

**Sygn. akt: KIO 107/15**

**WYROK**

**5 lutego 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 lutego 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 stycznia 2015 r. przez Sandvik Mining and Construction Sp. z o. o. z siedzibą w Tychach w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Kompania Węglowa S. A. z siedzibą w Katowicach,

przy udziale KFG Mining Group Sp. z o.o. z siedzibą w Wyrach zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Sandvik Mining and Construction Sp. z o. o. z siedzibą w Tychach i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Sandvik Mining and Construction Sp. z o. o. z siedzibą w Tychach tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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**

Zamawiający, Kompania Węglowa S. A. z siedzibą w Katowicach, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego dot. zawarcia umowy ramowej na „Świadczenie usług serwisowych własnych kombajnów chodnikowych dla Oddziałów KW S.A. w 2015 r.” (z podziałem zamówienia na części).

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

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 24 września 2014 r. w Dz. Urz. UE Nr 2014/S 183-323951.

W dniu 8 stycznia 2015 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o jego wynikach.

W dniu 19 stycznia 2015 r. Sandvik Mining and Construction Sp. z o. o. z siedzibą w Tychach wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem czynności Zamawiającego podjętych w części nr 3 zamówienia (Zadanie nr 3).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

1. art. 22 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy KFG MINING GROUP sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie, dalej „KFK Mining Group”, mimo iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania odpowiednich uprawnień do

wykonywania usług objętych postępowaniem, o których mowa w pkt VI.1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ);

ewentualnie:

art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania KFG Mining Group do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania odpowiednich uprawnień do wykonywania usług objętych postępowaniem;

2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez KFG Mining Group, mimo iż jest niezgodna z treścią SIWZ w zakresie, w jakim nie odpowiada wymogowi postawionemu w pkt II.8) SIWZ;
3. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ze względu na naruszenie ww. przepisów.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności w Zadaniu nr 3:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty KFG Mining Group;
2. dokonania powtórnej czynności oceny i badania ofert;
3. wykluczenia z postępowania wykonawcy KFG Mining Group;  
ewentualnie: wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, iż wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie posiadania odpowiednich uprawnień do wykonywania usług objętych postępowaniem, a w przypadku ich niezuzupełnienia lub uzupełnienia nieprawidłowych dokumentów - wykluczenia KFG Mining Group z postępowania;
4. odrzucenia oferty KFG Mining Group;
5. dokonania wyboru oferty Odwołującego i zawarcie umowy ramowej tylko z Odwołującym.

W uzasadnieniu odwołania wskazano m.in.:

„[...]”

I. Zaniechanie wykluczenia KFG Mining Group z postępowania.

1. W pkt VI. 1 SIWZ Zamawiający postawił jednoznaczny warunek udziału w postępowaniu, zgodnie z którym o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:

„Posiadania uprawnienia do wykonywania usług objętych postępowaniem w zakresie nie mniejszym niż przedmiot zamówienia, tj. są:

- a) producentem maszyn, których przedmiot zamówienia dotyczy;
- b) podmiotem posiadającym ocenę zdolności zakładu remontowego wydaną przez jednostkę notyfikowaną potwierdzającą zdolność Wykonawcy do prowadzenia remontów w zakresie nie mniejszym niż przedmiot zamówienia”

2. Innymi słowy, wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia sektorowego w przedmiotowym postępowaniu powinien wykazać, że jest producentem maszyn, których przedmiot zamówienia dotyczy - kombajnów chodnikowych typoszeregu AM-75 Ex, AM-75 Ex-S - albo podmiotem posiadającym ocenę zdolności zakładu remontowego potwierdzającą zdolność wykonawcy do wykonywania remontów w tym zakresie.

3. Wskazać należy, że weryfikacja warunku posiadania uprawnień na podstawie art. 22 ust. 1 pkt 1 Pzp następuje przez odesłanie do odrębnych przepisów prawa, które wskazują na obowiązek posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności. Przedmiotem zamówienia jest usługa serwisu kombajnów chodnikowych. Maszyny te, oznaczone znakiem Ex są urządzeniami przeznaczonymi do pracy w strefie niebezpieczeństwa wystąpienia pożaru lub wybuchu. Zamawiający wskazał w pkt VI tiret 2 Szczegółowego zakresu zamówienia, że wszystkie usługi serwisowe (naprawy) urządzeń budowy przeciwwybuchowej wykonane będą zgodnie z wymogami określonymi w Załączniku nr 5 do rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 8 czerwca 2002 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy, prowadzenia ruchu oraz specjalistycznego zabezpieczenia przeciwpożarowego w podziemnych zakładach górniczych (Dz. U. nr 139, poz. 1169 z późn. zmianami), zwanego dalej „rozporządzeniem”.

a. Należy podkreślić, że pkt 10.13.4. załącznika nr 5 do rozporządzenia - dotyczący wymagań w zakresie stosowania i eksploatacji urządzeń budowy przeciwwybuchowej - stanowi, że remonty urządzeń mogą być wykonywane wyłącznie przez producenta lub podmiot posiadający ocenę zdolności do wykonywania remontów, wydana przez jednostkę notyfikowaną. Z kolei, według pkt

10.13.5 wyremontowane urządzenie 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.

b. Mając zatem na uwadze okoliczność, że przedmiotem świadczenia usług serwisowych są urządzenia, które mogą być serwisowane jedynie przez określone podmioty, warunek udziału w postępowaniu w zakresie posiadania przez wykonawcę odpowiednich uprawnień do wykonywania usług objętych niniejszym postępowaniem przetargowym jest determinowany również przepisami rozporządzenia, a w szczególności treścią załącznika nr 5.

4. Z oferty KFG Mining Group bezspornie wynika, że wykonawca ten nie jest producentem maszyn, których dotyczy przedmiot zamówienia. Świadczy o tym treść 66 str. oferty, na której znajduje się niewypełniony i przekreślony wzór oświadczenia producenta z adnotacją „nie dotyczy”. KFG Mining Group do swojej oferty dołączył dokument - Ocenę zdolności zakładu remontowego nr OBAC/Ex/022/OZR/13 (str. 63-64 oferty tego wykonawcy). Z dokumentu tego wynika jednak, że wykonawca nie jest zakładem remontowym. W pkt 2 dokumentu oceny zdolności zakładu remontowego nr OBAC/Ex/022/OZR/13 wyraźnie wskazano, że zakładem remontowym jest Zakład Ślusarsko - Mechaniczny „GULMECH” J. G. ul. Żwirki i Wigury 56, 43-190 Mikołów. Zgodnie z treścią dokumentu, KFG Mining Group jest jedynie wnioskodawcą (pkt 1 dokumentu) dokonania przez jednostkę notyfikowaną oceny zdolności na rzecz zakładu remontowego - Zakład Ślusarsko - Mechaniczny „GULMECH” J. G. (pkt 2 dokumentu). Załączona do oferty ocena zdolności zakładu remontowego dotyczy zatem wyłącznie Zakładu Ślusarsko - Mechanicznego „GULMECH” J. G. .

5. Nie może zatem budzić wątpliwości fakt, że KFG Mining Group nie spełnia warunku udziału w postępowaniu z pkt VI. 1 lit. b) SIWZ, zgodnie z którym, to wykonawca ma wykazać, iż jest podmiotem posiadającym ocenę zdolności zakładu remontowego. Brak spełnienia przedmiotowego warunku oznacza, że zasadne jest wykluczenie KFG Mining Group z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp lub ewentualnie wystosowanie wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt VI. 1 SIWZ.

6. Podkreślić należy, iż KFG Mining Group był wykluczony z postępowań o udzielenie zamówienia z uwagi na dokonywanie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w oparciu o ocenę zdolności zakładu remontowego wydaną na rzecz innego podmiotu. Przykładem może być wyrok KIO z dnia 21 stycznia 2011 r. KIO 41/11, w którym Izba uznała, że „Przeprowadzona przez Izbę analiza stanu faktycznego i prawnego w zakresie, w którym zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania (pkt I, I! 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. ”

7. Fakt załączenia do oferty dokumentu oceny zdolności zakładu remontowego dla Zakładu Ślusarsko - Mechanicznego „GULMECH” J. G. w Mikołowie świadczy o tym, iż KFG Mining Group mimo, iż samodzielnie nie spełnia warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt VI. 1 SIWZ, na potrzeby postępowania przetargowego posiłkuje się uprawnieniami podmiotu trzeciego - Zakładu Ślusarsko - Mechaniczny „GULMECH” J. G. . Biorąc pod uwagę fakt, iż przedmiotem zamówienia są usługi serwisowe kombajnów chodnikowych, do wykonywania których uprawniony jest wyłącznie wskazany Zakład Ślusarsko - Mechaniczny „GULMECH” J. G., podmiot ten będzie uczestniczył w realizacji zamówienia jako podwykonawca KFG Mining Group. Niedopuszczalne jest jednak wykazywanie potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu z art. 22 ust. 1 pkt 1 Pzp, odpowiednio skonkretyzowanego w SIWZ, na podstawie uprawnień posiadanych przez podmiot trzeci (podwykonawcę), gdyż uprawnienia wymagane są od wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia - tak też stanowi treść przytoczonego powyżej warunku udziału w postępowaniu w pkt VI. 1 lit. b) SIWZ. Działanie takie stanowi w istocie próbę obejścia przepisów Pzp.

8. Powyższe zostało potwierdzone w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którym:

a. „To wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia ma spełniać warunki udziału w postępowaniu - zmierzając do zastąpienia tej zasady wykazaniem spełnienia warunku w zakresie uprawnień przez podwykonawcę, bezskutecznie usiłuje się uzyskać przyzwolenie na obejście przepisów art. 22 ust. 1 pkt 1 i art. 26 ust. 2a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.)” (wyrok KIO z dnia 18 grudnia 2012 r., KIO 2739/12);

b. „Uprawnienie wykonawcy do opierania się na potencjale podmiotów trzecich przy wykazywaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczy jedynie niektórych spośród wymienionych w art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) warunków udziału w postępowaniu. Jak wynika z art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, uprawnienie to nie obejmuje warunku posiadania uprawnień. W tym zakresie zamawiający może wymagać wykazania spełnienia warunku bezpośrednio od wykonawcy ubiegającego się o zamówienie publiczne i dokonywać oceny spełniania tego warunku na dzień składania ofert.” (wyrok KIO z dnia 23 stycznia 2012 r., KIO 51/12);

c. por. też wyrok KIO z dnia 11 kwietnia 2013 r., KIO 727/13.

II. Niezgodność oferty KFG Mining Group z treścią SIWZ.

1. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego odrzuca się ofertę, której treść nie odpowiada treści SIWZ z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. W piśmiennictwie przyjmuje się, że „Oferta nieodpowiadająca treści siwz to taka, która jest sporządzona odmiennie, n/z określają to postanowienia siwz. Odmiennosc ta powinna przejawiać się przede wszystkim w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia i sposobu jego realizacji. Może przejawiać się też w innym sposobie sporządzenia oferty, niż żądał zamawiający, przy czym powinny to być elementy składające się na treść oferty, odnoszącą się do jej aspektów formalnych i materialnych, ale nie do sposobu spełnienia obydwu aspektów. ” (por. J. Pieróg, Komentarz do ustawy Prawo zamówień publicznych, wyd. 11, Warszawa 2012, Legalis).

2. Jak słusznie podkreśla się w orzecznictwie oraz doktrynie, sformułowania przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp „treść oferty” i „treść specyfikacji istotnych warunków” jednoznacznie nakazują odnieść go do aspektu merytorycznego

przedmiotu zamówienia. Treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia to, przede wszystkim, opis potrzeb i wymagań stawianych przez zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia przez zawarcie i zrealizowanie z należytą starannością umowy w sprawie zamówienia publicznego.

3. Jak było wskazane powyżej, z treści oferty KFG Mining Group wynika, że usługi serwisowe kombajnów chodnikowych będą w rzeczywistości świadczone wyłącznie przez podwykonawcę.

4. Zgodnie z pkt II.8) SIWZ, Zamawiający wyraźnie zastrzegł, iż nie dopuszcza możliwości powierzenia części zamówienia do wykonania przez podwykonawców (zastrzeżenie takie wynika ze specyfiki zamówienia, gdyż serwis urządzeń przeciwwybuchowych - kombajnów chodnikowych mogą wykonywać tylko podmioty wskazane w rozporządzeniu, a emanacją tego jest również treść warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania odpowiednich uprawnień). KFG Mining Group nie zakwestionował postanowienia dotyczącego podwykonawstwa na etapie udostępnienia SIWZ.

5. Skoro, jak było wskazane powyżej, z treści oferty wynika, że KFG Mining Group zamierza wykonać przedmiot zamówienia przy pomocy podwykonawcy (zakładu remontowego) posiadającego odpowiednie uprawnienia do serwisowania kombajnów chodnikowych, to nie może budzić wątpliwości fakt, że oferta tego wykonawcy jest niezgodna z pkt 11.8) SIWZ, a tym samym, podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. [...]"

**Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.**

Stan faktyczny sprawy został wyczerpująco i zgodnie z rzeczywistością przytoczony w treści odwołania (zreferowanej powyżej) i jest właściwie pomiędzy stronami bezsporny. Strony różnią się jedynie w jego interpretacji oraz co do wniosków wyciąganych z zastanych okoliczności faktycznych, szczególnie ich ocenie prawnej.



W trakcie wyrokowania Izba, oprócz dokumentacji postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia, uwzględniła i oceniła w charakterze dowodu, pismo Ośrodka Badań Atestacji i Certyfikacji OBAC Sp. z o.o. w Gliwicach z dnia 27 stycznia 2015 r., o następującej treści:

*„Ośrodek Badań Atestacji i Certyfikacji OBAC Sp. z o.o. potwierdza, że Ocena Zdolności Zakładu Remontowego nr OBAC/Ex/022/OZR/13 z dnia 15 kwietnia 2014 r. została wydana dla KFG Mining Group Sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie (obecnie w Wyrach) i podmiot ten posiada zdolność zakładu remontowego.”*

### **Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje.**

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, a których naruszenie przez Zamawiającego zarzucał Odwołujący, wskazać należy, iż zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Natomiast przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi, iż zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem poprawienia niezgodności oferty i SIWZ wskazanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Ponadto zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy zamawiający wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Izba nie uwzględniła zarzutów dotyczących zaniechania wykluczenia Przystępującego (KFG Mining Group Sp. z o.o. w Wyrach) z postępowania i odrzucenia jego oferty na

podstawie ww. przepisów, opartych o wskazywane w odwołaniu okoliczności faktyczne. Potwierdza tym samym prawidłowość czynności Zamawiającego w tym zakresie.

W ocenie Izby Przystępujący wystarczająco wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu zawartego w pkt VI.1 lit. b) SIWZ. Załączona do oferty Przystępującego, Ocena zdolności zakładu remontowego nr OBAC/Ex/022/OZR/13 (str. 63-64 oferty) potwierdza, że wykonawca posiada zdolność zakładu remontowego wymaganą w SIWZ i może samodzielnie wykonać przedmiotowe zamówienie. Wątpliwości w tym zakresie rozwiewa przedstawiony przez Przystępującego dowód – pismo Ośrodka Badań Atestacji i Certyfikacji OBAC Sp. z o.o. w Gliwicach z dnia 27 stycznia 2015 r., gdzie wprost potwierdzono, że to wykonawca posiada zdolność zakładu remontowego (a nie, że wykonawca posiada „ocenę zdolności zakładu remontowego...”, co mogłoby sugerować, że dysponuje jedynie oceną zdolności jakiegoś innego zakładu remontowego).

Tym samym, skoro Przystępujący spełnia warunki udziału w postępowaniu i może wykonać zamówienie, a także oświadcza, iż zamierza je wykonać samodzielnie (bez powierzania jakiegokolwiek jego części do podwykonania) odpada podstawa do stwierdzenia niezgodności oferty z pkt II.8 SIWZ zakazującym powierzania jakiegokolwiek części zamówienia podwykonawcom.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).