

**WYROK**  
**z dnia 10 września 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **8 września 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 26 sierpnia 2010 r. przez **BEVEX-BANSKÝ VÝSKUM, spol. s r.o., 971 13 Prievidza (Słowacja), Košowska cesta 20** od czynności podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez zamawiającego: **Jastrzębska Spółka Węglowa Spółka Akcyjna, 44-330 Jastrzębie Zdrój, Al. Armii Krajowej 56**

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża BEVEX-BANSKÝ VÝSKUM, spol. s r.o., 971 13 Prievidza (Słowacja), Košowska cesta 20 i nakazuje:**
  - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) kwoty wpisu uiszczonego przez BEVEX-BANSKÝ VÝSKUM, spol. s r.o., 971 13 Prievidza (Słowacja), Košowska cesta 20,**
  - 2) dokonać wpłaty kwoty 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez BEVEX-BANSKÝ VÝSKUM, spol. s r.o., 971 13 Prievidza (Słowacja), Košowska cesta na rzecz Jastrzębskiej Spółki Węglowej Spółka Akcyjna, 44-330 Jastrzębie Zdrój, Al. Armii Krajowej 56, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.**

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

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego na dostawę pn. „Zakup 4 sztuk lokomotyw podwieszanych o napędzie spalinowym dla JSW S.A. KWK *Budryk*”.

17 sierpnia 2010 r. (pismem z tej daty) Zamawiający poinformował za pośrednictwem faksu Odwołującego – BEVEX-BANSKÝ VÝSKUM, spol. s r.o. z siedzibą w Prievidza (Słowacja) – o wynikach postępowania: 1) wyborze jako najkorzystniejszej oferty FERRIT POLAND sp. z o.o. z siedzibą w Pszczynie i sklasyfikowaniu na drugim miejscu oferty Śląskiego Przedsiębiorstwa Inwestycyjnego „ATUT” sp. z o.o. z siedzibą w Cieszynie, 2) odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.

26 sierpnia 2010 r. (pismem z 25 sierpnia 2010 r.) Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w tym samym dniu przekazując jego kopię Zamawiającemu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu:

1. Nieuzasadnione uznanie, iż treść oferty złożonej przez Odwołującego jest sprzeczna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej w skrócie „s.i.w.z.”) w niniejszym postępowaniu, co stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp.
2. Wybór oferty złożonej przez Ferrit Poland sp. z o.o. w Pszczynie jako najkorzystniejszej, mimo iż:
  - 1) oferta ta nie została podpisana przez osobę lub osoby uprawnione do reprezentowania Wykonawcy, w związku z czym jest nieważna, co stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp,
  - 2) Wykonawca nie wykazał spełnienia przez siebie warunku udziału w postępowaniu polegającego na posiadaniu niezbędnej wiedzy i doświadczenia, co stanowi naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp.
3. Niedokonanie wykluczenia Wykonawcy Śląskie Przedsiębiorstwo Inwestycyjne „ATUT” sp. z o.o. w Cieszynie z udziału w postępowaniu, mimo iż:

- 1) Wykonawca nie wykazał spełnienia przez siebie warunku udziału w postępowaniu polegającego na posiadaniu niezbędnej wiedzy i doświadczenia, co stanowi naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp,
- 2) Wykonawca złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania, co stanowi naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.
2. Odrzucenia nieważnej oferty Wykonawcy Ferrit Poland sp. z .o.o. w Pszczynie.
3. Wykluczenia Wykonawcy Śląskie Przedsiębiorstwo Inwestycyjne „ATUT” sp. z o.o. w Cieszynie.

Uzasadniając podniesione zarzuty, Odwołujący podniósł, iż Wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, wskazał na drugiej stronie swej oferty, iż jest ona podpisana przez Mirosława H. – Prezesa Zarządu. Tymczasem podpis złożony na ofercie, a także na wszystkich dokumentach dołączonych do oferty jest nieczytelny, a wraz z nim umieszczono jedynie pieczęć firmową Wykonawcy. Brak pieczęci imiennej obok podpisu osoby składającej ofertę stanowi jednoznaczne naruszenie zapisu punktu XIV.4 SIWZ. Brak ten nie jest jedynie uchybieniem natury formalnej, lecz skutkować musi uznaniem złożonej oferty za nieważną i w konsekwencji jej odrzuceniem na zasadzie art. 89 ust. 1 pkt 8 pzp. Podpis na ofercie nie został złożony przez osobę wskazaną jako podpisująca ofertę, to jest przez Mirosława H., jest on bowiem na pierwszy rzut oka zupełnie odmienny od podpisu, jaki Mirosław H. złożył na dokumencie na stronie 42 oferty, gdzie pod jego podpisem wyraźnie oznaczono jego imię i nazwisko. Skoro oferta Wykonawcy nie została podpisana przez osobę, która została wskazana w jej wstępie jako osoba uprawniona do reprezentacji Wykonawcy, to należy uznać, że osobie faktycznie ją podpisującej nie służyło uprawnienie do reprezentowania Wykonawcy – nie została ona wskazana z imienia i nazwiska, nie sposób więc ustalić, czy wchodzi ona w skład zarządu Wykonawcy.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, dla zachowania wymaganej mocą art. 82 ust. 2 pzp formy pisemnej oferty niezbędne jest złożenie własnoręcznego podpisu przez osobę lub osoby uprawnione do reprezentacji wykonawcy. Natomiast brak prawidłowego, własnoręcznego podpisania oferty nie może być konwalidowany w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, skutkuje brakiem zachowania pisemnej formy oferty i powoduje konieczność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 8 p.z.p. (por. wyrok KIO z dnia 15 maja 2009 r. sygn. akt: KIO/UZP 575/09, KIO/UZP 595/09).

Zamawiający w punkcie XI.A.2 s.i.w.z. ustalił, że w celu wykazania spełnienia podmiotowego warunku udziału w postępowaniu polegającego na posiadaniu niezbędnej wiedzy i doświadczenia wykonawcy winni legitymować się wykonaną (zrealizowaną) dostawą lub dostawami co najmniej 4 sztuk lokomotyw podwieszanych o napędzie spalinowym dla kopalń węgla kamiennego w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert. Zapis ten bez wątpliwa należy interpretować w ten sposób, iż przy ocenie spełnienia postawionego przez Zamawiającego warunku winny być brane pod uwagę jedynie dostawy obejmujące jednorazowo co najmniej 4 sztuki lokomotyw podwieszanych o napędzie spalinowym dla kopalń węgla kamiennego. Tylko taka interpretacja koresponduje

bowiem z zakresem zamówienia w niniejszym postępowaniu, które także obejmuje 4 lokomotywy. Doświadczenie niezbędne do wykonania zamówienia o takim zakresie musi obejmować prawidłowe wykonanie równoczesnego zamówienia większej liczby lokomotyw.

Tymczasem Wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, wykazał wykonanie dwóch dostaw po dwie sztuki lokomotyw, oraz jednej dostawy pojedynczej lokomotywy. Ponadto, w wykazie wykonanych dostaw wskazał on także umowę dzierżawy lokomotyw, która nie może służyć wykazaniu spełnienia warunku udziału w niniejszym postępowaniu, podobnie jak umowa dostawy wykonana w okresie wcześniejszym niż trzy lata przed dniem wszczęcia niniejszego postępowania. W tej sytuacji, gdyby nawet przyjąć, że oferta Wykonawcy Ferrit Poland sp. z o.o. jest ważna, Zamawiający winien był, po wyczerpaniu trybu przewidzianego w art. 26 ust. 3 pzp, dokonać wykluczenia Wykonawcy z udziału w postępowaniu z uwagi na niewykazanie przez niego spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a więc na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp.

Analogiczny zarzut, dotyczący niewykazania spełnienia podmiotowego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia należy postawić także wykonawcy Śląskie Przedsiębiorstwo Inwestycyjne „ATUT” sp. z o.o. w Cieszynie. Żadna z dostaw wskazanych w wykazie zamieszczonym na stronie 21 oferty tego wykonawcy nie obejmowała co najmniej 4 lokomotyw, co samo przez się uniemożliwia uznanie którejkolwiek z nich za potwierdzającą spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Nadto jednak, należy odnotować, że wskazane pod nr 1 w wykazie referencje wystawione przez PKW S.A. - ZG „Janina” w Libiążu wyraźnie wskazują że przedmiotem umowy był najem zestawu transportowego z opcją jego odkupienia po zakończeniu okresu najmu. Treść referencji nie pozwala stwierdzić, jakoby opcja ta została wykorzystana przez zamawiającego, a więc w istocie ta pozycja wykazu nie powinna być brana pod uwagę w toku oceny przez Zamawiającego spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Nie powinny być także brane pod uwagę referencje pochodzące od tego samego zamawiającego wymienione w nr 3 wykazu – dotyczą one także umów najmu, a w zakresie dotyczącym dostaw odnoszą się do dostaw zestawów używanych, podczas gdy przedmiotem niniejszego postępowania są lokomotywy fabrycznie nowe i dostawy takich właśnie maszyn należało wykazać na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Wykonawca Śląskie Przedsiębiorstwo Inwestycyjne „ATUT” sp. z o.o. w Cieszynie winien zostać wykluczony z udziału w niniejszym postępowaniu również na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 p.z.p., z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Złożona na stronie 32 oferty Wykonawcy decyzja dopuszczeniowa Wyższego Urzędu Górniczego z 20 marca 2009 r. dotyczy lokomotywy typu BIZON 120-X. Jak wynika z instrukcji obsługi tej maszyny, którą Wykonawca dołączył do swej oferty składanej w innym postępowaniu, przy czterech jednostkach napędowych lokomotywa ta posiada długość całkowitą 10800 mm. Tymczasem Wykonawca w Załączniku nr 11 do złożonej w niniejszym postępowaniu oferty podał (w pkt 12), iż długość zespołu napędowego wynosi 9000 mm. To oświadczenie, w świetle informacji zawartych w instrukcji obsługi, jest zwyczajnie nieprawdziwe i powoduje konieczność zastosowania względem Wykonawcy postanowień art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp.

Zamawiający, w sposób nieuzasadniony i sprzeczny z ustawą zdecydował się także na odrzucenie oferty złożonej w niniejszym postępowaniu przez Odwołującego. Tymczasem nie jest zasadne ograniczenie długości lokomotywy spalinowej podwieszanej do 9000 mm, gdyż aktualnie użytkowane przez JSW S.A. KWK „Budryk” ciągniki spalinowe w ilości ok. 30 sztuk (m.in. także typu obecnie zaoferowanego przez Odwołującego) posiadają długości nawet znacznie przekraczające podany parametr. Tak więc, nie jest zasadnym takie konfigurowanie tras kolejek podwieszanych w JSW S.A. KWK „Budryk”, aby mogły być po nich eksploatowane wyłącznie 4 sztuki nowo kupowanych lokomotyw podwieszanych.

Górnicza spalinowa lokomotywa podwieszona typu BEVEX 80 o całkowitej długości (wraz z kabinami) wynoszącej 10260 mm spełnia wszystkie warunki techniczne do tego, aby mogła być ona bez przeszkód eksploatowana na wszystkich aktualnie dostępnych na rynku trasach kolejek podwieszanych o profilu I 155 – wykonanych we wszelkich możliwych konfiguracjach, określonych w „Dokumentacjach technicznych i instrukcjach obsługi” przez producentów tych tras – dopuszczonych do stosowania w podziemnych zakładach górniczych. Długość zespołu napędowego wraz z kabinami górniczej spalinowej lokomotywy podwieszanej przy jej przekroczeniu o 1260 mm w stosunku do długości maksymalnej 9000mm podanej jako pożądanej przez Użytkownika, pozostaje bez jakiegokolwiek niekorzystnego wpływu na eksploatację takiej lokomotywy na wyżej określonych trasach kolejek podwieszanych. Parametrami wyznaczającymi zdolności ruchowe lokomotywy podwieszanej na trasach kolejek podwieszanych jest zdolność pokonywania łuków w poziomie i pionie, które w przypadku przedmiotowej lokomotywy typu BEVEX 80 nie przekraczają odpowiednio 4 i 8 m, co stanowi obecnie standard w tego typu górnicznych urządzeniach transportowych.

Skoro Zamawiający dopuścił pismem z 30 czerwca 2010 r. zmianę s.i.w.z. polegającą na tym, aby „aparatura elektryczna wraz z chłodnicą oleju (tzw. blok elektrohydrauliczny) mogła być zainstalowana poza częścią silnikową” zrozumiałe jest, że takie umieszczenie bloku elektrohydraulicznego powoduje wydłużenie „części silnikowej wraz z blokiem elektrohydraulicznym” czego nie uwzględniono już w postaci zmiany lub usunięcia także tego parametru s.i.w.z. Jest to niezrozumiałe, gdyż blok elektrohydrauliczny umieszczony poza częścią silnikową lokomotywy jest elementem całkowicie niezależnym od niej, zawieszonym na osobnej jednostce napędowej i podawanie wtedy parametru „długości części silnikowej z blokiem elektrohydraulicznym” jest bezcelowe. Ponadto zewnętrzny względem części silnikowej blok elektrohydrauliczny, poza zaletami opisanymi w zapytaniu firmy BEVEX dotyczącym s.i.w.z. z 21 czerwca 2010 r., jako element niezależny od pozostałych części składowych lokomotywy nie ma żadnego wpływu na jej parametry eksploatacyjno-ruchowe.

Z kolei podanie wartości ciśnienia 32 MPa jest wynikiem oczywistej pomyłki przy wypełnianiu tabeli III załącznika nr 1 do s.i.w.z. pt. „Wymagane parametry techniczne oraz wyposażenie”, gdyż rzeczywista wartość ciśnienia w tym układzie zasilającym zestaw transportowy („układ zasilania wciągników hydraulicznych” wg DTR nr 12A 2117/2006) wynosi właśnie 16 MPa

Zamawiający przed rozprawą nie wniósł pisemnie ani ustnie do protokołu odpowiedzi na odwołanie.

27 sierpnia 2010 r. Zamawiający przesłał do pozostałych wykonawców, którzy złożyli oferty, kopię odwołania wraz z wezwaniem do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego. Do otwarcia posiedzenia żaden z wezwanych wykonawców nie skorzystał z prawa zgłoszenia takiego przystąpienia.

Odwołanie nie zawiera braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, a zatem odwołanie podlegało rozpatrzeniu.

Po ustaleniu z urzędu, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko, a Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

**Izba ustaliła, co następuje:**

Ogłoszenie o zamówieniu (sektorowym) zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 15 czerwca 2010 r. pod nr 2010/S 114-173308, natomiast 11 czerwca 2010 r. Zamawiający przesłał ogłoszenie do Urzędu Publikacji Unii Europejskiej, w tym samym dniu zamieszczając ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie oraz na swojej stronie internetowej ([www.jsw.pl/przetargi](http://www.jsw.pl/przetargi)), na której udostępnił również s.i.w.z.

Wartość zamówienia sektorowego przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie przepisu art. 11 ust. 8 ustawy pzp i wynosi 3.367.200,00 zł, co stanowi równowartość 877.103,41 euro.

Zgodnie z postanowieniami rozdziału XVII s.i.w.z. cena stanowi jedyne kryterium oceny ofert. W postępowaniu złożono trzy oferty, Odwołujący złożył drugą ofertę pod względem ceny, jako jedyny wskazując, iż jest to cena netto. W razie doliczenia kwoty podatku VAT według stawki 22% wskazanej w obu pozostałych ofertach, oferta Odwołującego jest w porównaniu najdroższa.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia znajdują się poniżej przytoczone lub omówione postanowienia istotne dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy.

W rozdziale III *Opis przedmiotu zamówienia*: „Przedmiotem zamówienia jest: Zakup 4 sztuk lokomotyw podwieszanych o napędzie spalinowym dla JSW S.A. KWK *Budryk*. Szczegółowy opis i zakres przedmiotu zamówienia określa Specyfikacja techniczna stanowiąca Załącznik nr 1 do niniejszej specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej SIWZ. Przedmiot zamówienia winien spełniać wszystkie wymagania ujęte w Specyfikacji technicznej. Parametry i warunki techniczne oferowanego przedmiotu zamówienia Wykonawca winien określić poprzez wypełnienie Załącznika nr 3 do SIWZ. Niniejszy załącznik wykonawca dołączy do oferty”.

W stanowiącej załącznik nr 1 do s.i.w.z. specyfikacji technicznej.

W pkt. III *Wymagane parametry techniczne oraz wyposażenie*, określono między innymi następujące parametry:

- w pkt. 12 „Długość zespołu napędowego z kabinami operatora” – „max 9000 mm”;
- w pkt. 12a „Długość części silnikowej z blokiem elektrohydraulicznym” – „ max 3000 mm”;

- w pkt. 18 „Układ hydrauliczny zasilający zestaw transportowy winien być o następujących parametrach” , lit. a „ciśnienie zasilania” – „16 MPa”, lit. b „wydajność układu” – „min 15 l/min”.

W pkt. V *Dokumenty wymagane wraz z ofertą*, wskazano dwa typy dokumentów:

- w pkt. 1 – „Szkic poglądowy kolejki podwieszanej z napędem spalinowym wraz z zestawem transportowym, w rzucie z boku wraz z podstawowymi wymiarami”;
- w pkt. 2 – „Dopuszczenie Prezesa WUG”.

W pierwotnym brzmieniu pkt. 24 pkt. III załącznika nr 1 do s.i.w.z. określono, iż „Wymaga się aby aparatura elektryczna wraz z chłodnicą oleju zainstalowana była w części silnikowej”, w wyniku modyfikacji s.i.w.z. z 30 czerwca 2010 r. zmieniono brzmienie tego postanowienia na następujące: „Dopuszcza się zainstalowanie aparatury elektrycznej wraz z chłodnicą oleju w części silnikowej lub poza nią”, jednocześnie wskazując, iż „w pozostałym zakresie Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę zapisów Specyfikacji technicznej stanowiącej Załącznik nr 1 do SIWZ”.

Zgodnie z postanowieniem pkt. 14 rozdziału XIV s.i.w.z. wykonawcy zobowiązani byli do dołączenia do oferty wypełnionego i podpisanego druku pn. *Charakterystyka techniczna istotnych elementów oferowanego przedmiotu zamówienia*, według wzoru stanowiącego załącznik nr 3 do s.i.w.z. Załącznik ten jest odzwierciedleniem specyfikacji technicznej, z tym że dla większości parametrów technicznych, w tym parametrów z pkt. 12, 12a i 18, pozostawiono puste pola na wpisanie przez wykonawców konkretnych wartości liczbowych dotyczących lokomotywy oferowanego typu, który należało wyszczególnić na początku załącznika załączonego do formularza oferty.

Pierwotne brzmienie pkt. 24 parametrów technicznych załącznika nr 3 do s.i.w.z.: „Aparatura elektryczna wraz z chłodnicą oleju zainstalowana jest w części silnikowej”, w wyniku modyfikacji s.i.w.z. z 30 czerwca 2010 r., zostało zmienione na: „Aparatura elektryczna wraz z chłodnicą oleju zainstalowana jest w części silnikowej / poza częścią silnikową\* \*niepotrzebne skreślić”.

W pkt. 3 rozdziału XIV s.i.w.z. Zamawiający wskazał, iż przez ofertę należy rozumieć wypełniony druk formularza oferty stanowiącego załącznik nr 2 do s.i.w.z. oraz oświadczenia, wszelkie załączniki i dokumenty składane przez wykonawcę, których złożenia wymagał Zamawiający.

Natomiast w pkt. 4 tego rozdziału Zamawiający określił, iż „oferta musi być podpisana (wraz z pieczęcią imienną) przez osobę upoważnioną/ osoby upoważnione do reprezentowania Wykonawcy na zewnątrz i zaciągania zobowiązań w wysokości odpowiadającej cenie oferty, lub upoważnionego Przedstawiciela Wykonawcy”.

W rozdziale IX s.i.w.z. Zamawiający postawił następujący warunek dotyczący posiadania wiedzy i doświadczenia:

„(...) wymagane jest posiadanie niezbędnej wiedzy i doświadczenia w zakresie wykonanej (zrealizowanej) dostawy lub dostaw co najmniej 4 sztuk lokomotyw podwieszanych o napędzie spalinowym dla kopalń węgla kamiennego w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie”. /lit. B ppkt 1/

„Ocena spełniania ww. warunków dokonana zostanie zgodnie z formułą *spełnia/nie spełnia* w oparciu o informacje zawarte w dokumentach i oświadczeniach” /ostatnie zdanie/.

W rozdziale X s.i.w.z., oprócz oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, na potwierdzenie tego warunku wskazano, iż należy złożyć:

„Wykaz wykonanych zamówień potwierdzający spełnianie warunku, o którym mowa w pkt IX.B.1 SIWZ, wg wzoru stanowiącego Załącznik nr 7 do SIWZ wraz z dokumentami potwierdzającymi, że zamówienia te zostały należycie wykonane”.

Załącznik nr 7 do s.i.w.z. pn. *Wykaz wykonanych zamówień potwierdzający spełnianie warunku opisanego w pkt. IX.B.1 SIWZ, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na: Zakup 4 sztuk lokomotyw podwieszanych o napędzie spalinowym dla JSW S.A. KWK „Budryk”* zawiera wzór tabeli z kolumnami opisanymi w następujący sposób: „Przedmiot zamówienia”, „Data wykonania zamówienia [dd/mm/rrrr]”, „Odbiorca”, „Dokument potwierdzający należyte wykonanie zamówienia (kopia w załączeniu)”.

W ofercie Odwołującego znajdują się poniżej przytoczone lub omówione zapisy istotne dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy.

W *Charakterystyce technicznej istotnych elementów przedmiotu zamówienia* Wykonawca wskazał, iż oferuje lokomotywę typu BEVEX 80, dla której wskazał między innymi następujące parametry techniczne:

- w pkt. 12 „Długość zespołu napędowego z kabinami operatora” – „10260 mm”;
- w pkt. 12a „Długość części silnikowej z blokiem elektrohydraulicznym” – „4335 mm”;
- w pkt. 18 „Układ hydrauliczny zasilający zestaw transportowy będzie o następujących parametrach” , lit. a „ciśnienie zasilania” – „32 MPa”, lit. b „wydajność układu” – „22 l/min”.

W ofercie Ferrit Poland sp. z o.o. znajdują się poniżej przytoczone lub omówione zapisy istotne dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy.

W formularzu ofertowym sporządzonym według wzoru z załącznika nr 2 do s.i.w.z. po gotowym sformułowaniu druku formularza: „My niżej podpisani”, Wykonawca wpisał: „Miroslav Heczko – Prezes Zarządu”.

Wszystkie strony oferty, z wyjątkiem strony 42, zawierają taki sam podpis złożony na tle pieczęci firmowej. Na stronie 42 znajduje się taki sam podpis, bez pieczęci firmowej,



złożony nad dopiskiem „Katarzyna Cyz”. Na stronie tej znajduje się również inny podpis złożony na tle pieczęci firmowej nad dopiskiem „Miroslav Heczko Prezes Zarządu”.

Strona 42 oferty zawiera pełnomocnictwo o następującej treści: „Ja, niżej podpisany Miroslav H., Prezes Zarządu firmy Ferrit Poland Sp. z o.o. z siedzibą Pszczyna, ul. Warowna 49, udzielam pełnomocnictwa p. Katarzynie Cyz, nr dokumentu AK 2164180 do podpisania oferty złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nr 33/IV/ZP/10 na zakup 4 sztuk lokomotyw podwieszanych o napędzie spalinowym dla JSW S.A. KWK *Budryk*”. Pod pełnomocnictwem znajduje się oświadczenie o treści: „pełnomocnictwo przyjmuję”, podpisane przez Katarzynę Cyz.

W wykazie wykonanych zamówień sporządzonym według wzoru stanowiącego załącznik nr 7 do s.i.w.z. Wykonawca wpisał między innymi:

- w pkt. 1 – „Dostawa DLZ 110F / 04.07.2008 / KWK *Chwałowice*”; w załączonej referencji z 28 października 2008 r. stwierdza się między innymi, iż „zrealizowana dostawa spełniła nasze wymagania (...);”;
- w pkt. 2 – „Dzierżawa DLZ 110F, 2 szt. / 28.11.2008, 04.09.2008 / KWK *Chwałowice*”; z załączonej referencji z 28 kwietnia 2009 r. wynika, iż dzierżawa „ciągników spalinowych kolejki podwieszanej” była realizacją odrębnych umów z 21 listopada 2008 r. i 22 sierpnia 2008 r., a ostatnie zdanie referencji brzmi: „Każdorazowo przedmiot dostawy dostarczony został terminowo, a usługi wykonane zostały należycie”;
- w pkt. 3 – „Dostawa DLZ 110F, 2 szt. / 07.12.2006 r., 01.06.2007 r. / KWK *Budryk*”; z załączonej referencji z 11 maja 2009 r. wynika, iż dostawa była realizacją odrębnych umów z 8 listopada 2006 r. i 15 maja 2007 r., a ostatnie zdanie referencji brzmi: „Dostawy zostały wykonane należycie, zgodnie z warunkami umowy”;
- w pkt. 4 – „Dostawa DLZ 110F, 2 szt. / 27.02.2009 / KWK *Janina*”; z załączonego *Protokołu kompletności dostawy* z 27 lutego 2009 r. wynika, iż dostawa była realizacją umowy z 11 lutego 2009 r., a w treści protokołu znajduje się stwierdzenie, iż „dostawa przedmiotu umowy (...) jest kompletna i zdatna do uruchomienia”;
- w pkt. 5 – „Dostawa DLZ 110F, 2 szt. / 11.12.2008 / KWK *Bolesław Śmiały*”; z załączonego protokołu odbioru z 16 grudnia 2008 r. wynika, iż dostawa była realizacją umowy z 5 grudnia 2008 r., a w treści protokołu znajduje się stwierdzenie, iż „zamawiający nie wnosi zastrzeżeń do wykonania przedmiotu umowy”.

W ofercie Śląskiego Przedsiębiorstwa Inwestycyjnego „ATUT” sp. z o.o., z uwzględnieniem uzupełnienia wykazu i referencji dokonanego 9 sierpnia 2010 r. na wezwanie Zamawiającego z 6 sierpnia 2010 r., znajdują się poniżej przytoczone lub omówione zapisy istotne dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy.

W wykazie wykonanych zamówień sporządzonym według wzoru stanowiącego załącznik nr 7 do s.i.w.z. Wykonawca wpisał między innymi:

- w pkt. 1 – „Dostawa jednego kompletnego podwieszanego ciągnika spalinowego (odkupionego po okresie najmu) / 07.01.2008 / Południowy Koncern Węglowy S.A. ZG Janina (...)”; z załączonego protokołu zdawczo-odbiorczego z 7 stycznia 2008 r. wynika, iż przedmiotem umowy z 19 listopada 2007 r. był zestaw transportowy w skład którego wchodził między innymi „kompletny podwieszany ciągnik spalinowy typu „BEWEX 70”, a w treści protokołu stwierdza się, iż „zestaw transportowy jest sprawny”; natomiast z wypunktowania pierwszego i trzeciego załączonej referencji z 7 lipca 2009 r. wynika, iż w styczniu 2008 r. została zrealizowana dostawa zestawu transportowego, który uprzednio w okresie od 13 lutego 2007 r. do 31 grudnia 2007 r. jako fabrycznie nowy był przedmiotem umowy najmu, w treści referencji stwierdza się, iż „wszystkie umowy najmu i dostawy realizowane były terminowo i kompletnie, zgodnie z zawartymi umowami”;
- w pkt. 2 – „Dostawa jednego fabrycznie nowego ciągnika spalinowego do kolejki podwieszanej / 30.03.2009 / Katowicki Holding Węglowy S.A. KWK *Wieczorek* (...)”; z załączonego protokołu z 1 czerwca 2009 r. wynika, iż przedmiotem umowy z 2 lutego 2009 r. był między innymi „fabrycznie nowy ciągnik spalinowy do kolejki podwieszanej”, a w treści protokołu stwierdza się, iż „wyżej wymieniony zakres umowy został wykonany z należytą starannością”;
- w pkt. 3 – „Dostawa dwóch ciągników spalinowych do kolejki podwieszanej / 01.04.2009 / Południowy Koncern Węglowy S.A. ZG Janina (...)”; z załączonego protokołu zdawczo-odbiorczego z 1 kwietnia 2009 r. wynika, umowa dotyczyła dostawy dwóch kompletnych zestawów transportowych w skład każdego wchodził między innymi „podwieszany ciągnik spalinowy typu Bevex 70”, a w treści protokołu stwierdza się, iż „strony dokonały odbioru przedmiotu dostawy w miejscu docelowym jego pracy w związku z wygasającą umową najmu nr 2322077”; natomiast z wypunktowania drugiego i czwartego załączonej referencji z 7 lipca 2009 r. wynika, iż w kwietniu 2009 r. została zrealizowana dostawa dwóch używanych zestawów transportowych, które uprzednio w okresie od 1 sierpnia 2007 r. do 31 marca 2009 r. jako fabrycznie nowe były przedmiotem umowy najmu; w treści referencji stwierdza się, iż „wszystkie umowy najmu i dostawy realizowane były terminowo i kompletnie, zgodnie z zawartymi umowami”;
- w pkt. 4 – „Dostawa dwóch zestawów transportowych / 12.04.2010 r. / Południowy Koncern Węglowy S.A. ZG Janina (...)”; z załączonej referencji z 6 lipca 2010 r. wynika, iż przedmiotem umowy była dostawa dwóch zestawów transportowych, w skład każdego wchodziła między innymi lokomotywy typu BIZON 120-4, a w treści referencji stwierdza się, iż „dostawa (...) została zrealizowana terminowo i należyście, zgodnie z zawartą umową”;

W Charakterystyce technicznej istotnych elementów przedmiotu zamówienia, stanowiącej załącznik nr 11 do oferty, Wykonawca wskazał, iż oferuje lokomotywę typu BIZON 120-4, dla której wskazał między innymi następujące parametry techniczne:

- w pkt. 12 „Długość zespołu napędowego z kabinami operatora” – „9000 mm”;
- w pkt. 12a „Długość części silnikowej z blokiem elektrohydraulicznym” – „2700 mm”;

Powyższe wymiary zostały również uwidocznione w załączniku nr 12 do oferty *Szkicu poglądowym kolejki podwieszanej z napędem spalinowym wraz z zestawem transportowym, w rzucie z boku wraz z podstawowymi wymiarami*, dotyczącym lokomotywy BIZON 120-4.

W wyjaśnieniach z 9 sierpnia 2010 r. Wykonawca stwierdził, iż „lokomotywa spalinowa dołowa podwieszana typu BIZON 120-4 jest tożsama z lokomotywą spalinową dołową podwieszaną typu BIZON 120-X, posiadającą dopuszczenie przez WUG zgodnie z decyzją o znaku GEM/4711/0013/09/04677/P1 z dnia 20.03.2009 r. W/w dopuszczenie zostało wydane na podstawie opinii wydanej przez JOAIC TEST Spółka z o.o. oraz w oparciu z instrukcją obsługi o nr NKP BIZON 120-X z 2007 r. Przytoczona instrukcja obsługi na str. 17 dopuszcza możliwość konfiguracji ciągnika BIZON 120-X z 4,5 lub 6 napędami. W tym konkretnym przypadku zamawiający żądał lokomotywy z 4 napędami a więc według stosowanej przez Producenta „FITE” A.S. nomenklatury zaoferowaliśmy lokomotywę BIZON 120-4 gdzie 4 oznacza ilość zastosowanych napędów”.

Powyższe Izba ustaliła na podstawie znajdujących się w oryginalnej dokumentacji postępowania, przekazanej również Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego: ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z., zmianie s.i.w.z z 30 czerwca 2010 r., protokołu postępowania, trzech ofert złożonych w postępowaniu, wezwania do uzupełnienia dokumentów i wyjaśnień z 6 sierpnia 2010 r. skierowanego do „ATUT” i odpowiedzi tego wykonawcy z 9 sierpnia 2010 r., a także innych przywołanych w uzasadnieniu pism i dokumentów.

**Uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron zawarte w odwołaniu oraz złożone ustnie w toku rozprawy, Izba zważyła, co następuje:**

Wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia 11 czerwca 2010 r., Izba rozpoznała odwołanie w oparciu o stan prawny uwzględniający wejście w życie ustaw: z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz.1591), oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778).

Odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 pzp, gdyż potwierdzenie zasadności zarzutów odwołania oznaczałoby, iż w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia, ponosząc jednocześnie szkodę. W ocenie Izby, Odwołujący legitymuje się interesem prawnym, pomimo iż złożył trzecią ofertę pod względem ceny (dla porównania ofert) stanowiącej jedyne kryterium oceny, gdyż uwzględnienie zarzutów odwołania otworzyłoby mu realną możliwość uzyskania zamówienia w przedmiotowym postępowaniu o jego udzielenie. Natomiast odrzucenie jego oferty naraża go na szkodę z powodu nieuzyskania odpłatnego zamówienia publicznego.

Po rozpatrzeniu zarzutów odwołania, Izba zważyła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby, nie potwierdził się zarzut, iż niezasadne było odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 2 pkt 2 pzp z uwagi na to, iż treść złożonej przez niego oferty w zakresie trzech parametrów oferowanej lokomotywy podwieszanej nie odpowiada wymaganiom Zamawiającego opisanym w specyfikacji technicznej stanowiącej załącznik nr 1 do s.i.w.z.

Bezsporne jest między Stronami, iż Odwołujący zaoferował lokomotywę podwieszaną („zespół napędowy z kabinami operatora”) o długości całkowitej 10260 mm, w której część silnikowa z blokiem elektrohydraulicznym ma długość 4335 mm. Odwołujący nie kwestionuje również, iż w pkt. 12 i 12 a specyfikacji technicznej określono te parametry odpowiednio na: maksymalnie 9000 mm i maksymalnie 3000 mm. Natomiast, zdaniem Odwołującego, z uwagi na zmianę 30 czerwca 2010 r. specyfikacji technicznej w zakresie pkt. 24 przez dopuszczenie zainstalowania bloku elektrohydraulicznego („aparatury elektrycznej wraz z chłodnicą oleju”) poza częścią silnikową, Zamawiający dopuścił tym samym „odpowiednie” wydłużenie zarówno długości całkowitej, jak i długości części silnikowej z blokiem elektrohydraulicznym. W ocenie Izby, stanowisko Odwołującego jest zupełnie bezpodstawne.

Izba zważyła, po pierwsze, iż postanowienia specyfikacji technicznej w pkt. 12 i 12a od początku w sposób jednoznaczny określały wymagane wymiary przez wskazanie konkretnych maksymalnych wielkości liczbowych w nich wskazanych i nie uległy w toku postępowania żadnej zmianie. W zmianie s.i.w.z. z 30 czerwca 2010 r., która zmieniła wyłącznie pkt. 24, Zamawiający wskazał wręcz, iż w pozostałym zakresie nie wyraża zgody na zmianę postanowień specyfikacji technicznej załączonej do s.i.w.z. W ten sposób Zamawiający w sposób jednoznaczny dał wyraz, iż spośród trzech wnioskowanych przez Odwołującego 21 czerwca 2010 r. zmian specyfikacji technicznej: wydłużenia maksymalnej długości całkowitej do 10000 mm w pkt. 12, wykreślenia parametru maksymalnej długości całkowitej zespołu silnikowego z blokiem elektrohydraulicznym oraz zmiany pkt. 24 przez

wymaganie zainstalowania tego bloku poza częścią silnikową – uwzględnił wyłącznie tę ostatnią i to w ograniczonym zakresie, dopuszczając rozwiązanie sugerowane przez Odwołującego obok, a nie zamiast dotychczasowego wymagania.

Po drugie, wszelkie rozważania Odwołującego dotyczące niecelowości tak wprowadzonej zmiany, przewagi technicznej rozwiązania oferowanego przez Odwołującego, genezy parametrów specyfikacji technicznej czy ograniczania konkurencji przez te postanowienia, nie mogą mieć znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy, gdyż przedmiotem rozpoznania Izby jest prawidłowość odrzucenia złożonej przez Odwołującego oferty z uwagi na niezgodność z istniejącym opisem przedmiotu zamówienia. Natomiast kwestionowanie opisu przedmiotu zamówienia było możliwe w drodze złożenia odwołania na odpowiednie postanowienia s.i.w.z., czego jednak Odwołujący nie uczynił w odpowiednim terminie, który nie podlega przywróceniu.

W ocenie Izby, nie znajduje również na uwzględnienie stanowisko Odwołującego, iż wpisanie przez niego w pkt. 18a charakterystyki technicznej dotyczącym ciśnienia zasilania w pomocniczym układzie hydraulicznym („układ hydrauliczny zasilający zestaw transportowy”) liczby „32” stanowi oczywistą omyłkę pisarską, gdyż według DTR nr 12A 2117/2006 wartość ciśnienia w „układzie zasilania wciągników hydraulicznych” wynosi 16 MPa wymagane w specyfikacji technicznej, a ponadto w treści formularza oferty złożył oświadczenie o zaoferowaniu przedmiotu zamówienia odpowiadającego wymaganiom Zamawiającego. Odwołujący wskazywał, iż omyłkowo wpisał w tym miejscu wartość ciśnienia dla głównego układu hydraulicznego, jednak nie jest to wystarczającą podstawą do stwierdzenia zaistnienia oczywistej omyłki przez Zamawiającego, wobec braku załączenia do oferty tej dokumentacji techniczno-ruchowej. Na rozprawie okazało się zresztą, iż w DTR dla eksploatowanych przez Zamawiającego lokomotyw marki Bevex, parametr ciśnienia w układzie pomocniczym wynosi 20 MPa. Ponadto, skoro Odwołujący dla dwóch innych parametrów świadomie i celowo wpisał wielkości liczbowe niezgodne ze wskazanymi w specyfikacji technicznej, to Zamawiający nie miał podstaw do przyjęcia, iż w tym przypadku Odwołujący uczynił to nieumyślnie przez pomyłkę. Nie można zatem uczynić Zamawiającemu zarzutu, iż mógł potraktować stwierdzoną niezgodność, nie tylko jako omyłkę pisarską z przepisu art. 87 ust. 2 pkt 1 pzp, ale nawet jako tzw. „inną omyłkę” z przepisu art. 87 ust. 2 pkt. 3 pzp, gdyż na podstawie informacji w złożonej ofercie, bez konsultacji z Odwołującym, nie mógł ustalić, iż rzeczywista treść oświadczenia woli Odwołującego była odmienna niż wyrażona pisemnie w pkt. 18a charakterystyki technicznej oferowanej lokomotywy.

Zupełnie bezpodstawny okazał się zarzut podlegania oferty wybranego wykonawcy Ferrit Poland sp. z o.o. odrzuceniu na podstawie przepisu art. 89 ust. 2 pkt 8 pzp jako

nieważnej na podstawie odrębnych przepisów. Pomijając fakt braku sprecyzowania zarówno w odwołaniu, jak i na rozprawie tych odrębnych przepisów, zarzut Odwołującego nie jest prawidłowym wnioskiem w świetle podnoszonych przez niego okoliczności faktycznych. Niewątpliwie na wstępie formularza ofertowego Ferrit Poland sp. z o.o. znajduje się zdanie „My niżej podpisani Miroslav H. – Prezes Zarządu”, a złożone na tle pieczęci firmowej podpisy na formularzu ofertowym i na dalszych stronach oferty są inne niż podpis złożony na stronie 42 oferty nad dopiskiem „Miroslav H. Prezes Zarządu”. Z odwołania wynika, iż Odwołujący nie dostrzega, iż strona 42 oferty zawiera pełnomocnictwo do podpisania oferty udzielone przez Pana Miroslava H. Pani Katarzynie C., której podpis umieszczony nad wydrukowanym imieniem i nazwiskiem jest taki sam jak na wszystkich pozostałych stronach złożonej oferty. Naruszenie przez taki sposób podpisania oferty postanowienia pkt. 4 rozdziału XIV s.i.w.z. jest bez znaczenia, gdyż postanowienie to ma charakter jedynie instrukcyjny, a na podstawie dokumentów oferty bez żadnych wątpliwości można ustalić, iż działający w imieniu spółki z o.o. Ferrit Poland jej Prezes Zarządu, Pan Miroslav H., udzielił pełnomocnictwa Pani Katarzynie C., która podpisała całą ofertę.

Na rozprawie Odwołujący podniósł jednak zastrzeżenia co do zakresu umocowania pełnomocnika, czym zresztą potwierdził, iż był w stanie stwierdzić, kto podpisał ofertę. W ocenie Izby udzielenie pełnomocnictwa do podpisania oferty w konkretnie wskazanym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oznacza umocowanie do złożenia wywołującej skutki prawne w tym postępowaniu oferty w imieniu mocodawcy. W oczywisty sposób obejmuje zatem również zarówno podpisywanie oświadczeń na potwierdzenie spełniania warunków podmiotowych, w tym oświadczenia dotyczące braku podstaw do wykluczenia, jak i potwierdzanie dokumentów za zgodność z oryginałem, stanowiące szczegółowe czynności niewątpliwie mieszczące się w zakresie pełnomocnictwa szczegółowego do złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu. Aby to stwierdzić, nie jest nawet konieczne odwoływanie się do postanowienia pkt. 3 rozdziału XIV s.i.w.z., który potwierdza, iż na ofertę składaną w przetargu składa się zarówno właściwy formularz oferty, jak i wszystkie załączone dokumenty wymagane w s.i.w.z.

Izba zważyła zatem, iż oferta wykonawcy Ferrit Poland sp. z o.o. została złożona w wymaganej przepisem art. 82 ust. 2 pzp formie pisemnej, gdyż zawiera oświadczenie woli własnoręcznie podpisane przez upoważnionego do tego pełnomocnika.

Nie zasługują również na uwzględnienie zarzuty zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia zarówno Ferrit Poland sp. z o.o. jak i „ATUT” sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp, z uwagi na niewykazanie przez tych wykonawców, iż spełniają warunek udziału w postępowaniu określony w rozdziale XI lit. B ppkt 1 s.i.w.z.

Izba stoi na stanowisku, iż ustalenie warunków udziału w postępowaniu jest jedną z najważniejszych czynności zamawiających, którzy zobowiązani są do określenia tych warunków w sposób dostatecznie jasny i precyzyjny, by zarówno wykonawcy zainteresowani udziałem w postępowaniu jak i sami zamawiający dokonując oceny spełniania tych warunków mogli ją przeprowadzić na zasadzie zerojedynkowej (inaczej określanej jako zasada „spełnia – nie spełnia”). W oczywisty sposób ustalone przez zamawiających warunki i sposób oceny ich spełniania wpływają na krąg wykonawców, który może się ubiegać o zamówienie – zawężając go w mniejszym lub większym stopniu, co jest dopuszczalne w granicach wyznaczonych przez wymóg powiązania tych warunków (sposobu oceny ich spełniania) z przedmiotem zamówienia oraz zachowania proporcjonalności do przedmiotu zamówienia. Działając w tych granicach, wyłącznie zamawiający są uprawnieni do określenia odpowiedniego stopnia powiązania stawianych warunków oraz ustalenia proporcji w jakiej pozostają one do przedmiotu zamówienia – dając temu wyraz w sformułowanym przez siebie sposobie oceny ich spełniania.

Sformułowanie sposobu oceny spełnienia warunków ma kluczowe znaczenie, przy czym obowiązująca zasada pisemności postępowania powoduje, iż każdy warunek i sposób dokonywania oceny jego spełniania musi w wyczerpujący sposób zostać wyrażony przez zamawiających w dokumentach postępowania udostępnionych potencjalnym wykonawcom, gdyż z uwagi na zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, przy ich interpretowaniu należy kierować się wyłącznie literalnym brzmieniem odpowiednich postanowień s.i.w.z. lub ogłoszenia o zamówieniu, co zapobiega jakiegokolwiek uznaniowości zamawiających na etapie oceny jego spełniania przez wykonawców, którzy przystąpili do udziału we wszczętym postępowaniu. Literalne brzmienie oznacza kierowanie się zwykłym znaczeniem słów, wyrażzeń i zwrotów, ustalonym z uwzględnieniem reguł znaczeniowych i składni języka polskiego. Jednocześnie oznacza to, iż dla interpretacji tych warunków co do zasady nie powinien mieć znaczenia opis przedmiotu zamówienia, do którego odpowiednie odniesienie zostało już uwzględnione przez zamawiającego przy czynności ich formułowania, która podlega kontroli wykonawców mogących złożyć odwołanie na treść odpowiednich postanowień ogłoszenia czy s.i.w.z.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba stwierdziła, iż z literalnego brzmienia warunku określonego w rozdziale IX lit. B ppkt 1 s.i.w.z. wynika, iż wymagane jest dysponowanie doświadczeniem polegającym na wykonaniu (zrealizowaniu) dostawy lub dostaw minimum 4 sztuk lokomotyw podwieszanych o napędzie spalinowym dla kopalń węgla kamiennego w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert.

W ocenie Izby, interpretacja Odwołującego, iż każda z wykazanych w wykazie dostaw ma obejmować co najmniej 4 sztuki lokomotyw, nie znajduje oparcia w przytoczonym powyżej literalnym rozumieniu warunku. Minimalnym wymaganym poziomem doświadczenia jest bowiem dostarczenie w 3-letnim okresie referencyjnym 4 sztuk lokomotyw w ramach jednej umowy lub kilku umów. Interpretacja Odwołującego byłaby uprawniona, gdyby nie sformułowanie „wykonanie (zrealizowanie) dostawy lub dostaw”, które wprost wskazuje, że wymagane doświadczenie można zdobyć przez zrealizowanie zarówno jednej jak i kilku dostaw. Ponadto, ponieważ warunek podmiotowy oceniany na zasadzie „spełnia-nie spełnia” wskazuje zawsze wymagany poziom minimalny, a zdaniem Odwołującego, należy uznać warunek z ppkt. 1 lit. B rozdziału IX za spełniony przy jednorazowej dostawie 4 sztuk lokomotyw, to przy takiej interpretacji nie miałoby żadnego sensu wskazywanie, że warunek ten jest również spełniony przy kilku dostawach obejmujących 4 szt. lokomotyw jednocześnie, gdyż jest to oczywiste. Odwołujący w sposób nieuprawniony i spóźniony odwołuje się przy tym na to, iż ponieważ przedmiotem zamówienia jest jednorazowa dostawa 4 sztuk lokomotyw, to również niezbędne jest posiadanie tożsamego doświadczenia. To Zamawiający miał wyłączną kompetencję do określenia niezbędnego poziomu doświadczenia dla wykonania przedmiotowego zamówienia, a jeżeli Odwołujący uważał, iż uczynił to w sposób niezwiązany z przedmiotem zamówienia lub nieproporcjonalny do niego, to mógł złożyć odwołanie na postanowienia ogłoszenia o zamówieniu i s.i.w.z. Ponieważ tego nie uczynił, postanowienia te stały się wiążące zarówno dla Zamawiającego jak i wykonawców.

Zdaniem Izby, brak również w literalnym sformułowaniu warunku ograniczenia możliwości wykazania doświadczenia do dostaw wyłącznie fabrycznie nowych lokomotyw podwieszanych, jak chce tego Odwołujący. Ponadto, w ocenie Izby, nieuprawniona jest również interpretacja Odwołującego zawężająca zrealizowane dostawy wyłącznie do umów sprzedaży. Odwołujący, uzasadniając swoje stanowisko w obu tych kwestiach, ponownie powołuje się na to, iż przedmiotem zamówienia jest dostawa – zakup 4 sztuk fabrycznie nowych lokomotyw. Poza powyżej wskazanymi przez Izbę argumentami, w odniesieniu do drugiej kwestii, należy odwołać się do przepisu art. 2 pkt 2 pzp, zgodnie z którym przez dostawy należy rozumieć nabywanie rzeczy, praw oraz innych dóbr, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu. Zatem na gruncie przepisów dotyczących zamówień publicznych, umowa dostawy ma szerokie znaczenie, wykraczające poza stypizowane w kodeksie cywilnym umowy sprzedaży i dostawy. Jednocześnie, ponieważ Zamawiający w żaden sposób w literalnym sformułowaniu warunku nie sprecyzował, iż w przedmiotowym postępowaniu wymaga wyłącznie wykazania się dostawami rozumianymi jako umowa sprzedaży w rozumieniu kodeksu cywilnego, nie ma podstaw by ograniczać możliwość wykazywania się przez wykonawców na poczet tego



doświadczenia zrealizowanymi należycie umowami najmu czy dzierżawy lokomotyw podwieszanych, zwłaszcza jeżeli dotyczą one lokomotyw nowych, które po zakończeniu tych umów zostały następnie odsprzedane eksploatującym je kopalniom. Ten brak ograniczenia możliwości wykazywania się doświadczeniem zdobytym przy wykonywaniu różnych typów umów, w tym mających za przedmiot urządzenia używane znajduje racjonalne uzasadnienie. w specyfice rynku dotyczącego specjalistycznych i kosztownych lokomotyw montowanych *de facto* na stałe w kopalniach, co powoduje, iż w celu obniżenia kosztów są one często wynajmowane lub dzierżawione przez zamawiających na dłuższy okres czasu, a następnie po upływie okresu obowiązywania tych umów w wielu przypadkach odkupywane, już po niższej cenie.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła, iż wykonawca Ferrit Poland sp. z o.o. spełnił warunek udziału w postępowaniu. Z poz. 1, 4 i 5 wykazu na 36 stronie oferty oraz referencji na stronach 37, 40-41 oferty, wynika, iż zrealizował on dostawy (umowa dostawy lub sprzedaży) łącznie co najmniej 5 sztuk lokomotyw (dostawy 2 lokomotyw wykazane w poz. 3 wykazu nie mogą być wzięta pod uwagę jako zrealizowane dawniej niż 3 lata przed wszczęciem przedmiotowego postępowania). Zatem nawet nie biorąc pod uwagę poz. 2 wykazu dotyczącej zrealizowanej należycie (strona 38 oferty) dostawy (umowy dzierżawy) 2 szt. lokomotyw podwieszanych, wykonawca ten posiada doświadczenie w większym nawet zakresie niż wymagany w warunku określonym w s.i.w.z.

Izba zważyła, iż podważając spełnianie przez wykonawcę „ATUT” sp. z o.o. warunku dotyczącego doświadczenia, Odwołujący zarówno w odwołaniu, jak i na rozprawie w ogóle nie wziął pod uwagę dokonanego w tym zakresie uzupełnienia dokumentów na podstawie przepisu art. 26 ust. 3 pzp. Tymczasem Izba ustaliła, iż z poz. 1, 2, 3 i 4 uzupełnionego wykazu oraz załączonych referencji wynika, iż wykonawca ten wykonał należycie dostawy łącznie 6 szt. lokomotyw. W szczególności, w wyniku uzupełnienia Wykonawca wykazał, iż fabrycznie nowa lokomotywa ujęta w poz. 1 wykazu została po upływie okresu najmu odkupiona jako używana. Zatem również ten wykonawca spełnił warunek doświadczenia w sposób więcej niż wystarczający.

W ocenie Izby zasadny jest natomiast zarzut Odwołującego, iż wykonawca „ATUT” sp. z o.o. złożył nieprawdziwe informacje, które mogły mieć wpływ na wynik postępowania, a zatem Zamawiający bezpodstawnie zaniechał wykluczenia tego wykonawcy na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp.

Zgodnie z tym przepisem z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Zatem aby wykluczyć wykonawcę z prowadzonego postępowania zamawiający musi zbadać czy zostały spełnione łącznie dwie przesłanki:

po pierwsze – stwierdzić fakt złożenia przez wykonawcę w toku prowadzonego postępowania nieprawdziwych informacji, po drugie – ustalić, że te nieprawdziwe informacje mają lub mogą mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. W ocenie Izby, w przedmiotowej sprawie Zamawiający miał podstawy by stwierdzić spełnienie obu przesłanek w stosunku do wykonawcy „ATUT” sp. z o.o.

Izba zważyła bowiem, iż w odwołaniu i na rozprawie Odwołujący w wystarczający sposób wykazał bowiem, iż zawarta w ofercie wykonawcy „ATUT” sp. z o.o. informacja, iż „długość zespołu napędowego z kabinami operatora” lokomotywy typu BIZON 120-4 wynosi 9000 mm, jest nieprawdziwa. Pomimo braku potwierdzenia za zgodność z oryginałem złożonego w toku rozprawy egzemplarza *Instrukcji obsługi Nr NKP BIZON 120-X 07-01*, to jest braku dopełnienia pewnego wymogu formalnego, w ocenie Izby, brak jest podstaw by podważać jej merytoryczną treść i nie uznać, że jest to egzemplarz instrukcji, o której mowa w decyzji Wyższego Urzędu Górniczego z 20 marca 2010 r. załączonej do oferty wykonawcy „ATUT” sp. z o.o. Po pierwsze, podana w tej instrukcji na stronie 18 w zestawieniu podstawowych wymiarów oraz na rysunkach na stronie 19 i w załączniku 1.1 długość całkowita 10100 mm znajduje swoje odzwierciedlenie w zestawieniu danych technicznych i rysunku zamieszczonym na stronie internetowej Śląskiego Przedsiębiorstwa Inwestycyjnego „ATUT” sp. z o.o. ([www.atut.cieszyn.pl/12,kategoria.html#top](http://www.atut.cieszyn.pl/12,kategoria.html#top)), czemu Zamawiający nie zaprzeczał na rozprawie. Przede wszystkim jednak, Izba ustaliła, iż na rysunku poglądowym załączonym do oferty dokonano nieudolnego dostosowania długości całkowitej oferowanej lokomotywy BIZON 120-4 do wymaganej przez Zamawiającego długości maksymalnej 9000 mm. Izba zważyła bowiem, iż choć rysunek poglądowy zawiera jedynie podstawowe wymiary, to jest jednak rodzajem rysunku technicznego i podaje te wymiary w określonej skali do wymiarów obiektu rzeczywistego, a zatem stosunek wszystkich wymiarów zmierzonych na rysunku technicznym powinien odpowiadać stosunkowi odpowiednich wymiarów podanych dla rzeczywistego obiektu. Tymczasem stosunek podanego wymiaru długości całkowitej lokomotywy BIZON 120-4 (9000 mm) do wymiaru długości części silnikowej z blokiem elektrohydraulicznym (2700 mm) wynoszący 3,33 wyraźnie odbiega od stosunku takich wymiarów zmierzonych na rysunku poglądowym (odpowiednio: 152 mm i 41 mm), wynoszącym 3,71. Natomiast na rysunku poglądowym zamieszczonym w załączniku 1.1. instrukcji obsługi stosunek ten jest taki niemal taki sam, gdyż wynosi 3,74 dla stosunku podanych rzeczywistych wymiarów 10100 mm do 2700 mm, oraz 3,76 dla stosunku wymiarów 161,5 mm do 43 mm zmierzonych na rysunku. Jednocześnie, w ocenie Izby, Zamawiający powinien był ustalić, iż te nieprawdziwe informacje mogą mieć wpływ na wynik postępowania, skoro pozytywna ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę „ATUT” sp. z o.o. umożliwiła branie tej oferty pod uwagę przy badaniu i ocenie ofert w celu wyboru najkorzystniejszej oferty.

Izba stwierdziła jednak, iż wobec niepotwierdzenia się w zarzutu bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego, wskazane naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp przez Zamawiającego w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie miało wpływu na wynik prowadzonego przez niego postępowania zamówieniowego, wobec jednoczesnego niepotwierdzenia się zarzutów Odwołującego skierowanych przeciwko ofercie wybranej jako najkorzystniejsza. Izba stwierdza jednakże, iż w razie zajścia przesłanek opisanych w przepisie art. 94 ust. 3 pzp w stosunku do wykonawcy Ferrit Poland sp. z o.o., Zamawiający nie powinien, korzystając z możliwości przewidzianej w tym przepisie, wybierać oferty wykonawcy „ATUT” sp. z o.o. bez przeprowadzenia jej ponownego badania, gdyż w wyniku takiego badania wykonawca ten powinien zostać wykluczony, a jego oferta odrzucona.

Mając powyższe na uwadze, Izba w oparciu o przepisy art. 192 ust. 1 i 2 pzp – orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz zgodnie z przepisem § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), uwzględniając jako uzasadnione koszty Zamawiającego wynagrodzenie jego pełnomocnika, na podstawie rachunku (faktury VAT) przedłożonej do akt sprawy, ograniczając jednak jego wysokość do 3600 zł – zgodnie z przepisem § 3 pkt 2 lit. b przywołanego rozporządzenia.

**Przewodniczący:**

.....