte zadaniami 1 i 2 powinny odpowiadać następującym warunkom technicznym*: Wykonawca nie podał nazwy dokumentu, z którego wynika potwierdzenie spełniania wymagań Zamawiającego, ani nie podał numeru strony.

Ponadto dla pozostałych wierszy tabeli dla Zadania nr 2, Wykonawca potwierdził w kolumnie 4 tabeli spełnianie danego parametru oraz w kolumnie nr 5 podał nazwę

dokumentu bez podania numeru strony. W związku z powyższym Zamawiający wezwał Wykonawcę do wyjaśnienia treści oferty, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy PZP, poprzez podanie brakujących nazw dokumentów oraz numerów stron.

Pomimo braku podania numerów stron dokumentów wskazanych w kolumnie nr 5 Załącznika nr 5 do SIWZ, Zamawiający dokonał analizy oferty złożonej przez Wykonawcę i nie znalazł potwierdzenia wymagań SIWZ, w dokumentach wskazany przez Wykonawcę w kolumnie nr 5 Załącznika nr 5 do SIWZ i jednocześnie załączonych do oferty dla 52 wyszczególnionych punktów. Dlatego też poproszono Konsorcjum o złożenie wyjaśnień.

Następnie Zamawiający przywołał warunek udziału w postępowaniu dla zdolności technicznej i zawodowej dla zadania nr 2 i opisał jakie elementy przedstawiło Konsorcjum WĘGŁOKOKS w ofercie w Wykazie dostaw i usług.

Z uwagi na fakt, iż Zamawiający przewidział aukcję elektroniczną w postępowaniu, w celu zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, Zamawiający w oparciu o art. 26 ust. 2f ustawy PZP wezwał Wykonawcę do złożenia dokumentów, o których mowa w Części I SIWZ – Rozdział VI pkt. 10 ppkt. 1 (wykaz dostaw i usług).

Konsorcjum złożyło następujące wyjaśnienia:

1. W instrukcji sterowania omyłkowo wpisano nazwy obudowy będące przedmiotem modernizacji. Złożono uzupełnioną instrukcję sterowania z prawidłową nazwą obudowy:
HYDROMEL-12/31-POz
HYDROMEL-12/31-POz/BSN
HYDROMEL-12/31-POz/G
HYDROMEL-12/31-POz/G/BSN
HYDROMEL-12/31-POz/H
2. Wyjaśniono, że w instrukcji obudowy, w charakterystyce technicznej w zakresie wysokości omyłkowo wpisano parametr 1,8m – 3,0m. W załączeniu złożono uzupełnioną instrukcję z parametrem 1,7m-3,0m
3. W instrukcji obudowy omyłkowo wpisano informację, że sekcje skrajne pracują bez kroku wstecz. W załączeniu złożono uzupełnioną instrukcję, w której znajduje się zapis, że sekcje skrajne pracują z krokiem wstecz, spójną z załącznikiem nr 5.
4. Złożono uzupełniony harmonogram realizacji dostaw tygodniowych wraz z rodzajem i ilościami sekcji w poszczególnych przedziałach czasowych.
5. Wykonawca wskazał, że przez sformułowanie „zgodnie z SIWZ” rozumie 30 dniowy termin dostaw części oraz 12 miesięczną gwarancję. W załączeniu złożono uzupełnione cenniki części zamiennych i wykreślono omyłkowo wpisaną uwagę.

6. W załączeniu złożono uzupełnione skrócone instrukcje obudowy i sterowania, oświadczenie producenta sterowania oraz załącznik nr 5 uzupełniony o wskazanie dokumentu i nr strony potwierdzający spełnienie wymagań Zamawiającego.

7. Złożono dokumenty WĘGLOKOKS S.A. oraz Przedsiębiorstwa HYDROMEL Sp. z o.o., o których mowa w Części I SIWZ – Rozdział VI pkt 10 ppkt 1 tj. Załącznik nr 2 do SIWZ - Wykaz należycie zrealizowanych zamówień wraz z referencjami.

Z dokumentów dla firmy Węgłokoks wynika przedstawienie referencji od Polskiej Grypy Górniczej dla zadania realizowanego na rzecz KWK Ruda Ruch Halemba, iż Węgłokoks, w ramach konsorcjum z Hydromel i Becker Warkop Sp. z o.o. zrealizowało zamówienie, którego przedmiotem była dostawa 141 kpl nowych sekcji obudowy zmechanizowanej wykonanych wg dokumentacji dostarczonej przez Zamawiającego wraz z kompletną hydrauliką sterowniczą, doposażonych w system monitoringu i wizualizacji ciśnień w stojakach. Podano wartość netto zamówienia i okres realizacji zamówienia. Dostawa została wykonana terminowo i zgodnie z zawartą umową.

Dla Przedsiębiorstwa Hydromel przedstawiono referencje wydane przez JSW ZWP przy KWK Budryk, z których wynika, że Hydromel w ramach konsorcjum w składzie: Becker-Warkop, Hydrotech dostarczyło nowy zmechanizowany kompleks ścianowy wraz z osprzętem na podstawie zawartej umowy, podano również wartość zamówienia netto. Dodano, że dostawa została wykonana należycie, terminowo i bez zastrzeżeń.

W obu przypadkach ilości dostaw wynikają z załączonych Wykazów.

27 stycznia Zamawiający odniósł się do uzupełnionych dokumentów w zakresie warunku udziału:

1) W zakresie dostawy dla PGG wskazał, że z opisu zrealizowanego zamówienia i referencji nie wynika, by przedmiotem dostawy była ścianowa obudowa zmechanizowana o podziałce 1,7m. ponadto z referencji wynika, że zamówienie realizowane było przez konsorcjum wskazanych firm, ale nie wynika z dokumentów jaki był zakres udziału poszczególnych uczestników konsorcjum, czyli ich faktyczny wkład w realizację przedmiotowego zamówienia. Dlatego też w ocenie Zamawiającego Wykaz oraz referencje nie stanowią potwierdzenia spełnienia warunku.

2) W przypadku zadania przedstawionego przez Hydromel Zamawiający zauważył, że złożone referencje wystawione są dla konsorcjum określonych wykonawców i nie wynika z nich, jaki był zakres udziału poszczególnych uczestników konsorcjum, czyli ich faktyczny wkład w realizację przedmiotu zamówienia. Ponadto Zamawiający jest w posiadaniu umowy zawartej przez Becker-Warkop oraz Hydrotech regulującej współpracę podczas realizacji umowy referencyjnej. Z dokumentu tego wynika, że Hydrotech w ramach umowy wykonał

i dostarczył 40 szt obudowy. Z treści dokumentów złożonych przez Hydromel nie wynika jaki zakres zamówienia został wykonany przez pozostałych uczestników konsorcjum, w tym Hydromel.

Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp wezwał do złożenia wyjaśnień w zakresie warunku, w szczególności przez wskazanie:

- jaka konkretnie (o jakiej podziałce) ścianowa obudowa zmechanizowana była przedmiotem dostawy na rzecz PGG przez konsorcjum Węglokoks, Hydromel oraz Becker Warkop oraz jaki był zakres udziału poszczególnych uczestników konsorcjum, czyli ich faktyczny wkład w realizację przedmiotu zamówienia (jaką liczbę sekcji obudowy dostarczył każdy z uczestników konsorcjum);
- jaką liczbę sekcji obudowy dostarczył Hydromel w ramach zamówienia na dostawę na rzecz JSW nowego zmechanizowanego kompleksu ścianowego wraz z osprzętem, biorąc pod uwagę że zamówienie obejmowało łącznie 118 szt. nowych sekcji z podziałką 1,75m, spośród których 40 szt. dostarczył Hydrotech.

Konsorcjum Węglokoks złożył następujące wyjaśnienia:

- na potwierdzenie warunku uczestnik konsorcjum – Hydromel - złożyło referencje otrzymane od JSW KWK Budryk dostawa nowego zmechanizowanego kompleksu ścianowego wraz z osprzętem, w tym 118 szt. nowych sekcji z podziałką 1,75 m (uszczegółowione w załączniku nr 2 do SIWZ), oraz Lider - Węglokoks przedłożył referencje otrzymane od firmy Polska Grupa Górnicza S.A. Oddział KWK Ruda, w których wskazano na przedmiot zrealizowanego uprzednio zamówienia – *dostawa 141 kompletów nowych sekcji obudowy zmechanizowanej* (uszczegółowione w załączniku nr 2 do SIWZ),
- Zamawiający nie zastrzegł w SIWZ, iż realizacja dostaw w ramach konsorcjum i wykazanie zdolności technicznej lub zawodowej przez konsorcjantów obejmuje tylko i wyłącznie faktyczną realizację dostaw przez dany podmiot, czyli przez każdego członka konsorcjum z osobna. Nie taki jest cel tworzenia konsorcjów i takie założenie było by sprzeczne z ideą ich tworzenia;
- odwołano się do definicji konsorcjum ujętej w orzecznictwie Sądu Najwyższego, definicji i zasad odnoszących się do konsorcjum ujętych w ustawie Pzp oraz orzecznictwa KIO i TSUE;
- członek konsorcjum, będąc solidarnie odpowiedzialnym za realizację całego zamówienia, nabywa doświadczenie w jego realizacji nie zaś tylko doświadczenie związane z pewnym zakresem prac, jakie wykonał samodzielnie;
- Referencje składane w przetargu mają potwierdzać należyte wykonanie zamówienia, co jednoznacznie wynika z przedłożonych Zamawiającemu dokumentów. Dokument referencji

służy jedynie potwierdzeniu należytego wykonania zamówienia, a dokonując oceny treści referencji, za wystarczające należy uznać istnienie możliwości przyporządkowania złożonych referencji do jednego spośród zamówień wskazanych w wykazie, oraz zawarcie w jej treści, stwierdzenia, że zamówienie to zostało wykonane należycie. Przedłożone referencje wyczerpują wytyczne ustawowe, bowiem wskazane w nich potwierdzenie wykonania zamówienia dokonane jest przez pryzmat oceny prawidłowości wykonania zamówienia, czyli istota i cel referencji zostały zrealizowane.

- w odniesieniu do zamówień realizowanych przez konsorcja firm, nie ma wymogu, aby w treści referencji wskazywać zakres procentowy udziału poszczególnych członków konsorcjum. Takiego warunku nie postawił również Zamawiający w SIWZ;

- warunkiem uznania możliwości powołania się na doświadczenie całego konsorcjum przez pojedynczego wykonawcę jest jego czynny udział np. w zarządzaniu sprawami konsorcjum. W przypadku realizowania przez Węglokoks, który działał w ramach konsorcjum, role konsorcjantów były ściśle określone, a Węglokoks S.A. jako lider konsorcjum brał czynny udział w ich realizacji. Dokładny podział prac pomiędzy członkami konsorcjum stanowi ich wewnętrzne uzgodnienia i wynika z zawartych umów konsorcjum. Węglokoks S.A. przy realizacji wskazanych zamówień czynnie uczestniczył w ich realizacji m.in. będąc odpowiedzialnym za cały proces składania ofert i uczestniczenia w postępowaniach. Zakres czynności, które wykonywał Węglokoks S.A. był szeroki i obejmował w szczególności podpisywanie i składanie wszelkich dokumentów i oświadczeń w toku postępowań przetargowych, wnoszenie wadium i zabezpieczenia należytego wykonania umowy, reprezentowanie Konsorcjum podczas procedur otwierania ofert, reprezentowanie Konsorcjum w ewentualnych aukcjach elektronicznych, przygotowanie, podpisanie i wnoszenie ewentualnych środków ochrony prawnej, w szczególności odwołań lub przystąpień do postępowań odwoławczych, a także skarg do sądu oraz reprezentowanie Konsorcjum w postępowaniach związanych z rozstrzygnięciem sporów dotyczących przetargów, podejmowanie wszelkich czynności faktycznych i prawnych dla zabezpieczenia praw Lidera i uczestników konsorcjów (m.in. podpisywanie dokumentacji, w tym protokołów). Węglokoks S.A. jako lider konsorcjów reprezentował konsorcja we wszystkich czynnościach podejmowanych przez Konsorcjum oraz uczestnika konsorcjum w związku z realizacją celu, dla którego Konsorcjum zostało powołane. Węglokoks S.A. wydawał przedmioty zamówień zamawiającym, sporządzał faktury VAT za dostarczone zamawiającym przedmioty zamówień, dokonywał rozliczeń z zamawiającymi. Przy realizacji zamówień Węglokoks S.A. nie pełnił roli biernego obserwatora, brał czynny udział w ich realizacji poprzez zarządzanie sprawami konsorcjum jako jego lider.

- Wymieniona z Jastrzębską Spółką Węglową S.A. na dostawę nowego zmechanizowanego kompleksu ścianowego wraz z osprzętem, w tym 118 szt. nowych sekcji z podziałką 1,75m zawarta była w ramach konsorcjum, gdzie każdy z członków konsorcjum ponosił solidarną odpowiedzialność za realizację całego przedsięwzięcia będącego przedmiotem umowy.
- Wewnętrzną sprawą konsorcjum jest podział prac pomiędzy członkami konsorcjum. Wykonawca nie będzie odnosił się w szczególności do kwestii umowy będącej w posiadaniu Zamawiającego zawartej pomiędzy spółkami o firmach: Becker-Warkop Sp. z o.o. oraz Hydrotech S.A., gdyż treść tej umowy stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, zgodnie z definicją zawartą art. 11 pkt 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (*tj. z dnia 8 października 2020 r. Dz.U. z 2020 r. poz. 1913*).
- Wykonawca nie może ujawnić jaki zakres prac wykonywany był przez firmę Becker-Warkop Sp. z o.o. czy firmę Hydrotech S.A., a firma Hydrotech S.A. będącą w postępowaniu nr 4114/EZP/PFR/2020 innym oferentem Zamawiającego, a dla Wykonawcy podmiotem konkurencyjnym, może załączyć różne dokumenty wg swojego uznania, do których Wykonawca nie ma obowiązku się odnosić.
- W świetle wymagań formalno-prawnych Zamawiający nie może żądać od Wykonawcy wewnętrznych umów stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa oraz innych dokumentów niezwiązanych z tym postępowaniem oraz wykraczających poza wymagania związane z tym postępowaniem. Zamawiający nie określił w SIWZ, że Wykonawca biorący udział w postępowaniu ma wykazywać się dodatkowymi dokumentami wykraczającymi poza określone w rozporządzeniu o dokumentach. Wymienione w Rozporządzeniu dokumenty stanowią katalog zamknięty, zatem Zamawiający nie może wymagać od Wykonawców innych dokumentów, jak również nie może wymagać, aby treść tych dokumentów odbiegała od dyspozycji zawartych w Rozporządzeniu. Rozporządzenie jako jeden z dokumentów, wskazuje wykaz robót budowlanych wraz dokumentami potwierdzającymi, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, a w przypadku usług lub dostaw wykaz wykonanych dostaw lub usług (w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych) wraz z dokumentami potwierdzającymi, że usługi lub dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Zdaniem Konsorcjum Węglokoks Wykonawca spełnia warunki postawione przez Zamawiającego w postępowaniu nr 4114/EZP/PFR/2020 w zakresie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia.

3 lutego 2021 roku Zamawiający stwierdził, że złożone dotychczas dokumenty i wyjaśnienia nie potwierdzają spełniania warunku udziału dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, dlatego też działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający

wezwał Konsorcjum do uzupełnienia dokumentów potwierdzających warunki określony w Części I SIWZ Rozdział V pkt 1 ppkt 1) lit a) ii) tiret pierwsze.

Konsorcjum złożyło wyjaśnienia, gdzie podkreślono, że po raz kolejny wskazuje się:

- Wykonawcy, wbrew opinii i treści wezwania Zamawiającego, działający w ramach konsorcjum bez wątpienia spełniają wymagania zawarte w części I SIWZ rozdział V pkt 1 ppkt.1) lit. a) ii) w zakresie zadania nr 2, co potwierdzają referencje otrzymane od firmy Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. KWK Budryk dostawa nowego zmechanizowanego kompleksu ścianowego wraz osprzętem, w tym 118 szt. nowych sekcji z podziałką 1,75 m (uszczegółowione w załączniku nr 2 do SIWZ),
- Wykonawcy działający w ramach umowy konsorcjum zrealizowali należycie zamówienia odpowiadające rodzajem i zakresem przedmiotowi tego postępowania, na dowód tego załączyli do dokumentacji przetargowej referencje odpowiadające wszelkim wymaganiom stawianym przez Zamawiającego w SIWZ, w tym wymaganiom zawartym w SIWZ dotyczącym zadania nr 2;
- Referencje przedłożone przez członków konsorcjum odpowiadają wszelkim wymaganiom stawianym przez Zamawiającego w SIWZ. Przedłożone referencje wyczerpują i spełniają wszystkie przesłanki i zasady określone w ustawie Pzp i w przepisach wykonawczych, bowiem wskazane w nich potwierdzenie wykonania zamówienia dokonane jest przez przyzmat oceny prawidłowości wykonania zamówienia, czyli istota i cel referencji zostały zrealizowane.
- Wykonawca załączył referencje dotyczące dostawy 141 kompletów nowych sekcji obudowy zmechanizowanej wykonanej dla Polskiej Grupy Górniczej S.A. Oddział KWK Ruda Ruch Halemba o podziałce 1,5m celem dodatkowej informacji dla zobrazowania doświadczenia Wykonawcy w produkcji sekcji ścianowych obudów zmechanizowanych. Powyższe referencje nie zostały załączone, aby spełnić wymagania postawione przez Zamawiającego w części I SIWZ rozdział V pkt 1 ppkt.1) lit. a) ii) w zakresie zadania nr 2.
- W celu spełnienia wymagań określonych w części I SIWZ rozdział V pkt 1 ppkt.1) lit. a) ii) w zakresie zadania nr 2, Wykonawca załączył stosowne referencje w zakresie dostawy do JSW S.A. KWK Budryk nowego zmechanizowanego kompleksu ścianowego wraz z osprzętem w tym 118 sztuk nowych sekcji z podziałką 1,75m oraz referencje dotyczące przeprowadzenia modernizacji i remontu 150 sekcji obudowy zmechanizowanej Glinik 16/37 POz dla Polskiej Grupy Górniczej S.A. Oddział KWK ROW Ruch Marcel, co w pełni wyczerpuje wymagania postawione przez Zamawiającego.

- obszerne wyjaśnienia, odpowiedzi i z powołaniem na podstawy prawne, zostały zawarte w piśmie Wykonawcy z dnia 29.01.2021r. a pisma Zamawiającego powielają treść pierwotnych wezwań.

- Wykonawca spełnia warunki postawione przez Zamawiającego w postępowaniu nr 4114/EZP/PFR/2020 w zakresie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia, a w jego opinii dotychczasowe działania Zamawiającego w przedmiocie ogłoszenia przetargu publicznego nacechowane jest zbędnym formalizmem, nie mającego żadnych podstaw ani w ustawie PZP, ani w SIWZ.

W dniu 22 lutego 2021 roku Zamawiający poinformował o wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp wykonawcy Konsorcjum Węglkokoks z powodu niespełnienia warunku udziału w postępowaniu, opisując przebieg postępowania wyjaśniającego, treść złożonej oferty, przedstawionych dokumentów i wyjaśnień przez tego Wykonawcę jak przywołano w treści obu odwołań. Zamawiający przywołał orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 4 maja 2017 roku w sprawie Esaprojekt (sygn. akt C-387/14), z którego wynika, że niedopuszczalne jest by wykonawca biorący udział indywidualnie w postępowaniu polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu, jeżeli faktycznie i konkretnie nie uczestniczył w jego realizacji.

Na marginesie Zamawiający zwrócił uwagę, że oferta konsorcjum Węglkokoks podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako oferta, której treść nie odpowiada treści SIWZ oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp – jako oferta niezgodna z ustawą. Powyższe Zamawiający wiąże z okolicznością, iż dokumenty złożone wraz z ofertą w postaci Skróconej Instrukcji wzbudziły jego wątpliwości i dlatego Wykonawca wezwany został do złożenia wyjaśnień, w ramach których złożono nowe dokumenty. Po zapoznaniu się z ich treścią Zamawiający wskazał na 5 niezgodności opisanych w odwołaniu konsorcjum Węglkokoks.

Poza tym Zamawiający stwierdził, że złożona Skrócona Instrukcja stanowi całkowicie nowy dokument, opracowany w styczniu 2021 roku, czyli po terminie składania ofert, zawierający inną treść i zawartość dostosowaną do wymagań Zamawiającego zawartych w OPZ. W ocenie Zamawiającego takie działanie stanowi modyfikację treści oferty po terminie składania ofert i jest niedopuszczalne (art. 87 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp), mogłoby być odebrane jako prowadzenie negocjacji dotyczących złożonej oferty wbrew dyspozycji art. 84 ust. 1 ustawy Pzp. To zaś jest podstawą do odrzucenia oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Biorąc poczynione ustalenia pod uwagę, skład orzekający Izby doszedł do przekonania, że odwołania podlegały oddaleniu w całości.

KIO 565/21

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp

Rozważania rozpocząć należy, iż od stwierdzenia, że zgodnie z art. 23 ust. 3 ustawy Pzp do konsorcjum stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące wykonawcy. Oznacza to, że zarówno konsorcjum, jak i każdy z jego członków powinni być traktowani jak wykonawca. Warunki udziału w postępowaniu nie zostały zróżnicowane z uwagi na możliwe konstrukcje prawne (podwykonawca, konsorcjum), w których wykonawca może nabyć doświadczenie. Mimo tego nie można tracić z pola widzenia, iż weryfikacja warunków udziału winna nastąpić nie tylko przy uwzględnieniu postanowień specyfikacji, ale przede wszystkim przy uwzględnieniu stopnia rzeczywistej realizacji przez poszczególnych konsorcjantów danego zamówienia w przypadku gdy wykonawcy powołują się na doświadczenie nabyte w ramach konsorcjum. Tylko taka ocena pozwala dokonać wyboru oferty wykonawcy, który gwarantuje należyte wykonanie zadania, posiada bowiem niezbędne ku temu wcześniejsze doświadczenie zawodowe i odpowiedni potencjał do realizacji zadania o określonym rozmiarze i założeniach. Zatem brak jest możliwości bezrefleksyjnego sumowania potencjałów (tak wyrok KIO z 29 listopada 2016 r., sygn. akt KIO 2169/16). Obowiązkiem Zamawiającego jest indywidualna analiza doświadczenia nabytego przez Wykonawcę w ramach konsorcjum, zgodnie ze stanem faktycznym oraz badaniem realnego udziału podmiotu podczas realizacji zadania (tak KIO w wyroku z dnia 21 grudnia 2018 r., sygn. akt KIO 2534/18 w wyroku KIO z 2 listopada 2017 r., sygn. KIO 2007/17 i KIO 2014/17). Aby móc dokonać takiej oceny, Zamawiający nie musiał w SIWZ określać jakichkolwiek szczególnych warunków odnośnie do udziału grupy wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Trafnie zauważyło konsorcjum Famur, iż Zamawiający nie ma obowiązku informować wykonawców jaka jest przyjmowana w orzecznictwie wykładnia przepisów ustawy Pzp. Jeżeli zaś Wykonawca miał wątpliwości, czy w konkretnej konfiguracji doświadczenia własnego i innego podmiotu będzie spełniał ustalony warunek, można było skorzystać z art. 38 ustawy Pzp i zadać Zamawiającemu pytanie przed upływem terminu na składanie ofert.

Analizując możliwości formułowania warunków wobec konsorcjów konieczne jest odniesienie się łącznie do artykułów 22 oraz 23 ustawy Pzp. Rozważając możliwość postawienia specyficznych wymogów w zakresie wykazania spełnienia warunków udziału

w postępowaniu przez konsorcja, każdy warunek i każdy opis sposobu jego spełnienia musi być analizowany przez pryzmat art. 22 ust. 4 i 5 ustawy Pzp, a więc jego związania z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalności do tegoż, a także celu dla jakiego w ogóle został postawiony – weryfikacji zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia. Te czynniki winny zatem być punktem wyjścia dla analizy każdego przypadku.

Takiemu podejściu dał wyraz Trybunał Sprawiedliwości UE w sprawie *Provincia di fermo* (wyrok z dnia 10 października 2013 r. sygn. C-94/12). Trybunał podkreślając ogólną zasadę łączenia potencjałów konsorcjantów, zwrócił jednocześnie uwagę, iż w przypadku specyficznych zamówień można wymagać od konsorcjów wykazania pewnych kwalifikacji zawodowych wyłącznie od jednego z konsorcjantów, jeżeli nie można ich uzyskać przez proste połączenie potencjałów. Wówczas zamawiający może wymagać aby pewien minimalny poziom kwalifikacji (np. w postaci ilości wykonanych zamówień) został wykazany wyłącznie przez jednego konsorcjanta. Warunkiem jest oczywiście proporcjonalność takiego wymogu do celów zamówienia.

W przedmiotowej sprawie Izba nie dopatrzyła się naruszenia zasady proporcjonalności przy opisie przedmiotu zamówienia. Pomijając oczywisty fakt, że na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego kwestionowanie brzmienia warunków udziału w postępowaniu jest spóźnione, to na wstępnym etapie postępowania po jego ogłoszeniu żaden z wykonawców nie zgłaszał uwag, iż poziom warunku nie jest adekwatny do przedmiotu zamówienia. Nie jest natomiast możliwe ustalenie nowych reguł oceny ofert już po ich złożeniu. Takie działania można byłoby z pewnością uznać za złamanie podstawowych zasad prowadzenia postępowania określonych w ustawie Pzp. Z chwilą otwarcia ofert, tak Zamawiający, jak również wykonawcy związani są ostatecznym kształtem SIWZ. Oznacza to, Zamawiający zobowiązany jest stosować reguły oceny ofert, które ustalił, a Wykonawcy zobowiązani są wykazać, że spełniają warunki zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, a treść ich oferty odpowiada treści i wymaganiom SIWZ co do opisu przedmiotu zamówienia. Izba również jest tymi regułami związana i dokonać ma oceny w odniesieniu do obowiązującego kształtu SIWZ. Ustalony w postępowaniu warunek udziału nie budził w ocenie Izby wątpliwości interpretacyjnych. Tak w warstwie językowej, jak i celowościowej jasno prezentował oczekiwania Zamawiającego posiadania doświadczenia w dostawie minimum jednego kompletu ścianowej obudowy zmechanizowanej w ilości min. 100 sekcji o podziałce 1,75m, które pracowały lub pracują w podziemnych kopalniach węgla kamiennego. Nie było konieczne stosowanie innych wykładni. Zamawiający precyzyjnie dał wyraz wymaganiom rzeczywistego udziału danego wykonawcy w realizacji dostawy o określonej wielkości. Nie należy traktować jako naruszenia zasady proporcjonalności uszczegółowienie warunku w przedmiocie

oczekiwać zamawiającego, jeżeli są one usprawiedliwione jego obiektywnymi potrzebami. Braku takiej analogii między opisem przedmiotu zamówienia a warunkiem udziału w postępowaniu Odwołujący Węgłokoks nie wykazał.

Sam Trybunał Sprawiedliwości UE podkreśla, iż warunkiem uznania możliwości powołania się na doświadczenie całego konsorcjum przez pojedynczego wykonawcę jest jego czynny udział w zarządzaniu sprawami konsorcjum (Wyrok z dnia 18 lipca 2007 r. w sprawie Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Grecji, sygn. C-399/05, podobnie wyrok TSUE z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 *Esaprojekt*). Trybunał widzi zatem doświadczenie konsorcjanta w postaci czynnego udziału w sprawami konsorcjum będących określonym przedsięwzięciem. Tego rodzaju podejście jest racjonalne i ma głębokie praktyczne uzasadnienie. Eliminuje bowiem wykonawców próbujących powoływać się na doświadczenie całego konsorcjum w sytuacji, gdy ich rola nie była znacząca dla inwestycji. Wobec takich podmiotów trudno bowiem stwierdzić, iż mają one faktycznie doświadczenie w realizacji przedsięwzięć o określonej skali. A więc, każdy przypadek i każda sprawa, w tym ocena spełniania warunków udziału przez konsorcjum, jako całość oraz jako poszczególni jego członkowie, wymagają indywidualnej analizy. Jak wynika bowiem z orzeczenia *Esaprojekt* „*gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, doświadczenie to należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, a więc jego faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego*”. Nie ma przy tym znaczenia dla nabycia doświadczenia ponoszenie odpowiedzialności solidarnej członków konsorcjum. Ma ona bowiem charakter hipotetyczny i potencjalny. Nie świadczy o realności zdobytego doświadczenia, a to ten element należy oceniać z punktu potwierdzenia wymaganego doświadczenia zawodowego (zdolności technicznej do realizacji danego zamierzenia inwestycyjnego).

Izba podziela stanowisko prezentowane przez Zamawiającego w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i postępowania odwoławczego, iż do oceny doświadczenia zdobytego w ramach konsorcjum należy każdorazowo podchodzić indywidualnie, biorąc pod uwagę przede wszystkim treść warunku udziału w postępowaniu, konkretne działania wykonawców podejmowane podczas realizacji wskazanej na potwierdzenie spełnienia tego warunku inwestycji oraz faktyczną możliwość wyodrębnienia i podziału zadań pomiędzy poszczególnych członków konsorcjum. Istotne jest również w jaki sposób Wykonawca powołujący się na doświadczenie i wiedzę zdobyte w ramach zadania wykonywanego przez grupę wykonawców te okoliczności wykazuje, czy to przez złożenie wymaganych wykazów, referencji, dodatkowe wyjaśnienia, umowy konsorcjum, faktury za wykonanie poszczególnych elementów zamówienia, ustalenia wewnętrzne między

konsorcjantami, inne ustalenia. Wydaje się zatem, że dla rozstrzygnięcia zagadnienia, czy dany wykonawca jako członek konsorcjum, może powoływać się na doświadczenie zdobyte w ramach takiej grupy najistotniejsze znaczenie będzie miał przedstawiony Zamawiającemu materiał dowodowy potwierdzający rzeczywisty zakres czynności wykonywanych przez dany podmiot i istotność tych czynności dla całego przedmiotu danego zamówienia. Jeżeli Wykonawcy uważali, że warunek narusza reguły konkurencyjności, to zgodnie z zasadami ustawy Pzp mogli kwestionować prawidłowość czynności Zamawiającego na etapie ogłoszenia postępowania. Na obecnym etapie postępowania zarzuty wobec treści SIWZ należy bezsprzecznie uznać za spóźnione.

W prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający dokonał szczegółowej analizy realnego udziału Odwołującego przy realizacji zamówienia, w którym nabył sporne doświadczenie. Wynik tej analizy, który przybrał postać decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania Izba uważa za prawidłowy. Odwołujący obowiązkom dowodowym nie sprostał, choć kilkakrotnie miał możliwość złożenia wyjaśnień lub przedstawienia dodatkowych dokumentów.

Odwołujący Węgłokoks nie udowodnił, że jego rola i udział w konsorcjum z Becker Warkop i Hydrotech wykraczała poza obowiązki związane z dostawą 40 sztuk sekcji. Odwołujący Węgłokoks nie przedstawił Zamawiającemu umowy regulującej współpracę podmiotów, z której wynikałyby obowiązki wykonywane przez każdego z członków konsorcjum. Zasłanianie się poufnym charakterem tej umowy jest nie na miejscu, ponieważ regulacje ustawy Pzp zabezpieczają w tej materii interesy wykonawcy, umożliwiając składanie materiałów stanowiących tajemnicę danego przedsiębiorstwa. Taka możliwość istnieje w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak też w postępowaniu odwoławczym. Z drugiej strony konsorcjum Famur przedstawiło wyciąg z przywołanej umowy, z którego niezbieżnie wynikało, że to Becker Warkop pełnił na zadaniu referencyjnym rolę lidera konsorcjum, partnerzy konsorcjum mieli zaś mniej więcej w równej ilości dostarczyć określoną ilość sekcji. Ani Izbie, ani Zamawiającemu nie przedstawiono dowodów, na okoliczność, że rola partnera Hydromel wiązała się z większym zakresem obowiązków niż dostawa 40 sztuk sekcji. Złożone protokoły odbioru wskazują na uczestnictwo w odbiorach technicznych jednego z przedstawicieli Hydromel, podczas gdy pozostałych partnerów reprezentowały liczniejsze delegacje. Złożone przez Odwołującego Węgłokoks protokoły ustaleń w związku z pożarem w kopalni dotyczą konieczności poczynienia ustaleń między konsorcjantami w związku z zaistniałym zdarzeniem i odpowiedzialności gwarancyjną poszczególnych konsorcjantów. Nie dowodzą one, że rola podmiotu Hydromel była istotniejsza na zadaniu referencyjnym. Ze złożonych Izbie

zestawień tabelarycznych, jak określił to Odwołujący Węglokoks – przepływów finansowych między Becker Warkop a Hydromel, nie wynikają wcale jakiegokolwiek przepływy. Słusznie podkreśliło na rozprawie konsorcjum Famur, że to zestawienie obrazuje prace wykonane przez wykonawcę Becker i poniesione przez tego wykonawcę koszty. Nie jest to z pewnością dokument obrazujący wysokość wynagrodzenia należnego Hydromel. Nie pokazuje on końcowego efektu finansowo-rzeczowego rozliczeń pomiędzy konsorcjantami. Ze złożonej korespondencji między członkami konsorcjum wynika, że dotyczy ona ilości sekcji w ramach dostaw określonych w umowie, nie wynika z tych dokumentów, że zakres obowiązków Hydromel związanych z realizacją całego zamówienia wykraczał poza elementy dostawy, że wykonawca realizował jakieś inne dodatkowe obowiązki. Wszystkie inne złożone materiały (w tym dowody oznaczone 9b) dotyczą ilości podstawowej dostawy, czyli 40 sztuk.

Reasumując, Odwołujący Węglokoks nie udowodnił i nie wykazał, że nabył doświadczenie w zakresie wyprodukowania i dostawy większej ilości sekcji niż 40 sztuk o danej podziałce. Nie jest natomiast zadaniem Zamawiającego ogólna ocena renomy przedsiębiorstwa konkretnego Wykonawcy, ogólnego poziomu znajomości przez dany podmiot przedmiotu zamówienia ale ocena poziomu wymaganego doświadczenia w odniesieniu do wymogów opisanych w SIWZ z momentem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i przedstawionych zadań referencyjnych, co do wyboru których każdy podmiot przed złożeniem oferty ma swobodny wybór. Rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia daje bowiem Wykonawca mający doświadczenie i wiedzę zbieżne/tożsame z przedmiotem zamówienia.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, Izba pragnie podkreślić, iż Zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w stosunku do konsorcjum Węglokoks nie dokonał czynności odrzucenia oferty. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie kilkakrotnie to przyznał i zaznaczył, że wywody odnoszące się do warstwy „technicznej” oferty czyni niejako na marginesie. Konsorcjum Węglokoks zostało wykluczone z postępowania, ponieważ zdaniem Zamawiającego nie wykazało spełnienia warunku udziału w postępowaniu co do zdolności technicznej lub zawodowej. Względem tej oferty była to jedyna czynność wykonana przez Zamawiającego.

Jeżeli dana czynność nie miała miejsca, to stawiane wobec niej zarzuty przez Odwołującego Węglokoks i Odwołującego Famur nie mogą być podstawą rozpoznania przez Izbę. Odwołanie przysługuje bowiem od niezgodnej z przepisami czynności zamawiającego, podjętej w postępowaniu, a czynność odrzucenia oferty w przedmiotowym postępowaniu nie

miała miejsca. Odwołanie może być składane przez wykonawcę jedynie wobec czynności lub zaniechania zamawiającego, a nie wobec przypuszczeń wykonawcy co do czynności zamawiającego lub jego zaniechań w przyszłości.

Co prawda, zgodnie z art. 513 ustawy Pzp, oprócz czynności zamawiającego, zaskarżeniu podlegają również zaniechania czynności i do elementów zaniechania odnosi się odwołanie Famur. Dostrzeżenia jednak wymaga, iż podstawą zaskarżenia zaniechania czynności jest okoliczność, że do wykonania określonej czynności zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy. Przedmiotowe postępowanie Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego z wykorzystaniem etapu aukcji elektronicznej, jednakże nie przewidziano zastosowania procedury odwróconej. Oznacza to, że Zamawiający uprawniony był do zbadania w pierwszej kolejności czy wykonawcy potwierdzili spełnianie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia. W przypadku stwierdzenia jednej z przywołanych okoliczności obowiązkiem Zamawiającego było wykluczyć takiego wykonawcę, nie było natomiast jego obowiązkiem badać stronę przedmiotową oferty wykonawcy. Innymi słowy, Zamawiający nie mógł zaniechać czynności, do wykonania której nie zobowiązywała go ustawa. Warto także dodać, że zgodnie z art. 24 ust. 12 ustawy Pzp Zamawiający na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego może zweryfikować Wykonawcę, czy spełnia on warunki podmiotowe udziału w postępowaniu i podjąć decyzję o wykluczeniu danego Wykonawcy.

Z uwagi na powyższe, w niniejszym postępowaniu odwoławczym Izba nie miała podstaw dokonywać oceny, czy oferta Węgłokoks podlega odrzuceniu z postępowania z powodu niezgodności jej treści z wymaganiami SIWZ, czy też brak jest podstaw do takiego odrzucenia. Izba nie przesądziła więc, czy twierdzenia którejkolwiek ze stron sporu postępowania odwoławczego znajdują poparcie w zgromadzonym materiale dowodowym i zostały wykazane. Nie dokonywano również merytorycznej oceny dokumentów włączonych w poczet materiału dowodowego odnoszących się do tej części zarzutów odwołań. Obecnie, na dzień wyrokowania, nie zaistniała czynność w postaci odrzucenia oferty Odwołującego Węgłokoks z postępowania, badanie spełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu zostało zakończone, a jego wynik w postaci Informacji o wykluczeniu został zakomunikowany Wykonawcom. Jeśli czynność odrzucenia zostanie dokonana w wyniku dalszych czynności możliwych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub w wyniku wzruszenia wyroku Izby, wykonawcy będą mieli prawo skorzystania ze środków ochrony prawnej w ramach kolejnego postępowania odwoławczego. Wszelkie zarzuty dotyczące oceny zagadnień technicznych proponowanego przez konsorcjum Węgłokoks rozwiązania, w tym przede wszystkim zarzuty odwołania konsorcjum Famur należało uznać za przedwczesne.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 4 ustawy Pzp

Nie mogły zostać uwzględnione zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. Odwołujący Famur nie wskazał w jakim zakresie przedstawione przez Przystępującego konsorcjum Węglokoks dokumenty przedstawione w wykazie dostaw i referencjach nie odpowiadają stanowi rzeczywistemu i wprowadzają lub mogły wprowadzić Zamawiającego w błąd, choćby przy przyjęciu działania lekkomyślnego po stronie wykonawcy Węglokoks.

Jak już wspomniano w uzasadnieniu niniejszego orzeczenia Przystępujący Węglokoks nie ukrywał, w jaki sposób wykonywane były prace przedstawione w Wykazie. Węglokoks składając wyjaśnienia doprecyzowało, że referencje od PGG złożyło w ramach dodatkowych informacji dla Zamawiającego, nie dotyczyły potwierdzenia spełnienia warunków i choć ujęte zostały w Wykazie dostaw, to miały charakter nadmiarowy. Sam Zamawiający w wezwaniu do złożenia wyjaśnień wskazał, że z opisu dostaw i referencji nie wynika, by przedmiotem dostawy była ścianowa obudowa zmechanizowana o podziałce 1,7m.

W przypadku referencji i dostawy zrealizowanej na rzecz JSW KWK Budryk konsorcjum Węglokoks pozostawało w przekonaniu, że dostawa spełnia ustalony warunek udziału w postępowaniu. Nie odpowiadają prawdzie twierdzenia Odwołującego Famur, że konsorcjum Węglokoks przypisało sobie w całości realizację 118 sztuk nowych sekcji z podziałką 1,75 m dla JSW. W ocenie Izby Wykonawca ten uważał, że firma Hydromel jako partner w konsorcjum może posiłkować się doświadczeniem rozumianym jako realizacja całej dostawy. Nie twierdził nigdy, że realizował całą dostawę ale wykonywał takie czynności, które uprawniają go do powoływania się na doświadczenie rozumiane jako realizacja całości dostawy. Referencje wprost przecież wskazują na działanie kilku podmiotów w konsorcjum, a nie na samodzielne działanie firmy Hydromel. Całokształt składanych przez konsorcjum Węglokoks wyjaśnień prowadzi do wniosku, że próbowało ono przekonać Zamawiającego do przyjęcia interpretacji zapisów warunku w rozumieniu konsorcjum. To nie oznacza, że wykonawca wprowadził, bądź też próbował wprowadzić Zamawiającego w błąd.

Zamawiający w ramach przysługujących mu kompetencji do zbadania czy określony Wykonawca warunki udziału spełnia, dokonał analizy na podstawie złożonych przez Przystępującego Węglokoks i dostępnych z innych źródeł dokumentów, stwierdzając, że przedstawione prace w Wykazie dostawy nie można uznać za odpowiadające zakresowi

rzeczowemu warunkowi. W żadnym momencie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czy też postępowania sprawdzającego nie doszło do przedstawienia Zamawiającemu informacji niezgodnych z rzeczywistym stanem rzeczy, które mogłyby wywołać u niego mylne przekonanie. Zamawiający samodzielnie przeprowadził analizę dostępnej dokumentacji zadań referencyjnych, uzyskał w toku prowadzenia postępowania wyjaśniającego dodatkowe informacje od Wykonawcy i na tej podstawie podjął ostatecznie decyzję o wykluczeniu konsorcjum Węglkokoks z postępowania. Do przyjęcia za właściwe wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp konieczne jest wprowadzenie zamawiającego w błąd. Tymczasem w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nigdy w takim mylnym przekonaniu co do rzeczywistości nie pozostawał.

Słusznie zauważono w odpowiedzi na odwołanie, że czym innym jest podanie informacji sprzecznych z rzeczywistym stanem, a czym innym jest dokonywanie oceny spełniania warunków na podstawie informacji przedstawionych przez danego Wykonawcę w JEDZ i innych dokumentach. Wykonawca może być wewnętrznie przekonany, że doświadczenie, które prezentuje Zamawiającemu spełnia warunki określone w SIWZ. Takie przekonanie nie powoduje, że prezentowane elementy stanu faktycznego (wykazy, referencje) przedstawiają obraz niezgodny z rzeczywistością. Negatywna ocena przez Zamawiającego spełnienia warunku nie oznacza w każdym przypadku, że dany wykonawca przedstawił stan niezgodny z rzeczywistością. Kwestia odmiennej oceny wynikać bowiem może z przyjęcia innej interpretacji postanowień SIWZ przez każdą ze stron, ale przedstawione informacje obiektywnie odzwierciedlają rzeczywisty stan rzeczy.

Pozostałe zarzuty

W zakresie zarzutów naruszenia art. 87, 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Izba podtrzymuje twierdzenia orzeczenia wyrażone w sprawie KIO 565/21 o przedwczesności zarzutów odwołania Famur dotyczących merytorycznej części treści oferty konsorcjum Węglkokoks o przedwczesności sformułowanych zarzutów, jednocześnie podkreślając, że Zamawiający uprawniony jest korzystać z art. 87 ustawy Pzp celem wyjaśnienia wszelkich wątpliwości co do treści oferty danego wykonawcy, zanim podejmie ostateczną decyzję o dalszym bycie danego wykonawcy w postępowaniu. Nie jest również działaniem nieprawidłowym badanie merytorycznej warstwy oferty i spełniania warunków udziału w postępowaniu, przed wysłaniem do wykonawców zaproszeń do udziału w aukcji elektronicznej. Wynik takiego sprawdzenia / badania może doprowadzić do decyzji o wykluczeniu wykonawcy bez odnoszenia się do treści oferty i decyzji, czy oferta podlega odrzuceniu. W sytuacji, kiedy w postępowaniu oferty złożyło tylko dwóch wykonawców jest w takim momencie wiadome, że

nie dojdzie do aukcji elektronicznej, bowiem nie są spełnione przesłanki określone w art. 91a ustawy Pzp, nie złożono co najmniej dwóch oferty niepodlegających odrzuceniu.

Izba uważa, iż dostrzeżenia wymaga również, że na obecnym etapie Odwołujący Famur nie wykazał, że może ponieść szkodę w związku z ewentualnym zaniechaniem czynności przez Zamawiającego. Nawet przywrócenie Odwołującego Węglokoks do postępowania, nie pozbawi Odwołującego Famur możliwości zwalczania oferty Węglokoks na etapie badania jej zgodności z treścią SIWZ. Wobec nowych decyzji Zamawiającego, które może on podjąć w postępowaniu lub do pojęcia których będzie zobowiązany, nadal Odwołującemu Famur będą przysługiwały środki ochrony prawnej. Będą to bowiem nowe okoliczności, dotychczas nie badane i oceniane w toku postępowania odwoławczego.

Dodatkowo Izba zauważa, że niezrozumiałe jest zarzucanie przez Odwołującego Famur, że Zamawiający naruszył przepisy art. 7 ust. 3 ustawy Pzp. Przepis ten zobowiązuje do udzielenia zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Nie wiadomo, na czym miałyby polegać naruszenie tego przepisu w sytuacji, gdy zamówienie nie zostało udzielone. Co więcej, na dzień orzekania nie została nawet wybrana oferta najkorzystniejsza.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy nPzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli poszczególnych wykonawców Odwołujących.

Na podstawie art. 556 w związku z art. 544 ust. 2 ustawy Pzp2019 w sprawie wydano łączne orzeczenie.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....