

WYROK
z dnia 14 lutego 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Cyprian Świś

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 lutego 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 stycznia 2014 r. przez **Odwołującego – Eurotech Sp. z o.o., ul. Konstytucji 150, 40-906 Bytom**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Kompanię Węglową S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice**, przy udziale **Wykonawcy – I..... D..... prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Climatronic I..... D....., ul. Małobądzka 29, 42-500 Będzin**, zgłaszającej swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – Eurotech Sp. z o.o., ul. Konstytucji 150, 40-906 Bytom, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - Eurotech Sp. z o.o., ul. Konstytucji 150, 40-906 Bytom, tytułem wpisu od odwołania,

 - 2.2. zasądza od Odwołującego - Eurotech Sp. z o.o., ul. Konstytucji 150, 40-906 Bytom na rzecz Zamawiającego – Kompanii Węglowej S.A. z Katowic kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*remont urządzeń chłodniczych i ich podzespołów dla Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. w latach 2014 - 2015.*” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 listopada 2013 r. pod numerem 2013/S 225-392575.

W niniejszym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie w zakresie zadania numer 3, wobec czynności zaniechania wykluczenia Przystępującego z postępowania i odrzucenia oferty złożonej przez tego Wykonawcę, a w konsekwencji zaproszenia Przystępującego do zawarcia umowy ramowej, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) 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,
- 2) art. 26 ust. 3 i ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp przez jego niezastosowanie polegające na zaniechaniu zwrócenia się przez Zamawiającego do Przystępującego, w trybie art. 26 ust. 3 lub ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych przez ww. Wykonawcę na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, tj. na potwierdzenie stosownie do art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp posiadania wymaganej przez Zamawiającego wiedzy i doświadczenia, dokumentów wskazanych w części VIII pkt 2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), ewentualnie do przedłożenia prawidłowych dokumentów wskazanych w części VIII pkt 2 SIWZ potwierdzających stosownie do art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp posiadanie wymaganej przez Zamawiającego wiedzy i doświadczenia,
- 3) 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 jego niezastosowanie polegające na zaniechaniu wykluczenia Przystępującego, pomimo, iż nie wykazał ona spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez jego niezastosowanie polegające na nieodrzuconiu oferty Przystępującego, pomimo, iż oferta ww. Wykonawcy nie odpowiadała treści SIWZ,
- 5) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru oferty Przystępującego, który podlega wykluczeniu a jego oferta odrzuceniu,
- 6) art. 100 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaproszenie do zawarcia umowy

ramowej Przystępującego, który złożył ofertę podlegającą odrzuceniu lub taką, która powinny być traktowane jak odrzucona zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Mając na względzie powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty Przystępującego jako wykonawcy w zakresie zadania numer 3 i zaproszenia ww. Wykonawcy do zawarcia umowy ramowej w tym zakresie oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert i wykluczenia Przystępującego oraz odrzucenia jego oferty, ewentualnie nakazanie Zamawiającemu wezwania Przystępującego, w trybie art. 26 ust. 3 lub ust. 4 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych przez Wykonawcę dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, tj. posiadania wymaganej przez Zamawiającego wiedzy i doświadczenia, ewentualnie do przedłożenia dokumentów wskazanych w części VIII pkt 2 SIWZ, potwierdzających posiadanie wymaganej przez Zamawiającego wiedzy i doświadczenia. Odwołujący wniósł ponadto o przeprowadzenie dowodów wskazanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania i obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Zamawiającego.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podniósł, że w załączniku nr 7 do oferty, złożonej przez Przystępującego, stanowiącym obligatoryjny cennik nowych części oraz czynności remontowych, w zakresie czynności remontowych, dotyczących urządzenia chłodniczego typu GMC-1000 znajdują się pozycje, zawierające elementy i części niewystępujące w ww. urządzeniu, a są to pozycje takie jak: wymiana wału sprężarki, wymiana tulei pierścieni tłokowych, wymiana płytek i sprężynek ssących i tłoczących, wymiana panewek wału, wymiana panewek korbowodu, remont układu zraszającego.

Zdaniem Odwołującego, powyższe zestawienie wskazuje na całkowitą niezajomość budowy urządzenia typu GMC-1000. Ponadto, jak wyjaśnił Odwołujący, remontowane urządzenie typu GMC-1000 — którego Odwołujący jest producentem - wykonuje pracę w podziemnych zakładach górniczych, w szczególnych warunkach zagrożenia wybuchem pyłu węglowego oraz metanu, a zatem znajomość remontowanego urządzenia odgrywa niezmiernie ważną rolę w zakresie zachowania bezpieczeństwa ludzi, jak i mienia. W ocenie Odwołującego, powyższe, w świetle art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp winno prowadzić do odrzucenia oferty Przystępującego.

Dalej Odwołujący podniósł, iż Przystępujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, wskazanych w postanowieniu części VI pkt 2 ppkt 1 SIWZ, a mianowicie posiadania doświadczenia i wiedzy niezbędnych do wykonania zamówienia. Odwołujący wyjaśnił, że każdy wykonawca, zgodnie z postanowieniami SIWZ, winien dysponować doświadczeniem w postaci wykonania lub wykonywania w okresie 3 ostatnich lat przed upływem terminu składania ofert zamówień polegających na świadczeniu usług

serwisowych, remontowych lub innych polegających na naprawie maszyn/urządzeń stosowanych w podziemnych zakładach górniczych o łącznej wartości netto nie mniejszej niż 200.000,00 zł. Zaś, na potwierdzenie spełniania powyższych warunków wykonawca, zgodnie z postanowieniem części VIII pkt 2 SIWZ, winien przedłożyć, zgodnie z załącznikiem nr 3 do SIWZ, wykaz wykonanych usług serwisowych, remontowych lub innych polegających na naprawie maszyn/urządzeń stosowanych w podziemnych zakładach górniczych wraz z dokumentami potwierdzającymi, że te usługi zostały wykonane należycie.

Odwołujący stoi na stanowisku, iż Przystępujący w ww. Wykazie wskazał na urządzenia chłodnicze niewchodzące w zakres zadania nr 3, a dotyczące zadania nr 2, którego przedmiotem jest remont urządzeń chłodniczych produkcji GFW oraz WAT, budowy przeciwwybuchowej, tj. remont sprężarki śrubowej Carrier oraz zadania nr 4, które polega na remoncie urządzeń chłodniczych produkcji IMKiUS, budowy przeciwwybuchowej, a więc dotyczy remontu urządzeń chłodniczych typu MK 300.

Nadto Odwołujący zwrócił uwagę, iż Zamawiający w treści SIWZ jednoznacznie wskazał, iż wymaga wykazu wykonanych lub wykonywanych usług serwisowych, remontowych lub innych polegających na naprawie maszyn/urządzeń stosowanych w podziemnych zakładach górniczych. Natomiast, Przystępujący w ww. Wykazie wskazał, iż wykonywał remont skraplacza płaszczowo-rurowego, chłodnicy oleju oraz klimatyzatora, które stanowią jedynie podzespoły urządzenia chłodniczego GMC-1000. Odwołujący podniósł dodatkowo, że Przystępujący nie wskazał producenta i typu ww. podzespołów.

Dalej Odwołujący wskazał, iż zgodnie z jego wiedzą, po przeprowadzeniu przez Przystępującego remontu skraplacza i chłodnicy oleju na rzecz Katowickiego Holdingu Węglowego S.A. KWK „Murcki-Staszic” urządzenie typu GMC-1000, w skład którego wchodzi ww. podzespoły, nie zostało do dnia dzisiejszego uruchomione, co jednoznacznie stwierdza Odwołujący jako podmiot prowadzący aktualnie obsługę klimatyzacji grupowej o mocy 3MW w KWK „Murcki-Staszic” Ruch „Staszic”, która obejmuje urządzenie typu GMC-1000. Zdaniem Odwołującego, wykonanie powyższego remontu stanowiło naruszenie Wymagań określonych w pkt 10.13.4 załącznika nr 5 do Rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 28 czerwca 2002r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy, prowadzenia ruchu oraz specjalistycznego zabezpieczenia przeciwpożarowego w podziemnych zakładach górniczych (Dz. U. Nr 139, poz. 1169 z późn. zm.).

Odwołujący podniósł, iż z przedłożonych do oferty przez Przystępującego certyfikatów wynika, że zdolność zakładu remontowego dla urządzenia typu GMC-1000 uzyskano w dacie 12 grudnia 2013 r. (tak wprost uzupełnienie nr 2 do certyfikatu oceny zdolności do wykonywania remontów nr TEST/9R/2012), a więc w dacie, która nastąpiła po wskazywanych w wykazie remontach.

Odwołujący stoi na stanowisku, iż z przedłożonych przez Przystępującego referencji

w żadnej mierze nie wynika, jakoby ww. Wykonawca wykonał zamówienia przedstawione w Wykazie załączonym do oferty. Odwołujący zwrócił uwagę, iż referencje z dnia 9 lipca 2012 r. wystawione przez Katowicki Holding Węglowy S.A. Kopalnia Węgla Kamiennego „Wujek” nie wskazują, jaka jest wartość realizowanych przez ww. Wykonawcę remontów, nie potwierdzając, iż wynosi ona wskazaną w Wykazie przez Wykonawcę kwotę 269.000 zł netto. Według producenta chłodnicy wyparnej, wartość rynkowa nowej chłodnicy do urządzenia chłodniczego typu MK-300 wynosiła w 2013 r. 180.000,00 zł netto, natomiast w Wykazie wykonanych usług głównych wartość remontu wynosi 269.000,00 zł netto. Zaś, zgodnie z regulaminem, obowiązującym w Katowickim Holdingu Węglowym S.A., wartość remontu nie może przekroczyć 70% wartości nowego urządzenia. Tożsame uwagi Odwołujący odniósł do referencji wystawionych przez Katowicki Holding Węglowy S.A. Kopalnia Węgla Kamiennego „Murcki-Staszic” z dnia 14 lutego 2013 r., które nie tylko nie wskazują wartości realizowanych zamówień, ale nadto nie precyzują typu oraz producenta tychże podzespołów. Podobnie, na co zwrócił uwagę Odwołujący, referencje Katowickiego Holdingu Węglowego S.A. Kopalnia Węgla Kamiennego „Wujek” z dnia 28 stycznia 2013 r. nie określają ani typu oraz producenta remontowanych urządzeń, ani wartości świadczonych usług. Ww. referencje nie wskazują również, czy dotyczą one urządzeń chłodniczych, wykonujących prace w podziemnych zakładach górniczych, który to warunek wynika z treści SIWZ.

Ponadto Odwołujący podniósł, iż w postępowaniu prowadzonym przez Kompanię Węglową S.A. Oddział KWK Knurów-Szczygłowice w sprawie o udzielenie zamówienia pn. „Świadczenie usług serwisowych urządzeń chłodniczych produkcji EUROTECH dla Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. w 2014 r.” o numerze 061301583/01, Przystępujący w wykazie wykonanych/wykonywanych usług głównych (załącznik nr 3 do SIWZ) w pozycji usługi wykonywanej na identyczną kwotę, jak wskazana w Wykazie dołączonym do oferty złożonej w ramach niniejszego postępowania, tj. 49.700 zł, w tej samej dacie 3 lipca 2012 r. i dla tego samego podmiotu Katowickiego Holdingu Węglowego S.A. KWK „Wujek” wskazał, iż dotyczył on „*remontu parownika GMC*”, natomiast w wykazie porządkowanym w niniejszym postępowaniu Wykonawca wskazał, iż remont wykonywany w dacie 3 lipca 2012 r. na rzecz Katowickiego Holdingu Węglowego S.A. KWK „Wujek” na kwotę 49.700 zł został wykonany w zakresie sprężarki śrubowej Carrier. Zaś z referencji przedłożonych przez Wykonawcę nie wynika, jakie usługi remontowe były wykonywane w tym zakresie. Dodatkowo Odwołujący podniósł, iż Zamawiającemu znane były ww. okoliczności, albowiem prowadził on obydwie ww. postępowania, a nadto Odwołujący pismem z dnia 8 stycznia 2014 r. zwrócił Zamawiającemu na powyższe uwagę. Tym samym Zamawiający winien wezwać ww. Wykonawcę, w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień dotyczących przedłożonych dokumentów, a następnie w zależności od ich treści, podjąć dalsze

niezbędne działania.

Dalej Odwołujący podniósł, iż Przystępujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, opisanych w postanowieniu części VI pkt 1 ppkt 1 lit. b SIWZ. Odwołujący zwrócił uwagę, iż Zamawiający żądał od wykonawców niebędących producentami urządzeń budowy przeciwwybuchowej posiadania oceny zdolności zakładu remontowego wydanej przez jednostkę notyfikowaną, potwierdzającej zdolność takich wykonawców do prowadzenia remontów w zakresie nie mniejszym niż przedmiot zamówienia. Stosownie natomiast do postanowienia części VIII pkt 1 lit. a SIWZ tacy wykonawcy winni przedstawić ww. ocenę zdolności w oryginale lub kopii poświadczoną za zgodność z oryginałem ważnej w dniu składania ofert.

Zdaniem Odwołującego, Przystępujący nie przedstawił oceny zdolności zakładu remontowego, potwierdzającej zdolność ww. wykonawcy do prowadzenia remontów w zakresie nie mniejszym niż przedmiot zamówienia, nie wykazując tym samym, iż taką zdolność posiada. Odwołujący podkreślił, iż przedstawiony przez ww. Wykonawcę Certyfikat oceny zdolności do wykonywania remontów Nr Test/9R/2012 ma *de facto* charakter warunkowy, albowiem stosownie do pkt 5 i 6 ww. Certyfikatu Wykonawca, jako zakład remontowy, wykonuje remonty górniczych urządzeń chłodniczych na podstawie własnej dokumentacji remontowej, opracowanej w oparciu o dokumentacje techniczno-ruchowe ich producentów, natomiast remonty górniczych urządzeń chłodniczych mogą być wykonywane tylko i wyłącznie w przypadku posiadania przez zakład remontowy dokumentacji techniczno-ruchowych ich producentów dla przedmiotowych górniczych urządzeń chłodniczych. Powyższe koresponduje z postanowieniem pkt 10.13.4 i 10.13.5 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. 2002, Nr 139, poz. 1169 z późn. zm.), stosownie do których remonty urządzeń mogą być wykonywane przez producenta lub podmiot posiadający ocenę zdolności do wykonywania remontów, wydaną przez jednostkę notyfikowaną, a 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

Zdaniem Odwołującego, Przystępujący nie jest w stanie spełnić przedmiotowych warunków, bowiem Odwołujący jako producent urządzeń chłodniczych wskazanych w ramach zadania nr 3, oświadcza, iż nie przekazywał i nie udostępniał Przystępującemu żadnych dokumentacji techniczno-ruchowych, dokumentacji projektowych i dokumentacji wykonawczych. Ww. Wykonawca, jak podaje Odwołujący, nigdy też nie zwracał się do Odwołującego o udostępnienie takiej dokumentacji. Ponadto, Odwołujący podniósł, iż

urządzenia typu GMC produkowane przez niego posiadają sterowniki mikroprocesorowe z dedykowanymi algorytmami sterowania oraz specjalistycznym oprogramowaniem. Elementy te mają decydujący wpływ na pracę oraz bezpieczeństwo całego urządzenia chłodniczego. Wszelkie zmiany wprowadzone w oprogramowaniu skutkować mogą zagrożeniem ruchu zakładu górniczego, a także załogi pracującej przy jej obsłudze. Oprogramowanie to jest własnością Odwołującego i nie podlega sprzedaży. Natomiast bez posiadania ww. oprogramowania, zabezpieczonego kodem, prawidłowy remont i serwisowanie urządzeń wskazanych przez Zamawiającego, a produkowanych przez Odwołującego, jest niemożliwe. Odwołujący oświadczył, iż nie przekazywał i nie udostępniał Przystępującemu specjalistycznego oprogramowania do urządzeń typu GMC, których jest producentem oraz, że ww. Wykonawca nigdy nie zwracał się do Odwołującego o udostępnienie przedmiotowego oprogramowania wraz z kodami zabezpieczającymi. Skoro zatem ww. Wykonawca nie dysponował i nie dysponuje dokumentacją techniczno-ruchową, dokumentacją projektową i dokumentacją wykonawczą urządzeń produkowanych przez Odwołującego zarówno w dacie wydawania Certyfikatu, jak i w dacie wyboru jego oferty, tym samym, w ocenie Odwołującego, nie spełniał warunków, od których uzależniona została możliwość wykonywania takich remontów. W konsekwencji, Odwołujący stwierdza, że Przystępujący nie posiada zdolności do wykonywania takowych remontów, a przedstawiony przez niego Certyfikat posiadania takiej zdolności nie potwierdza.

Wskazane naruszenia, zdaniem Odwołującego, doprowadziły do zaproszenia Przystępującego do zادارicia umowy ramowej pomimo, iż Zamawiający nie posiada wiedzy, czy spełnia on warunki wymagane do udziału w postępowaniu. Tym samym działanie Zamawiającego naruszyło zasadę prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Niewykazanie bowiem przez Wykonawcę warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, w zakresie wymaganym przez Zamawiającego, skutkowałoby bowiem wykluczeniem Wykonawcy z udziału w postępowaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Zgodnie z załącznikiem nr 1 do SIWZ część IV, zakres zamówienia obejmuje remont podstawowy i remont rozszerzony. Zakres remontu rozszerzonego każdorazowo określany jest przez przedstawiciela Zamawiającego – eksperta. Jednocześnie cena ofertowa stanowi cenę za wykonanie remontu podstawowego (pkt 2 Formularza ofertowego –załącznik nr 2 do SIWZ). Zaś, zakres remontu podstawowego został określony z załączniku nr 2a do SIWZ, który stanowił podstawę do wyceny i w jego tytule wyraźnie zaznaczono, że stanowi ofertę cenową podlegającą ocenie. Zamawiający żądał również załączenia do oferty wypełnionego „*Obligatoryjnego cennika nowych części zamiennych*”, stanowiącego załącznik nr 7 do

SIWZ, dopuszczając możliwość dopisywania pozycji pozostałych części zamiennych nowych, poremontowych i czynności remontowych (pkt 16 części XI SIWZ). Rzeczony załącznik w zakresie przedmiotowym był sformułowany przez Zamawiającego, rolą wykonawcy było określenie ceny (załącznik nr 7 do SIWZ). Zamawiający w części V załącznika nr 1 uczynił zastrzeżenie, że: *„Poza cennikami z cenami jednostkowymi za wykonanie remontu podstawowego, Wykonawca załącza pozycje części zamiennych oraz czynności remontowych w zakresie zapewniającym Wykonawcy (w jego ocenie) możliwość wykonania remontu rozszerzonego w odniesieniu do każdego zadania, na które została złożona oferta. W trakcie realizacji usługi/oceny oferty w postępowaniu wykonawczym, w przypadku, gdy w zakresie rzeczowym remontu wystąpią części, podzespoły lub czynności remontowe, których Wykonawca nie wykazał w ofercie złożonej w niniejszym postępowaniu przetargowy (w cenniku obligatoryjnym wraz z pozycjami dodatkowymi) Zamawiający przyjmie, że te ceny i czynności nie są istotne i ich koszt uwzględniony został przez Wykonawcę w cenie remontu podstawowego.”* Jednocześnie w części XIV pkt 2 SIWZ Zamawiający zastrzegł, że *„cena oceniana w zakresie poszczególnych zadań jest sumą cen jednostkowych za remont podstawowy wszystkich elementów objętych zakresem danego zadania wykazanych w formularzu ofertowym.”*

W części VI SIWZ Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu. Zamawiający postanowił, że o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają uprawnienia do wykonywania usług objętych postępowaniem w zakresie nie mniejszym niż przedmiot zamówienia, tj. *„w odniesieniu do urzędzeń budowy przeciwwybuchowej a) są producentem maszyn, których przedmiot zamówienia dotyczy lub b) są podmiotem posiadającym ocenę zdolności zakładu remontowego wydaną przez jednostkę notyfikowaną potwierdzającą zdolność Wykonawcy do prowadzenia remontów w zakresie nie mniejszym niż przedmiot zamówienia”* (pkt 1 część VI SIWZ). Celem potwierdzenia spełnianie przedmiotowego warunku należało przedłożyć, *„w przypadku Wykonawcy posiadającego ocenę zdolności zakładu remontowego: oryginał lub kopię poświadczoną przez Wykonawcę za zgodność z oryginałem oceny zdolności zakładu remontowego wydanej przez jednostkę notyfikowaną potwierdzającą zdolność Wykonawcy do prowadzenia remontów w zakresie nie mniejszym niż przedmiot zamówienia – ważnej w dniu składania ofert.”*

Przystępujący przedłożył wraz z ofertą *Certyfikat Ocena zdolności do wykonywania remontów nr TEST/9R/2012*, w którym potwierdzono, że Wykonawca *„posiada zdolność, oraz spełnia wymogi dla zachowania odpowiedniego poziomu bezpieczeństwa wykonywania remontów górniczych urzędzeń chłodniczych. Ocena stanowi potwierdzenie wymagań pkt. 10.13.4 załącznika nr 5 do 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. Nr 139, poz. 1169, z późn. zm). Ocena oparta jest na raporcie z kontroli warunków techniczno-organizacyjnych w zakresie zapewnienia stabilnego poziomu jakości remontów górniczych urządzeń chłodniczych TEST/9R/2012 z dnia 30 listopada 2012 r. Zakres remontu został wyszczególniony w załączniku/załącznikach do niniejszej oceny. Okres ważności Certyfikatu: od 03.12.2012 r. do 02.12.2015 r.” Z rzeczowego załącznika wynika, że ocena zdolności do wykonywania remontów obejmuje górnicze urządzenia chłodnicze produkowane m.in. przez Eurotech Sp. z o.o. z siedzibą w Bytomiu, określonych typów i w określonym zakresie. Jednocześnie w powołanym załączniku znajduje się zastrzeżenie, iż Przystępujący „wykonuje remonty górniczych urządzeń chłodniczych na podstawie własnej dokumentacji remontowej, opracowanej w oparciu o dokumentacje techniczno-ruchowe ich producentów” (pkt 5). „Remonty górniczych urządzeń chłodniczych mogą być wykonywane tylko i wyłącznie w przypadku posiadania przez zakład remontowy dokumentacji techniczno-ruchowych ich producentów, dla przedmiotowych górniczych urządzeń chłodniczych” (pkt 6).

Zamawiający wymagał ponadto posiadania przez wykonawców niezbędnej wiedzy i doświadczenia, w ślad za tym wymagał wykazania, że „w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonali usługi w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia tj. świadczyli usługi serwisowe, remontowe lub polegające na naprawie maszyn/urządzeń stosowanych w podziemnych zakładach górniczych o łącznej wartości netto nie mniejszej niż: (...) Zadanie nr 3: 200 000,00 PLN” (pkt 2 ppkt 1 części VI SIWZ). Na potwierdzenie spełniania przedmiotowego warunku wykonawcy winni złożyć, zgodnie z pkt 2 części VIII SIWZ, „wykaz wykonanych/wykonywanych głównych usług polegających na świadczeniu usług serwisowych, remontowych lub innych polegających na naprawie maszyn/urządzeń stosowanych w podziemnych zakładach górniczych, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączenia dowodów, że usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należycie, zgodnie z Załącznikiem nr 3 do SIWZ.”

W rzeczonym Wykazie Przystępujący wskazał na realizację następujących usług: remont urządzeń chłodniczych typu MK 300 za kwotę 269.000,00 zł na rzecz KHW S.A. KWK „Wujek” (poz. 1), remont skraplacza płaszczowo-rurowego, chłodnicy oleju oraz klimatyzatora za kwotę 165.000,00 zł na rzecz KHW S.A. KWK „Murcki-Staszic” (poz. 2), remont sprężarki śrubowej Carrier za kwotę 49.700,00 zł na rzecz KHW S.A. KWK „Wujek” (poz. 3). Z treści referencji przedłożonych wraz z ofertą wynika, że w ramach pierwszego zadania referencyjnego Przystępujący wykonał „remont urządzenia chłodniczego typu MK-300 chłodnica wyparna”, w ramach drugiego zamówienia Przystępujący realizował „usługi w zakresie remontu skraplacza płaszczowo rurowego, chłodnicy oleju oraz klimatyzatora

powierzchniowego w dyspozytorni głównej”, zaś ostatnie z zadań obejmowało „remonty górniczych urządzeń chłodniczych.”

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp kreuje dla zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty w sytuacji, w której jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Za utrwalony w orzecznictwie należy uznać pogląd, zgodnie z którym jedynie niezgodność merytoryczna treści oferty (a więc co do przedmiotu zamówienia) z treścią SIWZ może stanowić podstawę do odrzucenia oferty wykonawcy. Odwołujący domagając się odrzucenia oferty Przystępującego wskazuje, że przedłożony wraz z ofertą załącznik nr 7, w istocie służący wycenieniu części zamiennych i czynności remontowych, specyfikuje czynności remontowe, odnoszące się do elementów i części, które nie wchodzi w skład urządzenia GMC-1000. Tym samym Odwołujący zdaje się twierdzić, że Przystępujący objął przedmiotem zamówienia i zaoferował wykonanie czynności i dostawę części, które ze względu na budowę wskazanego urządzenia nie mogą się do niego odnosić.

Wskazane przez Odwołującego okoliczności nie stanowią jednakże o niezgodności treści oferty Przystępującego z treścią SIWZ. Odwołujący pomija bowiem, że treść załącznika nr 7 do SIWZ co do przedmiotu została określona przez Zamawiającego. Jednocześnie żądaniem Zamawiającego było przedłożenie wraz z ofertą rzeczonoego załącznika, który każdy z wykonawców miał obowiązek wypełnić w ten sposób, że zobowiązany był podać ceny jednostkowe za wymienione w jego treści części zamienne, podzespoły oraz czynności remontowe. Mocą żadnego postanowienia SIWZ wykonawcy nie zostali uprawnieni do dokonywania zmian w treści przedmiotowego załącznika, poza możliwością jego uzupełnienia. Oznacza to, że zgodnie z wymogiem Zamawiającego, wykonawcy zostali zobowiązani do przedłożenia załącznika zawierającego przynajmniej wszystkie pozycje rzeczowe wymienione przez Zamawiającego. Odwołujący wskazując na określone czynności, które jego zdaniem są zbędne, bowiem nie mogą być wykonane w danym urządzeniu nie dostrzega, że były one wymienione w załączniku nr 7 do SIWZ przygotowanym przez Zamawiającego. W tych okolicznościach nieuprawnione jest twierdzenie Odwołującego o niezgodności treści oferty Przystępującego z treścią SIWZ, skoro w kwestionowanych pozycjach załącznik nr 7 przedłożony wraz z ofertą Przystępującego stanowi odwzorowanie w zakresie rzeczowym treści załącznika nr 7 do SIWZ. Powyższe jednoznacznie wskazuje, że oferta dokładnie odpowiada treści SIWZ, a argumentacja Odwołującego mogłaby być powołana na wcześniejszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego celem wykazania wadliwości opisu przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego. W ocenie Izby, okoliczności wskazane przez

Odwołującego w istocie zmierzają do zakwestionowania postanowień SIWZ, co z oczywistych względów nie może się powieść, a nie stanowią uzasadnienia dla stwierdzenia niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Nawet jeśli przyjąć, że remont urządzenia GMC-1000 nie wymaga zrealizowania kwestionowanych przez Odwołującego czynności i dostawy części, to pozostaje to bez wpływu na dokonaną ocenę. Po pierwsze bowiem, to Zamawiający narzucił zakres przedmiotowy spornego załącznika nr 7 i wyciąganie negatywnych konsekwencji dla wykonawców z powodu błędu Zamawiającego nie znajduje uzasadnienia, a co więcej nie świadczy o niezachowaniu wymogów Zamawiającego. Po drugie, jakkolwiek za niezrozumiałe należy uznać żądanie Odwołującego sformułowane na rozprawie co do konieczności poprawienia ceny oferty Przystępującego już chociażby z tej przyczyny, to nie zasługuje ono na uwzględnienie również z uwagi na fakt, że cena oferty stanowi cenę za wykonanie remontu podstawowego a nie rozszerzonego, którego dotyczy załącznik nr 7 do SIWZ. W tym miejscu wypada również zauważyć, że remont rozszerzony, niezależnie od tego czy w ogóle będzie wykonywany, zlecony zostanie przez eksperta Zamawiającego i on będzie decydował o jego zakresie a nie wykonawca.

Z przyczyn powołanych wyżej nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy ustalenie budowy urządzenia GMC-1000 i analiza ofert Odwołującego i Przystępującego pod kątem możliwości i konieczności wykonywania określonych czynności remontowych dla wskazanego urządzenia, co skutkowało oddaleniem wniosków dowodowych w tym przedmiocie.

W ocenie Izby, na uwzględnienie nie zasługuje również zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 i art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. W części VI pkt 2 ppkt 1 SIWZ Zamawiający sformułował warunki udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Zamawiający wskazał, że oczekuje wykazania się realizacją usług serwisowych, remontowych lub innych polegających na naprawie maszyn/urządzeń stosowanych w podziemnych zakładach górniczych. Warunek ten został określony na potrzeby niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, bez formułowania odrębnych wymogów odnoszących się do poszczególnych zadań. Jedynie kwota, za którą zostały zrealizowane referencyjne usługi została przez Zamawiającego zróżnicowana w zależności od zadania. W tych okolicznościach nieuprawnione są twierdzenia Odwołującego, że Przystępujący, składając ofertę na wykonanie zadania nr 3 winien wykazać się remontem urządzeń chłodniczych produkcji EUROTECH, budowy przeciwwybuchowej.

Twierdzenia Odwołującego należy uznać za nieuprawnioną interpretację postanowień SIWZ. Skoro Zamawiający uznał, że rękojmię prawidłowego wykonania remontów urządzeń objętych przedmiotem zamówienia daje wykonawca, który wykaże się realizacją usług

remontowych, ale także serwisowych lub innych polegających na naprawie maszyn/urządzeń stosowanych w poziomych zakładach górniczych i dał temu wyraz w treści SIWZ, który to warunek nie był przez żadnego z wykonawców kwestionowany, to nie ma podstaw, żeby treść warunku precyzyjnie sformułowanego na etapie oceny ofert interpretować przez pryzmat przedmiotu poszczególnych zadań. Zatem, powoływana przez Odwołującego okoliczność, że doświadczenie Przystępującego dotyczy przedmiotu zadania nr 2 i 4 nie stanowi, w świetle analizowanego warunku udziału w postępowaniu, podstawy do stwierdzenia, że Przystępujący nie wykazał posiadania wymaganego doświadczenia.

Za absolutnie nieprzekonującą należy uznać argumentację Odwołującego, że Przystępujący wykazał się doświadczeniem jedynie w remoncie podzespołów urządzenia chłodniczego a nie w naprawie maszyny i urządzenia. Z treści warunku udziału w postępowaniu wynika, że chodzi o czynności serwisowe, remontowe, ale też inne czynności polegające na naprawie. Powyższe wskazuje, że Zamawiający oczekiwał doświadczenia w usuwaniu usterek, uszkodzeń w maszynach lub urządzeniach. Jednocześnie nie sposób sobie wyobrazić, żeby naprawa jakiegoś elementu lub podzespołu urządzenia, jak zadaje się twierdzić Odwołujący, nie mogła być kwalifikowana jako naprawa urządzenia. Doświadczenie życiowe wskazuje, że naprawa urządzenia wiąże się z naprawą jego elementów, części składowych. Nie ma jednocześnie żadnych wytycznych, żadnego wzorca, na podstawie którego możliwe byłoby sformułowanie wniosku, że naprawa jedynie określonej ilości części czy podzespołów albo określonych części czy podzespołów stanowi o wykonaniu naprawy urządzenia a nie jego elementu składowego. Zwrócić należy uwagę, że sam Odwołujący poza sformułowaniem twierdzenia w tym przedmiocie nie przedstawia żadnej argumentacji na jej poparcie, stąd też stanowisko Odwołującego w żadnej mierze nie zasługuje na aprobatę.

Za całkowicie nieuprawnione, w świetle postanowień SIWZ, należy również uznać stanowisko Odwołującego, zgodnie z którym dla wykazania wymaganego doświadczenia niezbędne było wymienienie producenta i typu naprawianych podzespołów w przedstawianych usługach referencyjnych. W części VIII pkt 2 SIWZ Zamawiający wskazał, że spełnienie warunku doświadczenia będzie weryfikował w oparciu o przedłożony przez wykonawców Wykaz wykonanych lub wykonywanych usług o dowody potwierdzające ich należyte wykonanie. Jednocześnie projekt Wykazu, stanowiący załącznik nr 3 do SIWZ, nie obejmuje danych, na które wskazuje Odwołujący. Tym samym wskazanie przedmiotu zamówienia, bez podawania bardziej szczegółowych informacji, co do zakresu rzeczowego zamówienia, wedle wymagań Zamawiającego, jest wystarczające dla zweryfikowania doświadczenia wykonawcy, stąd też oczekiwania Odwołującego co do treści Wykazu, wykraczające poza wymagania Zamawiającego należy uznać za nieuzasadnione.

Wskazywana przez Odwołującego okoliczność, że po przeprowadzeniu

referencyjnego remontu wykonanego na rzecz KHW S.A. KWK „Murcki-Staszic” przez Przystępującego nie doszło do uruchomienia urządzenia GMC-1000 nie świadczy, jak wydaje się, że Odwołujący twierdzi, choć wprost nie formułuje nawet takiego wniosku, iż usługa nie została wykonana należycie. Brak uruchomienia urządzenia nie zawsze musi być skutkiem wadliwie wykonanego remontu. Odwołujący posiada jedynie wiedzę, jak sam przyznał, że urządzenie nie zostało uruchomione i przyjmując, że tak faktycznie jest, to Odwołujący tym samym skutecznie nie zaprzeczył, że przedmiotowa usługa została wykonana należycie. Ówczesny Zamawiający, wydając w dniu 14.02.2013 r. referencje Przystępującemu odnośnie kwestionowanej usługi wprost wskazał, że *„usługi remontowe były wykonywane prawidłowo z należytą starannością oraz w pełnym wymaganym zakresie”*, natomiast przedłożona przez Odwołującego umowa o zamówienie publiczne ZP/767/2011 z dnia 26.04.2012 r. zawarta z KHW S.A. KWK „Murcki-Staszic” stanowi jedynie dowód tego, że Odwołujący realizuje na rzecz wskazanego Zamawiającego określone usługi, nie świadczy zaś o nieprawidłowo wykonanej usłudze z poz. 2 Wykazu usług przedłożonego wraz z ofertą przez Przystępującego.

Poza zakresem rozstrzygnięcia Izby, jako niepozostająca w związku ze sprawą i z rozpatrywanym zarzutem znajduje się okoliczność, iż wykonanie przedmiotowego remontu stanowiło naruszenie pkt 10.13.4 załącznika nr 5 *„Zwalczanie zagrożeń”* do 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. Nr 139, poz. 1169 ze zm.). W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, że przedmiotem niniejszego sporu nie jest ocena czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, którego dotyczy usługa referencyjna z poz. 2 Wykazu Przystępującego. Po drugie zaś, naruszenie zasad prowadzenia remontu skutkujące, czy to odpowiedzialnością cywilną czy też karną, nie mieści się w zakresie kognicji Izby. Nie sposób zaś dostrzec, również Odwołujący nie wskazuje, związku pomiędzy naruszeniem tych zasad a spełnianiem warunków udziału w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Co do argumentu, iż z referencji nie wynika, że Przystępujący w istocie wykonał zamówienia wskazane w Wykazie, bowiem w ich treści na próżno szukać informacji o wartości zamówienia oraz typie i producencie remontowanych podzespołów zwrócić należy uwagę, że treść referencji służy potwierdzeniu należytego wykonania zamówienia. Istotne jest zatem, aby treść referencji pozostawała w korelacji z treścią Wykazu w ten sposób, żeby można było w sposób niebudzący wątpliwości stwierdzić, że referencje dotyczą określonego zamówienia ujawnionego w Wykazie. Wystawca referencji nie ma zaś obowiązku podawania jakichś szczegółowych informacji, nie ma bowiem przyjętego i obowiązującego wzorca referencji. Jeśli zaś Odwołujący twierdzi, że Przystępujący nie wykonał zamówień

referencyjnych w podanym zakresie czy też wartości, winien to udowodnić mocą przepisu art. 190 ust. 1 ustawy Pzp w zw z art. 6 k.c.

Oświadczenie producenta chłodnicy wypranej w przedmiocie wartości rynkowej chłodnicy wypranej z pewnością nie może świadczyć o wartości wykonanego remontu w zamówieniu referencyjnym z poz. 1 Wykazu usług. Ceny oferty czy też poszczególnych elementów oferty, co wydaje się jest Odwołującemu doskonale wiadome, jako profesjonalnemu uczestnikowi rynku zamówień publicznych, nie kreuje producent urządzeń a oferent (wykonawca). Oczywistym też jest, że niemożliwym jest ustalenie treści oświadczenia Przystępującego w oparciu o oświadczenie producenta, zabieg powyższy dotknięty jest błędem, nie można bowiem treści złożonych oświadczeń zastępować (kwestionować) za pomocą oświadczeń pochodzących od podmiotów, które nie mają wiedzy o treści oświadczenia dotyczącego ceny oferty, złożonego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Powołanie się przez Odwołującego na treść regulaminu obowiązującego w KHW S.A. co do wartości przeprowadzanych remontów nie zmienia powyższej oceny. Niezależnie od tego, iż Odwołujący nie wykazał, że faktycznie takie obostrzenia obowiązują, to kreowanie dowodu *prima facie* nie może zyskać aprobaty skoro istnieją dokumenty (dowód z oferty, z umowy) na podstawie których w sposób niebudzący wątpliwości można ustalić, jaka była wartość referencyjnego zamówienia.

Przechodząc do wątpliwości Odwołującego związanych z przedmiotem zamówienia z poz. 3 Wykazu usług przedłożonego z ofertą stwierdzić należy, iż analizując treść Wykazu złożonego przez Przystępującego w postępowaniu prowadzonym przez KW S.A. Oddział KWK „Knurów-Szczygłowice” nie sposób nie odnieść wrażenia, że oba Wykazy dotyczą tożsamego zamówienia, choć jego przedmiot został przez Przystępującego określony odmiennie. Słusznie zatem Odwołujący podnosił, iż okoliczność ta wymaga wyjaśnienia. Zamawiający jednak nie pozostał bezczynny, korzystając z uprawnienia określonego w § 1 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231) zwrócił się do podmiotu na rzecz, którego została wykonana usługa, o potwierdzenie informacji zawartych w poz. 3 Wykazu, otrzymując takowe w piśmie z dnia 10 lutego 2014 r. Uwzględniając powyższe, na podstawie przepisu art. 191 ust. 2 ustawy Pzp, Izba stwierdza, iż wobec wyjaśnienia powyższej okoliczności brak podstaw do uwzględnienia naruszenia przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Jednocześnie ustalenie przez Izbę, na podstawie treści Wykazu usług, złożonego w niniejszym postępowaniu oraz Wykazu usług przedłożonego w postępowaniu prowadzonym przez Kompanię Węglową S.A. Oddział KWK Knurów-Szczygłowice, załączonego do odwołania, różnic co do przedmiotu spornego referencyjnego zadania powoduje, że wniosek

Odwołującego o zobowiązanie Zamawiającego do przedłożenia oferty Przystępującego złożonej w tym odrębnym postępowaniu jest bezprzedmiotowy, tym bardziej, że Zamawiający temu nie zaprzeczał. Na marginesie należy jedynie zauważyć, że dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy w rozpatrywanym aspekcie istotne znaczenie ma potwierdzenie faktu realizacji spornej usługi przez Zamawiającego, bez oceny skutków powyższego dla innego postępowania, które nie jest przedmiotem toczącego się postępowania odwoławczego.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, iż Przystępujący nie przedstawił oceny zdolności zakładu remontowego do wykonywania remontów w zakresie nie mniejszym niż przedmiot zamówienia. Odwołujący pomija, iż zgodnie z wolą Zamawiającego, potwierdzeniem tej zdolności jest certyfikat oceny zdolności i taki Przystępujący przedstawił, a jego zakres przedmiotowy nie był przez Odwołującego kwestionowany. W ocenie Izby, przedłożony przez Przystępującego dokument jest wystarczający dla pozytywnej weryfikacji spornego wymogu.

Wątpliwości Odwołującego związane są z faktyczną możliwością przeprowadzenia remontu przez Przystępującego w sytuacji, w której Przystępujący nie zwrócił się do Odwołującego o udostępnienie właściwej dokumentacji techniczno-ruchowej, projektowej i wykonawczej oraz kodów dostępu do oprogramowania. Jednak w opinii Izby, z samego faktu zaniechania inicjatywy w tym zakresie przez Przystępującego względem Odwołującego nie można wywodzić braku możliwości przeprowadzenia remontu tym bardziej, że ocena zdolności do wykonywania remontów dokonywana była również w oparciu o dokumentację remontową przedstawioną przez Przystępującego, a dotyczącą m.in. urządzeń chłodniczych typu MK 300, MK 350, GMC 350, DV 290 i DV 350, co oznacza, że Przystępujący niezbędną dokumentacją dysponuje i należy przyjąć, że skoro podlegała ocenie, to zgodnie z pkt 5 załącznika do oceny zdolności, opracowana jest w oparciu o dokumentacje-techniczno-ruchowe producentów.

Co więcej, Odwołujący pomija, że maszyna wprowadzana do obrotu lub użytkowania, na podstawie § 58 rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 21 października 2008 r. w sprawie zasadniczych wymagań dla maszyn (Dz. U. z 2008 r., Nr 199, poz. 1228), musi być wyposażona w instrukcje. Stosowanie zaś do § 59 ust. 1 pkt 5 powoływanego rozporządzenia, instrukcja powinna zawierać rysunki, schematy, opisy i objaśnienia niezbędne do użytkowania, konserwacji i naprawy maszyny oraz sprawdzenia prawidłowości jej działania. To z kolei oznacza, że Zamawiający dysponuje, a przynajmniej winien dysponować materiałami niezbędnymi do przeprowadzenia remontu urządzenia. Odwołujący nie wykazał, że Zamawiający nie posiada koniecznej dokumentacji, niezależnie jednak od tego, mocą powołanych przepisów przysługuje mu roszczenie o jej uzupełnienie. Kwestia

ewentualnych uprawnień do przekazania rzeczowej dokumentacji Przystępującemu nie była przedmiotem sporu i z tych względów problematyka przeniesienia autorskich praw majątkowych na nabywcę i dozwolonego użytku chronionych utworów nie jest rozważana przez Izbę.

W tym miejscu podkreślenia wymaga, że argumentacja przedstawiona przez Odwołującego w istocie ma na celu ograniczenie dostępu do niniejszego zamówienia i zapewnienie możliwości wykonywania remontu jedynie przez producentów urządzeń. Jednakże domaganie się przez Odwołującego ochrony w przedmiotowym zakresie nie daje się pogodzić z podstawowymi zasadami prawa zamówień publicznych, co więcej pozostaje w sprzeczności z regulacją pkt 10.13.4 załącznika nr 5 powoływanego rozporządzenia ds. BHP, zgodnie z którą wykonawcą remontów urządzeń może być nie tylko producent, ale również podmiot posiadający ocenę zdolności do wykonywania remontów, wydaną przez jednostkę notyfikowaną.

Zestawiając powołane wyżej regulacje należy dojść do przekonania, że nieuprawnione jest takie zachowanie producentów urządzeń, które zmierza do uniemożliwienia przeprowadzenia naprawy podmiotom innym niż producent. Zabiegi w postaci zabezpieczania dostępu do urządzenia kodami czy też przekazywania niekompletnej dokumentacji urządzenia w celu udaremnienia innym wykonawcom, jak i samemu zamawiającemu, możliwości przeprowadzenia naprawy należy uznać za działania mające na celu obejście powołanych przepisów prawa i z tych względów niezastługujące na ochronę.

Za absolutnie nieuzasadnione należy uznać stanowisko Odwołującego, że skoro Przystępujący uzyskał certyfikat zdolności do przeprowadzania remontów w grudniu 2013 r. a referencyjne zadania zostały wykonane prze tą datą, to jak chyba zdaje się twierdzić Odwołujący, choć wprost tego nie artykułuje, powyższe stoi na przeszkodzie pozytywnemu zweryfikowaniu doświadczenia Przystępującego. Po pierwsze, z faktu przedstawienia przez Przystępującego aktualnego certyfikatu, na potrzeby niniejszego postępowania, nie można wywodzić, że tej zdolności nie posiadał wcześniej. Po drugie, jeśli nawet tak by było, to z braku uprawnienia do wykonania remontu nie można wywodzić braku faktycznej jego realizacji. Co więcej, dowody przeciwnie w tym zakresie Zamawiający przedstawił na rozprawie.

Reasumując, wobec braku podstaw do wykluczenia Przystępującego z postępowania i odrzucenia jego oferty, działania Zamawiającego co do pozytywnej oceny oferty Przystępującego i zaproszeniu tegoż Wykonawcy do zawarcia umowy ramowej należy uznać za uzasadnione.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b 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), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3.600,00 zł.

Przewodniczący: