

WYROK
z dnia 22 grudnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 grudnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 grudnia 2016r. przez wykonawcę T.K. Spółka Akcyjna z siedzibą w M. w postępowaniu prowadzonym przez K.H.W. Spółka Akcyjna z siedzibą w K.

przy udziale:

A. wykonawcy K.C. Sp. z o.o. z siedzibą w Z. zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2330/16 po stronie Zamawiającego,

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: M. sp. z o.o. z siedzibą w M. i E.P. sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2330/16 po stronie Odwołującego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę T.K. Spółka Akcyjna z siedzibą w M. i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę T.K. Spółka Akcyjna z siedzibą w M. tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Odwołującego: T.K. Spółka Akcyjna z siedzibą w M. na rzecz Zamawiającego: K.H.W. Spółka Akcyjna z siedzibą w K. kwotę 3 719 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące siedemset dziewiętnaście złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów przejazdu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 wraz 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: K.H.W. Spółka Akcyjna, z siedzibą w K., (...) wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę górniczych przewodów oponowych do K.H.W. S.A. w okresie 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy o numerze ZP/M/20/2017.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało dokonane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 października 2016r. pod numerem 2016/S 209-378967.

W dniu 7 grudnia 2016 r. Odwołujący: T.K. Spółka Akcyjną, z siedzibą w (...) powziął informację o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania, to jest o zaproszeniu wykonawcy K.C. Sp. z o.o. przez Zamawiającego do udziału w aukcji elektronicznej dla zadań (części) o numerach 2, 3, 6 oraz 7.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 9 grudnia 2016r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych – według jego oceny - zaniechań i czynności Zamawiającego polegających na:

1. zaniechaniu wykluczenia z postępowania wykonawcy K.C. Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, dalej zwanego K.C. Sp. z o.o., podczas gdy ten wykonawca nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej,

2. zaniechaniu uznania oferty wykonawcy K.C. Sp. z o.o. za odrzuconą, podczas gdy ten wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania oraz,

3. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy K.C. Sp. z o.o. pomimo, iż oferta tego wykonawcy nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ albowiem:

a. wykonawca K.C., Sp. z o.o. nie wykazał dla całej swojej oferty, iż przewody o napięciu znamionowym do 1000V prądu przemiennego spełniają wymagania paragrafu 360 rozporządzenia Ministra Gospodarki w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy, prowadzenia ruchu oraz specjalistycznego zabezpieczenia przeciwpożarowego w podziemnych zakładach górniczych (Dz. U. Nr 139, poz. 1169 z późniejszymi zmianami) dla wyrobów z tworzyw sztucznych (rozdział II pkt 2.3.2. lit. b) SIWZ w zw. z rozdziałem II pkt. 2.1 SIWZ i rozdziałem II pkt. 1.4 SIWZ).

b. wykonawca K.C. Sp. z o.o. nie wykazał w części nr 3 Zamówienia, iż oferowany wyrób spełnia wymagania Unii Europejskiej i prawa polskiego w zakresie wprowadzania na rynek i do użytku w podziemnych wyrobiskach, zakładów górniczych

(rozdział II pkt. 2.3.2. lit. a) SIWZ w zw. z rozdziałem II pkt. 2.1 SIWZ i rozdziałem II pkt. 1.4 SIWZ)

c. oferowany przez wykonawcę K.C. Sp. z o.o. termin realizacji części nr 3 Zamówienia jest dłuższy niż maksymalny termin realizacji wymagany w rozdziale I pkt. 4.3 SIWZ;

4. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy K.C. Sp. z o.o. w zakresie części nr 3 Zamówienia pomimo, iż oferta tego wykonawcy (szczególnie w części nr 3 Zamówienia) nie odpowiadała treści SIWZ co do potwierdzenia spełnienia wymagań technicznych oraz maksymalnego terminu realizacji zamówienia;

5. zaproszeniu w dniu 7 grudnia 2016 r. wykonawcy K.C. Sp. z o.o. do udziału w aukcji elektronicznej dla zadań (części) o numerach 2, 3, 6 oraz 7, podczas gdy oferta tego wykonawcy podlega uznaniu za odrzuconą.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp w związku z art. 22 ust. 1b pkt 3) ustawy Pzp, polegające na zaniechaniu wykluczenia z postępowania wykonawcy K.C. Sp. z o.o., podczas gdy ten wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej,

2. art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, polegające na zaniechaniu uznania oferty wykonawcy K.C. Sp. z o.o. za odrzuconą, podczas gdy ten wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania oraz

3. art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp, polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy K.C. Sp. z o.o., pomimo braku potwierdzenia przez tegoż wykonawcę spełnienia dla całej oferty szczegółowych wymagań technicznych zawartych w SIWZ, a to w szczególności potwierdzenia spełnienia warunków wskazanych w rozdziale II pkt. 2.3.2. lit. b) SIWZ w zw. z rozdziałem II pkt. 2.1 SIWZ i rozdziałem II pkt. 1.4 SIWZ;

4. art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp, polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy K.C. Sp. z o.o., pomimo braku potwierdzenia przez tegoż wykonawcę spełnienia dla części nr 3 Zamówienia szczegółowych wymagań technicznych zawartych w SIWZ, a to w szczególności potwierdzenia spełnienia warunków wskazanych w rozdziale II pkt. 2.3.2. lit. a) SIWZ w zw. z rozdziałem II pkt. 2.1 SIWZ i rozdziałem II pkt. 1.4 SIWZ;

5. art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp, polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy K.C. Sp. z o.o. w zakresie części nr 3 Zamówienia („Przewody elektroenergetyczne oponowe typu OnZGcekż-GW(A) 0,6/1 kV lub równoważne”) z powodu niezgodności oferty z wymogami SIWZ, albowiem wykonawca ten zaoferował 90-dniowy termin realizacji zamówienia, podczas gdy Zamawiający wymagał, realizacji zamówienia w

terminie nie dłuższym niż 65 dni; ewentualnie

6. art. 84 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 87 ust. 1 in fine ustawy Pzp polegające na dopuszczeniu do dokonania zmiany oferty wykonawcy K.C. Sp. z o.o. w części nr 3 Zamówienia („Przewody elektroenergetyczne oponowe typu OnZGcekHz-GW(A) 0,6/1 kV lub równoważne”) poprzez zaakceptowanie przez Zamawiającego zmiany 90- dniowego terminu realizacji na 65-dniowy termin realizacji po upływie terminu do składania ofert;

7. art. 91 b ust. 1 ustawy Pzp, polegające na zaproszeniu w dniu 7 grudnia 2016 r. wykonawcy K.C. Sp. z o.o. do udziału w aukcji elektronicznej dla zadań (części) o numerach 2, 3, 6 oraz 7, podczas gdy oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu.

W tym stanie rzeczy Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności zaproszenia przez Zamawiającego w dniu 7 grudnia 2016 r. wykonawcy K.C. Sp. z o.o. do udziału w aukcji elektronicznej dla zadań (części) o numerach 2, 3, 6 oraz 7,

2. dokonania ponownej oceny ofert po uprzednim wykluczeniu z Postępowania wykonawcy K.C. Sp. z o.o. oraz uznania oferty tego wykonawcy za odrzuconą (szczególnie w zakresie części nr 3 Zamówienia) oraz o

3: zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

A. zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp w związku z art. 22 ust. 1b pkt 3) ustawy Pzp(pkt. 1 zarzutów)

B. zarzut naruszenia art. 24 ust. 4 ustawy Pzp(pkt. 2 zarzutów).

Odwołujący zwrócił uwagę, że w rozdziale 1.1. pkt 5.1 ppkt 2) lit. a) SIWZ, Zamawiający określił, warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej, tj. Wykonawcy, którzy (...) wykonali dostawy potwierdzające zdolność Wykonawcy do należytego wykonania zamówienia o wartości, o której mowa w pkt 6 ppkt 6.1.1) SIWZ.

Jednocześnie zauważył, że w rozdziale 1.1. pkt 6.1 ppkt 1) (czyli powyżej wskazany odnośnik do pkt. 6 ppkt 6.1.1.) SIWZ Zamawiający podał, iż w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, określonego w rozdziale 1.1. pkt 5,1 ppkt 2) lit. a) SIWZ (to jest wyżej wymienionego warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej), wykonawca winien złożyć „wykaz (...) dostaw odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia tj. dostaw górniczych przewodów oponowych (...) oraz „referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy były

wykonywane, z tym te w odniesieniu do nadań wykonywanych dostaw okresowych lub ciągłych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert”.

Odwołujący podniósł, iż w oryginalnym dokumencie SIWZ również Zamawiający wyróżnił (pogrubiał) pojęcie „górnice przewody oponowe”.

Zauważył również, że identyczne wymagania co do posiadania zdolność technicznej lub zawodowej Zamawiający podał w ogłoszeniu o Zamówieniu - w pkt. 111.1,3) „Zdolność techniczna i kwalifikacje zawodowe” ogłoszenia o Zamówieniu wskazano: „W celu potwierdzenia, że Wykonawca posiada niezbędną zdolność techniczną lub zawodową do wykonania zamówienia, Zamawiający żąda złożenia wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, (...) dostaw odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia tj. dostaw górniczych przewodów oponowych z podaniem ich wartości netto, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców o łącznej wartości/ nie mniejszej niż: (...)”.

Wyjaśnił, że postępowaniu ofertę w zakresie zadań (części) o numerach 2, 3, 6 oraz 7 złożył wykonawca K.C. Sp. z o.o., a wraz z nią złożył wykaz z dnia 9 listopada 2016 r. (str. 41 oferty) oraz list referencyjny z dnia 23 września 2016 r. (str 42 oferty).

Według Odwołującego zarówno z treści wyżej wymienionego wykazu, jak i listu referencyjnego wynika, że K.C. Sp. z o.o. dostarczyła „kable i przewody elektroenergetyczne” na rzecz podmiotu, w czasie i o wartości tamże podanych.

Mając na uwadze powyższe zarzucił, że wykonawca K.C. Sp. z o.o. nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w I.1. pkt 5.1 ppkt 2) lit. a) SIWZ, to jest dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej, bowiem z wykazu oraz listu referencyjnego nie wynika, że wykonawca K.C. Sp. z o.o. wykonał dostawę „górnice przewodów oponowych”, o których mowa w SIWZ, lecz jedynie „kable i przewody elektroenergetyczne”.

Przekonywał, że pojęcie „kable i przewody elektroenergetyczne” jest pojęciem znacznie szerszym niż wymagane przez Zamawiającego „górnice przewody oponowe”.

Powołał się w tym zakresie na Polską normę PN-E-01002: 1997 („Słownik terminologiczny elektryki Kable i przewody”), która definiuje poszczególne pojęcia dotyczące kabli i przewodów.

W swoim odwołaniu przedstawił poszczególne pojęcia zdefiniowane w przedmiotowej normie, a mające kluczowe znaczenie w niniejszej sprawie:

3.1.1

kabel

wyrób przemysłowy składający się z jednej lub większej liczby żył izolowanych, w powłoce, ewentualnie w osłonie ochronnej i pancerzu

3.1.5

przewód

wyrób przemysłowy składający się z jednego lub kilku skręconych drutów, albo z jednej lub większej liczby żył izolowanych bez powłoki lub w powłoce niemetalowej

3.2.8

kabel elektroenergetyczny kabel energetyczny

kabel przeznaczony do przesyłania energii elektrycznej

3.2.68

przewód elektroenergetyczny

przewód przeznaczony do przesyłania energii elektrycznej

3.2.86

przewód oponowy

przewód energetyczny o żyłach giętkich izolowanych, mający oponę

3.4.53

opona

giętka powłoka niemetaliczna i w końcu:

3.2.71

przewód górniczy

przewód oponowy górniczy

przewód energetyczny oponowy przeznaczony do zastosowania w kopalniach.

Z powyższego wnioskował, że kable i przewody elektroenergetyczne są to wszystkie kable i przewody (każdego rodzaju) służące do przesyłania energii elektrycznej, zaś przewody górnicze oponowe są to szczególnego rodzaju przewody energetyczne o żyłach giętkich izolowanych, mających giętką powłokę niemetaliczną (oponę) przeznaczone do zastosowania w kopalniach.

W kontekście powyższego stwierdził, że pojęcie „kable i przewody elektroenergetyczne” jest pojęciem znacznie szerszym znaczeniowo niż „przewody górnicze oponowe”.

Argumentował, że w konsekwencji każdy „przewód górniczy oponowy” jest „przewodem elektroenergetycznym”, lecz nie każdy „przewód elektroenergetyczny” jest „przewodem górniczym oponowym”.

Skoro zatem wykonawca K.C. Sp. z o.o. wskazał, iż dostarczył „kable i przewody elektroenergetyczne” o wartości 1.645.193,54 zł (netto) (abstrahując od tego że z referencji wystawionej przez P.C. SA wynika inna kwota), to nie wykazał – zdaniem Odwołującego, iż dostarczył „przewody górnicze oponowe” o wartości co najmniej 1.152.000,- zł, jak wymagał tego jednoznacznie Zamawiający.

W ocenie Odwołującego Zamawiający był zatem zobowiązany wykluczyć wykonawcę K.C. Sp. z o.o. z postępowania a w konsekwencji uznać ofertę tego wykonawcy za odrzuconą.

Zamawiający zaniechał jednak dokonania tych czynności przez co naruszył art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp w związku z art. 22 ust. 1b pkt 3) ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

C. zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp(pkt. 5 zarzutów).

D. zarzut naruszenia art. 84 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 87 ust. 1 in fine ustawy Pzp(pkt. 6 zarzutów).

Odwołujący zwrócił uwagę, że w rozdziale 1.1. pkt 4.3 SIWZ Zamawiający określił maksymalny termin realizacji zamówienia na nie dłuższy niż 65 dni kalendarzowych.

Zauważył, że Wykonawca K.C. Sp. z o.o. w swojej ofercie dla zadania (części) nr 3 Zamówienia zaoferował 90-dniowy termin realizacji zamówienia.

Według Odwołującego oczywistym zatem jest, iż termin realizacji zamówienia zaoferowany przez K.C. Sp. z o.o. w części nr 3 Zamówienia nie odpowiada treści SIWZ - 90 dni jest terminem dłuższym niż maksymalnie dopuszczalny 65-dniowy termin.

W ocenie Odwołującego wskazanie przez wykonawcę K.C. Sp. z o.o. terminu 90 dniowego nie może być uznane za oczywistą omyłkę pisarską, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp.

Co więcej pismo wykonawcy K.C. Sp. z o.o. z dnia 29 listopada 2016r., w którym K.C. Sp. z o.o. poprawia swój pierwotny termin realizacji zamówienia na 65 dni jest – zdaniem

Odwołującego - niedozwoloną zmianą oferty dokonywaną po terminie składania ofert a już na etapie badania tych ofert, co stanowi oczywiste naruszenie art. 84 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 87 ust. 1 in fine ustawy Pzp.

E. zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp(pkt. 3 i 4 zarzutów).

Odwołujący przypomniał, że w rozdziale II pkt. 1.4 SIWZ Zamawiający wymagał by oferowane przewody spełniały wymagania zawarte w rozporządzeniu Ministra Gospodarki z dnia 21 sierpnia 2007r. w sprawie zasadniczych wymagań dla sprzętu elektrycznego (Dz.U. Nr 155, poz.1089) oraz spełniały wymagania zawarte w rozporządzeniu 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 późniejszymi zmianami) oraz innych obowiązujących przepisów w w/w zakresie.

Dodatkowo, zaznaczył, że w rozdziale II pkt. 2,1 SIWZ Zamawiający wskazał, iż Przewody elektroenergetyczne oponowe wymienione w punkcie 1 muszą spełniać przepisy prawne i wymogi dotyczące wprowadzenia do obrotu i bezpiecznego stosowania w zakładach górniczych na powierzchni i w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych w pomieszczeniach ze stopniem „a” „b” i „c” niebezpieczeństwa wybuchu metanu oraz w pomieszczeniach zagrożonych wybuchem pyłu węglowego zaliczonych do klasy A i B.

Potwierdzeniem spełnienia powyższych wymagań technicznych Zamawiającego miało być – zdaniem Odwołującego - przedłożenie dokumentów wskazanych w rozdziale II pkt. 2.3 SIWZ, szczególnie deklaracji zgodności, że oferowany wyrób spełnia wymagania Unii Europejskiej i prawa polskiego w zakresie wprowadzania na rynek i do użytku w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych (rozdział II pkt. 2.3.2. lit .a) SIWZ) oraz potwierdzenie spełnienia wymagań paragrafu 360 rozporządzenia Ministra Gospodarki w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy, prowadzenia ruchu oraz specjalistycznego zabezpieczenia przeciwpożarowego w podziemnych zakładach górniczych (Dz: U. Nr 139, poz. 1169 z późniejszymi zmianami) dla wyrobów z tworzyw sztucznych (rozdział II pkt 2.3.2. lit. b) SIWZ).

Zdaniem Odwołującego - Wykonawca K.C. Sp. z o.o, w swojej ofercie, jak również w uzupełnieniu oferty z dnia 29 listopada 2016 roku nie wykazał by oferowane przez niego produkty spełniały wyżej wskazane wymagania techniczne, w szczególności nie przedłożył wymaganych przez Zamawiającego dokumentów w tym zakresie.

Zarzucił, że wykonawca K.C. Sp. z o.o. nie przedłożył dokumentów potwierdzających, iż oferowane przez niego przewody spełniają wymagania paragrafu 360 rozporządzenia Ministra Gospodarki w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy, prowadzenia ruchu oraz specjalistycznego zabezpieczenia przeciwpożarowego w podziemnych zakładach górniczych (Dz. U. Nr 139, poz. 1169 z późniejszymi zmianami) dla wyrobów z tworzyw sztucznych (rozdział II pkt. 2.3.2. lit. b) SIWZ).

Stwierdził, że w całej ofercie tegoż wykonawcy brak takiego potwierdzenia.

Zwrócił uwagę, że w piśmie przewodnim z dnia 29 listopada 2016r. przekazano w załączeniu potwierdzenie spełniania tych warunków z paragrafu 360 rzeczzonego rozporządzenia Ministra Gospodarki, lecz w rzeczywistości ten dokument nie został przedłożony - czyli zarówno Zamawiający, jak i wykonawca K.C. Sp. z o.o. zdawali sobie sprawę z tego braku.

Dodatkowo, zaznaczył, że w pierwotnej ofercie wykonawca K.C. Sp. z o.o. nie przedłożył dokumentacji technicznej dotyczącej zadania (części) nr 3 Zamówienia, a uzupełnienie tych dokumentów nastąpiło dopiero pismem K.C. Sp. z o.o. z dnia 29 listopada 2016 roku na wezwanie Zamawiającego z dnia 25 listopada 2016r. (Odwołującemu nie udostępniono wezwania Zamawiającego).

Zarzucił, że nawet uzupełnione dokumenty nie są kompletne i nie potwierdzają by oferowane w ramach części 3 Zamówienia przewody spełniały przepisy prawne i wymogi dotyczące wprowadzenia do obrotu i bezpiecznego stosowania w zakładach górniczych na powierzchni i w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych w pomieszczeniach ze stopniem „a”, „b” i „c” niebezpieczeństwa wybuchu metanu oraz w pomieszczeniach zagrożonych wybuchem pyłu węglowego zaliczonych do klasy A i B (rozdział II pkt 2.1 SIWZ) oraz by spełniały wymagania zawarte w rozporządzeniu Ministra Gospodarki z dnia 21 sierpnia 2007r. w sprawie zasadniczych wymagań dla sprzętu elektrycznego (Dz.U. Nr 155, poz. 1089) oraz spełniały wymagania zawarte w rozporządzeniu 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 późniejszymi zmianami) oraz innych obowiązujących przepisów w w/w zakresie (rozdział II pkt. 2.1 SIWZ).

Wskazał, że w uzupełnianej deklaracji zgodności z dnia 29 listopada 2016 roku brak jest odwołania się do dokumentów (np. atestów, opinii technicznych) potwierdzających spełnianie warunków z rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 28.06.2002r. (Dz.U. nr

139, poz. 1169), w sytuacji gdy dla innych części Zamówienia takie dokumenty zostały przedłożone.

Zauważył, że w uzupełnieniu z dnia 29 listopada 2016r. wykonawca K.C. Sp. z o.o. przedłożył jedynie pismo I.T.I.H., iż badania i atestacje dopiero są prowadzone.

F. zarzut naruszenia art. 91 b ust. 1 ustawy Pzp.

Wskazał na okoliczność, że w dniu 7 grudnia 2016r. Zamawiający zaprosił wykonawcę K.C. Sp, z o.o. do udziału w aukcji elektronicznej dla zadań (części) o numerach 2, 3, 6 oraz 7.

Mając na uwadze uzasadnienie zarzutów, zawarte w lit. A i B powyżej, stwierdził, że wykonawca K.C. Sp. z o.o., jako wykonawca podlegający wykluczeniu z Postępowania, a w konsekwencji, którego oferta winna była zostać uznana za odrzuconą, nie powinien zostać zaproszony przez Zamawiającego do udziału w rzeczowej aukcji elektronicznej.

Pismem z dnia 14 grudnia 2016r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca K.C. Sp. z o.o., zwany dalej Przystępującym, a w dniu 15 grudnia 2016r. Konsorcjum: M. sp. z o.o. i E.P. sp. z o.o. po stronie Odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść SIWZ, oferty Przystępującego, odwołania, wezwania Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów oraz do złożenia wyjaśnień treści oferty z dnia 25 listopada 2016r., odpowiedzi Przystępującego na to wezwanie z dnia 29 listopada 2016r. wraz z załącznikami, zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 21 grudnia 2016r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony i uczestników wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Na wstępie należy zauważyć, że Odwołujący na rozprawie wnosił o uwzględnienie odwołania w całości bez rozpoznawania zarzutu nr 4 z racji uwzględnienia go w całości przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie i odrzucenia z tego powodu oferty Przystępującego w zakresie zadania nr 3.

Jednocześnie Przystępujący po stronie Zamawiającego popierając stanowisko przedstawione przez Zamawiającego oświadczył na rozprawie, że według jego najlepszej wiedzy w zakresie zadania trzeciego Przystępujący nie będzie wnosił odwołań.

Wobec powyższego uznając, że w zakresie zadania trzeciego nie ma już pomiędzy stronami i uczestnikiem sporu Izba pozostawiła ten zarzut bez rozpoznania.

Dalej po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.87 ust.2 pkt. 3 ustawy Pzp, które nie miało wpływu na wynik przetargu, w pozostałym zakresie nie stwierdziła naruszeń obowiązującego prawa.

Podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do odrzucenia oferty Przystępującego z powodu niezgodności jej treści z treścią SIWZ lub wykluczenia tego wykonawcy ze skutkiem odrzucenia jego oferty z przyczyn związanych z niespełnianiem warunków podmiotowych i przedmiotowych przetargu.

W zakresie objętym przedmiotem sporu i zarzutami odwołania Izba ustaliła, że Zamawiający w Rozdziale I.1 Postanowienia SIWZ określił w pkt. 4 termin wykonania zamówienia w następujący sposób:

4.1. Przedmiotowe zamówienie realizowane będzie w okresie 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy, sukcesywnie wg potrzeb Zamawiającego.

4.2. Ilość materiału stanowiącego przedmiot zamówienia przedstawia Załącznik nr 3 do SIWZ. Podstawę realizacji przedmiotu postępowania stanowiąc będą zamówienia składane przez Zamawiającego określające między innymi ilości i miejsca dostaw.

4.3. Termin realizacji zamówienia, o którym mowa w pkt 4.2, nie może przekraczać terminu 65 dni kalendarzowych.

Nadto w pkt. 5.3 SIWZ Zamawiający zawarł zastrzeżenie, że może najpierw dokonać oceny ofert, a następnie zbadać, czy Wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Jednocześnie Izba ustaliła, że w tym samym rozdziale SIWZ w pkt. 6 Zamawiający wprowadził postanowienia odnoszące się do Wykazu oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia.

Zamawiający postanowił między innymi, że do oferty Wykonawca dołącza aktualne na dzień składania ofert oświadczenie w formie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia w rozumieniu art. 10a Ustawy (zwany dalej „jednolitym dokumentem”).

Pouczył również wykonawców, że przed udzieleniem zamówienia, zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 1 Ustawy, Zamawiający wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, wymienionych i opisanych szczegółowo poniżej.

Zamawiający w 6.1 rozdziału I SIWZ postanowił, że w celu wykazania spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w pkt. 5.1. ppkt 2 niniejszej SIWZ, zamawiający żąda złożenia:

1) w zakresie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej: wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, dostaw odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia tj. dostaw górniczych przewodów oponowych z podaniem ich wartości netto, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców o łącznej wartości nie mniejszej niż:

w odniesieniu do części 1	zamówienia	580 000,00 zł
w odniesieniu do części 2	zamówienia	660 000,00 zł
w odniesieniu do części 3	zamówienia	250 000,00 zł
w odniesieniu do części 4	zamówienia	710 000,00 zł
w odniesieniu do części 5	zamówienia	440 000,00 zł
w odniesieniu do części 6	zamówienia	210 000,00 zł
w odniesieniu do części 7	zamówienia	32 000,00 zł

w odniesieniu do części 8 zamówienia

6 000,00 zł

lub ich równowartość w walucie obcej przeliczoną wg średniego kursu NBP z dnia wystawienia informacji oraz załączenia dowodów, zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Rozwoju z dnia 26.07.2016r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126) tj.:

1.1. referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy były wykonywane, z tym że w odniesieniu do nadal wykonywanych dostaw okresowych lub ciągłych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert

1.2. oświadczenia Wykonawcy, jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać dokumentów, o którym mowa w pkt. 1.1. potwierdzających, że wszystkie te dostawy (wymienione w wykazie) zostały wykonane lub są wykonywane należycie (Załącznik nr 4 do niniejszej SIWZ).

Natomiast w pkt. 10.13. SIWZ Zamawiający określił, że składana Oferta zawiera:

- a) spis treści,
 - b) dowód wniesienia wadium
 - c) wypełniony formularz „OFERTA”, stanowiący załącznik nr 1 do SIWZ,
 - d) Formularz cenowy i techniczny stanowiący załącznik nr 2 do SIWZ,
 - e) Jednolity Europejski Dokument Zamówienia („jednolity dokument”) dla każdego Wykonawcy i podmiotów, na zasobach których Wykonawca polega, w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
 - f) Zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia zasobów, o ile Wykonawca polega na takich zasobach – załącznik nr 9 do SIWZ
- oraz
- g) w przypadku, gdy ze złożonych jednolitych dokumentów wynika, że zachodzą podstawy do wykluczenia Wykonawcy lub podmiotu, na zasobach którego on polega, Wykonawca może złożyć dowód na to, że podjęte przez niego środki zaradcze są wystarczające do wykazania rzetelności zgodnie z postanowieniami art. 24 ust. 8 Ustawy,
 - h) Dokument potwierdzający zasady reprezentacji wykonawcy o ile nie jest on dostępny w publicznych, otwartych bezpłatnych elektronicznych bazach danych, których adres internetowy Wykonawca wskazał w jednolitym dokumencie .W przypadku wskazania bazy danych, w której dokumenty są dostępne w innym języku niż polski, Zamawiający może po ich pobraniu wezwać Wykonawcę do przedstawienia tłumaczenia dokumentu na język polski,

i) Pełnomocnictwo wskazujące, iż osoba występująca w imieniu Wykonawcy lub Wykonawca występujący w imieniu Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, jest do tego upoważniona/y, jeżeli nie wynika to z dokumentów potwierdzających zasady reprezentacji stanowiące załączniki nr 5 i 6 do SIWZ,

j) Oświadczenie rejestracyjne stanowiące załącznik nr 7 do SIWZ,

k) Oświadczenie w sprawie tajemnicy przedsiębiorstwa stanowiące załącznik nr 8 do SIWZ (jeśli dotyczy)

l) Dokumenty potwierdzające, że oferowane dostawy odpowiadają określonym przez Zamawiającego wymaganiom wraz z załącznikami określonymi w Rozdziale II SIWZ „Szczegółowe wymagania techniczne”.

Dalej Izba stwierdziła, że w Rozdziale II SIWZ – Szczegółowe wymagania techniczne w pkt. 1.4. Zamawiający postanowił, że przewody przeznaczone do stosowania w podziemnych wyrobiskach zakładu górniczego, o napięciach znamionowych od 50V do 1000V prądu przemiennego oraz od 75V do 1500V prądu stałego muszą spełniać wymagania zawarte w rozporządzeniu Ministra Gospodarki z dnia 21 sierpnia 2007r. w sprawie zasadniczych wymagań dla sprzętu elektrycznego (Dz.U. Nr 155, poz.1089) oraz spełniać wymagania zawarte w rozporządzeniu 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 późniejszymi zmianami) oraz innych obowiązujących przepisów w w/w zakresie.

Dodatkowo Izba ustaliła, że w Rozdziale II SIWZ – Szczegółowe wymagania techniczne pkt. 2.1. Zamawiający wskazał, że przewody elektroenergetyczne oponowe wymienione w punkcie 1 muszą spełniać przepisy prawne i wymogi dotyczące wprowadzenia do obrotu i bezpiecznego stosowania w zakładach górniczych na powierzchni i w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych w pomieszczeniach ze stopniem „a”, „b” i „c” niebezpieczeństwa wybuchu metanu oraz w pomieszczeniach zagrożonych wybuchem pyłu węglowego zaliczonych do klasy A i B.

Ostatecznie w pkt. 2.3.3. Rozdziału II SIWZ – Szczegółowe wymagania techniczne Zamawiający sformułował żądanie, że na potwierdzenie spełnienia wymogu, o którym mowa w pkt 2.1. należy przedstawić dokumenty wymagane przez prawo, a w szczególności dla przewodów o napięciu znamionowym do 1000V prądu przemiennego wymienionych w formularzach cenowych części zamówienia oznaczonych numerami 1, 2, 3, 6, 7, 8:

a) wzór deklaracji zgodności – wystawiony przez producenta - że oferowany wyrób spełnia wymagania Unii Europejskiej i prawa polskiego w zakresie wprowadzania na rynek i do użytku w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych;

b) potwierdzenie spełnienia wymagań paragrafu 360 rozporządzenia Ministra Gospodarki w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy, prowadzenia ruchu oraz specjalistycznego zabezpieczenia przeciwpożarowego w podziemnych zakładach górniczych (Dz. U. Nr 139, poz. 1169 z późniejszymi zmianami) dla wyrobów z tworzyw sztucznych.

Izba ustaliła również, że pismem z dnia 25 listopada 2016r. Zamawiający wezwał Przystępującego K.C. Sp. z o.o. zgodnie z art.26 ust.3 ustawy Pzp do uzupełnienia oferty w zakresie między innymi dokumentów, o których mowa w rozdziale II pkt. 2.3 lit.b SIWZ i wezwał go do wyjaśnienia oferty w trybie przepisu art.87 ust.1 ustawy Pzp odnośnie zadeklarowania 90 dniowego terminu zamiast 65 dniowego dla zadania nr 3.

W następstwie powyższego wezwania Przystępujący dokonał przy piśmie z dnia 29 listopada 2016r. uzupełnienia oferty z informacją od I.T.I.E., że przyjął do realizacji zlecenie na wskazane tam przewody górnicze i jest w trakcie atestacji.

Odnosząc się do zarzutu pierwszego odnoszącego się do niespełniania warunku dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej Izba uznała go za przedczesny z tego powodu, że Zamawiający przewidział procedurę odwróconą(vide: rozdział I pkt. 5.3 SIWZ), a nadto nie wymagał złożenia przy ofercie dokumentów podmiotowych, co wynika z katalogu dokumentów wymienionych w pkt. 10.13. SIWZ.

Stosownie do przepisu art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający może, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, najpierw dokonać oceny ofert, a następnie zbadać, czy wykonawca, którego oferta została oceniona, jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, o ile taka możliwość została przewidziana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu.

Wobec powyższego kwestia oceny górniczych przewodów oponowych stanie się aktualna, jeżeli Przystępujący zostanie uznany przez Zamawiającego za wykonawcę najwyższej ocenianego, po wezwaniu go do złożenia dokumentów podmiotowych.

Jeżeli chodzi o zarzut zadeklarowania w zadaniu 3 terminu niezgodnego z SIWZ Izba stanęła na stanowisku, że Zamawiający nie wykazał dostatecznie możliwości zastosowania przepisu art.87 ust.2 pkt. 3 ustawy Pzp. Przepis ten może być uruchomiony, jeżeli wystąpiła inna omyłka polegająca na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodująca istotnych zmian w treści oferty.

Według zapatrywania Izby zmiana terminu wykonania zobowiązania ma charakter istotny i stanowi *essentia negotii* umowy nie podlegając poprawieniu w trybie przepisu art. 89 ust.2 pkt. 3 ustawy Pzp.

Izba z uwagi na odniesienie się tego zarzutu do zadania nr 3 nie mogła uwzględnić odwołania z uwagi treść przepisu art.192 ust.2 ustawy Pzp, bowiem naruszenie to nie miało wpływu na wynik postępowania z racji odrzucenia w tym zakresie oferty Przystępującego.

Rozpoznając zarzut naruszenia art.89 ust.1 pkt. 2 ustawy Pzp Izba uznała go za niepotwierdzony na tym etapie postępowania.

Izba stanęła na stanowisku, że okoliczność niespełniania warunku przedmiotowego może zostać zbadana i rozstrzygnięta przez Zamawiającego na etapie przewidzianym w pkt. 5.3 SIWZ, to znaczy już po ocenie ofert, w stosunku do wykonawcy najwyższej ocenionego.

W takim przypadku Zamawiający będzie zobowiązany dokonać wyjaśnienia czy przedłożone, deklaracje, atesty i oceny techniczne zawierają w sobie potwierdzenia spełniania warunku odnoszącego się do przepisu § 360 rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 28 czerwca 2002r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy, prowadzenia ruchu oraz specjalistycznego zabezpieczenia przeciwpożarowego w podziemnych zakładach górniczych.

Jednocześnie, wymaga podkreślenia, że stosownie do art. 26 ust.1 ustawy Pzp Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyższej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1. Przepisu zdania pierwszego nie stosuje się do udzielania zamówień w przypadkach, o których mowa w art. 101a ust. 1 pkt 1 lub pkt 2 lit. a.

Zdaniem Izby powyższe dokumenty należą do kategorii oświadczeń i dokumentów wymienionych w art.25 ustawy Pzp potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego.

Jeżeli zatem dokumenty te wymagają uzupełnienia w trybie art.26 ust.3 ustawy Pzp, a także ich wyjaśnienia w ramach procedury opisanej w art.26 ust.4 ustawy Pzp, to Zamawiający będzie zobowiązany do jej wdrożenia na końcowym etapie oceny najlepiej sklasyfikowanej oferty.

Z tych wszystkich przyczyn nie można było uznać za zasadny zarzutu naruszenia przepisu art.91b ust.1 ustawy Pzp, skoro ocena warunków udziału w postępowaniu następuje dopiero po ocenie wyników złożonych ofert.

W tym stanie rzeczy, Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie oddalić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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).

Przewodniczący:.....