

Sygn. akt: KIO 2429/16

WYROK
z dnia 5 stycznia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff
Członkowie: Klaudia Szczytowska - Maziarz
Justyna Tomkowska

Protokolant: Sylwia Jankowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **4 stycznia 2017 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **23 grudnia 2016 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Konsorcjum Firm: 1) MWM Elektro Sp. z o.o. w Trzebini, 2) ENSTER Sp. z o.o. w Krakowie reprezentowane przez M. B. - pełnomocnika Konsorcjum adres do doręczeń: MWM Elektro Sp. z o.o., ul.Słowackiego 49, 32-540 Trzebinia** w postępowaniu prowadzonym przez **Kopalnia Soli Bochnia, ul. Campi 15, 32-700 Bochnia**

przy udziale wykonawcy **OPA-ROW Sp. z o.o., ul. Rymera 40c, 44-270 Rybnik** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z 15.12.2016 r., nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w ramach której nakazuje Zamawiającemu wykluczenie OPA-ROW Sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust.1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust.1 pkt 2 i art. 22 ust.1 b**

pkt 3 Prawa Zamówień Publicznych oraz odrzucenie jego oferty na podstawie art. 24 ust. 4 Prawa Zamówień Publicznych, jako skutek przedmiotowego wykluczenia, z uwagi na potwierdzenie się zarzutów odwołania opartych na tych podstawach prawnych, jak i zarzutu naruszenia art. 91 ust.1 i art. 26 ust. 1 Prawa Zamówień Publicznych, oddała zarzut naruszenia art. 24 ust.1 pkt 17, jak i art. 89 ust.1 pkt 5 Prawa Zamówień Publicznych, jako dotyczący w tym ostatnim wypadku przepisu odnoszącego się do postępowań wieloetapowych.

2. kosztami postępowania obciąża Kopalnię Soli Bochnia, ul. Campi 15, 32-700 Bochnia i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Konsorcjum Firm: 1) MWM Elektro Sp. z o.o. w Trzebini, 2) ENSTER Sp. z o.o. w Krakowie reprezentowane przez M. B. - pełnomocnika Konsorcjum adres do doręczeń: MWM Elektro Sp. z o.o., ul. Słowackiego 49, 32-540 Trzebinia tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Kopalni Soli Bochnia, ul. Campi 15, 32-700 Bochnia na rzecz Konsorcjum Firm: 1) MWM Elektro Sp. z o.o. w Trzebini, 2) ENSTER Sp. z o.o. w Krakowie reprezentowane przez M. B. - pełnomocnika Konsorcjum adres do doręczeń: MWM Elektro Sp. z o.o., ul. Słowackiego 49, 32-540 Trzebinia kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Tarnowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn. Modernizacja maszyny wyciągowej szybu „Campi”, nr sprawy 7/2016, zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2016/S 193-348159 z 06.10.2016 r., przez Kopalnia Soli Bochnia, ul. Campi 15, 32-700 Bochnia zwane dalej: „*Zamawiającym*”.

W dniu 15.12.2016 r. (faxem i e-mailem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej – OPA-ROW Sp. z o.o. Drugą pozycję w rankingu złożonych ofert zajęła oferta: wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Konsorcjum firm: 1) MWM Elektro Sp. z o.o. w Trzebini, 2) ENSTER Sp. z o.o. w Krakowie reprezentowane przez M. B. - pełnomocnika Konsorcjum adres do doręczeń: MWM Elektro Sp. z o.o. ul. Słowackiego 49, 32-540 Trzebinia zwanego dalej: „Konsorcjum MWM Electro” albo „*Odwołującym*”.

W dniu 23.12.2016 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej) Konsorcjum MWM Electro wniosło odwołanie na w/w czynność i zaniechania z 15.12.2016 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 23.12.2016 r. (faxem).

Zarzucił, że Zamawiający naruszył przepisy:

1. art. 22 ust. 1 pkt 2) i art. 22 ust. 1b pkt 3) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) zwanej dalej: „*Pzp*”, poprzez błędne uznanie przez Zamawiającego, iż OPA-ROW Sp. z o.o. wykazała spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej w zakresie doświadczenia oraz przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12) Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia OPA-ROW Sp. z o.o. z postępowania, mimo że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej w zakresie doświadczenia,
2. art. 24 ust. 1 pkt 17) Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia OPA-RÓW Sp. z o.o. z postępowania, mimo że wykonawca ten w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny

wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia,

3. art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty OPA-ROW Sp. z o.o., mimo że oferta ta została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania,
4. art. 91 ust. 1 i art. 26 ust. 1 Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty OPA-ROW Sp. z o.o., mimo że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia i podlegał wykluczeniu z postępowania, a jego oferta odrzuceniu.

Wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia dokonanego wyboru oferty, powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wykluczenia OPA-ROW Sp. z o.o. i odrzucenia oferty tego wykonawcy. Ponadto wnosimy o zobowiązanie Zamawiającego do zwrotu na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego. Wnosił o przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności z dokumentów powołanych w odwołaniu, na wskazane w odwołaniu okoliczności.

W dniu 15.12.2016 r. Zamawiający przesłał Odwołującemu faksem zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez OPA-ROW Sp. z o.o. Przedmiotem zamówienia jest modernizacja maszyny wyciągowej typu BB-3500/DC-4m/s zabudowanej w górniczym wyciągu szybowym szybu „Campi”, polegająca na wymianie układu zasilania, sterowania, kontroli i nadzoru nad pracą zespołu napędowego (pkt III.I SIWZ). Zgodnie z pkt V.1.3) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”, o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące zdolności technicznej i zawodowej. Zamawiający wymagał w szczególności, by wykonawca spełniał minimalne warunki umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości dotyczące m.in. doświadczenia, tj. by wykonawca w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie usługi określone w przedmiocie zamówienia, tj. prace związane z modernizacją lub zabudową części elektrycznej w zakresie układów zasilania, sterowania, kontroli i nadzoru nad pracą zespołu napędowego w dwubębnowej maszynie wyciągowej oraz na prace związane ze sterowaniem układu automatycznego rozsprężania bębnowych nawojowych o łącznej wartości nie mniejszej niż 1500 000 złotych brutto. W dniu 31.10.2016 r., Zamawiający udzielił wyjaśnień treści SIWZ. Jeden z wykonawców zadał pytanie o treści: *„Punkt V.1.3 tiret pierwsze SIWZ (opis warunku udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia) - prosimy o potwierdzenie, czy Zamawiający wymaga, by opisane w tym punkcie SIWZ prace dotyczyły dwubębnowych maszyn wyciągowych zabudowanych i uruchomionych w obiektach (zakładach) górniczych”* (Pytanie nr 2). Zamawiający udzielił

następującej odpowiedzi: *„Tak, Zamawiający wymaga, aby opisane w punkcie V.1.3) tiret pierwszy SIWZ prace (wykonane usługi) dotyczyły dwubębnowych maszyn wyciągowych zabudowanych i uruchomionych w obiektach (zakładach) górniczych”*. Termin składania ofert upływał w dniu 10.11.2016 r. (pkt XIII.1 SIWZ). Oferty złożyli Odwołujący i OPA-ROW Sp. z o.o. Zgodnie z pkt XVI SIWZ, oferty miały zostać ocenione z zastosowaniem dwóch kryteriów: cena (waga 90%) i gwarancja (waga 10%). Odwołujący zaoferował wykonanie zamówienia za cenę w wysokości 1 584 486 zł brutto i okres gwarancji wynoszący 36 miesięcy oraz otrzymał 92,44 pkt. OPA-ROW Sp. z o.o. zaoferowała cenę w wysokości 1451400 zł brutto i okres gwarancji wynoszący 36 miesięcy oraz otrzymała 100 pkt. Przy zastosowaniu kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ oferta OPA-ROW Sp. z o.o. jest zatem korzystniejsza. OPA-ROW Sp. z o.o. nie załączyła do oferty oświadczenia, że nie podlega wykluczeniu z postępowania i spełnia warunki udziału w postępowaniu, złożonego w formie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (tzw, formularz JEDZ). Pismem z 15.11.2016 r. Zamawiający wezwał OPA-ROW Sp. z o.o. do złożenia powyższego oświadczenia na formularzu JEDZ, a OPA-ROW Sp. z o.o. uzupełniła ten dokument w dniu 18.11.2016 r. W części IV *„Kryteria kwalifikacji” - C „Zdolność techniczna i zawodowa”* w pkt 1b formularza JEDZ (str. 13) OPA-ROW Sp. z o.o. ujęła zadanie o nazwie *„Wykonanie, dostawa, montaż i uruchomienie technologicznej maszyny wyciągowej dwubębnowej przeznaczonej do głębenia, pogłębiania, zbrojenia szybów oraz innych prac szybowych”*, zrealizowane dla odbiorcy KOPEX - Przedsiębiorstwo Budowy Szybów S.A. w okresie od 12.06.2015 r. do 21.12.2015 r. Pismem z 21.11.2016 r., Zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp, wezwał OPA-ROW Sp. z o.o. do złożenia oświadczeń i dokumentów w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, w tym warunku dotyczącego wymaganego doświadczenia. Pismem datowanym na 24.11.2016 r. OPA-ROW Sp. z o.o. przedłożyła dokumenty, w tym celem wykazania spełniania warunku dotyczącego doświadczenia przedłożyła referencję z 19.10.2016 r. znak: DEM.JG.1270/2016 wystawioną przez KOPEX - Przedsiębiorstwo Budowy Szybów S.A (Załącznik nr 2 do pisma z 24.11.2016 r.). Wystawca tych referencji zaświadczył, że w ramach zadania pt. *„Wykonanie, dostawa, montaż i uruchomienie technologicznej maszyny wyciągowej dwubębnowej przeznaczonej do głębenia, pogłębiania, zbrojenia szybów oraz innych prac szybowych”*, OPA-ROW Sp. z o.o. w ramach Etapu II wykonała m.in. prace związane z budową części elektrycznej w zakresie układów zasilania, sterowania, kontroli i nadzoru nad pracą zespołu napędowego w dwubębnowej maszynie wyciągowej oraz prace związane z budową układu wykonawczego i sterowania automatycznego rozsprzęglania bębnowych nawojowych. Zgodnie z treścią referencji, maszyna wyciągowa została poddana próbom funkcjonalnym i została uruchomiona. Pismem z 30.11.2016 r., znak: P1N/KW/5319/2016 Zamawiający zwrócił się do wystawcy referencji, tj. spółki KOPEX - Przedsiębiorstwo

Budowy Szybów S.A., z zapytaniem, czy wykonywane prace wskazane w przedmiotowych referencjach dotyczyły dwubębnowej maszyny wyciągowej z automatycznym rozsprzęglaniem bębnowych nawojowych, zabudowanej i uruchomionej w obiekcie (zakładzie) górniczym oraz wskazanie zakładu górniczego, w którym maszyna ta została zabudowana i uruchomiona. KOPEX - Przedsiębiorstwo Budowy Szybów S.A. udzieliło odpowiedzi pismem datowanym na 09.12.2016 r., znak DEM/1402/2016. Zgodnie z tym pismem wykonana i dostarczona przez OPA-ROW Sp. z o.o. maszyna została uruchomiona i poddana próbom funkcjonalnym, a próby zostały przeprowadzone na terenie OPA-ROW. Zabudowa i uruchomienie dwubębnowej maszyny w górniczym wyciągu szybowym jest przedmiotem III Etapu robót, który nie został jeszcze zrealizowany. Termin wykonania Etapu III mija z końcem 2017 r. W dniu 15.12.2016 r. Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez OPA-ROW Sp. z o.o. W uzasadnieniu wyboru oferty Zamawiający podał, iż *„Wymieniony Wykonawca spełnia warunki określone w postępowaniu, a jego oferta jest zgodna z zapisami SIWZ.”*

Uzasadnienie zarzutów naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2) i art. 22 ust. 1b pkt 3) oraz art. 24 ust. 1 pkt 12) Pzp. Biorąc pod uwagę opisany powyżej stan faktyczny, OPA-ROW Sp. z o.o. nie spełnia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wymaganego doświadczenia, określonego w pkt V.1.3) SIWZ, który był przedmiotem wyjaśnień Zamawiającego z 31.10.2016 r. Wykonana przez OPA-ROW Sp. z o.o. maszyna wyciągowa nie została bowiem zabudowana i uruchomiona w obiekcie (zakładzie) górniczym. Ponadto usługa, na którą powołała się OPA-ROW Sp. z o.o. celem wykazania spełniania warunku dotyczącego posiadanego doświadczenia, nie została jeszcze ukończona. Podkreślił, że w pkt V.1.3) SIWZ Zamawiający wymagał, by wykonawca wykonał należycie *„usługi określone w przedmiocie zamówienia”*, a przedmiot zamówienia polega na modernizacji maszyny wyciągowej zabudowanej w górniczym wyciągu szybowym (pkt III.I SIWZ). Wyjaśnić w tym miejscu należy ponadto, że górniczy wyciąg szybowy jest obiektem zakładu górniczego (§ 30 ust. 2 rozporządzenia Ministra Gospodarki z 28 czerwca 2002 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy, prowadzenia ruchu oraz specjalistycznego zabezpieczenia przeciwpożarowego w podziemnych zakładach górniczych). Zestawienie powyższych postanowień SIWZ, tj. pkt III.I i V.1.3 (gdzie Zamawiający odsyła do przedmiotu zamówienia) potwierdza, że Zamawiający wymagał doświadczenia polegającego na wykonaniu usług określonych w pkt V.1.3 SIWZ, dotyczących maszyny zabudowanej w górniczym wyciągu szybowym. Ponadto w wyjaśnieniach do treści SIWZ w dniu 31.10.2016 r. Zamawiający w sposób jednoznaczny potwierdził, że usługi określone w pkt V.1.3) SIWZ mają dotyczyć maszyny wyciągowej zabudowanej i uruchomionej w obiekcie (zakładzie) górniczym. Treść tych wyjaśnień koreluje z opisem przedmiotu zamówienia, który polega na modernizacji maszyny wyciągowej zabudowanej w górniczym wyciągu szybowym. Wyjaśnienia są również

spójne z treścią pkt V.1.3) SIWZ, gdzie Zamawiający wymagał, by wykonawca wykonał należycie „*usługi określone w przedmiocie zamówienia*”. Wszystkie odpowiedzi i wyjaśnienia do SIWZ ze swej istoty uzupełniają treść SIWZ i są wiążące dla wykonawców na równi z postanowieniami SIWZ. Podkreślić należy, że powyższe wyjaśnienia nie zostały udzielone w ostatniej chwili, lecz na 10 dni przed upływem terminu składania ofert. Ponadto wyjaśnienia do SIWZ w tym postępowaniu były nieliczne i nie były obszerne. Wykonawcy nie zostali zatem zaskoczeni treścią wyjaśnień i powinni wziąć je pod uwagę przy sporządzaniu ofert. Istotne jest również, iż żaden z wykonawców zainteresowanych złożeniem oferty w postępowaniu nie złożył odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej zarówno wobec treści pkt V.1.3) SIWZ, jak i wobec treści wyjaśnień udzielonych przez Zamawiającego co do tego punktu. Zwrócił uwagę, że wymóg ten nie powinien budzić żadnych wątpliwości wykonawców. Zarówno Odwołujący, jak i OPA-ROW Sp. z o.o. prowadzą prace na terenie zakładów górniczych, a tym samym pojęcie obiektu (zakładu) górniczego jest im znane. W szczególności zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 18 ustawy 9 czerwca 2011 r. Prawo geologiczne i górnicze, zakładem górnikiem jest wyodrębniony technicznie i organizacyjnie zespół środków służących bezpośrednio do wykonywania działalności regulowanej tą ustawą w zakresie wydobywania kopalin ze złóż, a w podziemnych zakładach górniczych wydobywających węgiel kamienny wraz z pozostającym w związku technologicznym z wydobyciem kopaliny przygotowaniem wydobytej kopaliny do sprzedaży, podziemnego bezzbiornikowego magazynowania substancji, podziemnego składowania odpadów albo podziemnego składowania dwutlenku węgla, w tym wyrobiska górnice, obiekty budowlane, urządzenia oraz instalacje. Ponadto, jak wskazano powyżej, górniczy wyciąg szybowy jest obiektem zakładu górniczego. Działalności w powyższym zakresie może być wykonywana po uzyskaniu koncesji, która uprawnia do wykonywania działalności w oznaczonej przestrzeni (art. 21 ust. 1 i ust. 5 ustawy Prawo geologiczne i górnicze). Z pisma KOPEX - Przedsiębiorstwo Budowy Szybów S.A. z 09.12.2016 r. jednoznacznie wynika, iż maszyna wyciągowa wykonana przez OPA-ROW Sp. z o.o. nie została jeszcze zabudowana i uruchomiona w zakładzie górnikiem. Biorąc pod uwagę powołane powyższe przepisy prawa górniczego, uruchomienie i przeprowadzenie prób maszyny wyciągowej na terenie OPA-ROW Sp. z o.o. nie może być uznane za uruchomienie i przeprowadzenie prób w obiekcie (zakładzie) górnikiem. Wprawdzie przyjętą na rynku praktyką jest, że wykonawca maszyny wyciągowej najpierw montuje ją i próbnie uruchamia na swoim terenie, a dopiero potem maszyna jest zabudowywana na kopalni i uruchamiana w ruchu zakładu górniczego. Warunki panujące na terenie zakładu wykonawcy nie pozwalają jednakże na przeprowadzenie wszystkich prób niezbędnych do sprawdzenia, że maszyna będzie działać prawidłowo, w szczególności:

- optymalizacji napędu górniczego wyciągu szybowego poprzez parametryzację nowo zabudowanego przekształtnika tyrystorowego,
- wykonania prób uwzględniających specyfikę oraz warunki panujące na obiekcie oraz parametryzacji regulatora jazdy, w tym wyznaczenia stref charakterystycznych dla wyciągu szybowego, w których maszyna wyciągowa - sterowana przez nowy układ regulacji - powinna przyspieszać, zwalniać i zatrzymywać się,
- wykonania prób, wytworzenia sygnałów dla układu sterowania i zabezpieczeń na podstawie sygnałów pobranych z pracującego obiektu jakim jest górniczy wyciąg szybowy oraz zintegrowania go z istniejącym urządzeniem sygnalizacji i łączności szybowej,
- wykonania prób funkcjonalnych zespołu sterowania hamulcem maszyny z uwzględnieniem faktycznego stanu technicznego napędu hamulca,
- wykonania prób statycznych hamulca maszyny wyciągowej z uwzględnieniem rzeczywistego, maksymalnego obciążenia,
- wykonania prób dynamicznych hamulca maszyny wyciągowej wpływających bezpośrednio na bezpieczeństwo transportowanych turystów,
- wykonanie prób zmodernizowanego układu wysprzęgania bębnow z uwzględnieniem specyfiki hamulca maszyny wyciągowej,
- wykonania prób łączności i sterowania wykorzystując nowe urządzenie do bezprzewodowego nadawania sygnałów z naczyń wyciągowych oraz jego parametryzację,
- dostosowania zabudowy pulpitu sterowniczego wraz z fotelem maszynisty uwzględniając poprawną ergonomię pracy maszynisty wyciągowego.

Dopiero zabudowanie maszyny wyciągowej i jej uruchomienie w warunkach rzeczywistych w zakładzie górniczym pozwala przeprowadzić próby niezbędne dla potwierdzenia funkcji użytkowych i poprawności zastosowanych rozwiązań technicznych. Ponadto zabudowa i uruchomienie maszyny wyciągowej w ruchu zakładu górniczego wymaga uprzedniego uzyskania decyzji Prezesa WUG o jej dopuszczeniu do ruchu (art. 113 ust. 2 ustawy z 9 czerwca 2011 r. Prawo geologiczne i górnicze). Przyjętą praktyką jest również, iż Prezes Wyższego Urzędu Górniczego przed wydaniem decyzji o dopuszczeniu do ruchu nakazuje przeprowadzenie prób maszyny wyciągowej w ruchu zakładu górniczego (art. 113 ust. 9 powyższej ustawy). Uwzględniając uregulowania prawne oraz wymogi bezpieczeństwa, nie można stawiać znaku równości między uruchomieniem i próbami maszyny wyciągowej na terenie wykonawcy a zabudową, uruchomieniem i próbami maszyny w zakładzie górniczym. W tym kontekście zrozumiałe są określone w SIWZ wymagania co do posiadania doświadczenia w wykonaniu prac dotyczących maszyny zabudowanej i uruchomionej w obiekcie (zakładzie) górniczym, a nie u wykonawcy. Wymagania te zostały potwierdzone wyjaśnieniami Zamawiającego z 31.10.2016 r. Dodatkowo zgodnie z pismem KOPEX - Przedsiębiorstwo Budowy Szybów S.A. z 09.12.2016 r., zabudowa i uruchomienie

maszyny wyciągowej wykonanej przez OPA-ROW Sp. z o.o. ma dopiero nastąpić w ramach III Etapu robót. Zadanie realizowane przez OPA-ROW Sp. z o.o. nie zostało zatem jeszcze ukończone. Zważywszy, że przedmiotem tego zadania nie są świadczenia okresowe lub ciągłe, również z powodu braku jego zakończenia nie może ono stanowić potwierdzenia posiadania przez OPA-ROW Sp. z o.o. wymaganego doświadczenia (przynajmniej do daty wykonania tego świadczenia w całości). W tej sytuacji OPA-ROW Sp. z o.o. nie wykazała spełniania warunku udziału w postępowaniu.

W ocenie Odwołującego nie ma podstaw do wezwania OPA-ROW Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. W dokumencie JEDZ, stanowiącym wstępne potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, OPA-ROW Sp. z o.o. wykazała bowiem realizację tylko jednego, spornego, zamówienia dla KOPEX Przedsiębiorstwa Budowy, Szybów SA. OPA-ROW Sp. z o.o. była wzywana na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia formularza JEDZ, ponieważ nie załączyła go w ogóle do oferty. OPA-ROW Sp. z o.o. została również wezwana na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. W ocenie Odwołującego dokumenty składane w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 1 Pzp mają potwierdzać okoliczności podane wstępnie w formularzu JEDZ, który w tym przypadku był już przedmiotem wezwania z art. 26 ust. 3 Pzp. W okolicznościach tej sprawy uzupełnienie dokumentów mogłoby polegać jedynie na wskazaniu innego zadania niż pierwotnie ujęte w formularzu JEDZ, a tym samym sprowadzałoby się do ponownego złożenia wykazu wykonanych zamówień stanowiącego element formularza JEDZ, który podlegał już uzupełnieniu. Tym samym OPA-ROW Sp. z o.o. nie może już być wezwana do uzupełnienia braków w tym zakresie i podlega wykluczeniu z postępowania. Zaniechanie przez Zamawiającego wykluczenia wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków, stanowi naruszenie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12) Pzp.

Uzasadnienie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17) Pzp. OPA-ROW Sp. z o.o. przedstawiła ponadto informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, ponieważ składając oświadczenie na formularzu JEDZ potwierdziła, iż spełnia warunek udziału w postępowania dotyczący doświadczenia, a sporne zadanie wykazane w cz. IV.C formularza JEDZ spełnia wymogi Zamawiającego w tym zakresie (zgodnie z art. 25a ust. 1 Pzp taki jest bowiem cel składania tego oświadczenia). Dopiero korespondencja między Zamawiającym a KOPEX Przedsiębiorstwem Budowy Szybów SA ujawniła, że prace wykonane przez OPA-ROW Sp. z o.o. nie spełniają wymogów Zamawiającego, ponieważ nie dotyczą maszyny zabudowanej i uruchomionej w obiekcie (zakładzie) górniczym. Przedstawienie powyższych informacji mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zamawiający wymagał bowiem wykazania wykonania co najmniej, jednej usługi spełniającej wymagania określone w SIWZ. Skoro zadanie ujęte w formularzu

JEDZ przedstawionym przez OPA-ROW nie spełniało tych wymagań, to OPA-ROW nie wykazała spełniania warunku udziału w postępowaniu i powinna być wykluczona z postępowania. Podanie powyższych informacji było wynikiem co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa OPA-ROW Sp. z o.o. Zamawiający w dniu 31.10.2016 r. jednoznacznie wyjaśnił, że wymagane przez niego doświadczenie ma dotyczyć maszyny zabudowanej i uruchomionej w obiekcie (zakładzie) górnym. OPA-ROW Sp. z o.o. jako wykonawca powinna była wziąć te wyjaśnienia pod uwagę przy sporządzaniu oferty, a ich nieuwzględnienie świadczy o jej lekkomyślności lub niedbalstwie, zwłaszcza, że wyjaśnienia i zmiany SIWZ były nieliczne, a wyjaśnienia zostały udzielone z odpowiednim wyprzedzeniem.

Uzasadnienie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp. Jak wskazano powyżej, OPA-ROW Sp. z o.o. nie wykazała spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawiła informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Podlega zatem wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12), i 17) Pzp. Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą (art. 22 ust. 4 Pzp), a Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp). Także ten zarzut jest zatem uzasadniony.

Wybór oferty OPA-ROW Sp. z o.o. narusza również art. 91 ust. 1 i art. 26 ust. 1 Pzp. Zgodnie z art. 26 ust. 1 Pzp, Zamawiający przed udzieleniem zamówienia powinien zbadać, czy wykonawca, którego oferta została najwyżej oceniona, spełnia warunki udziału w postępowaniu. Natomiast w tym przetargu Zamawiający dokonał wyboru oferty złożonej przez wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu i który podlega wykluczeniu. Podkreślił, że Zamawiający jest związany postanowieniami SIWZ na takich samych zasadach jak wykonawcy i nie może odstępować od wymagań określonych w specyfikacji, w szczególności powinien wykluczyć wykonawcę, która nie spełnia jednego z warunków określonych w SIWZ. Zamawiający nie może wybrać takiej oferty jako najkorzystniejszej, nawet jeżeli przemawia za tym jego interes ekonomiczny.

Zamawiający w dniu 27.12.2016 r. (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, wezwał uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 30.12.2016 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) OPA-ROW Sp. z o.o., ul. Rymera 40c, 44-270 Rybnik zwana dalej: „OPA-ROW Sp. z o.o.” albo „Przystępującym” zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

W dniu 03.01.2017 r. (faxem) wpłynęło pismo Przystępującego wnoszącego o oddalenie odwołania. Pismo zostało podpisane przez osoby umocowane jak wyżej przy zgłoszonym przystąpieniu. Kopia pisma została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu na posiedzeniu.

[warunki podmiotowe wykonawców w świetle przeprowadzonego postępowania]

Przedmiotem zamówienia są usługi w postaci: modernizacji maszyny wyciągowej typu BB - 3500/DC- 4m/s, zabudowanej w górniczym wyciągu szybowym szybu „Campi”, polegającej na wymianie układu zasilania, sterowania, kontroli i nadzoru nad pracą zespołu napędowego (pkt III.1 SIWZ). Zakres prac został określony szczegółowo w pkt. III.3 SIWZ, wedle którego, przedmiotem zamówienia jest jedynie modernizacja istniejącej maszyny wyciągowej, nie zaś jej wykonanie, dostawa i montaż w górniczym wyciągu szybowym (por. IM.4 SIWZ, gdzie opisano charakterystykę górniczego wyciągu szybowego szybu Campi, składającego się w szczególności z maszyny wyciągowej). W świetle tak nakreślonego przedmiotu zamówienia, Zamawiający zawarł w SIWZ w pkt V.1.3 tiret pierwsze, warunki udziału w postępowaniu odnoszące się do zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy, w celu przyszłej realizacji zamówienia *„na odpowiednim poziomie jakości”*, a dotyczące doświadczenia wykonawcy. Mianowicie, wykonawca *„w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie usługi określone w przedmiocie zamówienia, tj. prace związane z modernizacją lub zabudową części elektrycznej w zakresie układów zasilania, sterowania, kontroli i nadzoru nad pracą zespołu napędowego w dwubębnowej maszynie wyciągowej oraz na prace związane ze sterowaniem układu automatycznego rozsprężania bębnowych nawojowych o łącznej wartości nie mniejszej niż 1 500 000,00 złotych brutto”*. W toku postępowania (na pytanie zadane przez Odwołującego) Zamawiający wyjaśnił powyższe postanowienia SIWZ, potwierdzając, że *„Zamawiający wymaga aby opisane w punkcie V.1.3) tiret pierwszy SIWZ prace (wykonane usługi) dotyczyły dwubębnowych maszyn wyciągowych zabudowanych i uruchomionych w obiektach (zakładach) górniczych”*. Należy założyć, że powyższe działania Zamawiającego są zgodne z art. 22 ust. 1b Pzp, tj. Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

[warunki podmiotowe wykonawców - założenia ustawowe]

Jednocześnie należy zaznaczyć, że ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, dokonując transpozycji Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE, ustawodawca krajowy

uchylił wymóg, zawarty dawniej w art. 22 ust. 3 i 4 Pzp, nakazujący Zamawiającemu opisanie sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Oznacza to, że Zamawiający z dniem wejścia w życie wskazanej nowelizacji uzyskał większą swobodę (uznanie) w zakresie oceny podmiotowych warunków udziału w postępowaniu.

Powyższe związane jest z tym, że każde zamówienie posiada określoną, niepowtarzalną specyfikę (rodzaj zamówienia, wielkość lub zakres), przez co ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu, jak i same te warunki, należą do wyłącznych praw i obowiązków zamawiającego, z ograniczeniami wynikającymi w tym względzie z art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1b oraz art. 25 ust. 1 Pzp. (zob. J. E. Nowicki w tezie 13 komentarza do art. 22 PZP w: A, Bazan, J.E. Nowicki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. II. Lex*). Aktualność zachowuje przy tym to orzecznictwo, wedle którego *„Zamawiający w postępowaniu o zamówienie publiczne jest zobowiązany do określenia, w sposób możliwie szczegółowy, warunków udziału wykonawców (...) . Precyzyjne określenie warunków ma na celu zarówno ochronę interesów potencjalnych wykonawców zgłaszających się do udziału w postępowaniu (...), jak również zabezpiecza dobrze pojęty interes zamawiającego w sprawnym przeprowadzeniu postępowania, którego celem jest zawarcie umowy, a następnie jej realizacja. Warunki udziału w postępowaniu (w szczególności w zakresie doświadczenia wykonawców) muszą korelować z przedmiotem zamówienia. W rzeczywistości zamawiający może określić warunki udziału w postępowaniu posługując się różnymi określeniami, o ile jest to niezbędne do jasnego, precyzyjnego określenia warunku”* (wyrok KIO z 18.02.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 78/08). W konsekwencji zaznaczył - po pierwsze - że interpretacja warunków podmiotowych stawianych wykonawcom należy do Zamawiającego. Po drugie, wszelkie niejasności wynikające z postawionych warunków powinny być interpretowane na korzyść wykonawcy, w duchu poszanowania zasad wolnej i uczciwej konkurencji, eliminując godzące w te zasady te interpretacje warunków podmiotowych, które okazałyby się nadmiernie restrykcyjne w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 7 ust. 1 i art. 22 ust. 1b Pzp).

[brak zmiany SIWZ i spełnianie przez OPA - ROW sp. z o.o. warunków podmiotowych tam określonych]

W świetle powyższego należy uznać, że przystępujący - OPA ROW sp. z o.o. spełnia wymagania określone przez SIWZ dla doświadczenia Wykonawcy i tak też ocenił to sam Zamawiający. Przedmiotem postępowania jest modernizacja istniejącej maszyny wyciągowej. Jak można domniemywać, w celu poszerzenia kręgu wykonawców, Zamawiający dopuścił, aby o realizację zamówienia mogli ubiegać się nie tylko ci, którzy wytworzyli takie urządzenie w określonej części („zabudowa”), lecz także wykonawcy, którzy dokonali wcześniej w takim samym zakresie remontu takich urządzeń („modernizacja”). Obie postacie miały dotyczyć części elektrycznej dwubębnowej maszyny wyciągowej, tj.

w zakresie układów zasilania, sterowania, kontroli i nadzoru nad pracą zespołu napędowego oraz w zakresie związanym ze sterowaniem układu automatycznego rozsprzęglania bębnowych, jak stanowi pkt V.1.3 tiret pierwsze SIWZ. Jest zrozumiałym, że wytwórca określonego dobra ma szerokie kompetencje również co do jego ewentualnych remontów (modernizacji).

Przystępujący - OPA ROW sp. z o.o. opisany warunek spełnia, jako że wedle referencji nr DEM/JG/1270/2016 z 19.10.2016 r., wystawionych przez KOPEX - Przedsiębiorstwo Budowy Szybów S.A. z siedzibą w Bytomiu, wykonał zadanie pt. „Wykonanie, dostawa, montaż i uruchomienie technologicznej maszyny wyciągowej dwubębnowej przeznaczonej do głębenia, pogłębiania, zbrojenia szybów oraz innych prac szybowych”. Zakres zadania, wynikający z jego tytułu, KOPEX - Przedsiębiorstwo Budowy Szybów S.A. z siedzibą w Bytomiu potwierdziło w piśmie do Zamawiającego z 09.12.2016 r., nr DEM/1402/016. W toku wyjaśnień treści SIWZ, na pytanie Odwołującego, Zamawiający nie zdecydował się na zmianę treści specyfikacji, po myśli art. 38 ust. 4 Pzp, a zatem obowiązujące wykonawców wymagania podmiotowe określa wyłącznie ten dokument (o ewentualnym znaczeniu treści tych wyjaśnień - niżej). Zamawiający nie zdecydował się więc dodać w treści SIWZ, ani miejsca „zabudowania i uruchomienia maszyny wyciągowej”, ani tego, że wykonawca powinien legitymować się takim uruchomieniem w określonym czasie wynikającym z etapu realizowania określonej, wcześniejszej inwestycji. Tym samym zarzuty odwołania pozostają nieuzasadnione. Zaznaczył, że w świetle nowszego orzecznictwa, podkreśla się różnice pomiędzy wyjaśnieniami treści SIWZ, a jego zmianą, jako dwoma odrębnymi zagadnieniami, o których stanowią przepisy art. 38 Pzp.

Odmienność ta została podkreślona przez KIO w wyroku z 07.08.2013 r., sygn. akt: KIO 1794/13. W sprawie będącej przedmiotem rozpoznania KIO (wyrok z 12.04.2011 r., sygn. akt KIO 683/11) Izba uznała w takim przypadku, że skoro ustawa w art. 38 „rozróżnia wyjaśnienia i zmianę SIWZ”, to nie można wywodzić negatywnych dla wykonawcy skutków z ograniczenia się zamawiającego jedynie do wyjaśnień bez dokonywania stosownych zmian SIWZ.

W wyroku KIO z 06.05.2011 r., sygn. akt: KIO 836/11, KIO trafnie stwierdziła natomiast, że: *„Wyjaśnienia treści siwz, o których mowa w art. 38 ust. 2 ustawy, stanowią uszczegółowienie, ewentualnie doprecyzowanie opisu zawartego w siwz w zakresie przedstawionym przez wykonawców występujących z zapytaniem. Zatem, wyjaśnienie nie może stanowić podstawy wprowadzenia innego wymagania niż zawarte w treści siwz (podkreślenie własne), w tym przypadku wyeliminowania możliwości stosowania urządzenia dopuszczonego pierwotnie, jako dowolne elementy, ewentualnie inne urządzenia. Izba w cytowanym orzeczeniu uznała, że; „udzielenie wyjaśnień rozbieżnych z pierwotną treścią*

siwz, zawężających rodzaj urządzeń oddziaływania, jak zgodnie potwierdzono na rozprawie, wykracza poza możliwość wynikającą z treści przepisu art. 38 ust. 2 ustawy".

Wreszcie, należy odnotować, że w wyroku z 17.06.2014 r. (KIO 1099/14), KIO stwierdziła, że *„jak wynika z art. 38 ust. 1, pytania wykonawcy powinny dotyczyć treści SIWZ i zmierzać do jej wyjaśnienia, nie zaś do uwzględnienia wszystkich postulatów wykonawców. Realizacja postulatów danego wykonawcy co do zmiany opisu przedmiotu zamówienia lub warunków udziału w postępowaniu powinna nastąpić co do zasady poprzez skorzystanie ze środków ochrony prawnej gwarantowanych wykonawcom w ustawie Pzp”* (podkreślenia własne). Skoro zatem Odwołujący w niniejszej sprawie z tych środków nie skorzystał, to nie może obecnie wywodzić, że Przystępujący powinien spełniać kryteria uznane wyłącznie przez Odwołującego, nie zamieszczone w SIWZ. Podnoszone przez Odwołującego kwestie dotyczące miejsca uruchomienia (zakład Przystępującego, nie zaś obiekt/zakład górniczy) nie mają znaczenia w świetle niezmienionych przez Zamawiającego postanowień SIWZ. W tym kontekście nieuzasadnionym zarzutem jest również twierdzenie, że uruchomienie maszyny wyciągowej jest obwarowane dodatkowymi przesłankami *„ukończenia jakiegoś etapu wcześniejszej inwestycji wykonawcy”*. Wywodzenie z zapytania (zadanego przez Odwołującego zapewne w konkretnym, eliminującym konkurencję celu), a następnie odpowiedzi Zamawiającego innych wymogów, aniżeli zawarte w SIWZ, jest nieuprawnione. Nadmieniał, że OPA-ROW sp. z o.o. jest producentem maszyn wyciągowych dla górnictwa, a zatem z naddatkiem spełnia wymogi doświadczenia dla przedsięwzięcia Zamawiającego, jakim jest jedynie modernizacja jego istniejącej maszyny.

[wyjaśnienia SIWZ a wybór najkorzystniejszej oferty]

W świetle podnoszonej na wstępie, a wynikającej z obowiązującego aktualnie ustawodawstwa, swobody zamawiającego w ocenie przesłanek spełnienia warunków podmiotowych co do udziału w postępowaniu, należy ewentualnie ustalić charakter wyjaśnień SIWZ dokonany przez Zamawiającego. Otóż, jak była o tym mowa, Zamawiający do udziału w postępowaniu dopuścił nie tylko wykonawców wcześniej modernizujących istniejące maszyny wyciągowe, lecz również dopuścił ich producentów. Są to dwa różne przedmiotowo doświadczenia, którymi może wykazać się wykonawca, przez co Zamawiający, dokonując wyjaśnień SIWZ, sprecyzował, że będzie oceniał wymagane doświadczenie przez pryzmat zabudowania i uruchomienia maszyn wyciągowych w zakładach (obiektach) górniczych. Przy czym to doprecyzowanie, jak wskazano wyżej, nie oznacza zmiany SIWZ, a stanowi jedynie o jego możliwej interpretacji. W niniejszej sprawie, Zamawiający, w ramach swojego uznania, przy wykładni postanowień SIWZ i oceny podmiotowej wykonawców, dokonał jednej z możliwych interpretacji SIWZ, która pozwala na założenie, że chodziło mu o powiązanie doświadczenia wykonawcy z pracą dla górnictwa. Innymi słowy, w świetle postanowień SIWZ, Zamawiający miał pełne prawo zbadać stopień

powiązania wcześniejszych doświadczeń Przystępującego z pracą na rzecz górnictwa i uznać, że związki te są wystarczające dla zapewnienia należytej jakości zamówionych usług. Nie można zatem czynić Zamawiającemu zarzutów naruszenia ustawy poprzez skorzystanie ze swoich kompetencji do badania doświadczenia wykonawcy, którego oferta okazała się najkorzystniejsza oraz swobody interpretacji wyników tych ustaleń względem treści SIWZ. Dla Zamawiającego wystarczające było bowiem, aby pod względem podmiotowym, wykonawca wykazał się wykonaniem i uruchomieniem maszyny wyciągowej przeznaczonej dla górniczych wyciągów szybowych (niezależnie od miejsca, gdzie to nastąpiło i etapu realizacji tego wcześniejszego zamówienia, tj. tego, czy po pierwszym uruchomieniu nastąpią dalsze „uruchomienia” w innych warunkach). Taka interpretacja pozostaje w zgodzie z art. 22 ust. 1b Pzp, stanowiącym o adekwatności warunków podmiotowych stawianych wykonawcy względem przedmiotu zamówienia, którym jest jedynie modernizacja istniejącej maszyny. W świetle powyższego, Przystępujący - OPA - ROW sp. z o.o. spełnia warunki podmiotowe określone specyfikacją, czemu dał wyraz Zamawiający i nie musi realizować dodatkowych założeń określonych przez Odwołującego w odwołaniu. Dodał, że treść odwołania stanowi dość swobodną polemikę przegrywającego postępowanie Odwołującego z treścią SIWZ (w szczególności dotyczy to wywodów tam zawartych na temat stopnia powiązania wykonanej wcześniej przez Przystępującego maszyny wyciągowej z jej pracą na rzecz górnictwa i etapu jej wykorzystania dla celów górniczych). Dla Zamawiającego te kwestie, oceniane przez pryzmat zamówienia polegającego na modernizacji istniejącej maszyny, nie miały znaczenia.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący, którego oferta uplasowała się na drugiej pozycji w rankingu złożonych ofert, w wypadku potwierdzenia zarzutów ma szansę na uzyskanie zamówienia.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie: dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne przekazanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym z treści ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ, wyjaśnień, czyli odpowiedzi na pytania (pismo z 31.10.2016 r. – odpowiedź na pytanie nr 2), oferty Przystępującego, wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp z 15.11.2016 r. odnośnie JEDZ-a Przystępującego, uzupełnienia z 18.11.2016 r., wezwania z 21.11.2016 r. w trybie art. 26 ust. 1 Pzp, uzupełnienia z tego tytułu z 24.11.2016 r. (zał. nr 2) oraz oddzielnej informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego także z 26.10.2016 r., wezwania z 30.11. 2016 r. Zamawiającego skierowanego do wystawcy referencji, odpowiedzi /wyjaśnień/ wystawcy referencji z 09.12.2016 r. oraz informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z 15.12.2016 r.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego także złożony na posiedzeniu przez Przystępującego wydruk ze strony internetowej Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę pismo Przystępującego, stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu następujące zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

1. art. 22 ust. 1 pkt 2) i art. 22 ust. 1b pkt 3) Pzp, poprzez błędne uznanie przez Zamawiającego, iż OPA-ROW Sp. z o.o. wykazała spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej w zakresie doświadczenia oraz przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12) Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia OPA-ROW Sp. z o.o. z postępowania, mimo że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej w zakresie doświadczenia,
2. art. 24 ust. 1 pkt 17) Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia OPA-RÓW Sp. z o.o. z postępowania, mimo że wykonawca ten w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia,
3. art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty OPA-ROW Sp. z o.o., mimo że oferta ta została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania,

4. art. 91 ust. 1 i art. 26 ust. 1 Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty OPA-ROW Sp. z o.o., mimo że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia i podlegał wykluczeniu z postępowania, a jego oferta odrzuceniu.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności należy przywołać stan faktyczny wynikający z treści wniesionego odwołania oraz pisma Przystępującego. OPA-ROW Sp. z o.o. de facto potwierdził przywołane w odwołaniu okoliczności.

W konsekwencji uznając, że spór nie dotyczy stanu faktycznego, ale oceny prawnej opisanych czynności Zamawiającego oraz uzyskanych w wyniku wezwania dokumentów - JEDZ-a, dokumentów podmiotowych Przystępującego złożonych w trybie art. 26 ust. 1 Pzp (zał. nr 2) oraz wyjaśnień wystawcy referencji, jak ich oceny przez Zamawiającego. Nadto, interpretacji postanowień z pkt V.1.3 SIWZ oraz odpowiedzi na pytanie nr 2 w piśmie z 31.10.2016 r., także w kontekście uzyskanych od Przystępującego oraz wystawcy referencji dokumentów Izba odniesie się do poszczególnych kwestii w ramach rozpatrywania poszczególnych zarzutów.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Zarzut pierwszy Izba uznała za potwierdzony.

Izba uznała, że Przystępujący nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu wynikającego z pkt V.1.3 SIWZ, gdyż zgodnie z pismem z 09.12.2016 r. wystawcy referencji zabudowa i uruchomienie dwubębnej maszyny w górniczym wyciągu szybowym ma zostać zrealizowana w ramach III Etapu. Wynika z niniejszego pisma także, że w ramach II Etapu nie została zrealizowana zabudowa dwubębnej maszyny wyciągowej, a jedynie uruchomienie i poddanie jej próbom funkcjonalnym, a następnie dostarczenie odbiorcy. Należy zauważyć również, że Przystępujący, co jest istotne, wykazywał się doświadczeniem opartym na zabudowie, a nie modernizacji, tak też twierdził w piśmie oraz na rozprawie.

W konsekwencji bez znaczenia jest czy uznamy, jako wiążący, warunek w brzmieniu pierwotnym (zabudowa części elektrycznej, czyli jej wykonanie w maszynie wyciągowej), czy też w ujęciu wynikającym z udzielonych przez Zamawiającego 31.10.2016 r. wyjaśnień /odpowieź na pytanie nr 2/ (zabudowa i uruchomienie na terenie zakładu górniczego, czyli

w tym konkretnym miejscu, a nie na terenie Przystępującego). Należy bowiem zauważyć, że udział Przystępującego w wykazywanym zadaniu jeszcze się nie zakończył wraz z wytworzeniem – czyli zabudową części elektrycznej, czyli jej wykonaniem w maszynie wyciągowej, jak upatrywał Przystępujący, uruchomieniem i poddaniem jej próbom funkcjonalnym, a następnie dostarczeniem odbiorcy (tym bardziej wobec nie zabudowania i uruchomienia na terenie zakładu górniczego). Było bezsporne, że przed dopuszczeniem do ruchu mocą decyzji Prezesa WUG konieczne jest przeprowadzenie dodatkowych prób. Inaczej mówiąc, dopiero pozytywne dopuszczenie, po próbach wynikających z charakteru wykonywanego zadania, w tym wypadku w górniczym wyciągu szybowym, daje podstawę do uznania zakończenia, zrealizowania zadania. Nie można bowiem definitywnie, na tym etapie realizacji wykazywanego zadania przyjąć, że negatywne wyniki prób nie będą skutkowały koniecznością dokonania zmian w dostarczonej odbiorcy i wytworzonej maszynie wyciągowej, także w jego zabudowie, wewnątrz – części elektrycznej, jak odczytywał to Przystępujący, abstrahując od kwestii miejsca. W rezultacie nie można uznać wykazywanego zadania za zakończone, skoro końcowy termin realizacji, jak wskazywał wystawca referencji mija z końcem 2017 r., a do tego czasu nie można wykluczyć konieczności interwencji Przystępującego, w ramach dostarczonej maszyny wyciągowej. Realizacja wykazywanego zadania przez Przystępującego nie ma charakteru zakończonego, tj. jest to zadanie w toku.

Odnosnie braku możliwości skorzystania w przedmiotowym postępowaniu w tym stanie faktycznym z dobrodziejstwa art. 26 ust. 3 Pzp, Izba podzieliła argumentację Odwołującego z odwołania. Uzupelnienie wiązałoby się z koniecznością zmiany JEDZ-a, który był wymagany wraz z ofertą i uzupełniony w trybie art. 26 ust. 3 Pzp już wcześniej. Ewentualna zmiana wiązałaby się z koniecznością zmiany quasi wykazu zadań zawartego w JEDZ-u. Przystępujący dostarczył dokumenty podmiotowe dopiero w trybie art. 26 ust.1 Pzp i nie zawarł w ofercie z własnej inicjatywy żadnych innych dokumentów odnośnie swojego doświadczenia.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Izba uznała, że zarzut drugi się nie potwierdził.

Izba uznała, że z uwagi na różne możliwości interpretacyjne treści warunku z pkt. V.1.3 SIWZ w kontekście także udzielonych wyjaśnień, w zakresie przytoczonym powyżej, brak jest podstaw do uznania zarzutu. W tym wypadku Izba przywołuje dotychczasowe orzecznictwo zgodnie, z którym nie można mówić o nieprawdziwej informacji, w sytuacji, gdy postanowienia SIWZ mogą być rozbieżnie interpretowane, a Wykonawca działający z należytą starannością rozumiał je inaczej – za wyrokiem KIO z 15.11.2016 r., sygn. akt: KIO 2049/16, sygn. akt: KIO 2052/16.

Izba wskazuje w tym zakresie za wyrokiem z 13.05.2015 r., sygn. akt: KIO 842/15, KIO 862/15: „W tym wypadku, należy dodatkowo podnieść, że jakiegokolwiek niejednoznaczności w opisie przedmiotu zamówienia w ramach postanowień SIWZ, także działają na korzyść Wykonawców i nie pozwalają na definitywne stwierdzenie złożenia nieprawdziwej informacji. W tym kontekście Izba przywołuje orzecznictwo - wyrok KIO z 14.01.2015 r., sygn. akt: KIO 2826/14, czy też wyrok KIO z 15.07.2014 r., sygn. akt: KIO 1343/14: "Identycznie należy odnieść się do kwestii złożenia nieprawdziwej informacji wobec nieprecyzyjności postanowień SIWZ będących ewentualną podstawą stwierdzenia takiej nieprawdziwości. W tym zakresie Izba wskazuje na wyrok z dnia 14.04.2011 r., sygn. akt: KIO 706.11: "Art. 24 ust. 2 pkt 3 stanowi, że zamawiający wyklucza z postępowania wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Czynność wykluczenia na podstawie przywołanego przepisu może być dokonana w razie kumulatywnego spełnienia dwóch przesłanek: złożenia nieprawdziwych informacji oraz wpływu informacji na wynik postępowania. Wpływ może mieć charakter bezpośredni (verba legis "mające wpływ"), gdy wprost rzutuje na wynik postępowania - wybór najkorzystniejszej oferty lub pośredni (verba legis "mogące mieć wpływ"), gdy na danym etapie postępowania wybór oferty jeszcze nie nastąpił, lecz informacje mają znaczenie dla możliwości uzyskania zamówienia przez danego wykonawcę. Informacja są nieprawdziwe kiedy prezentują stan inny, niż w rzeczywistości. Niezgodność powinna mieć charakter obiektywny w danych okolicznościach faktycznych i prawnych. Nie można mówić o nieprawdziwości informacji, w sytuacji, gdy postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub ogłoszenia mogą być rozbieżnie interpretowane, a wykonawca działający z należytą starannością rozumie je inaczej, niż zamawiający.". Podobnie Izba stwierdziła w wyroku KIO z dnia 28.11.2012 r., sygn. akt: KIO 2548/12, czy też w wyroku KIO z dnia 03.09.2013 r., sygn. akt: KIO 2005/13."

Należy uznać, że zasada niniejsza ma także zastosowanie do informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego po ostatniej nowelizacji.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Wobec uwzględnienia pierwszego zarzutu przez Zamawiającego, Izba uznała także za zasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust.4 Pzp oraz art. 91 ust. 1 pkt 4 i art. 26 ust. 1 Pzp. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 89 ust.1 pkt 5 Pzp, Izba uznała, że zarzut się nie potwierdził, gdyż wskazany przepis dotyczy postępowań wieloetapowych.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba uznała wniosek Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. w maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....