

Sygn. akt: KIO 1541/12

WYROK

z dnia 31 lipca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący – członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

Protokolant: **Łukasz Listkiewicz**

Po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **31 lipca 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu **20 lipca 2011 r.** przez wykonawcę **Eurotech Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością ul. Konstytucji 150, 40-906 Bytom**, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego **Katowicki Holding Węglowy S.A. ul. Damrota 16-18, 40-022 Katowice**,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **Eurotech Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością ul. Konstytucji 150, 40-906 Bytom**,
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **Eurotech Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością ul. Konstytucji 150, 40-906 Bytom**, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od odwołującego **Eurotech Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością ul. Konstytucji 150, 40-906 Bytom**, na rzecz zamawiającego **Katowickiego Holdingu Węglowego S.A. ul. Damrota 16-18, 40 - 022 Katowice** kwotę **3600,00 zł**, (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie sektorowego zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie w przetargu nieograniczonego „Na wykonanie projektu, dostawę, zabudowę i obsługę układu urządzeń chłodniczych pośredniego działania o znamionowej mocy chłodniczej minimum 1,0 MW dla KHW S.A. KWK „Mysłowice – Wesola” (Dz. Urz. UE z dnia 2012/S 79-130200 z 24 kwietnia 2012 r.), w dniu 20 lipca 2012 r. zostało złożone w formie pisemnej odwołanie przez wykonawcę Eurotech Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bytomiu, w kopii przekazane zamawiającemu w terminie ustawowym, w zakresie części I-ej przedmiotowego zamówienia.

Wniesienie odwołania nastąpiło skutkiem powiadomienia w dniu 11 lipca 2012 roku za pośrednictwem faksu o wyborze oferty wykonawcy konsorcjum Grupa Kapitałowa WONAM S.A. i WONAM Serwis Sp. z o.o. z siedzibą (lidera)w Pszczynie.

Odwołanie dotyczy działań zamawiającego Katowickiego Holdingu Węglowego S.A.:

1. zaniechania czynności wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w zakresie części I pn. „Wykonanie projektu, dostawa, rozbudowa i obsługa urządzeń chłodniczych dla KWH S.A. KWK „Mysłowice - Wesola” jako konsorcjum spółek: Grupa Kapitałowa „WONAM” S.A.. i WONAM Serwis Sp. z o.o. z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu,

2. zaniechania czynności odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w zakresie części I zamówienia z uwagi na niezgodność oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

3. niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty w zakresie części I zamówienia złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum spółek: Grupa Kapitałowa „WONAM” S.A. i WONAM Serwis Sp. z o.o.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu Katowickiemu Holdingowi Węglowemu S.A. naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 113 z 2010 r., poz. 759 ze zm.), które miało istotny wpływ na wynik postępowania, tj:

- art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie polegające na prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,

- art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 i art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp

poprzez ich niezastosowanie polegające na niewykluczeniu w zakresie części I zamówienia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako konsorcjum spółek: Grupa Kapitałowa „WONAM” S.A i WONAM Serwis Sp. z o.o., pomimo, iż nie wykazali oni spełniania warunków udziału w postępowaniu,

- art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 25 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie polegające na nieodrzuconiu w zakresie części I oferty konsorcjum spółek: Grupa Kapitałowa „WONAM” S.A. i WONAM Serwis Sp. z o.o., pomimo, iż nie odpowiadała ona treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

- art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez dokonanie w zakresie części I zamówienia wyboru oferty Grupa Kapitałowa „WONAM” S.A. i WONAM Serwis Sp. z o.o., podlegających wykluczeniu i których oferta podlegała odrzuceniu.

Powołując się na naruszenie swego interesu w uzyskaniu zamówienia, odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. wykonania czynności ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu,
3. wykonania czynności wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum spółek: Grupa Kapitałowa „WONAM” S.A., (lider) i WONAM Serwis Sp. z o.o.,
ewentualnie
4. nakazania zamawiającemu wykonania czynności odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako konsorcjum spółek: Grupa Kapitałowa „WONAM” S.A. i WONAM Serwis Sp. z o.o.
5. przeprowadzenie dowodów wskazanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania,
6. obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący ponosił, że uwzględniając fakt, iż oferta odwołującego była jedną z dwóch ofert złożonych w zakresie części I zamówienia, a więc sklasyfikowana została przez zamawiającego zaraz za wybraną przez niego ofertą konsorcjum spółek „WONAM” w przypadku prawidłowego, a więc zgodnego z przepisami ustawy Pzp działania zamawiającego złożona oferta zostałaby wybrana jako oferta najkorzystniejsza, a odwołujący uzyskałby przedmiotowe zamówienie. Tym samym, zaskarżone w niniejszym odwołaniu czynności i zaniechania wprost pozbawiają odwołującego możliwości uzyskania zamówienia, czego skutkiem jest narażenie odwołującego na poniesienie szkody polegającej na nieuzyskaniu wynagrodzenia za

wykonanie przedmiotowego zamówienia. Mając więc na względzie powyższe uznał odwołujący, iż posiada legitymację do wniesienia odwołania.

Zamawiający w zakresie części I zamówienia pn. „Wykonanie projektu, dostawa, rozbudowa i obsługa urządzeń chłodniczych dla KWH S.A. KWK „Mysłowice – Wesola” wybrał ofertę konsorcjum spółek: Grupa Kapitałowa „WONAM” S.A. i WONAM Serwis Sp. z o.o., zwanych dalej konsorcjum WONAM. W ww. informacji zamawiający wskazał, iż w zakresie części I zamówienia zostały złożone jedynie dwie oferty: odwołującego oraz konsorcjum WONAM, przy czym po dokonaniu oceny ofert - za najkorzystniejszą zamawiający uznał ofertę konsorcjum.

Odwołujący podnosił, iż dokonanie przez zamawiającego wyboru oferty na część I-ą nastąpiło z naruszeniem przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, albowiem ww. wykonawcy podlegali wykluczeniu z przedmiotowego postępowania z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy oraz doświadczenia (art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 i art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp). Ponadto odwołujący podnosił dalej, iż niezależnie od powyższego oferta złożona przez konsorcjum na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp podlegała odrzuceniu z uwagi na niezgodność jej treści z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, (dalej SIWZ), wynikającą z niespełniania przez oferowany przez konsorcjum zespół maszynowy typu EX-d00-A/I252/1.0/02.01 wymagań określonych w SIWZ w zakresie współczynnika EER. Powyższe uchybienia spowodowały natomiast, iż zamawiający *de facto* w toku postępowania nie stosował tożsamy kryteriów względem wszystkich wykonawców, czym naruszył przepis art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Przechodząc do szczegółowego omówienia podniesionych zarzutów, odwołujący podnosił, iż zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się jedynie ci wykonawcy, którzy posiadają odpowiednią wiedzę i doświadczenie niezbędne do wykonania zamówienia. Zgodnie zaś z art. 26 ust. 1 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 1 w niniejszym postępowaniu zamawiający w pkt 6.1 pkt 1 SIWZ wskazał, iż każdy z wykonawców jest zobligowany złożyć wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonywanych: dostaw urządzeń klimatyzacji grupowej o mocy chłodniczej minimum 1 MW na kwotę łączną nie mniejszą niż 3.000.000,00 zł (trzy miliony złotych) oraz usługi obsługi klimatyzacji grupowej w wyrobiskach dołowych na kwotę łączną nie mniejszą niż 1.000.000 zł (jeden milion złotych), stanowiący załącznik nr 4 do SIWZ. Dodatkowo zamawiający zażądał złożenia dokumentów potwierdzających że ww. dostawy i usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Zdaniem odwołującego konsorcjum WONAM nie przedłożyło stosownych oświadczeń i dokumentów wymaganych w SIWZ, co winno zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp skutkować wykluczeniem tychże wykonawców. Zauważył, iż pierwotnie konsorcjum w

wykazie dostaw i robót wskazało jedynie umowę zawartą z Katowickim Holdingiem Węglowym Kopalnią KWK „Murcki - Staszic”, przedmiotem której była dostawa, montaż i obsługa klimatyzacji grupowej, nie wskazując daty zakończenia realizacji zamówienia. Dołączone zaś na potwierdzenie ww. oświadczenia referencje wystawione w dniu 19 sierpnia 2010 r. przez Katowicki Holding Węglowy S.A. obejmowały swoim zakresem jedynie montaż i dostawę urządzeń klimatyzacji grupowej, nie wymieniając w zakresie tejże umowy obsługi. Odwołujący przyjął za istotne, że treści przedłożonych referencji wprost wynika, iż wymienione w jej treści dostawy i montaż były realizowane przez konsorcjum firm, w skład w których wchodził: odwołujący, Compensus Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowe WONAM Sp. z o.o. oraz jeden z członków konsorcjum tj. Grupa Kapitałowa WONAM S.A. Podkreślał dalej fakt, iż z treści ww. referencji nie wynika, ażeby to ww. członek konsorcjum dokonał dostawy i montażu urządzeń klimatyzacji grupowej na kwotę wymaganą przez zamawiającego. Ponadto do referencji nie zostało dołączone jakiegokolwiek oświadczenie ww. podmiotów o oddaniu do dyspozycji konsorcjum niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, czy też inny dokument pozwalający na oparciu się przez konsorcjum na wiedzy i doświadczeniu wskazanych wyżej podmiotów. Odwołujący zaznaczył, że nie wyraża i nie wyrażał zgody na takie korzystanie.

Z uwagi na powyższe zamawiający wezwał konsorcjum WONAM w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia zauważonych podczas badania ofert braków w ww. zakresie.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie konsorcjum pismem z dnia 26 czerwca 2012 r. przedstawiło zamawiającemu skorygowany wykaz (załącznik nr 4 do SIWZ) oraz referencje wystawione dla Grupy Kapitałowej WONAM S.A. przez Katowicki Holding Węglowy S.A. KWK „Murcki - Staszic” oraz referencje wystawione dla WONAM Serwis Sp. z o.o. przez Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. KWK „Budryk”. Poddając analizie uzupełnione przez konsorcjum dokumenty, odwołujący wskazywał, iż w zakresie referencji wystawionych przez Katowicki Holding Węglowy dnia 25 czerwca 2012 r. ww. dokument w żadnej mierze nie wskazuje na fakt wykonania przez Grupę Kapitałową WONAM S.A. dostawy, montażu i obsługi klimatyzacji grupowej o wartości wskazanej przez zamawiającego. Wprawdzie bowiem w treści ww. referencji zostały dodany punkt 4 obejmujący obsługę klimatyzacji grupowej i wskazujący wartość tej usługi - niemniej nadal nie zostało wskazane, który z podmiotów wymienionych na wstępie ww. referencji wykonywał poszczególne dostawy lub usługi. W szczególności nie zostało wskazane, ażeby dostawy te i usługi na wymaganą przez zamawiającego wysokość wykonała Grupa Kapitałowa WONAM S.A. Także w tym wypadku do ww. referencji nie zostało dołączone jakiegokolwiek oświadczenie ww. podmiotów o oddaniu do dyspozycji konsorcjum niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, czy też inny dokument pozwalający na oparciu się przez

konsorcjum WONAM na wiedzy i doświadczeniu wskazanych wyżej podmiotów. Powyższe oznacza zaś, w przeświadczeniu odwołującego, że kwestionowane referencje w żadnej mierze nie potwierdzają prawdziwości oświadczenia złożonego przez konsorcjum w wykazie, stanowiącym załącznik nr 4 do SIWZ.

Odnosząc się natomiast do rzeczywistego stanu faktycznego, odwołujący podnosił, iż wskazana przez konsorcjum umowa była realizowana z udziałem odwołującego na podstawie umowy regulującej współpracę podmiotów występujących wspólnie (Umowa Konsorcjum) zawarta w dniu 10 czerwca 2008 r. Zgodnie zaś z tą umową, a mianowicie § 4 ust. 2 pkt a) ppkt 8 obsługę układu klimatyzacji grupowej jak również dostawę i montaż agregatów chłodniczych, chłodnic wyparnych i chłodnic powietrza wykonywał wyłącznie lider tj. odwołujący, natomiast Grupa Kapitałowa WONAM S.A. wykonywała jedynie dostawę rurociągów z wyłączeniem ich montażu. Przedstawił dowód: - Umowę regulującą współpracę podmiotów występujących wspólnie (Umowa Konsorcjum), wnioskował też o przesłuchanie stron.

Powyższe oznacza zdaniem odwołującego, że złożone w wykazie stanowiącym załącznik nr 4 do SIWZ jak i w piśmie z dnia 26 czerwca 2012 r. oświadczenia konsorcjum, zgodnie z którymi Grupa Kapitałowa WONAM S.A. wykonywała dostawę, montaż i obsługę klimatyzacji grupowej dla Katowickiego Holdingu Węglowego S.A. są nieprawdziwe, co zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp winno prowadzić do wykluczenia wykonawców.

W ostatniej kolejności odwołujący wskazał, iż zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp *in fine* złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. W niniejszym przypadku termin składania ofert przypadał na dzień 11 czerwca 2012 r., natomiast referencje zostały wystawione dopiero w dniu 25 czerwca 2012 r. Choć niewątpliwie istnieje możliwość, ażeby referencje, wystawione po terminie składania ofert, potwierdzały spełnianie warunków na dzień składania ofert, niemniej ww. referencje takiego potwierdzenia nie stanowią. W ich treści bowiem nie wskazano, w jakim terminie dostawy oraz obsługa zostały wykonane. Uprzednio natomiast wystawione referencje - nie obejmujące obsługi wskazywały, iż umowa nadal jest realizowana. Ponadto podkreślał fakt, iż zamawiający w treści SIWZ zażądał, ażeby wykonane dostawy i usługi w wymaganej wysokości obejmowały okres ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert. Natomiast już z samej treści oświadczenia złożonego w załączniku nr 4 do SIWZ wynika, iż rzekomo realizowane przez Grupę Kapitałową WONAM S.A. dostawy i usługi były wykonywane od 19 sierpnia 2008 r. do 2010 r., a więc w okresie ostatnich czterech lat przed terminem składania ofert. Referencje

nie wskazują natomiast, w jakich latach jakie usługi i dostawy oraz na jaką kwotę były realizowane. Odnosząc się w następnej kolejności do referencji wystawionych dnia 16 lutego 2011 r. przez Jastrzębską Spółkę Węglową odwołujący podnosił, iż przede wszystkim dotyczą one wyłącznie obsługi powierzchniowej i dołowej stacji centralnej klimatyzacji, a nie klimatyzacji grupowej, której dotyczyły postanowienia SIWZ. Zamawiający bowiem dokładnie sprecyzował, iż wykonawcy mają wykazać wykonanie wskazanych dostaw i usług w zakresie klimatyzacji grupowej, a nie centralnej, która stanowi inny typ klimatyzacji, i której wykonanie, jak i obsługa przedstawia się zgoła odmiennie, co potwierdza dołączony do niniejszego odwołania fragment publikacji Nikodema Szlęzaka dot. rodzajów układu klimatyzacji. Ponadto ww. referencje dotyczą okresu od 1 sierpnia 2007 r. do 16 lutego 2011 r. Z ich treści natomiast nie wynika, ażeby w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a więc w okresie od dnia 11 czerwca 2009 r. do dnia 11 czerwca 2012 r. została wykonana usługa polegająca na obsłudze klimatyzacji o wartości 1.000.000 zł. Uwzględniając natomiast powyższe uwagi uznał odwołujący, iż złożone referencje nie potwierdzają doświadczenia wybranego konsorcjum w zakresie obsługi klimatyzacji grupowej.

Podsumowując powyższe, odwołujący stwierdził, że oświadczenie i referencje nie potwierdzają, ażeby konsorcjum spełniało warunki udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia, co winno skutkować wykluczeniem ich z postępowania o udzielenie zamówienia. Ponadto z przedstawionych przez odwołującego dokumentów wynika, iż oświadczenia złożone w toku postępowania przez konsorcjum w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia zawierały nieprawdziwe informacje, albowiem Grupa Kapitałowa WONAM S.A. nigdy nie świadczyła usług w zakresie obsługi klimatyzacji grupowej, co zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp także winno prowadzić do ich wykluczenia.

Dalej odwołujący podnosił, iż nawet w przypadku uznania, iż konsorcjum nie podlega wykluczeniu z udziału w niniejszym postępowaniu, to złożona przez ww. wykonawców oferta podlegała odrzuceniu jako niezgodna z SIWZ, co także czyniło niedopuszczalnym dokonanie jej wyboru przez zamawiającego.

Odwołujący podkreślał iż zgodnie z rozdziałem II pkt IV d) SIWZ zespół maszynowy musi charakteryzować się współczynnikiem wydajności chłodniczej EER powyżej 4, na dowód czego zamawiający zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zażądał od wykonawców zawarcia w ofercie informacji o wielkości współczynnika EER oferowanego zespołu maszynowego potwierdzoną przez jednostkę certyfikującą. Natomiast z przedłożonych przez wykonawcę zarówno wraz z ofertą, jak i na wezwanie zamawiającego, dokumentów w żadnej mierze nie wynika – jak utrzymywał odwołujący, ażeby oferowany

przez konsorcjum zespół maszynowy spełniał powyższy wymóg. Odwołujący wskazał, iż konsorcjum dołączyło certyfikat, który dotyczy wyłącznie agregatów chłodniczych Carrier S.A., których konsorcjum nie zamierza wykorzystać w ramach realizacji zamówienia, a które stanowić ma jedynie bazę oferowanego przez konsorcjum zespołu maszynowego typu EX-d00-A/I 252/1,0/02.01. Jak wynika bowiem z oświadczenia spółki KOPEX Electric Systems S.A. z dnia 25 czerwca 2012 r., przedłożonego przez konsorcjum na wezwanie zamawiającego, ww. zespół maszynowy jedynie bazuje na urządzeniu produkcji Carrier typu 30XW-1252. Zgodnie natomiast z pismem Ośrodka Badań i Atestacji i certyfikacji OBAC Sp. z o.o. z dnia 9 maja 2012 r., również dołączonym przez konsorcjum na wezwanie zamawiającego - oferowany przez konsorcjum zespół maszynowy nie uzyskał jeszcze stosownego certyfikatu potwierdzającego posiadanie wymaganego przez zamawiającego współczynnika EER. Powyższe uwagi oznaczają natomiast, iż konsorcjum nie przedstawiło potwierdzenia spełniania przez zespół maszynowy warunków w zakresie współczynnika EER.

Ponadto, odwołujący na marginesie podnosił, iż wbrew treści SIWZ oferta konsorcjum nie zawierała osobnej informacji w przedmiocie wielkości współczynnika EER, gdyż informacja ta została zawarta jedynie w treści Opisu przedmiotu zamówienia, stanowiącej odrębną część oferty zgodnie z Rozdziałem I pkt 1.1 pkt 10 ppkt 13 SIWZ. Informacja taka nie została zawarta także w treści Certyfikatu przedstawionego przez konsorcjum.

Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe uwagi, odwołujący zauważył, iż z przedstawionych przez konsorcjum dokumentów nie wynika, ażeby oferowany przez wybranego wykonawcę zespół maszynowy spełniał wymagania zamawiającego zawarte w treści SIWZ, co oznacza, iż kwestionowana oferta jako nieodpowiadająca treści SIWZ zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp winna zostać odrzucona.

Odwołujący wskazał dalej, iż z ww. pisma Ośrodka Badań i Atestacji wynika, że oferowany zespół maszynowy jest dopiero w trakcie badań w zakresie procesu certyfikacji na zgodność z wymaganiami dyrektywy 94/9/WE- ATEX, a więc na możliwość użytkowania w przestrzeniach zagrożonych wybuchem, co oznacza, iż niewiadomym było, czy zespół ten na dzień składania ofert spełniał warunki oznaczone w treści rozdziału II pkt III ppkt 3 b i c SIWZ oraz czy w ogóle będzie je spełniał. Powyższe natomiast zdaniem odwołującego także powinno skutkować odrzuceniem oferty z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ, a więc niespełnianie przez oferowany zespół maszynowy wymagań technicznych sprecyzowanych w treści Rozdziału II SIWZ.

Mając na względzie wszystkie poczynione wyżej uwagi, odwołujący podnosił, iż uwzględniając charakter uchybień zamawiającego uznać należy, iż naruszenie przepisów ustawy Pzp miało istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, gdyż w

przypadku prawidłowego, a więc zgodnego z ww. regulacjami działania zamawiającego, nie doszłoby do wyboru oferty konsorcjum WONAM jako najkorzystniejszej.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 20 lipca 2012 r., przesłane przesyłką pocztową oraz za pośrednictwem faksu, dnia 26 lipca 2012 r. do postępowania odwoławczego w formie pisemnej zgłosił przystąpienie wykonawca wybrany konsorcjum firm: Grupa Kapitałowa „WONAM“ S.A., (lider) i WONAM Serwis Sp. z o.o., który wnosił o oddalenie odwołania, zaprzeczając zarzutom jakoby przedkładając uzupełnione referencje wystawione w dniu 25.06.2012 r. przez Katowicki Holding Węglowy S.A. KWK „Murcki -Staszic”, nie wykazał się wymaganym doświadczeniem, gdyż nie realizował fizycznie obsługi klimatyzacji w ramach konsorcjum. Przywołał wyrok z dnia 22 lutego 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 99/08, gdzie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że „bezsprzecznie konsorcjantowi przysługuje prawo posługiwania się dokumentami (referencjami) udzielanymi z tytułu zrealizowania zadań przez konsorcjum, do wykazania swego doświadczenia, co spełnia wymagania z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp. Istnieje także możliwość korzystania z referencji nabytych od poprzedników prawnych. Niepodważalnym jest także fakt, iż skoro konsorcjant odpowiada solidarnie za należyte wykonanie całego zamówienia, to logiczną konsekwencją tego faktu jest możliwość posługiwania się dokumentami (referencjami), poświadczającymi wykonanie zamówienia, za które ponosi pełną odpowiedzialność. Wnioskowanie przeciwne stanowiłoby bowiem całkowite zaprzeczenie idei konsorcjum i czyniłoby to tę instytucję de facto bezcelową”. Podobnie w wyroku z dnia 8 września 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 886/08, w którym Izba w pełni podzieliła dotychczasowe orzecznictwo: „Dlatego też w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia można posłużyć się referencjami wystawionymi na rzecz konsorcjum, którego było konsorcjantem. Analogicznie w wyrokach KIO/UZP 530/08, 393/09, 397/09, 1187/09. W świetle powyższego nie jest dopuszczalne ograniczenie możliwości wykazania się doświadczeniem przez uczestnika konsorcjum, tylko do zakresu faktycznie realizowanych czynności w ramach danego zamówienia (KIO/UZP 1301 i 1311/08). Wykonawcy przysługuje prawo do wykazania się doświadczeniem w realizacji całego zamówienia, nawet jeśli zostało zrealizowane w konsorcjum z innym podmiotem (KIO/UZP 111/09). Zbędne było zatem uzyskiwanie przez zgłaszającego przystąpienie zgody pozostałych konsorcjantów na posługiwanie się tymi referencjami. Odnośnie natomiast zarzutu niewykazania przez zgłaszającego przystąpienie spełnienia w dacie składania ofert, tj. w dn. 11.06.2012 r. warunku udziału w postępowaniu, gdyż uzupełnione referencje zostały wystawione w dacie 25.06.2012 r., a nie zawierają daty wykonywania usługi obsługi klimatyzacji, podnosił, że referencje dotyczą realizacji zadania pn. „Dostawa, montaż i obsługa klimatyzacji grupowej w polu S na poziomie 900 m i w polu AB na poziomie 720 m w pokładzie 510 dla potrzeb KHW SA. „KWK Staszic”, a więc na

rzecz zamawiającego. Zatem zamawiający miał pełną wiedzy co do przebiegu realizacji tego zadania. Natomiast przedstawione przez zgłaszającego przystąpienie referencje wystawione przez Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. na obsługę klimatyzacji centralnej spełniają stawiane przez zamawiającego wymogi, gdyż klimatyzacja centralna jest bardziej zaawansowanym technicznie rozwiązaniem; a więc wymagającym większej wiedzy i doświadczenia niż obsługa klimatyzacji grupowej. Odnośnie zaś podniesionego przez odwołującego zarzutu, że zgłaszający przystąpienie nie dołączył certyfikatu na temat współczynnika wydajności chłodniczej EER całego zespołu maszynowego, wyjaśniał, że przedstawiony certyfikat na agregaty chłodnicze jest wystarczający, gdyż, jak sam odwołujący zauważył, urządzenie to jest głównym elementem zespołu maszynowego i to właśnie ono decyduje o wartości przedmiotowego współczynnika. Dodał, że jest to zgodne z metodą określania współczynnika EER przyjętą przez międzynarodową organizację certyfikującą Eurovent na podstawie normy EN 14511-3:2011, co było zresztą wymagane w procedurze przetargowej ELP/KP/ka/4612 (2012) (odpowiedź 15 pismo KHW nr ELP/KP/Ka/4612/2012), a czego nie spełnił odwołujący w stosunku do oferowanego przez siebie zespołu maszynowego GMC 1000 produkcji WUCH- PZL Dębica S.A.

Izba postanowiła nie dopuścić konsorcjum firm: Grupa Kapitałowa „WONAM“ S.A., (lider) i WONAM Serwis Sp. z o.o., który wniósł przystąpienie z uchybieniem ustawowego terminu 3 dni, określonego w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp. Przystąpienie zgłasza się Prezesowi Izby w formie pisemnej lub elektronicznej, zatem przystąpienie przez konsorcjum WONAM uprzednio w dniu 23 lipca 2012 r. przystąpienia faksem – nie wywołało skutku prawnego. Liczy się termin wpływu pisma, a nie jego nadania przesyłką pocztową.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający uznał zarzuty odwołania za bezzasadne. Na rozprawie podnosił, że uczestnik byłego konsorcjum może się posługiwać nabytym przy realizacji zamówienia doświadczeniem całego konsorcjum. Uczestnik konsorcjum może się powoływać na nabyte doświadczenie w ramach konsorcjum jako jego własne doświadczenie. W umowie z KHW KWK „Staszic” złożonej jako dowód przez odwołującego nie ma mowy o jakiegokolwiek zgodzie na posługiwanie się doświadczeniem, a nawet gdyby była taka zgoda wymagana - to byłaby bezskuteczna. Jak wynika z umów przedłożonych przez zamawiającego trwały one obejmując ich łączny okres od sierpnia 2008 r. do listopada 2010 r., a obsługa urządzeń klimatyzacji grupowej trwała dłużej.

Zdaniem zamawiającego pozycja 1 wykazu konsorcjum WONAM według załącznika nr 4

zbieżna z pozycją nr 3 wykazu nr 4 załącznika odwołujący odnosi się zarówno do dostawy i montażu urządzeń klimatyzacji jak i obsługi urządzeń klimatyzacji grupowej. W ocenie zamawiającego konsorcjum WONAM dodatkowo przedstawiło w pozycji 2 uzupełnionej wykazu - obsługę klimatyzacji centralnej wraz z referencjami biorąc pod uwagę łączny zakres z pozycji 1, to wystarczyło aby uznać, że wykonawca ten spełnił warunki udziału w postępowaniu. Cała wartość dostaw i usług wynosiła ponad 27mln zł, natomiast referencja wydana przez KHW KWK „Murcki-Staszic” w uzupełnieniu danych poprzedniej referencji z dnia 19 sierpnia 2010 r. wyszczególnia, iż w skład prac wchodziła obsługa i konserwacja i wyodrębniła kwotę wartości tej usługi na ponad 4 mln zł, podaje okres świadczenia 24 miesiące po dacie montażu. Nawet biorąc pod uwagę usługi z pozycji 2 uzupełnionego wykazu usług konsorcjum WONAM różnice między klimatyzacją centralną, a grupową w opracowaniu prof. Ślęzaka są inne niż próbuje je przedstawić odwołujący. W ocenie zamawiającego klimatyzacja grupowa może istnieć samodzielnie, a może być elementem klimatyzacji centralnej. Agregaty mogą być zlokalizowane na powierzchni lub pod powierzchnią. W klimatyzacji grupowej muszą być pod powierzchnią, a w centralnej mogą być na i pod powierzchnią. Biorąc powyższe stwierdzenia zamawiający uznał, że również pozycja 2 z uzupełnionego wykazu poświadcza doświadczenie w zakresie obsługi urządzeń klimatyzacyjnych grupowych. Zamawiający podnosił, iż odwołujący pomylił pojęcia certyfikatu na spełnienie wymagań dyrektywy ATEX - dopuszczenia urządzeń w strefach dołowych zagrożonych wybuchem. Ten certyfikat był wymagany w momencie dostawy jako warunek dopuszczenia wyrobu w danych warunkach, natomiast współczynnik EER stanowiący parametr sprawności chłodniczej urządzenia miał być jedynie potwierdzony przez jednostkę certyfikującą, a zamawiający nie żądał wydania certyfikatu na sprawność urządzenia. Jeżeli nie było by certyfikatu przy dostawie na spełnienie wymagań dyrektywy ATEX uznałby ją za niekompletną i odmówił jej przyjęcia. Podkreślał, że nie żądał w SIWZ aby ta wielkość EER była podana przez jednostkę certyfikującą, ale żądał aby w ofercie była informacja na ten temat, tzn. wiążące oświadczenie wykonawcy podające wielkość tego wskaźnika nie mniejszą niż 4, a poza tym miało być jedynie potwierdzenie odnoszone do oferowanego wyrobu – przez jednostkę certyfikującą. Nie został ustanowiony obowiązek, aby było w certyfikacie albo jakiegokolwiek szczególnej formie. Każda forma potwierdzenia w związku z tym została uznana za właściwą i zgodną z SIWZ. W certyfikacie na stronie 233 oferty WONAM nie została podana wartość współczynnika EER, ale jest odesłanie do strony internetowej jednostki certyfikującej. Zostało dołączone zarówno stanowisko producenta KOPEX o wartości współczynnika wydajności chłodniczej 5,13 kW/kW jak i ośrodka certyfikacji OBAC, które wskazują na to, iż ten parametr jest osiągany przez agregat chłodniczy, na bazie którego jest oferowany zespół maszynowy przez WONAM. Określenie agregat chłodniczy czy zespół maszynowy może być używane zamiennie. Na stronie 237

oferty WONAM użyte jest określenie „agregat chłodniczy (zespół maszynowy)”. Ponadto w uzupełnieniu do pisma z 9 maja 2012r., pismem z 30 lipca 2012 r. OBAC wskazuje, że nie ma różnic dla współczynnika EER w wykonaniu przeciwwybuchowym, że różnice w konstrukcji agregatu 30XW przeznaczonego do pracy w podziemnych zakładach górniczych, nie wpływają na wielkość parametru współczynnika wydajności chłodniczej EER. Zespół maszynowy jest najistotniejszym elementem urządzeń klimatyzacyjnych i potwierdza to treść wyjaśnień zamawiającego na pytanie nr 8 z dnia 24 maja 2012r. Kładzie nacisk na określenie głównych maszyn i urządzeń oferowanego zespołu maszynowego, czyli odnosi to do agregatu. Również wynika to z zawartej w dokumentacji instrukcji obsługi producenta KOPEX. Określenia zespół maszynowy – zespół chłodniczy używane są zamiennie.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia z załącznikami i wyjaśnieniami oraz modyfikacjami, oferty konsorcjum WONAM, protokołu postępowania z załącznikami, wezwania zamawiającego do konsorcjum WONAM o uzupełnienie dokumentów, udzielonych odpowiedzi z załącznikami, dowody wnioskowane przez strony, dowód z załącznika nr 4 oferty odwołującego. Ponadto Izba rozważyła stanowiska pełnomocników stron, przedstawione do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła, co następuje.

Z akt postępowania w sprawie udzielenia zamówienia wynika, jak niżej.

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie projektu, dostawy, zabudowy i obsługi układu urządzeń chłodniczych pośredniego działania o znamionowej mocy chłodniczej minimum 1,0 MW dla KHW S.A. KWK „Mysłowice – Wesoła,” część I” „wykonanie projektu, dostawę, zabudowę i obsługę układu urządzeń chłodniczych dla KHW S.A. KWK „Mysłowice – Wesoła.”

SIWZ w Rozdziale I w punkcie 6 wykaz oświadczeń jakie wykonawca powinien dostarczyć w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału, podaje między innymi: w pkt 6.1 pkt 1, iż zamawiający żąda złożenia wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonywanych:

Dla części I - dostaw urządzeń klimatyzacji grupowej o mocy chłodniczej minimum 1 MW na kwotę łączną nie mniejszą niż 3.000.000,00 zł (trzy miliony złotych) oraz usługi obsługi klimatyzacji grupowej w wyrobiskach dołowych na kwotę łączną nie mniejszą niż 1.000.000 (jeden milion złotych), w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączeniem dokumentów, że dostawy, usługi te zostały wykonane, lub są wykonywane należycie (załącznik nr 4 do SIWZ).

Punkt 10.13.

Oferta musi obowiązkowo zawierać:

- c) wypełniony formularz OFERTA stanowiący załącznik nr 1 do SIWZ,
- e) opis przedmiotu zamówienia,
- h) wyciąg z dokumentacji techniczno – ruchowych, bądź instrukcję obsługi lub karty katalogowe głównych maszyn i urządzeń oraz dla części I schematy blokowe instalacji technologicznej w komorze agregatów.

Kryteria oceny ofert stanowią: cena, gwarancja i wydajność chłodnicza. W tym kryterium współczynnika wydajności chłodniczej zespołu maszynowego EER.

SIWZ w Rozdziale II Wymagania techniczne w punkcie IV.1.d) postanawia, że zamawiający nie dopuszcza dostawy zespołu maszynowego charakteryzującego się współczynnikiem wydajności chłodniczej EER poniżej 4 (współczynnik EER lub parametry mające wpływ na jego obliczenie muszą być potwierdzone przez jednostkę certyfikującą).

Załącznik nr 1 do SIWZ – OFERTA w punkcie 5 wymagał podania współczynnika wydajności chłodniczej EER dla części I.

W rozdziale IV Istotne postanowienia umowy. W § 8 Serwis i dokumentacja w odniesieniu do części I-ej, zamawiający wymagał w punkcie 3a i 3b, aby wraz z dostawą kompletnego urządzenia zostały dostarczone wszystkie niezbędne dokumenty wymagane przez obowiązujące przepisy w dniu realizacji przedmiotu umowy, do pracy przedmiotu umowy w warunkach dołowych kopalni, w pomieszczeniach ze stopniem „c” niebezpieczeństwa wybuchu metanu, w wyrobiskach zaliczonych do klasy B zagrożenia wybuchem pyłu węglowego, między innymi, deklaracja zgodności, świadectwo jakości, i karty gwarancyjne, instrukcje obsługi, konserwacji i napraw, DTR z zaznaczeniem na rysunkach środków ciężkości elementów(...). W § 10 wzoru umowy zostały przewidziane kary, w tym za odstąpienie przez zamawiającego od umowy z przyczyn zależnych od wykonawcy.

W odpowiedziach na pytania do SIWZ z dnia 24.05.2012 r. zamawiający na pytanie nr 8 o treści: „W rozdziale II SIWZ Wymagania techniczne w punkcie IV.1.d) postanowił, że nie dopuszcza dostawy zespołu maszynowego charakteryzującego się współczynnikiem wydajności chłodniczej EER poniżej 4 (współczynnik EER lub parametry mające wpływ na jego obliczenie muszą być potwierdzone przez jednostkę certyfikującą). Czy te wymogi dotyczą etapu składania oferty i mają zastosowanie do przedstawionych w niej dokumentów, tzn. z treści oferty i załączonych dokumentów musi wynikać spełnienie powyższych wymogów?” W odpowiedzi zamawiający powiadomił, że zmienia treść SIWZ w Rozdziale I w pkt I.1 pkt 10, ppkt 10.13. zapis ten otrzymuje następujące brzmienie:

Oferta obowiązkowo musi zawierać:

- c) wypełniony formularz OFERTA stanowiący załącznik do SIWZ,
- e) opis przedmiotu zamówienia,

h) wyciąg z dokumentacji techniczno – ruchowych, bądź instrukcji obsługi lub karty katalogowe głównych maszyn i urządzeń oraz dla części I schematy blokowe instalacji technologicznej w komorze agregatów. Informację o wielkości współczynnika EER oferowanego zespołu maszynowego, potwierdzoną przez jednostkę certyfikującą oraz oświadczenie o przystosowaniu zespołu maszynowego do specjalnych warunków pracy (...). Załącznik nr 4 do SIWZ stanowi Wykaz wykonanych w okresie ostatnich 3 lat dostaw/usług - obejmujący przedmiot zamówienia, termin realizacji z podaniem dat rozpoczęcia – zakończenia, wartość zamówienia i odbiorcy oraz załączeniem dokumentów wystawionych przez odbiorców, potwierdzających, że dostawy, usługi te zostały wykonane, lub są wykonywane należycie.

Termin składania ofert upłynął 11 czerwca 2012 r.

Oferty złożyli - na część I-ą:

Odwołujący – ocena oferty w kryteriach – 80,19 punktów,

Konsorcjum WONAM – ocena oferty w kryteriach – 96 punktów.

Zamawiający powiadomił wykonawców o wynikach postępowania w dniu 11.07.2012 r., podając: ww. wykonawcy spełnili warunki udziału w postępowaniu wymagane od wykonawców ubiegających się o zamówienie oraz dostarczyli dokumenty potwierdzające spełnienie tych warunków. Wykonawcy nie podlegają wykluczeniu (...). Oferty złożone w postępowaniu zostały sporządzone zgodnie z zasadami określonymi w (...) Pzp oraz spełniły wymagania określone w SIWZ. Oferty nie podlegają odrzuceniu.

Konsorcjum WONAM w wykazie dostaw w dokumentach oferty ujęło na część I:

- 1) dostawę, montaż i obsługę klimatyzacji grupowej w polu S na poziomie 900 m i w polu AB na poziomie 720 m w pokładzie 510 dla potrzeb KHW KWK „Murcki-Staszic” okres realizacji od 19.08.2010 r. wartość netto 27.052.450,20 zł,

oraz załączyło referencje wystawione przez KHW KWK „Murcki-Staszic” dnia 19.08.2010 r. poświadczające, że: „konsorcjum firm EUROTECH, Grupa Kapitałowa WONAM S.A. PPU WONAM Sp. z o.o. oraz COMPENSUS Sp. z o.o. wykonuje prace związane z inwestycją dostawa, montaż i obsługa klimatyzacji grupowej w polu S na poziomie 900 m i w polu AB na poziomie 720 m w pokładzie 510 dla potrzeb KHW KWK „Staszic” (...). Wymienione powyżej prace i dostawy były wykonane rzetelnie oraz zgodnie z dokumentacją techniczną, zostały odebrane przez kopalnię bez wnoszenia zastrzeżeń.”

W skład konsorcjum, które realizowało do roku 2010 prace na rzecz zamawiającego KWK „Staszic” wchodził lider konsorcjum ubiegającego się obecnie o zamówienie, to jest Grupa Kapitałowa WONAM S.A, co odwołujący przyznał.

Pismem z dnia 21.06.2012 r. zamawiający wezwał konsorcjum WONAM na podstawie art. 26

ust. 3 i 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień oraz uzupełnienia dokumentów, pisząc: pkt 3 – w załączonym do oferty wykazie dostaw/usług jest wpisana data realizacji usługi rozbieżna z treścią referencji, ponadto załączone referencje nie potwierdzają należytego wykonania usług obsługi klimatyzacji grupowej w wyrobiskach dołowych, zgodnie z zapisami SIWZ, Rozdział I, pkt 6.1.1.

Pkt 4. – wielkość współczynnika EER zaoferowanego zespołu maszynowego nie jest potwierdzona w załączonym certyfikacie, zgodnie z wymaganiami zamawiającego - zmiana treści SIWZ dokonana 24.05.2012 r.

W odpowiedzi z dnia 26.06.2012 r. konsorcjum WONAM przekazało zamawiającemu uzupełniony wykaz dostaw/usług z dnia 25.06.2012 r. obejmujący:

1. dostawę, montaż i obsługę klimatyzacji grupowej w polu S na poziomie 900 m i w polu AB na poziomie 720 m w pokładzie 510 dla potrzeb KHW KWK „Staszic” okres realizacji od 19.08.2008 r. do 2010 r. wartość netto 27.052.450,20 zł.
2. kompleksową obsługę powierzchniowej oraz dołowej stacji centralnej klimatyzacji do schładzania wyrobisk dołowych, okres realizacji od 1.08.2007 r. do 2011 r. wartość netto 3.333.527,00 zł. dla Jastrzębskiej Spółki Węglowej „KWK Budryk.”

- oraz załączyło referencje wystawione:

- 1) dla GK WONAM S.A. przez KHW S.A. KWK „Staszic” w dn. 25.06.2012 r., znak TW/72/2012, na całość zrealizowanego zadania w zakresie budowy i obsługi klimatyzacji grupowej, zarówno w zakresie dostaw, jak i obsługi, wykonywanych przez firmy stanowiące ówczesne konsorcjum, w tym odwołującego.
- 2) referencje wystawione dla WONAM Serwis Sp. z o.o. przez JSW S.A. KWK „Budryk” w dn. 16.02.2011 r., znak TM.62-25/11, na obsługę klimatyzacji centralnej, powierzchniowej oraz dołowej,
- 3) wyjaśnienie KOPEX Electric Systems S.A. z dn. 25.06.2012 r., znak KES/673/2012/HKP(H), dotyczące wystawionego przez Eurovent Certification - certyfikatu w zakresie wyników badań nt. współczynnika wydajności chłodniczej efektywności energetycznej (E.E.R), które nie są ujawniane w treści certyfikatu, a jedynie powszechnie udostępniane przez jednostkę certyfikującą na jej stronie internetowej (wyjaśnienie zawiera szczegółowy sposób wglądu na stronę www wraz z print screenami.

W referencjach – w odpowiedzi na pismo z dnia 16.02.2011 r. JSW S.A. KWK „Budryk” informowała:

„że firma „WONAM Serwis” Sp. z o.o. jest firmą zatrudnioną przez JSW S.A. KWK „Budryk” od roku 2007r. Powyższa firma zapewnia kompleksową obsługę powierzchniowej oraz dołowej stacji centralnej klimatyzacji do schładzania wyrobisk dołowych. Prace prowadzone

przez w/w firmę w zakresie podpisanej umowy wykonywane są w sposób rzetelny i profesjonalny z zachowaniem wyznaczonych przez kopalnię terminów i warunków bezpieczeństwa pracy. JSW S.A. KWK „Budryk” potwierdza należyte wykonanie usług bez reklamacji i zastrzeżeń co do jakości wykonanych prac.

Wartości dotychczas zrealizowanych kontraktów:

- Umowa nr 170985 z dnia 01.08.2007 r. - 1.700.000,00 zł. netto,
- Umowa nr 080900107 z dnia 06.03.2009 r. - 41.480.00 zł. netto,
- Umowa nr 081000135 z dnia 08.03.2010 r. - 792.047;00 zł. netto (zakończenie 28.02.2011).”

W referencjach z dnia 25.06.2012 r. zamawiający, tj. KHW KWK „Staszic” pisze: „Niniejszym potwierdza się, że konsorcjum firm „EUROTECH” Sp. z o.o., „WONAM” S.A., PPU „WONAM” Sp. z o.o. oraz „COMPENSUS” Sp. z o.o., wykonała prace związane z inwestycją pt: dostawa, montaż i obsługa klimatyzacji grupowej w polu S na poziomie 900 m i w polu AB na poziomie 720 m w pokładzie 510 dla potrzeb KHW S. A. KWK „Murcki – Staszic,” " Ruch Staszic " o wartości netto 27 052 450,20 zł.

Zakresem umowy było;

1. Dostawa i montaż maszyn i urządzeń podstawowych (m.in. agregatów chłodniczych o mocy 3 MW, chłodnic wyparnych, chłodnic chodnikowych 300kW, chłodnic ścianowych o mocy 35 kW, systemów sterowania wraz z monitoringiem, zestawów pompowych, wentylatorów WLE (...) za kwotę netto: 12 716 900,00 zł,
2. Dostawa i montaż osprzętu elektrycznego (m.in. transformatorów 400 kVA, 6/1 kV, wyłączników stycznikowych, przewodów zasilających i sterowniczych, szaf zasilających, lamp ognioszczelnych) za kwotę 2 038 969,00 zł,
3. Dostawa i montaż rurociągów preizolowanych i nieizolowanych (...), wraz z armaturą za kwotę 7 951 691,2 0 zł,
4. Obsługa i bieżąca konserwacja przez okres 24 miesięcy za kwotę 4 192 890,00 zł,
5. Pozostałe koszty w kwocie 152 000,00 zł.

Wymienione powyżej prace i dostawy były wykonane rzetelnie oraz zgodnie z dokumentacją techniczną, zostały odebrane przez Kopalnię bez wnoszenia zastrzeżeń.”

W odniesieniu do oferowanych urządzeń oferta konsorcjum WONAM w formularzu OFERTA pkt 5 podaje współczynnik wydajności chłodniczej EER dla części I w wielkości – 5,13 kW/kW.

Na stronach 80-89 oferty zawarta jest instrukcja obsługi grupa urządzenia wymiany ciepła agregat chłodniczy EH-FORCE Ex typ: EH-d00-A/.../1,0/ ...wydana przez KOPEX Electric Systems S.A.

Na stronie 233 -235 oferty WONAM widnieje oświadczenie firmy KOPEX, że do produkcji

agregatów chłodniczych EH FORCE EX wykorzystuje agregaty chłodnicze produkcji Carrier S.A. certyfikując je pod kątem urządzeń budowy p. wybuchowej (dyrektywy ATEX).

Z powodów jw. producent, jak i wykonawca przedstawił świadectwo certyfikacyjne Eurovent Certification Company nr 96.01.066, jako potwierdzenie przebadania zespołu maszynowego (agregatu chłodniczego) pod względem m.in. współczynnika EER. Wskazał stronę internetową zawierającą wyniki badań.

Na stronach 237-248 został przedstawiony Opis przedmiotu zamówienia – „zespołu maszynowego – agregatu chłodniczego” wraz z osprzętem elektrycznym - podający współczynnik wydajności chłodniczej/efektywności elektrycznej EER 5,13 kW/kW, opis dokonany przez producenta KOPEX Electric Systems S.A.

Producent - KOPEX Electric Systems S.A. w piśmie z dnia 25.06.2012 r. ponownie potwierdził parametr współczynnika wydajności EER na poziomie 5,13 kW/kW, załączając wyniki badań certyfikacyjnych oraz stanowisko Ośrodka Badań, Atestacji i certyfikacji OBAC z Gliwic, w piśmie z dnia 9 maja 2012 r., gdzie ośrodek ten potwierdza, że firma KOPEX Electric Systems S.A. złożyła zlecenie na certyfikację typoszeregu agregatów chłodniczych EH-FORCE Ex typ: EH-d00-A/.../1,0/ na zgodność z wymaganiami dyrektywy 94/9/WE – ATEX. Jednostka potwierdziła, że wyrób pozostaje w trakcie badań, oraz że jest wytwarzany na bazie agregatów chłodniczych typoszeregu 30xXW produkcji Carrier.

Odwołujący potwierdził, że w pozycji 3 wykazu usług, który załączył na stronie 34 swojej oferty ujął tę samą dostawę referencyjną co konsorcjum WONAM na rzecz KHW S.A. KWK „Staszic”, i że opis tej pozycji brzmi dostawa, montaż i obsługa klimatyzacji grupowej w polu S na poziomie 900 m i w polu AB na poziomie 720 m w pokładzie 510 dla potrzeb KHW KWK „Staszic”. Okres realizacji sierpień 2008 r. – październik 2010 r. Wartość zamówienia 13.006.420 zł. Wyjaśniał, że cała umowa z zamawiającym była na kwotę ponad 27mln zł, a odwołujący w swoim wykazie umieścił datę wykonywania tych prac przez jego firmę oraz na kwotę za jaką sam wykonał pracę w ramach tego zamówienia. Nie ujął dostaw wykonywanych przez firmę WONAM w ramach zawiązanego konsorcjum. Odwołujący przyznał, że w ramach całkowitego zakresu zamówienia z pozycji 3 jego wykazu zbieżnego z pozycją 1 wykazu konsorcjum WONAM mieściła się obsługa klimatyzacji grupowej wykonywana przez pracowników odwołującego.

Dowód z umowy regulującej współpracę podmiotów występujących wspólnie, której uczestnikami był odwołujący, konsorcjum Grupa Kapitałowa WONAM S.A., PPU WONAM Sp. z o.o. oraz COMPENSUS Sp. z o.o. na wykonanie usług dostaw na rzecz KHW S.A. KWK „Staszic” zawartej 10 czerwca 2008 r. na okoliczność podziału zadań między konsorcjantami, potwierdzał okoliczności bezsporne – podziału zadań między członkami konsorcjum, a więc nie wymagał oceny.

Dowód z załączonego wyciągu z opracowania N. Szlęzaka dotyczącego urządzeń klimatyzacyjnych w wyrobiskach i kopalniach na okoliczność różnic między klimatyzacją grupową i centralną, nie miał istotnego znaczenia dla sprawy, gdyż w skład dostawy/usługi referencyjnej z poz. 1 wykazu doświadczenia zawodowego konsorcjum WONAM wchodziła obsługa urządzeń klimatyzacji grupowej o odpowiedniej wartości, co zostało przyznane przez odwołującego, wobec opisu tej samej usługi w poz. 3 wykazu zał. 4 oferty odwołującego (str. 34).

Dowody z umów zawartych między ówczesnym konsorcjum, a zamawiającym KHW odnośnie klimatyzacji dla KWK „Staszic” na okoliczność zakresu treści, wartości i wykonania tych umów, potwierdzają, że zakresem zamówienia była objęta obsługa klimatyzacji grupowej – o wartości ponad 4 mln zł wykonywana przez 24 miesiące od zakończenia dostawy i montażu, mieszcząca się w okresie ostatnich trzech lat przed złożeniem oferty.

Dowód z pisma jednostki certyfikującej OBAC z dnia 30 lipca 2012 r. potwierdził deklarowany współczynnik wydajności EER zespołu maszynowego oferowanego przez WONAM.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący posiada legitymację do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ustawy Pzp, skoro wykazywał, że w wyniku zarzucanych wyżej niezgodnych z ustawą Pzp czynności i zaniechań zamawiającego uniemożliwiono mu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, narażając na poniesienie szkody w postaci utraty spodziewanego zysku z realizacji umowy.

Z poczynionych wyżej ustaleń faktycznych wynika, że wykonawca konsorcjum: Grupa Kapitałowa WONAM S.A. i WONAM Serwis Sp. z o.o., spełnił warunki udziału w postępowaniu przewidziane art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zakresie wiedzy i doświadczenia zawodowego. Złożone w dokumentach oferty oraz na wezwanie zamawiającego: wykaz dostaw/usług według Załącznika nr 4 wraz z referencjami potwierdzają bowiem zakres niezbędnego doświadczenia wykonawcy, przy realizacji wskazanych dostaw i prac w okresie ostatnich trzech lat i o podanej w SIWZ wartości. Nie jest przeszkodą wykazanie się dostawami, których okres częściowo wykraczał poza 3 lata przed wyznaczonym terminem złożenia oferty. Takie też dostawy referencyjne wskazywał sam odwołujący w swoim wykazie usług - nie wyodrębniając ich wartości.

Podstawą oceny oferty w tym przedmiocie - jest przede wszystkim oświadczenie własne wykonawcy co do zakresu prac/dostaw, czasu ich trwania i wartości - za których prawdziwość ponosi wszelką odpowiedzialność. Referencje, jak stanowi 1 § ust. 1 pkt 3

rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) – wymagane są na potwierdzenie należytego wykonania dostaw/usług ujętych w wykazie. Dokument referencji nie jest sformalizowany – wydawany jest grzecznościowo i nawet nie musi zawierać szczegółowego wyspecyfikowania zleconych prac, ich wartości oraz dat wykonania. Przedłożone referencje przez wykonawcę konsorcjum WONAM potwierdzają należyte wykonanie zleconych usług/dostaw przez zamawiającego KHW KWK „Staszic”, jak również przez Jastrzębską Spółkę Węglową. Odwołujący nie kwestionował, że dostawy/usługi ujęte w wykazie były realizowane przynajmniej z udziałem wykonawcy Grupa Kapitałowa WONAM S.A., ani nie kwestionował, że złożone referencje odnoszą się do dostaw/usług przedstawionych w tym wykazie.

Izba w całości podziela stanowisko zamawiającego, że konsorcjantowi przysługuje prawo posługiwania się dokumentami (referencjami) udzielanymi z tytułu zrealizowania zadań przez konsorcjum, do wykazania swego doświadczenia - w zakresie spełnienia wymagania z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Wykonawcy przysługuje zatem uprawnienie do wykazania się doświadczeniem w realizacji całego zamówienia, nawet jeśli zostało zrealizowane w konsorcjum z innym podmiotem, a wykonawca tylko w pewnym zakresie rzeczowym uczestniczył w jego realizacji. Przyjmuję się bowiem, że będąc uczestnikiem konsorcjum, wykonawca chociażby z tytułu ciężącej na nim odpowiedzialności solidarnej jest zaangażowany w pełni przy realizacji zamówienia i nabywa wiedzę i doświadczenie co do całości prac. Zbędne było uzyskiwanie przez konsorcjum WONAM zgody byłych konsorcjantów na posługiwanie się tymi referencjami. Są to bowiem uprawnienia własne wykonawcy, które może realizować samodzielnie. Zgoła odrębną instytucję stanowi na gruncie ustawy Pzp, możliwość udostępniania potencjału podmiotów trzecich statuowana w art. 26 ust. 2b tej ustawy, gdzie oznaczony potencjał, w tym w postaci wiedzy i doświadczenia może zostać oddany do dyspozycji wykonawcy ubiegającego się o zamówienie publiczne – zgodnie z wolą podmiotu udostępniającego.

Odnosnie natomiast zarzutu niewykazania przez konsorcjum WONAM spełnienia warunku udziału w postępowaniu w dacie składania ofert, tj. w dn. 11.06.2012 r., gdyż uzupełnione referencje zostały wystawione 25 czerwca 2012 r., a nie zawierają daty wykonywania usługi obsługi klimatyzacji, to pozostaje bez znaczenia, gdyż w istocie referencje dotyczą realizacji zadania pn. „Dostawa, montaż i obsługa klimatyzacji grupowej w polu S na poziomie 900 m i w polu AB na poziomie 720 m w pokładzie 510 dla potrzeb KHW S.A. „KWK Murcki -Staszic” i są powtórzeniem wcześniejszej referencji załączonej do oferty z dnia 19.08.2010 r. zawierają uzupełnienie w odniesieniu do wartości robót w rozbiu na dostawy i obsługę klimatyzacji grupowej. Deklarowany okres wykonywania tej obsługi – w

okresie ostatnich 3 lat przed wyznaczonym terminem złożenia ofert, potwierdzają w sposób niewątpliwy także inne omówione wyżej dowody.

Izba nie uwzględniła zarzutu, że wykonawca wybrany nie legitymuje się doświadczeniem w zakresie obsługi klimatyzacji grupowej. Przedłożone dokumenty poświadczają bowiem, że w skład dostawy referencyjnej wykazanej w pozycji 1 Zał. nr 4 oferty konsorcjum WONAM wchodziła obsługa klimatyzacji grupowej w polu S na poziomie 900 m i polu AB na poziomie 720 m w pokładzie 510 dla potrzeb KWH KWK „Staszic,” gdyż wynika to także z zakresu tej samej dostawy/usługi opisanego przez odwołującego w poz. 3 przedstawionego Załącznika 4. Powyższe czyniło bezprzedmiotowym odnośnienie się do kwestii podnoszonych przez odwołującego – zaznaczających odmienną naturę układów klimatyzacji grupowej od klimatyzacji centralnej, którą konsorcjum WONAM obsługiwało na zlecenie Jastrzębskiej Spółki Węglowej Kopalni „Budryk.” Izba uznała, iż ta pozycja uzupełnionego wykazu konsorcjum WONAM była nadwymiarowa, a zamawiający miał podstawy aby przyjąć, że konsorcjum WONAM spełniło wyznaczone warunki udziału w postępowaniu - wykazując dostawę i usługę referencyjną na rzecz KWH KWK „Staszic.”

Izba nie przychyliła się również do twierdzeń odwołującego, iż wybrana oferta winna ulec odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ - w nawiązaniu do zarzutu, że konsorcjum WONAM nie złożyło certyfikatu, czy też potwierdzenia jednostki notyfikowanej na zgodność oferowanego zespołu maszynowego z wymaganiami dyrektywy ATEX, w tym potwierdzenia deklarowanego przez producenta urządzenia wskaźnika sprawności chłodniczej na poziomie 5,13 kW/kW. Biorąc bowiem pod uwagę brzmienie ostatecznie ukształtowanej w drodze wyjaśnień SIWZ, że oferta obowiązkowo musiała zawierać:

c) wypełniony formularz OFERTA stanowiący załącznik do SIWZ,

e) opis przedmiotu zamówienia,

h) wyciąg z dokumentacji techniczno – ruchowych, bądź instrukcji obsługi lub karty katalogowe głównych maszyn i urządzeń oraz dla części I schematy blokowe instalacji technologicznej w komorze agregatów,

- ponadto informację o wielkości współczynnika EER (nie mniejszego niż 4 kW/kW) oferowanego zespołu maszynowego, potwierdzoną przez jednostkę certyfikującą (...), a także dokumenty przedstawione w zbiorze oferty i uzupełnione na wezwanie zamawiającego przez konsorcjum WONAM, należało stwierdzić, iż wybrany wykonawca zadośćczynił wskazanym SIWZ, przedstawiając dokumenty potwierdzające spełnienie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego.

W kontekście przytoczonych postanowień SIWZ, nie było podstaw do zarzutów, że

konsorcjum WONAM nie spełniło powyższych warunków - złożyło bowiem wszystkie wymienione wyżej dokumenty i informacje. Oferta WONAM według Formularza stanowiącego Zał. nr 1 do SIWZ zawiera stwierdzenie, że oferowany agregat chłodniczy charakteryzuje się współczynnikiem wydajności chłodniczej/efektywności energetycznej 5,13 kW/kW. Producent COPEX Electric Systems S.A. wielokrotnie w różnych miejscach przedłożonej instrukcji obsługi i dokumentacji zawarł oświadczenia, że współczynnik wydajności chłodniczej oferowanego przez konsorcjum WONAM agregatu chłodniczego/zespołu maszynowego wynosi 5,13 kW/kW, zatem jest wyższy od minimalnego wymaganego przez zamawiającego na poziomie 4 kW/kW.

Nie podlegało uwzględnieniu stanowisko odwołującego, że należało złożyć certyfikat, bowiem dla potrzeb złożenia oferty certyfikat jednostki notyfikowanej na zgodność wyrobu z wymaganiami dyrektywy ATEX nie był wymagany, lecz tylko informacja o wielkości współczynnika EER oferowanego zespołu maszynowego, potwierdzona przez jednostkę certyfikującą, a dokumenty takie i informacje zostały zawarte zarówno w zbiorze oferty jak i złożone na wezwanie zamawiającego. Zamawiający nie zmienił postanowień SIWZ – wzoru umowy, że dokumenty dopuszczające wyrób do użytku w oznaczonych wyrobiskach górniczych będą składane wraz z dostawą pod rygorem odstąpienia od umowy z winy wykonawcy. W tym mieści się certyfikat na potwierdzenie parametrów i wymagań przeciwwybuchowych według dyrektywy ATEX dla maszyn używanych w podziemnych wyrobiskach górniczych zagrożonych wybuchem metanu i pyłu węglowego. Parametr wydajności chłodniczej nie jest warunkiem wykonania przeciwwybuchowego maszyn. Standardowo jest podawany jako dane znamionowe urządzenia chłodniczego czy klimatyzacyjnego przez producentów tych wyrobów, z oznaczeniem klas wydajności EER, w oparciu o odrębne normy. Okoliczności podnoszone przez odwołującego, że proces certyfikacyjny na zgodność z wymaganiami dyrektywy ATEX oferowanego przez konsorcjum WONAM zespołu maszynowego jest w toku, nie miały znaczenia, gdyż firma KOPEX, do produkcji agregatów chłodniczych EH FORCE EX wykorzystuje agregaty chłodnicze produkcji Carrier S.A., certyfikując je pod kątem urządzeń budowy p. wybuchowej (dyrektywy ATEX). Taki też jest profil zleconych badań.

Ze względu na stawiane wymagania SIWZ, od których zamawiający nie może odstępować przy dokonywaniu oceny ofert - stwierdzenie Jednostki Certyfikującej OBAC, iż zespół maszynowy oferowany przez konsorcjum WONAM na bazie agregatu chłodniczego Carrier o oznaczeniach identyfikujących wyrób, jako objęty certyfikatem dla tegoż urządzenia, w tym wynikami badań potwierdzającymi parametr wydajności chłodniczej 5,13 – jest wystarczające. Ośrodek OBAC potwierdził ten parametr raz jeszcze w swoim oświadczeniu z dnia 30 lipca 2012 r., złożonym przez zamawiającego na rozprawie. Izba

podzieliła argumentację zamawiającego, iż nie żądał w SIWZ aby wielkość wskaźnika EER była podana przez jednostkę certyfikującą, ale żądał aby w ofercie była informacja na ten temat, tzn. wiążące oświadczenie wykonawcy podające wielkość tego wskaźnika nie mniejszego niż 4, a poza tym miało być jedynie potwierdzenie odnoszone do oferowanego wyrobu – przez jednostkę certyfikującą. Nie został ustanowiony obowiązek, aby było w certyfikacie albo jakiegokolwiek szczególnej formie. Każda forma potwierdzenia w związku z tym, musiała być uznana za właściwą i zgodną z SIWZ. W certyfikacie dla agregatu Carrier na stronie 233 oferty WONAM nie została podana wartość współczynnika EER, ale jest odesłanie do strony internetowej jednostki certyfikującej. Zostało dołączone zarówno stanowisko producenta KOPEX o wartości współczynnika wydajności chłodniczej 5,13 kW/kW jak i ośrodka OBAC, które wskazują na to, iż ten parametr jest osiągnięty przez agregat chłodniczy, na bazie którego jest oferowany zespół maszynowy przez WONAM. Określenie agregat chłodniczy czy zespół maszynowy może być używane zamiennie. Na stronie 237 oferty WONAM użyte jest określenie „agregat chłodniczy (zespół maszynowy)”. Ponadto w uzupełnieniu do pisma z 9 maja 2012 r., pismem z 30 lipca 2012 r. OBAC wskazuje, że nie ma różnic dla współczynnika EER w wykonaniu przeciwwybuchowym, że różnice w konstrukcji agregatu 30XW przeznaczonego do pracy w podziemnych zakładach górniczych, nie wpływają na wielkość parametru współczynnika wydajności chłodniczej EER. Również wynika to z zawartej w dokumentacji instrukcji obsługi producenta KOPEX. Określenia zespół maszynowy – zespół chłodniczy – agregat chłodniczy używane są zamiennie. Z tych też względów Jednostka Certyfikująca - Ośrodek Badań, Atestacji i Certyfikacji OBAC z Gliwic, wydając poświadczenie deklarowanej przez WONAM sprawności chłodniczej zespołu maszynowego typoszeregu agregatów chłodniczych EH-FORCE Ex typ: EH-d00-A/.../1,0/ (przy badaniach na zgodność z wymaganiami dyrektywy 94/9/WE – ATEX), wytwarzanego na bazie agregatów chłodniczych typoszeregu 30xXW produkcji Carrier, uznała swoje uprawnienie do oparcia się w tym względzie na wynikach badań certyfikacyjnych dla agregatu chłodniczego Carrier.

Postępowanie dowodowe nie potwierdziło trafności zarzutów naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, które miało istotny wpływ na wynik postępowania, tj:

- art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie polegające na prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
- art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 i art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez ich niezastosowanie polegające na niewykluczeniu w zakresie części I zamówienia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako konsorcjum spółek:

Grupa Kapitałowa „WONAM” S.A i WONAM Serwis Sp. z o.o., pomimo, iż nie wykazali oni spełniania warunków udziału w postępowaniu,

- art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 25 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie polegające na nieodrzczeniu w zakresie części I oferty konsorcjum spółek: Grupa Kapitałowa „WONAM” S.A. i WONAM Serwis Sp. z o.o., pomimo, iż nie odpowiadała ona treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

- art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez dokonanie w zakresie części I zamówienia wyboru oferty Grupa Kapitałowa „WONAM” S.A. i WONAM Serwis Sp. z o.o., podlegających wykluczeniu, i których oferta podlegała odrzuceniu.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Izba zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600,00 zł tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika stosownie do postanowień § 3 pkt 2b oraz § 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 rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....