

WYROK
z dnia 21 stycznia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Ronikier-Dolańska

Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 stycznia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 7 stycznia 2011 r. przez wykonawcę **Sandvic Mining and Construction sp. z o.o. w Tychach** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Kompanię Węglową S.A. w Katowicach**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru ofert najkorzystniejszych, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz dokonanie czynności wykluczenia wykonawcy KFG Mining Group sp. z o.o. z postępowania i odrzucenia jego oferty;

2. kosztami postępowania obciąża Kompanię Węglową S.A. w Katowicach i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez Sandvic Mining and Construction sp. z o.o. w Tychach oraz zasądza od Kompanii Węglowej S.A. w Katowicach na rzecz Sandvic Mining and Construction sp. z o.o. w Tychach kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty odwołującego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

.....

Uzasadnienie

Kompania Węglowa S.A., ul. Powstańców 30, 40 – 039 Katowice (adres do korespondencji: Kompania Węglowa S.A., Terenowa Delegatura Centrali, Centrum Wydobywcze Wschód, ul. Granitowa 16, 43 – 155 Bieruń) zwana dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie w celu zawarcia umów ramowych na remont podzespołów kombajnów chodnikowych dla oddziałów Kompanii Węglowej S.A. w 2011 r.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie przepisu art. 11 ust. 8 Pzp.

Postępowanie o udzielenie zamówienia wszczęto dnia 8 września 2010 r. publikując ogłoszenie o zamówieniu na stronie internetowej zamawiającego oraz w swojej siedzibie, co ustalono na podstawie protokołu postępowania: pkt 7 druku ZP-1. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 8 września 2010 r. pod numerem 2010/S 174 – 266291, zmienione ogłoszeniem z dnia 29 września 2010 r. opublikowanym pod numerem 2010/S 189 – 287768.

W dniu 27 grudnia 2010 r. zamawiający zawiadomił za pośrednictwem faksu wykonawcę Sandvik Mining Construction sp. z o.o., ul. Strefowa 10, 43 – 100 Tychy (dalej „odwołujący”) o złożeniu najkorzystniejszych ofert na realizację części 2 i 4 zamówienia przez odwołującego, Bumech S.A. oraz KFG Mining Group sp. z o.o.

Dnia 7 stycznia 2011 r. odwołujący wniósł odwołanie (wpływ bezpośrednio do Prezesa Izby potwierdzony prezentatą), kopię odwołania przekazując zamawiającemu za pośrednictwem faksu tego samego dnia.

Odwołanie zostało złożone wobec czynności i zaniechań zamawiającego niezgodnych z przepisami ustawy podjętych w toku przedmiotowego postępowania, którym odwołujący zarzucił naruszenie w szczególności art.7, art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4, art. 26 ust. 3 i 4, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 Pzp oraz innych przepisów wymienionych w uzasadnieniu odwołania lub z niego wynikających, w szczególności poprzez:

I. zaniechanie wykluczenia z postępowania Bumech S.A. w Katowicach oraz odrzucenia oferty przez niego złożonej, pomimo że wykonawca ten podał nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, a treść jego oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „siwz”);

II. zaniechanie wykluczenia z postępowania KFG Mining Group sp. z o.o. w Mikołowie (dalej „KFG”) oraz odrzucenia oferty przez niego złożonej, pomimo że wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, podał nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, a treść jego oferty nie odpowiada treści siwz.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

1. dokonania unieważnienia czynności wyboru ofert Bumech S.A. oraz KFG i zakwalifikowania ich do zawarcia umowy ramowej - w zadaniu nr 2 i 4;
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert - dla zadania 2 i 4;
3. wykluczenia Bumech S.A. oraz KFG z postępowania i odrzucenie ofert przez nich złożonych na podstawie okoliczności faktycznych i prawnych wskazanych w uzasadnieniu odwołania - w zadaniu nr 2 i 4 ewentualnie
4. z ostrożności procesowej w przypadku uznania, że oferty złożone przez Bumech S.A. i KFG nie podlegają odrzuceniu z powodu ich niezgodności z treścią siwz, a także podania nieprawdziwych informacji, nakazanie wezwania ww. wykonawców w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy do wyjaśnień i uzupełnień dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu i na potwierdzenie, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określonym w siwz.

W uzasadnieniu podsinionych zarzutów odwołujący wskazał, co następuje:

I. Nieposiadanie uprawnień do wykonywania określonej działalności pomimo, że przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania oraz składanie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania przez KFG - zadanie 2.

1. Powołując się na pkt. X.1 i XII siwz odwołujący wskazał, iż składając ofertę na zadanie 2 wykonawca nie będący producentem maszyny musiał przedstawić ocenę zdolności swojego zakładu remontowego. Wykonawca KFG nie jest producentem maszyn, których dotyczy przedmiot zamówienia dla zadania 2 (remont podzespołów kombajnów chodnikowych produkcji Sandvik), a zatem był zobowiązany do przedłożenia oceny zdolności zakładu remontowego wydanej przez jednostkę notyfikowaną. KFG przedłożył ocenę zdolności zakładu remontowego nr OBAC/Ex/018/OZR/10 wydaną przez Ośrodek Badań, Atestacji i Certyfikacji sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach (OBAC). Ocena ta została wydana dla zakładu remontowego IBS Industriemaschinen Bergbau Service GmbH z siedzibą w Bischofsheim/Rhon w Niemczech (dalej „IBS”), a wykonawca KFG był jedynie podmiotem wnoszącym o wydanie tego dokumentu. Tym samym dokument ten nie potwierdza posiadania przez KFG wymaganych przez przepisy prawa i siwz uprawnień. Z treści formularza ofertowego wynika bowiem, że oferta składana jest jedynie przez KFG, a nie w ramach konsorcjum z innym podmiotem. Skoro z treści oferty nie wynika, że KFG posiada wymagane uprawnienia do realizacji zamówienia, to tym samym KFG nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu i jako taki podlega wykluczeniu, a jego oferta odrzuceniu.

2. Z ostrożności procesowej odwołujący wskazał, iż wykonawcy nie mogą polegać na uprawnieniach podmiotu, któremu nie przysługuje status wykonawcy. Przepis art. 26 ust. 2b Pzp przewiduje jedynie możliwość polegania na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, nie wymienia przy tym uprawnień. Oznacza to, iż KFG nie może wskazywać uprawnień innego podmiotu na potwierdzenie spełniania przez siebie warunków udziału w postępowaniu. Nawet jeśli by przyjąć, że IBS udostępniła KFG (co nie zostało w żaden sposób udowodnione) swój potencjał, doświadczenie i wiedzę to i tak w świetle postanowień przepisów ustawy i siwz jest to niemożliwe w zakresie posiadanych uprawnień. Z ostrożności procesowej wnoszący odwołanie dodał, że IBS nie może być potraktowany jako członek konsorcjum, a oferta złożona przez KFG jako oferta złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. KFG w sposób jednoznaczny wskazał, iż wykonawcą jest tylko on, a ponadto do oferty zostały dołączone dokumenty dotyczące IBS tylko te, których zamawiający wymagał dla podwykonawców (pkt XII ppkt 5 siwz), jednocześnie brak jest pełnomocnictwa dla KFG, o którym mowa w art. 23 Pzp. Wszystkie te okoliczności wskazują w sposób nie budzący wątpliwości, iż ofertę złożył KFG samodzielnie, a nie w ramach konsorcjum.

3. KFG przedłożył ponadto autoryzację wystawioną dla siebie przez IBS jako producenta kombajnów chodnikowych. IBS nie jest jednak producentem kombajnów chodnikowych, których podzespołów dotyczy remont objęty zadaniem. Producentem kombajnów chodnikowych, których remont podzespołów jest przedmiotem zamówienia na zadanie nr 2, jest Sandvik. Tym samym dokument ten w żaden sposób nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu ani także faktu dysponowania odpowiednim potencjałem, wiedzą i doświadczeniem IBS przy realizacji niniejszego zamówienia.

4.KFG oświadczyło, że posiada niezbędne uprawnienia do wykonywania działalności związanej z realizacją zamówienia, a z oferty i dokumentów dołączonych do odwołania wynika, że nie posiada takowych uprawnień. Tym samym wykonawca podał nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania. Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy w przypadku, gdy wykonawca złoży nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania podlega wykluczeniu z postępowania.

II. Niepotwierdzenie spełniania warunku w zakresie doświadczenia przez KFG w zakresie zadania 2 i 4.

1. Odwołujący powołał pkt X. 2 ppkt 1 siwz oraz pkt XIII.1 siwz podnosząc, iż KFG przedłożył wraz z ofertą wykaz wykonanych usług dla zadania 2, w którym jako podmiot wykonujący usługę został wskazany IBS. Jednocześnie wykonawca nie wskazał podstawy korzystania z doświadczenia IBS. W wykazie zrealizowanych usług znalazły się: naprawa obrotnicy do kombajnu AM75 i remont elementów kombajnu AM 105/011. Jednakże do oferty nie zostały dołączone dokumenty potwierdzające, że usługi te zostały wykonane należycie.

2.Odwołujący przytoczył dotyczący zadania 4 pkt X. 2 ppkt 1 wers 4. siwz oraz pkt XIII.1 siwz wskazując, iż w wykazie dla zadania 4 KFG podał wykonanie „remontu i dostawy siłowników do kombajnu AM65” o wartości zamówienia netto: 62 000 zł. Wykonawca nie wskazał jednak jaka jest wartość remontu, lecz całościowo określił wartość remontu i dostawy siłowników. Zamawiający natomiast postawił warunek dotyczący wartości samej usługi (bo to jest przedmiot zamówienia). Tym samym na podstawie przedstawionego wykazu zamawiający nie może dokonać oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu. Ponadto KFG przedstawił „Dowód dostawy” nr 15/07/10 wystawiony przez Bumech S.A. Dokument ten potwierdza jedynie dokonanie dostawy, a nie remontu. Dokument ten zatem nie może być uznany za dokument potwierdzający należyte wykonanie usługi remontu.

III. Niezgodność treści oferty KFG z siwz.

Odwołujący odnosząc się do pkt. VIII siwz (Podwykonawstwo) dotyczącego zadania 2 i 8 stwierdził, iż zamawiający nie dopuszcza możliwości powierzenia części zamówienia podwykonawcom. Zgodnie z pkt. XI.5 siwz natomiast jeżeli wykonawca wykazując spełnienie

warunków, o których mowa w pkt. X siwz, polega na zasobach innych podmiotów, a te podmioty będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający żąda od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w punkcie XI ust. 2, 3 i 4 (tj. aktualny odpis z rejestru, zaświadczenie o niezaleganiu z opłacaniem podatków oraz składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne). Wykonawca KFG przedłożył ww. dokumenty dotyczące IBS, co wskazuje, iż IBS będzie podwykonawcą przy realizacji zamówienia - jeżeli byłoby inaczej wykonawca nie przedstawiłby powyższych dokumentów IBS. Na fakt, iż IBS będzie podwykonawcą wskazuje także okoliczność przywoływania w wykazie zrealizowanych usług, zamówień wykonanych przez IBS. Wykonawca, by mógł się powoływać na doświadczenie innego podmiotu, musi udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Powoływanie się na doświadczenie podmiotu trzeciego (to jest takiego, który nie ma statusu wykonawcy w rozumieniu ustawy) jest dopuszczalne tylko wówczas, gdy podmiot ten będzie realizował zamówienie i to w tym zakresie, w jakim udostępniał swoje doświadczenie. Skoro zamawiający zakazał udziału podwykonawców w realizacji zamówienia w zakresie zadania 2 to oferta KFG, która przewiduje de facto realizację zamówienia przy udziale podwykonawcy, podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

IV. Podanie przez KFG i Bumech S.A. nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania.

1. Odnosząc się do treści art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy odwołujący podniósł, że przepis ten, poza samym faktem złożenia informacji nieprawdziwej, dla swojej skuteczności nie odnosi się do żadnych dodatkowych okoliczności, które muszą zaistnieć po stronie wykonawcy, np. jego zamiaru, stopnia winy lub stanu świadomości. Norma ta nie uzależnia skuteczności wykluczenia od poprzedzającego ten fakt zastosowania art. 26 ust. 4 ustawy. Z uwagi na jednoznaczne brzmienie przedmiotowego przepisu, podanie nieprawdziwej informacji nie podlega wyjaśnieniu/uzupełnieniu.

2. Przytaczając pkt XVI ppkt 2 siwz (dotyczy zadania 2) wnoszący odwołanie stwierdził, iż zamawiający chciał mieć pewność, że w przypadku dokonywania remontu przez podmiot inny niż producent deklaracja zgodności wystawiona na maszynę zachowa swą ważność, gdyż w przeciwnym wypadku nie mógłby z niej korzystać do czasu dokonania ponownej oceny zgodności.

3. KFG na stronie 69 swojej oferty złożyło oświadczenie potwierdzające powyższą okoliczność, jednakże biorąc pod uwagę udzieloną odwołującemu autoryzację przez producenta jak i samą treść deklaracji zgodności wystawioną dla maszyny,

która będzie remontowana, oświadczenie KFG należy uznać za nieprawdziwe. Niemożliwe jest bowiem takie dokonanie naprawy maszyny, aby deklaracja zgodnością na nią nie straciła swojej ważności, a tym samym po każdej naprawie zamawiający zobowiązany będzie do dokonywania ponownej oceny zgodności i wprowadzania wyrobu do obrotu. Zgodnie bowiem z deklaracją zgodności WE wystawioną na kombajny chodnikowe, których naprawy dotyczy postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego „w przypadku niezgodnionej zmiany stanu maszyny niniejsza deklaracja traci swoją ważność”. Natomiast zgodnie z przepisami właściwymi dla dopuszczenia kombajnu do obrotu dokumentem koniecznym dla takiego dopuszczenia jest deklaracja zgodności. W przypadku, gdy remontu nie wykonuje producent lub podmiot przez niego upoważniony, wówczas konieczny jest udział jednostki notyfikowanej w dopuszczeniu urządzenia remontowanego. Jeśli podmiot nie jest upoważniony przez producenta, a posiada ocenę zdolności do wykonywania remontów, to nie może potwierdzać za producenta, że wyrób odpowiada poświadczeniu w karcie ewidencyjnej. Tym samym dokonanie remontu przez KFG bądź przez Bumech S.A. będzie powodowało dokonanie ponownego wprowadzenia wyrobu do obrotu - co było wykluczone wymaganiami siwz. Zarzut ten może być potraktowane nie tylko jako składanie nieprawdziwych informacji, ale także jako niezgodność treści oferty z treścią siwz.

4. Jednocześnie wskazać należy, iż ani KFG, ani Bumech S.A. nie może posiadać w sposób całkowicie legalny dokumentacji technicznej i wykonawczej oraz instrukcji użytkowania, a tym samym nie mogą składać oświadczenia, że remont elementu/podzespołu będzie wykonany w celu przywrócenia parametrów określonych w DTR/instrukcji użytkowania.

V. Zarzuty dotyczące oferty Bumech S.A.

1. Wskazując na pkt XVI siwz odwołujący podkreślił, iż Bumech S.A. nie jest producentem maszyn, których dotyczy przedmiot zamówienia dla zadania 2 (remont podzespołów kombajnów chodnikowych produkcji Sandvik) i 4 (remont siłowników hydraulicznych kombajnów chodnikowych produkcji Sandvik), a zatem Bumech S.A. był zobowiązany do przedłożenia wypełnionego załącznika nr 8b do siwz. Wykonawca załączył do oferty deklarację stanowiącą załącznik nr 8b, jednakże nie została ona prawidłowo uzupełniona. Wykonawca nie wskazał przedmiotu zamówienia ani numeru zlecenia. W przypadku uznania, że dokument ten został złożony, odwołujący podtrzymuje argumentację przedstawioną w stosunku do KFG, a dotyczącą podania nieprawdziwych informacji w tym zakresie. Bumech S.A. podobnie jak KFG nie może dokonać naprawy urządzenia w sposób, w który nie pozbawiłby go ważnej deklaracji zgodności, a tym samym konieczne będzie po każdej naprawie ponowne wprowadzenie wyrobu do obrotu.

VI. Niezgodność treści oferty KFG i Bumech S.A. z treścią siwz.

1. Zgodnie z pkt. VI załącznika nr 1 do siwz (Szczegółowy zakres zamówienia) zamawiający wskazał, iż „poza cennikami z cenami jednostkowymi za wykonanie remontu podstawowego

złożonymi na formularzu ofertowym (załącznik nr 2 do siwz) oferta może zawierać wypełniony załącznik nr 9 do siwz (Cennik), który w ocenie Wykonawcy daje możliwość złożenia oferty w postępowaniu wykonawczym i wykonania remontu poszerzonego w odniesieniu do każdego zadania, na które została złożona oferta. Dodatkowo Wykonawca może dołączyć do oferty cennik części zamiennych i podzespołów poremontowych, stanowiących załącznik nr 10 do siwz. Brak możliwości oceny oferty w postępowaniu wykonawczym spowoduje jej odrzucenie. Cenniki z formularza ofertowego oraz dodatkowe muszą być dołączone do oferty w wersji papierowej oraz elektronicznej (format pliku .xls programu MS Excel na płycie CD-ROM czcionka Times New Roman 12). Cenniki dodatkowe należy opracować na wzorach stanowiących załącznik nr 9 i 10 do siwz". Zgodnie natomiast z pkt. III ppkt 4 siwz „oferta cenowa zamówienia wykonawczego nie może być mniej korzystna od warunków określonych w umowie ramowej”. Oznacza to, iż zamawiający dokonując oceny ofert w zamówieniach wykonawczych musi mieć możliwość ich oceny także w tym zakresie tj. czy cena oferty jest niższa od ceny zaoferowanej w postępowaniu na zawarcie umowy ramowej. Jak wskazał zamawiający, brak możliwości oceny oferty w postępowaniu wykonawczym, spowoduje jej odrzucenie. Innymi słowy w przypadku, gdy oferta w postępowaniu na umowę ramową nie zawiera wszystkich cen dla wykonania remontu poszerzonego, to niemożliwym będzie dokonanie ich oceny w postępowaniu wykonawczym.

2. Zarówno oferta KFG jak i Bumech S.A. nie zawiera wszystkich cen dla wykonania remontu poszerzonego, a tym samym niemożliwym będzie dokonanie ich oceny w postępowaniu wykonawczym. Oznacza to, iż zgodnie z zastrzeżeniem dokonany przez zamawiającego obie oferty powinny zostać odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Na rozprawie w dniu 20 stycznia 2011 r. zamawiający uwzględnił zarzuty wskazane w pkt. II odwołania (nieposiadanie przez KFG uprawnień do wykonywania określonej działalności pomimo, że przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania – zadanie 2), pkt. III odwołania (niepotwierdzenie spełniania warunku w zakresie doświadczenia przez KFG), pkt. IV odwołania (niezgodność treści oferty KFG z siwz). Zamawiający nie uwzględnił zarzutu, że KFG złożyło nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania wskazując, iż zarzut ten jest bezprzedmiotowy wobec uznania przez zamawiającego, iż wykonawcę KFG należy wykluczyć z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp (nie wykazał, że posiada wymagane uprawnienia) oraz odrzucić jego ofertę jako niezgodną z siwz (art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp, bowiem zamawiający nie dopuścił w zakresie zadania 2 powierzenia realizacji zamówienia podwykonawcom). Zamawiający nie uwzględnił żadnego z zarzutów dotyczącego Bumech S.A. Wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, argumentując, iż odwołujący nie ma interesu w uzyskaniu zamówienia, gdyż powinien być

wykluczony z postępowania, co zamawiający stwierdził na podstawie dokumentów przedłożonych przez odwołującego na rozprawie.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości.

Uwzględniając załączoną do akt sprawy dokumentację przedmiotowego postępowania jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, Izba ustaliła co następuje:

Zamawiający – jak wynika z pkt.III.1 oraz IV siwz – zamierza zawrzeć umowy ramowe na 8 części zamówienia w tym część 2 obejmującą remont podzespołów kombajnów chodnikowych produkcji Sandvic oraz część 4 - remont silników hydraulicznych kombajnów chodnikowych produkcji Sandvic. Szczegółowy zakres przedmiotu zamówienia oraz wymagania prawne i techniczno – użytkowe określono w załączniku nr 1 do siwz (pkt III.11 siwz). Każdy z wykonawców był uprawniony do złożenia oferty zarówno na jedną, jak i na większą liczbę zadań (pkt IV siwz).

Dla urządzeń budowy przeciwybuchowej nie została dopuszczona możliwość powierzenia części zamówienia podwykonawcom. Pod pojęciem podwykonawcy zamawiający rozumie każdą osobę trzecią przy pomocy której wykonawca na podstawie umowy cywilnoprawnej wykonuje zamówienie. Podwykonawcą nie jest osoba trzecia, która będzie dostarczać materiały, sprzęt bądź świadczyć usługi niezbędne w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia (pkt VIII siwz).

W pkt. X.1 siwz zamawiający postanowił, iż w odniesieniu m.in. do zadania 2 o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy którzy posiadają uprawnienia do wykonywania remontów urządzeń budowy przeciwybuchowej w zakresie nie mniejszym niż przedmiot zamówienia tj. są producentem przedmiotu zamówienia lub posiadają ocenę zdolności zakładu remontowego w zakresie nie mniejszym niż przedmiot zamówienia, wydaną przez jednostkę notyfikowaną. W celu potwierdzenia opisanego w pkt. X.1 siwz warunku zamawiający wymagał, w przypadku wykonawcy nie będącego producentem maszyny lub urządzenia, których przedmiot zamówienia dotyczy – dołączenia do oferty oceny zdolności zakładu remontowego do wykonywania remontów (w zakresie nie mniejszym niż przedmiot zamówienia), wydanej przez jednostkę notyfikowaną ważną w dniu otwarcia ofert przez cały okres realizacji zamówienia (pkt XII.2 siwz).

Niezbędne było także, aby wykonawcy w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonali usługi odpowiadające swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia (tj. wykonywali remonty lub modernizacje w zakresie podzespołów kombajnów chodnikowych) o łącznej wartości nie mniejszej niż: zadanie 2 – 70 000 zł netto, zadanie 4 – 6 000 zł netto (pkt X.2 siwz). W celu potwierdzenia opisanego w pkt. X.2 siwz warunku wymagane było przez zamawiającego załączenie wykazu usług wykonanych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie (z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców) odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia (określono w pkt. X.2 siwz) o łącznej wartości nie mniejszej niż określona w pkt. X.2 siwz oraz dokumentów potwierdzających, że usługi te wykonane zostały należycie, zgodnie z załącznikiem nr 3 do siwz (pkt XIII.1 siwz). W przypadku składania oferty na więcej niż jedno zadanie wartość netto wykonanych usług przez wykonawcę w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, nie może być mniejsza od sumy wartości usług określonych przez zamawiającego dla poszczególnych zadań, na które wykonawca składa ofertę.

Zamawiający w pkt. XIV.2 siwz zobowiązał także wykonawców do złożenia wraz z ofertą, w celu potwierdzenia, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określonym w załączniku nr 1 do siwz w odniesieniu do urządzeń budowy przeciwwybuchowej (m.in. zadanie 2), jeżeli remont przeprowadzony będzie przez wykonawcę posiadającego ocenę zdolności do wykonania remontu, wydaną przez jednostkę notyfikowaną – deklaracji wystawionej przez wykonawcę zgodnie z załącznikiem nr 8b do siwz, stwierdzającej, że:

- a) remont elementu/podzespołu będący przedmiotem niniejszego postępowania, wykonany będzie zgodnie z dobrą praktyką inżynierską, w celu przywrócenia parametrów określonych w DTR/instrukcji użytkowania. Maszyna lub urządzenie, w których zastosowany zostanie wyremontowany element/podzespół będą posiadały poziom bezpieczeństwa, co najmniej równy poziomowi bezpieczeństwa wymaganego przez pierwotne regulacje będące podstawą wprowadzenia maszyny/urządzenia do obrotu,
- b) remont będący przedmiotem niniejszego postępowania, wykonany będzie w sposób gwarantujący bezpieczną eksploatację wyremontowanego podzespołu/elementu

i nie spowoduje wytworzenia nowej maszyny/urządzenia - w związku z tym nie będzie wymagane dokonanie ponownego wprowadzenia wyrobów do obrotu, zgodnie z aktualnie obowiązującym stanem prawnym.

W odniesieniu do urządzeń budowy zwykłej (m.in. zadanie 4) w pkt. XVI.6 zostało wskazane, że jeżeli remont przeprowadzony będzie przez wykonawcę posiadającego ocenę zdolności do wykonania remontu, wydaną przez jednostkę notyfikowaną, należy złożyć deklarację wystawioną przez wykonawcę zgodnie z załącznikiem nr 8b do siwz, stwierdzającą, że:

- a) remont elementu/podzespołu będący przedmiotem niniejszego postępowania, wykonany będzie zgodnie z dobrą praktyką inżynierską, zastosowaniem oryginalnych części zamiennych wykonanych wg rysunku producenta maszyny/urządzenia oraz części zamiennych katalogowych wykonanych wg rysunku innego podmiotu niż producent maszyny/urządzenia ujętych w wykazie części zamiennych DTR /instrukcji użytkowania maszyny/urządzenia lub certyfikowanych części zamiennych, substytucyjnych z oryginalnymi i katalogowymi, o tych samych parametrach technicznych, spełniających wymagania aktualnych norm i przepisów, posiadających certyfikaty zgodności, potwierdzające spełnienie powyższych wymagań, wydane przez akredytowane jednostki certyfikujące. Maszyna lub urządzenie, w których zastosowany zostanie wyremontowany element/podzespół będą posiadały poziom bezpieczeństwa, co najmniej równy poziomowi bezpieczeństwa wymaganego przez pierwotne regulacje będące podstawą wprowadzenia maszyny/urządzenia do obrotu,
- b) remont będący przedmiotem niniejszego postępowania, wykonany będzie w sposób gwarantujący bezpieczną eksploatację wyremontowanego podzespołu/elementu i nie spowoduje wytworzenia nowej maszyny/urządzenia - w związku z tym nie będzie wymagane dokonanie ponownego wprowadzenia wyrobów do obrotu, zgodnie z aktualnie obowiązującym stanem prawnym.

Dalej w siwz zamawiający ustalił, iż oferta cenowa zamówienia wykonawczego nie może być mniej korzystna od warunków określonych w umowie ramowej (pkt III.4 siwz).

Cenę oferty należało podać w tabeli Formularza ofertowego zgodnie z załącznikiem nr 2 (wzór załączono do siwz). We wzorze wymienione zostały w ujęciu tabelarycznym (z podziałem na poszczególne zadania) zakresy remontu podstawowego (nazwa remontowanego elementu, cena jednostkowa, stawka VAT w %, cena jednostkowa brutto). W pkt. 4 Formularza ofertowego zamawiający wymagał podania informacji, (w formule dołączono/ nie dołączono* - niepotrzebne skreślić) czy do oferty dołączono cennik z cenami

części zamiennych i podzespołów nowych oraz czynności remontowych (w zakresie zapewniającym możliwość wykonania remontu w zakresie poszerzonym w odniesieniu do każdego zadania, na które została złożona oferta). Analogiczne postanowienie zostało sformułowane w pkt. 5 w odniesieniu do części zamiennych i podzespołów poremontowych. W pkt. 10 formularza ofertowego zamawiający zawarł oświadczenie wykonawcy, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, przy czym w odniesieniu do zadania 2 i 8 doprecyzowano, iż wykonawca posiada uprawnienia do wykonywania remontów urządzeń budowy przeciwwybuchowej w zakresie nie mniejszym niż przedmiot zamówienia tj. jest producentem przedmiotu zamówienia lub posiada ocenę zdolności zakładu remontowego w zakresie nie mniejszym niż przedmiot zamówienia, wydaną przez jednostkę notyfikowaną. Z pkt. 9 d) oraz g) formularza ofertowego wynika oświadczenie wykonawców, że odpowiednio zapoznali się z „Regulaminem określającym sposób postępowania o udzielenie zamówień kompanii Węglowej S.A.” oraz „Instrukcją dla Wykonawców zewnętrznych” obowiązującą w trakcie wykonywania prac zleconych przez KW S.A. zamieszczoną na stronie internetowej zamawiającego.

W pkt. VI załącznika nr 1 do siwz zamawiający wskazał, iż poza cennikami z cenami jednostkowymi za wykonanie remontu podstawowego złożonymi na formularzu ofertowym (załącznik nr 2 do siwz) oferta może zawierać wypełniony załącznik nr 9 do siwz (Cennik), który w ocenie wykonawcy daje możliwość złożenia oferty w postępowaniu wykonawczym i wykonania remontu poszerzonego w odniesieniu do każdego zadania, na które została złożona oferta. Dodatkowo wykonawca może dołączyć do oferty cennik części zamiennych i podzespołów poremontowych, stanowiących załącznik nr 10 do siwz. Brak możliwości oceny oferty w postępowaniu wykonawczym spowoduje jej odrzucenie. Cenniki z formularza ofertowego oraz dodatkowe muszą być dołączone do oferty w wersji papierowej oraz elektronicznej (format pliku .xls programu MS Excel na płycie CD-ROM czcionka Times New Roman 12). Cenniki dodatkowe należy opracować na wzorach stanowiących załącznik nr 9 i 10 do siwz. Wzory wymienionych załączników zostały sporządzone w formie tabelarycznej: nazwa części zamiennej/podzespołu, nr rysunku, cena jednostkowa netto w PLN oraz nazwa czynności remontowej, nr czynności i cena jednostkowa netto. Zamawiający nie wskazał wykonawcom, jakie czynności remontowe/części zamienne/podzespoły powinni uwzględnić w cennikach.

Odpowiadając na tak ukształtowane postanowienia siwz ofertę na zadanie 2 i 4 złożył odwołujący, KFG oraz Bumech S.A.

Do oferty KFG załączone zostały następujące dokumenty:

- ocena zdolności zakładu remontowego nr OBAC/Ex/018/OZR/10 wydana przez Ośrodek Badań, Atestacji i Certyfikacji sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach dla zakładu remontowego IBS, a KFG został wskazany jako wnioskodawca (k. 37 – 38 oferty),
- wykaz wykonanych usług dla zadania 2, w którym wskazano naprawę obrotnicy do kombajnu AM75 (122 935,77 zł) oraz remont elementów kombajnu AM105/011 (137 830,11 zł), a jako podmiot wykonujący usługi IBS (k. 40 oferty),
- wykaz wykonanych usług dla zadania 4, w którym wskazano remont i dostawę siłowników do kombajnu AM65 o wartości 62 000 zł zrealizowaną na rzecz Bumech S.A. (k. 41 oferty),
- dowód dostawy z dnia 19 lipca 2010 r. potwierdzający dostawę przez KFG dwóch siłowników podnoszenia organu AM65 (k. 45 oferty),
- zlecenie w dniu 17 czerwca 2008 r. IBS naprawy kombajnu AM75 (k. 47 oferty),
- zlecenie w dniu 19 czerwca 2009 r. IBS naprawy kombajnu AM 105/011 (k. 50 – 51 oferty),
- datowana na dzień 7 października 2010 r. deklaracja wykonawcy posiadającego ocenę zdolności zakładu remontowego do wykonywania remontów wydana przez akredytowaną jednostkę certyfikującą wyroby/jednostkę notyfikowaną (k. 69 oferty),
- cennik – maksymalne ceny jednostkowe części zamiennych i podzespołów nowych oraz czynności remontowych (k. 71 – 110 oferty),
- autoryzacja IBS dla KFG (k. 58),
- wykazy wykonanych zamówień dla zadań 1, 5, 6 (k. 39 – 43 oferty), przy czym wszystkie wskazane zamówienia zostały wykonane przez IBS, z wyjątkiem remontu przekładni dla kombajnów AM 50 wykonanego na rzecz Bonap – ICCz s.r.o. o wartości 295 355 zł – potwierdzenie należytej realizacji referencją z dnia 7 października 2010 r. (k. 43 – 44 oferty).

Do oferty Bumech S.A. załączone zostały następujące dokumenty:

- datowana na dzień 7 października 2010 r. deklaracja wykonawcy o posiadaniu oceny zdolności zakładu remontowego do wykonywania remontów wydana przez akredytowaną jednostkę certyfikującą wyroby/jednostkę notyfikowaną m.in. w zakresie zadania 2 i 4 – załącznik 8b (k. 31 oferty),
- ocena zdolności zakładu remontowego Nr OBAC/EX/058/OZR/09 wydane przez Ośrodek Badań, Atestacji i Certyfikacji sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach dla zakładu remontowego Bumech S.A. (k. 54 - 57 oferty),
- formularz ofertowy sporządzony zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 2 do siwz (k. 2 – 11 oferty),
- cenniki remontu rozszerzonego – zadanie 2 (k. 137 -139 oferty), zadanie 4 (k. 141 – 142 oferty).

Wykonawca KFG - w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów (w tym przedłożenia dla zadania 2 i 4 dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług oraz złożenia nowego wykazu wykonanych usług uwzględniającego wyłącznie wartość usług), datowanego na dzień 3 listopada 2010 r. wystosowanego na podstawie art. 26 ust.3 Pzp - przedłożył m.in. w odniesieniu do zadania nr 2 i nr 4 dokumenty potwierdzające należyte wykonanie zamówień (zadanie 4 – referencje z dnia 1 września 2010 r. potwierdzające należyłą dostawę w ramach zlecenia remontowego dwóch siłowników podnoszenia organu AM 65, zadanie 2 – datowane na dzień 1 października 2010 r. potwierdzenie wykonania bez zarzutu remontu obrotnicy AM 75 przez IBS oraz datowane na 6 października 2010 r. wykonanie przez IBS bez zarzutu remontu elementów przenośnika AM 105). Ponadto przedłożył wykaz wykonanych zamówień dla zadania 6 zawierający poprawioną datę realizacji zamówienia na rzecz Bonap – ICCZ s.r.o.

Pismem z dnia 27 grudnia 2010 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze na zadanie 2 i 4 ofert złożonych przez odwołującego, KFG, Bumech S.A.

Odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem zamawiającego, czemu dał wyraz w zarzutach odwołania datowanego na 7 stycznia 2011 r.

Biorąc pod uwagę tak ustalony stan faktyczny Izba zważyła co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp. Izba ustala, czy wykonawca wnoszący odwołanie ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz czy poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący, gdy wnosił odwołanie, miał status wykonawcy. Deklaracja zamawiającego złożona na rozprawie o zamiarze wykluczenia odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty pozostaje bez znaczenia dla oceny interesu wykonawcy w postępowaniu odwoławczym przez niego wywołanym.

W świetle zebranego w sprawie materiału dowodowego odwołanie należało uwzględnić.

Przeprowadzona przez Izbę analiza stanu faktycznego i prawnego w zakresie, w którym zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania (pkt II, III i IV odwołania w części dotyczącej wykonawcy KFG i złożonej przez niego oferty, z wyjątkiem zarzutu złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania) deklarując wolę wykluczenia KFG z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp oraz odrzucenia jego oferty zgodnie z obowiązkiem wynikającym z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, wskazuje na zasadność tych zarzutów. Odnosząc się do nich kolejno Izba w pełni podziela argumentację odwołującego dotyczącą braku podstaw do uznania, że wykonawca KFG wykazał posiadanie wymaganych w pkt. X.1 w zw. z pkt. XII siwz uprawnień. Przechodząc do zarzutu, że wykonawca KFG w odniesieniu do zadania 2 i 4 nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia należy zgodzić się ze stanowiskiem odwołującego wyrażonym w tej kwestii w odwołaniu (w odniesieniu do zadania 4 z tym zastrzeżeniem, że w wyniku uzupełnienia KFG przedłożyło odpowiedni dokument potwierdzający należyte wykonanie umowy na rzecz Bumech S.A., co uszło uwadze odwołującego, jednocześnie jednak wykonawca KFG nie wskazał wartości usługi wykonanej dla Bumech S.A.). Słuszny okazał się także zarzut niezgodności treści oferty KFG z treścią siwz, ponieważ wykonawca KFG, wbrew zakazowi wynikającemu z pkt. VIII siwz, zamierza powierzyć realizację zamówienia w zakresie zadania 2 podwykonawcy – IBS.

Żadne ze wskazanych uchybień nie może zostać naprawione w trybie art. 26 ust. 3 Pzp (w odniesieniu do zadania 4 zamawiający wzywał KFG pismem z dnia 3 listopada 2010 r. do uzupełnienia wykazu zrealizowanych zamówień i podania wartości usług - wykonawca z możliwości tej nie skorzystał KFG). Ponadto trzeba podkreślić, iż przepis art. 26 ust. 3 Pzp znajduje zastosowanie, o ile oferta wykonawcy nie podlega odrzuceniu. Na gruncie badanej sprawy ofertę KFG w zakresie części 2 należało odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2, co wyłącza stosowanie przepisu art. 26 ust. 3 Pzp. Ponadto – jak słusznie podnosił odwołujący – ustawa nie dopuszcza, w celu wykazania spełnienia warunku dotyczącego posiadanych uprawnień, możliwości skorzystania z uprawnień podmiotu trzeciego (art. 26 2b Pzp).

Zważywszy powyższe zamawiający zobowiązany jest wykluczyć wykonawcę KFG z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz odrzucić jego ofertę zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Pozostałe zarzuty podniesione w odwołaniu, uwzględniając materiał dowodowy zebrany w sprawie, należało uznać za chybione.

1. Podanie przez KFG nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania (zarzut II pkt 5 odwołania) w zakresie dotyczącym posiadania niezbędnych uprawnień do wykonywania działalności związanej z realizacją zamówienia.

Wykonawca KFG oświadczył w formularzu ofertowym (pkt 10 a, k. 11 oferty), iż spełnia warunki udziału w postępowaniu, w tym posiada uprawnienia niezbędne do realizacji zamówienia. Jednocześnie – jak wskazywał odwołujący – wykonawca ten nie przedłożył wymaganej oceny zdolności zakładu remontowego, co determinować ma obowiązek wykluczenia wykonawcy KFG z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Izba nie stwierdziła, aby ocena zgodności zakładu remontowego przedstawiona przez KFG – poza tym, iż stanowi potwierdzenie uprawnień innego podmiotu niż KFG – dowodziła nieprawdziwości oświadczenia wykonawcy KFG o posiadanych uprawnieniach. Odwołujący nie udowodnił, iż wykonawca KFG nie posiada wymaganych uprawnień. Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego (oferta, dokumenty do niej załączone, uzupełnienie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, dokumenty załączone do odwołania) stwierdzić można jedynie, iż wykonawca KFG nie wykazał w przedmiotowym postępowaniu dysponowania odpowiednimi uprawnieniami, co stanowi przesłankę wykluczenia z postępowania opisaną w art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, a nie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

2. Podanie przez KFG i Bumech S.A. nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania oraz niezgodność złożonych przez nich ofert z treścią siwz (zarzut V odwołania).

Przedmiotem zamówienia, zgodnie z jego opisem dokonany przez zamawiającego, jest remont podzespołów kombajnów chodnikowych (pkt III.1 i 11 siwz). Wykonawcy nie będący producentami (KFG oraz Bumech S.A.) złożyli dla zadania 2 zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 8b do siwz deklaracje stwierdzające, że remont elementu/podzespołu będący przedmiotem niniejszego postępowania, wykonany będzie zgodnie z dobrą praktyką inżynierską, w celu przywrócenia parametrów określonych w DTR/instrukcji użytkowania. Remont nie spowoduje wytworzenia nowej maszyny/urządzenia - w związku z tym nie będzie wymagane dokonanie ponownego wprowadzenia wyrobów do obrotu, zgodnie z aktualnie obowiązującym stanem prawnym (k. 69 – oferta KFG, k. 31 - oferta Bumech S.A.).

Odwołujący postawił tezę, iż przytoczone oświadczenia złożone przez Bumech S.A.

oraz KFG są nieprawdziwe. Argumentował, że wymagania wynikające z pkt. XVI 2 b) siwz (w tym treść oświadczenia, którego wzór zamawiający sporządził w załączniku nr 8b do siwz) były wyrazem oczekiwania zamawiającego, aby w przypadku dokonywania remontu przez podmiot inny niż producent deklaracja zgodności wystawiona na maszynę zachowała swą ważność, gdyż w przeciwnym wypadku nie mógłby z niej korzystać do czasu dokonania ponownej oceny zgodności.

Izba wyraża opinię, iż zarzuty odwołania sformułowane przez dowołującego w poddawanym ocenie zakresie są pochodną błędnej, nie znajdującej uzasadnienia w brzmieniu treści siwz, interpretacji jej postanowień. Odwołujący nie dostrzegł, że brzmienie komentowanego oświadczenia (załącznik nr 8b do siwz) wprost wskazuje, iż w wyniku remontu „nie będzie wymagane dokonanie ponownego wprowadzenia wyrobów do obrotu”. Zatem teza postawiona przez odwołującego nie jest trafna w świetle postanowień pkt. XVI 2b) siwz. Zakres prac zleczanych zamówieniami wykonawczymi na podstawie umowy ramowej nie będzie mógł prowadzić do wytworzenia nowej maszyny/urządzenia, w konsekwencji nie będzie konieczne ponowne wprowadzanie wyrobów do obrotu, a deklaracje zgodności dla kombajnów zachowają swą ważność.

Stosownie do § 429 rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 28 czerwca 2002 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy, prowadzenia ruchu oraz specjalistycznego zabezpieczenia przeciwpożarowego w podziemnych zakładach górniczych (Dz. U. z 2002 r., Nr 139, poz. 1169 ze zm.) w zakładach górniczych, w których występuje zagrożenie wybuchem metanu lub pyłu węglowego, urządzenia budowy przeciwwybuchowej eksploatuje się w sposób określony w załączniku nr 5 do rozporządzenia. Zgodnie z pkt. 10.13.4 załącznika nr 5 do powołanego rozporządzenia remonty urządzeń mogą być wykonywane przez producenta lub podmiot posiadający ocenę zdolności do wykonywania remontów, wydaną przez jednostkę notyfikowaną. Dalej w pkt. 10.13.5. rozporządzenia postanowiono, iż wyremontowane urządzenie, zgodnie z pkt. 10.13.4, może być odebrane po stwierdzeniu przez producenta lub podmiot posiadający ocenę zdolności do wykonywania remontów, wydaną przez jednostkę notyfikowaną, że odpowiada ono dokumentacji techniczno-ruchowej oraz poświadczeniu zgodności w karcie ewidencyjnej. Zamawiający ukształtował zatem postanowienia siwz zgodnie z komentowanym rozporządzeniem wymagając w zakresie zadania 2 oceny zgodności zakładu remontowego wydanej przez jednostkę notyfikowaną (pkt XII.2 siwz) oraz deklaracji wykonawcy sporządzonej stosownie do wzoru zawartego w załączniku nr 8b do siwz (pkt XVI. 2 siwz). Ustawodawca nie wspomina o obowiązku posiadania autoryzacji producenta dla wykonania remontu i jego odbioru. Jak wynika z § 428 przytaczanego rozporządzenia maszyny, urządzenia i instalacje eksploatuje się, konserwuje

i naprawia w sposób określony w dokumentacji techniczno-ruchowej, co także znalazło odzwierciedlenie w siwz – w treści deklaracji (załącznik nr 8b do siwz). Analiza postanowień siwz prowadzi do ustalenia, że zamawiający sporządzając siwz dostosował jej postanowienia do zakresu przedmiotowego. Adekwatnie do opisanego przez siebie przedmiotu zamówienia sformułował wymagania, w tym to wyartykułowane w pkt. XVI 2 b) siwz, skutkujące koniecznością złożenia przez wykonawcę deklaracji, że remont nie spowoduje wytworzenia nowej maszyny/urządzenia - w związku z tym nie będzie wymagane dokonanie ponownego wprowadzenia wyrobów do obrotu, zgodnie z aktualnie obowiązującym stanem prawnym (wzór stanowił załącznik nr 8b do siwz).

Stanowisko odwołującego zaprezentowane w odwołaniu stanowi nieuprawnioną nadinterpretację postanowień siwz i oznacza formułowanie dodatkowych, nie zawartych w niej wymagań. Zamawiający nie wymagał od wykonawców, którzy nie są producentami, aby przedkładali autoryzację producenta gwarantującą możliwość wystawienia deklaracji zgodności, co było podyktowane tym, iż przedmiot zamówienia nie obejmuje usług, które prowadziłyby do wytworzenia nowego urządzenia, co implikowałoby konieczność wystawienia nowej deklaracji zgodności. Natomiast argumentacja odwołującego opiera się na błędnym założeniu, iż przedmiot zamówienia obejmuje usługi prowadzące do wytworzenia nowego urządzenia/maszyny. Także przedstawione dowody (deklaracje zgodności WE, opinia z dnia 10 lipca 2008 r. oraz potwierdzenie przez Sandvik Mining and Construction GmbH z Austrii, iż odwołujący jest jedynym jego autoryzowanym przedstawicielem na polskim rynku - pismo z dnia 1 września 2010 r.) zmierzały do udowodnienia, iż w przypadku wykonania modernizacji urządzenia przez podmiot inny niż producent lub jego autoryzowany przedstawiciel konieczne jest wystawienie nowej deklaracji zgodności. Okoliczności te pozostają bez znaczenia dla rozpoznania sprawy, bowiem zamawiający w treści siwz definiując swoje potrzeby jednoznacznie postanowił, iż realizowane czynności naprawcze nie będą mogły prowadzić do wytworzenia nowej maszyny/urządzenia. Innymi słowy zamawiający wykluczył z zakresu przedmiotowego zamówienia usługi, których wykonanie prowadziłyby do wytworzenia nowej maszyny/urządzenia. Wniosek taki wprost wynika ze wzoru deklaracji (załącznik nr 8b do siwz). Obawy odwołującego, że wykonawca Bumech S.A. oraz KFG nie są uprawnieni do wystawienia deklaracji zgodności (nie są przedstawicielem producenta remontowanych urządzeń - Sandvic Mining and Construction GmbH w Austrii) są nieuzasadnione, bowiem usługi zlecane zamówieniami wykonawczymi nie będą mogły powodować wytworzenia nowego urządzenia/maszyny. O szczegółowym zakresie zlecanych usług każdorazowo będzie decydował zamawiający zakreślając ramy zamówienia wykonawczego w sposób adekwatny do wynikającego z siwz sporządzonej w postępowaniu w celu zawarcia umowy

ramowej. Wykonawca nie będzie mógł realizować tak zleconej usługi naprawczej w sposób sprzeczny ze złożoną w niniejszym postępowaniu ofertę, a zatem nie będzie mógł doprowadzić do wytworzenia nowego urządzenia/maszyny. Podkreślić trzeba, iż nawet jeśli możliwym byłoby wykonanie usług objętych przedmiotem zamówienia w sposób, który prowadziłby do wytworzenia nowej maszyny/urządzenia, to takie zlecenie nie będzie mogło być wykonane na podstawie zamówienia wykonawczego do przedmiotowej umowy ramowej. Prace o takim charakterze na jej podstawie nie będą mogły być realizowane, gdyż takie ograniczenie sformułował zamawiający w siwz, w szczególności w pkt. XVI 2b siwz oraz wzorze oświadczenia – załącznik nr 8b do siwz.

Odnosząc się do stwierdzenia odwołującego, że ani KFG, ani Bumech S.A. nie może posiadać „w sposób całkowicie legalny dokumentacji technicznej i wykonawczej oraz instrukcji użytkowania”, a tym samym nie mogą składać oświadczenia, że remont elementu/podzespołu będzie wykonany w celu przywrócenia parametrów określonych w DTR/instrukcji użytkowania trzeba wskazać, iż zamawiający w siwz nie wymagał, aby wykonawcy taką dokumentację posiadali. Jak wyjaśnił zamawiający na rozprawie, kupując urządzenia otrzymał także DTR oraz instrukcje użytkowania, które dla własnych potrzeb może wykorzystywać, w tym także w miarę potrzeby udostępnić podmiotom wykonującym na jego rzecz usługi remontowe. Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie prezentowanego przez siebie stanowiska.

Na tle rozpoznawanego zarzutu bez znaczenia pozostaje fakt, iż wykonawca KFG nie przedstawił oceny zdolności zakładu remontowego wystawionego dla siebie, a w konsekwencji nie wykazał, iż spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący posiadania wymaganych uprawnień (vide: pkt 1 uzasadnienia). Ani Bumech S.A., ani KFG nie złożył nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania, a oferty obu wykonawców odpowiadają siwz. Konsekwencją przyjętego stanowiska musi być uznanie, że opisane w pkt. V odwołania zarzuty są bezzasadne.

3. Nieprawidłowe wypełnienie przez Bumech S.A. załącznika nr 8b do siwz, gdyż nie wskazał przedmiotu zamówienia ani numeru zlecenia, ewentualnie złożenie nieprawdziwych informacji (zadanie 2 i 4), gdyż Bumech S.A. nie może dokonać naprawy urządzenia w sposób, który nie pozbawiłby go ważnej deklaracji zgodności (zarzut VI odwołania).

Zgodnie z pkt. XVI siwz w zakresie dotyczącym zadania 2 i 4 wykonawcy zobowiązani byli złożyć deklaracje zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 8b do siwz. Wykonawca Bumech S.A. złożył wymagany dokument poprawnie go wypełniając

(m.in. podał nazwę postępowania, wymienił zadania, których dotyczy, wskazał nr sprawy). Izba nie dopatrzyła się uchybień powołanych przez odwołującego. Nawet, gdyby jednak takie nieścisłości, na które wskazywał odwołujący, miały miejsce w okolicznościach badanej sprawy pozostawałyby bez wpływu na skuteczność złożonego przez Bumech S.A. oświadczenia, ponieważ nie odnoszą się do meritum oświadczenia, lecz kwestii natury formalnej pozbawionych doniosłości z punktu widzenia zgodności treści oferty z treścią siwz.

Pozostaje ustalenie, czy wykonawca Bumech S.A. w dokumencie sporządzonym zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 8b do siwz (zadanie 2 i 4) złożył nieprawdziwe informacje, gdyż - podobnie jak KFG - nie może dokonać naprawy urządzenia w sposób, w który nie pozbawiłby go ważnej deklaracji zgodności, a tym samym konieczne będzie po każdej naprawie ponowne wprowadzenie wyrobu do obrotu.

Zebrany materiał dowodowy nie uzasadnia twierdzenia odwołującego o złożeniu przez Bumech S.A. nieprawdziwych informacji, czy niezgodności treści oferty z treścią siwz. Aktualność w tej kwestii zachowuje argumentacja Izby zawarta w pkt. 2 uzasadnienia powyżej.

4. Niezgodność treści oferty KFG i Bumech S.A. – brak wskazania wszystkich cen dla wykonania remontu poszerzonego, a tym samym brak możliwości dokonania ich oceny w postępowaniu wykonawczym (zarzut VII odwołania).

Zważywszy postanowienia siwz (brzmienie pkt. III. 4 siwz, pkt. VI załącznika nr 1, wzór cenników – załącznik nr 9 i 10 do siwz, wzór formularza ofertowego – załącznik nr 2 do siwz) zauważyć należy po pierwsze, iż zamawiający nie nałożył na wykonawców obowiązku złożenia wraz z ofertą cenników („oferta może zawierać”). Adekwatne postanowienia znalazły się także we wzorze formularza ofertowego (załącznik nr 2 do siwz), w którym umożliwiono wykonawcom wskazanie, czy załączają cenniki czy nie (w formule * - niepotrzebne skreślić). Po drugie – zamawiający nie opisał w siwz minimalnego zakresu czynności remontowych oraz części zamiennych i podzespołów, które należało obligatoryjnie wycenić (wzór cennika – załącznik nr 9 i 10 ograniczał się do opisanie tytułów rubryk w tabeli, nie zawierał specyfikacji/listy pozycji, dla których należy wskazać ceny jednostkowe). W konsekwencji to wykonawca miał samodzielnie określić, jakie usługi czy części zamienne/podzespoły chce wycenić i jak je pogrupować. Po trzecie – powołane przez odwołującego stwierdzenie, iż „brak możliwości oceny oferty w postępowaniu wykonawczym spowoduje jej odrzucenie” literalnie odnosi się do odrzucenia oferty („jej”)

w postępowaniu wykonawczym, a nie – jak podnosił odwołujący – w postępowaniu zmierzającym do zawarcia umowy ramowej.

Zaznaczyć zatem trzeba, iż zamawiający prawidłowo ocenił w tym względzie zarówno ofertę KFG, jak i Bumech S.A. przyjmując trafnie, iż są zgodne z treścią siwz. Jeśli wykonawca nie wycenił określonej czynności remontowej/części zamiennej/podzespołu, wówczas, w przypadku złożenia oferty na zamówienie wykonawcze obejmujące taką czynność remontową/cześć zamienną/podzespoł, zamawiający odrzuci ofertę wykonawcy, bowiem nie będzie miał możliwości zweryfikowania ceny zamówienia wykonawczego w odniesieniu do ceny zaoferowanej w postępowaniu zmierzającym do zawarcia umowy ramowej.

W tym stanie rzeczy, Izba działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, czyli stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

.....