

**WYROK**  
**z dnia 15 września 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Marek Koleśnikow**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 września 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 września 2017 r. przez **wykonawcę Elektrometal S.A. z siedzibą w Cieszynie, ul. Stawowa 71; 43-400 Cieszyn** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Polska Grupa Górnicza Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, Oddział KWK ROW, ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice**

przy udziale:

- A) wykonawcy **JM-TRONIC Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Wapienna 43/45, 04-691 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**,
- B) wykonawcy **Przedsiębiorstwo Komplektacji i Montażu Systemów Automatyki „CARBOAUTOMATYKA” S.A. z siedzibą w Tychach, ul. Budowlanych 168, 43-100 Tychy** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **Elektrometal S.A. z siedzibą w Cieszynie, ul. Stawowa 71; 43-400 Cieszyn** i:

2.1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Elektrometal S.A. z siedzibą w Cieszynie, ul. Stawowa 71; 43-400 Cieszyn** tytułem wpisu od odwołania;

2.2) zasądza od wykonawcy **Elektrometal S.A. z siedzibą w Cieszynie, ul. Stawowa 71; 43-400 Cieszyn** na rzecz zamawiającego **Polska Grupa Górnicza Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, Oddział KWK ROW, ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do **art. 198a i 198b** ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 oraz z 2016 poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579, 1920 i 2260) 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 Polska Grupa Górnicza Sp. z o.o. Oddział KWK ROW, ul. Jastrzębska 10, 44-253 Rybnik wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na »Modernizację rozdzielni głównej 6kV R-801 dla potrzeb Polskiej Grupy Górnicznej Sp. z o.o. Oddział KWK ROW Ruch Marcel«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 02.06.2017 r. pod nrem 2017/S 105-210669.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 oraz z 2016 poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579, 1920 i 2260) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

28.08.2017 r. zamawiający zaprosił do aukcji wszystkich wykonawców, czyli nie wykluczył żadnego wykonawcy ani nie odrzucił żadnej oferty.

Wykonawca Elektrometal S.A. z siedzibą w Cieszynie, ul. Stawowa 71; 43-400 Cieszyn, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł 1.09.2017 r. do Prezesa KIO odwołanie na:

- 1) zaniechanie czynności odrzucenia Ofert złożonych przez wykonawcę JM-TRONIC Sp. z o.o., zwaną dalej „JM-TRONIC” oraz przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Kompletacji i Montażu Systemów Automatyki CARBOAUTOMATYKA S.A., zwaną dalej „CARBOAUTOMATYKA”;
- 2) zaniechanie czynności wezwania wykonawców JM-TRONIC oraz CARBOAUTOMATYKA do wyjaśnienia treści złożonych ofert, w tym wyjaśnienia możliwości wystąpienia zmywu przetargowej;
- 3) zaproszenie do aukcji elektronicznej wykonawców JM-TRONIC oraz CARBOAUTOMATYKA.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców JM-TRONIC oraz CARBOAUTOMATYKA pomimo tego, że wskazani wykonawcy nie zaoferowali wymaganej przez zamawiającego „dostawy odpowiadającej wymaganiom określonym w załączniku nr 1 do SIWZ” w części dotyczącej:

- a) „dostępności do przedziałów szyn zbiorczych i odłączników (...) bez konieczności demontażu innych dodatkowych elementów konstrukcyjnych (w tym przegród międzyprzedziałowych”,
  - b) konieczności zabudowy „dla każdej sekcji nowobudowanej rozdzielni 6kV (...) układ(y) do tłumienia drgań ferorezonansowych”;
- 2) art. 26 ust. 4 Pzp oraz art. 87 ust. 1 Pzp przez zaniechanie ich zastosowania przy ocenie Ofert JM-TRONIC oraz CARBOAUTOMATYKA, co spowodowało nierówne traktowanie wykonawców i utrudnianie uczciwej konkurencji, przez m. in. bezkrytyczne przyjęcie przez Zamawiającego okoliczności wzajemnego korzystania przez wskazanych Wykonawców z zasobów podwykonawczych (CARBOAUTOMATYKA ma podwykonawcę JM-TRONIC) i zdolności technicznych i zawodowych (JM-TRONIC korzysta z udostępnionych zasobów CARBOAUTOMATYKA) drugiego podmiotu, podczas gdy wskazane krzyżowe powiązania wykonawców JM-TRONIC oraz CARBOAUTOMATYKA powinny być przedmiotem badania Zamawiającego na okoliczność czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp;
  - 3) art. 91b ust. 1 Pzp przez zaproszenie wykonawców JM-TRONIC oraz CARBOAUTOMATYKA do udziału w aukcji elektronicznej pomimo tego, że ich Oferty podlegały odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie Odwołania w całości;
- 2) unieważnienie czynności Zamawiającego w postaci oceny Ofert i zaproszenia wykonawców JM-TRONIC oraz CARBOAUTOMATYKA do udziału w aukcji elektronicznej;
- 3) unieważnienie czynności przeprowadzenia aukcji elektronicznej, jeżeli taka do czasu rozpoznania Odwołania zostanie przeprowadzona;
- 4) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny Ofert złożonych w postępowaniu i w konsekwencji:
  - a) nakazanie Zamawiającemu zbadania Ofert JM-TRONIC oraz CARBOAUTOMATYKA na okoliczność istnienia czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp,
  - b) odrzucenia Ofert JM-TRONIC oraz CARBOAUTOMATYKA,
  - c) zaproszenia do aukcji elektronicznej wykonawców, z wyłączeniem wykonawców JM-TRONIC oraz CARBOAUTOMATYKA,
  - d) ponownego przeprowadzenia aukcji elektronicznej, jeżeli taka do czasu rozpoznania odwołania zostanie przeprowadzona;

- 5) dopuszczenie dowodów z dokumentów wymienionych w treści uzasadnienia Odwołania, wskazanych dla potwierdzenia faktów, z których Odwołujący wywodzi skutki prawne;
- 6) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, o ile takie powstaną według norm przepisanych.

#### Argumentacja odwołującego

##### 1. Zarzut niezgodności Ofert z wymaganiami Zamawiającego

1. Wymaganiem Zamawiającego jest potwierdzenie przez Wykonawców „że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym w załączniku nr 1 do SIWZ”, w tym potwierdzenie że „dwusekcyjna, dwusystemowa i dwuczłonowa rozdzielnica 6kV” oferowana zarówno przez wykonawcę JM-TRONIC, jak i zapewnia „dostęp do przedziałów szyn zbiorczych i odłączników (...) przez otwarcie lub zdemontowanie osłon zewnętrznych, bez konieczności demontażu innych dodatkowych elementów konstrukcyjnych (w tym przegród międzyprzedziałowych)” (załącznik nr 1 do SIWZ pkt III – ppkt 2.1). Takiego wymagania nie spełnia oferowana przez wykonawców JM-TRONIC oraz CARBOAUTOMATYKA rozdzielnica SN typ MultiCell 2S-G.

Teza o niezgodności oferty wykonawcy JM-TRONIC z wymaganiami Zamawiającego ma następujące uzasadnienie:

a) do dnia złożenia przez wykonawców JM-TRONIC oraz CARBOAUTOMATYKA wyjaśnień i uzupełnień dokumentów, co nastąpiło 23.08.2017 r. oferowana rozdzielnica SN typ MultiCell 2S-G posiadała jedną dokumentację techniczno-ruchową (DTR) o nrze DTR/KM14-001/2015, złożoną m.in. do postępowania na Budowę pomocniczej rozdzielni 6kV na poziomie 500 m przy szybie II w KHW S.A. KWK Murcki-Staszic Ruch Staszic, nr przetargu: WP/137/2015. Taka dokumentacja stanowiła podstawę dla badań rozdzielnicy w zakresie posiadanych przez nią parametrów technicznych, w tym stanowiła podstawę dla uznania, że rozdzielnica gwarantuje odporność na działanie łuku wewnętrznego (1s) na poziomie min. 31,5 kA. Od dnia złożenia wskazanych wyżej wyjaśnień rozdzielnica SN typ MultiCell 2S-G posiada kolejną DTR o nrze DTR/KM 14-002/2017 (wydanie II)

Dowód: kopia DTR/KM 14-001/2015;

b) abstrahując od okoliczności, że jedna rozdzielnica o takiej samej nazwie SN typ MultiCell 2S-G nie może posiadać dwóch DTR, co jest wprowadzającym w błąd czynem nieuczciwej konkurencji, to istotniejsze dla sprawy jest to, że przedstawiona przez wykonawcę JM-TRONIC oraz CARBOAUTOMATYKA DTR o nrze DTR/KM14-002/2017 (wydanie II) nie jest DTR rozdzielnicy SN typ MultiCell 2S-G.

Przedstawiona przez wykonawców JM-TRONIC oraz CARBOAUTOMATYKA DTR o nrze DTR/KM 14-002/2017 (wydanie II) jest natomiast wewnętrznym dokumentem sporządzonym wyłącznie w celu wykazania zgodności złożonych Oferty z wymaganiami Zamawiającego. Taka dokumentacja nigdy nie była podstawą badań, sprawdzeń, certyfikacji czy dopuszczeń, a zatem wykonawcy JM-TRONIC oraz CARBOAUTOMATYKA nie mają żadnych podstaw by składać obecnie Zamawiającemu zapewnienia, że sporządzona na jej podstawie rozdzielnica spełnia którykolwiek z parametrów Załącznika nr 2a do SIWZ Wykaz spełnienia wybranych wymagań i parametrów technicznych określonych przez Zamawiającego w Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia. Analiza DTR o nrze DTR/KM 14-002/2017 (wydanie II) dowodzi wręcz, że ewentualna przyszła rozdzielnica nie spełni wymagań Zamawiającego z tego względu, że na podstawie tej dokumentacji nie da się zbudować technicznie sprawnej rozdzielnicy;

c) nadużyciem ze strony wykonawców JM-TRONIC oraz CARBOAUTOMATYKA jest nazywanie dokumentacji dołączonej do wyjaśnień i uzupełnień z 23.08.2017 r. dokumentacją techniczno-ruchową rozdzielnicy. Zgodnie bowiem z obowiązującym w postępowaniu Rozporządzeniem Ministra Gospodarki z dnia 21 października 2008 r. w sprawie zasadniczych wymagań dla maszyn „dokumentacja techniczna powinna wykazać, że maszyna spełnia wymagania, o których mowa w rozporządzeniu”. Tymczasem takie wykazanie nie jest możliwe, bowiem dokumentacja przedstawiona przez wykonawców JM-TRONIC oraz CARBOAUTOMATYKA nie dotyczy oferowanej Zamawiającemu rozdzielnicy SN typ MultiCell 2S-G. Dodatkowo jak wskazuje w art. 10 ust. 1a ustawy z dnia 13 kwietnia 2007 r. o kompatybilności elektromagnetycznej dokumentacja techniczna ma umożliwić „ocenę zgodności aparatury z zasadniczymi wymaganiami oraz obejmować analizę i ocenę ryzyka”. Z powodów podanych powyżej tj. ewidentnej rozbieżności oferowanej rozdzielnicy i dołączonej przez wykonawców JM-TRONIC oraz CARBOAUTOMATYKA DTR taka ocena zgodności nie jest możliwa do przeprowadzenia przez Zamawiającego;

d) tytułem wykazania nadużycia wykonawców JM-TRONIC oraz CARBOAUTOMATYKA polegającego na złożeniu niezgodnej z SIWZ oferty sprzedaży rozdzielnicy SN typ MultiCell 2S-G i dołączenia do niej spreparowanej DTR nie pochodzącej od rozdzielnicy SN typ MultiCell 2S-G, odwołujący wskazał przykłady:

- według DTR dostęp do przedziałów odłącznikowych (str. 23) i do przedziału szyn zbiorczych (str. 26) nie wymaga demontażu dodatkowych elementów konstrukcyjnych (np. dodatkowych przegród, osłon, itp);

- ta sama DTR na str. 76-77 w ramach opisu procedury dostępu do przedziału z odłącznikami wskazuje jednak, że aby uzyskać taki dostęp „w dalszej kolejności należy zdemontować wcześniej wspomniane wewnętrzne przegrody wykonane z blachy Al-Zn (...)”;
- według rysunku 82 DTR (str. 77) przedział odłącznikowy ma osłony wewnętrzne;
- ta sama DTR na str. 18 w ramach rysunku przekrojowego pola (rysunek 3) zupełnie nie identyfikuje osłon wewnętrznych, których rozdzielnica ma nie mieć;
- według rysunku 3 DTR (str. 18) szyny zbiorcze sekcji 1 i 2 są w układzie poziomym;
- ta sama DTR na str. 49 (rysunek 3) ukazuje szyny zbiorcze sekcji 1 w układzie trójkątnym.

Wskazane elementy dowodzą, że wykonawcy JM-TRONIC oraz CARBOAUTOMATYKA nieprawnie „adaptując” właściwą DTR dedykowaną dla rozdzielnicy SN typ MultiCell 2S-G, do potrzeb Zamawiającego, wykonali to niestarannie i zachowali wewnętrzną niespójność rozwiązań (lit. d), czym wprost wykazali, że przedstawiona DTR o numerze DTR/KM14-002/2017 (wydanie II) nie pochodzi od oferowanej Zamawiającemu rozdzielnicy SN typ MultiCell 2S-G, niezgodnej z SIWZ. Oznacza to, że Oferty wykonawców JM-TRONIC oraz CARBOAUTOMATYKA powinny podlegać odrzuceniu.

2. W przedmiotowym zamówieniu wymaganiem Zamawiającego jest by „dla każdej sekcji nowobudowanej rozdzielni 6kV należy zabudować układ(y) do tłumienia drgań ferreazonansowych. Układ do tłumienia drgań ferreazonansowych powinien być oparty na trzech transformatorach o mocy wynikającej z projektu (co najmniej 2500 VA) połączonych po stronie pierwotnej w gwiazdę, w układzie z uziemionym punktem gwiazdowym, Uzwojenie wtórne powinno być połączone w układ otwartego trójkąta, w który to obwód należy wpiąć odpowiednio dobrany rezystor tłumiący. Układ powinien posiadać zabezpieczenia strony pierwotnej transformatorów oraz rezystora tłumiącego” (załącznik nr 1 do SIWZ pkt III – ppkt 2.12). Takiego wymagania nie spełniają Oferty wykonawców JM-TRONIC oraz CARBOAUTOMATYKA, w których ten wymóg Zamawiającego pominięto tzn. wykonawcy JM-TRONIC oraz CARBOAUTOMATYKA nie zaoferowali Zamawiającemu pól z układem ferreazonansu (nie wykazali na schemacie takich pól ani nie podali ich w zestawieniu oferowanych pól), co oznacza, że taki układ nie będzie realizowany dla Zamawiającego przez wykonawców JM-TRONIC oraz CARBOAUTOMATYKA. Stanowi to jednak niezgodność Ofert wykonawców JM-TRONIC oraz CARBOAUTOMATYKA z wymaganiami Zamawiającego, co powinno skutkować odrzuceniem tych ofert.

2. Zarzut braku wyjaśnienia czynu nieuczciwej konkurencji

Analiza Ofert wykonawców JM-TRONIC oraz CARBOAUTOMATYKA wskazuje, że ci Wykonawcy przyjęli model wzajemnego korzystania z zasobów podwykonawczych oraz zdolności technicznych i zawodowych drugiego podmiotu. W efekcie wykonawca CARBOAUTOMATYKA ma podwykonawcę JM-TRONIC, a równocześnie wykonawca JM-TRONIC korzysta z udostępnionych zasobów wykonawcy CARBOAUTOMATYKA. Takie krzyżowe powiązania powinny być przedmiotem badania Zamawiającego na okoliczność czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. Wniosek taki wynika z tego, że w ustawie Pzp obowiązuje zasada zakazu składania dwóch ofert w jednym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, która wobec tak ścisłych powiązań podwykonawczo-zasobowych wykonawców JM-TRONIC oraz CARBOAUTOMATYKA jest naruszona.

Podkreślenia dodatkowo wymaga, że Odwołujący wyrażając powyższe stanowisko i dążąc do odrzucenia złożonych przez wykonawców JM-TRONIC oraz CARBOAUTOMATYKA ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, nie opiera swoich tez na samym jedynie fakcie nawiązania omawianej współpracy przez ww. wykonawców, a wskazuje równocześnie na liczne podobieństwa (błędy, składnia, układ graficzny) występujące w ofertach wykonawców JM-TRONIC oraz CARBOAUTOMATYKA złożonych w takich warunkach, które świadczą o istnieniu niedozwolonych porozumień pomiędzy wykonawcami JM-TRONIC oraz CARBOAUTOMATYKA, które to powiązania zabronione są w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a co za tym idzie sankcjonowane być powinny odrzuceniem ww. Ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. Pozostawiając jednak Zamawiającemu status kierowniczy w postępowaniu zamówieniowym Odwołujący uznaje, że równie prawidłowym jest weryfikacja w trybie art. 26 ust. 4 Pzp oraz art. 87 ust. 1 Pzp Ofert wykonawców JM-TRONIC oraz CARBOAUTOMATYKA pod kątem czynu nieuczciwej konkurencji. Powyższego działania jednak zabrakło, co zarzut czyni uzasadnionym.

### 3. Zarzut zaproszenia do aukcji elektronicznej

Zaproszenie określonych wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej oznacza, że Zamawiający ustalił, że oferty tych wykonawców nie podlegają odrzuceniu, a wykonawcy nie podlegają wykluczeniu.

Wystosowanie zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej jest równoznaczne z zakończeniem badania ofert i od dnia wystosowania zaproszenia należy liczyć bieg rozpoczęcia terminu na wnoszenie środków odwoławczych dotyczących zaniechania przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty, czy zaniechania wykluczenia innego niż odwołujący wykonawcy. Tymczasem argumenty wskazane w Odwołaniu dowodzą, że Oferty wykonawców JM-TRONIC oraz CARBOAUTOMATYKA nie mogły być zweryfikowane



pozytywnie, a zatem sama czynność Zamawiającego polegająca na zaproszeniu do aukcji elektronicznej wykonawców JM-TRONIC oraz CARBOAUTOMATYKA jest wadliwa.

Udział w aukcji wykonawcy, który złożył ofertę podlegającą odrzuceniu skutkować musi unieważnieniem aukcji elektronicznej przeprowadzonej z udziałem tej oferty, gdyż niewątpliwie ma on zwykle wpływ na wynik aukcji, a tym samym na wybór oferty najkorzystniejszej (jako konsekwencja dokonywanych przez wykonawców w ramach aukcji postępowań).

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 1.09.2017 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 1.09.2017 r. (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

06.09.2017 r. wykonawca JM-TRONIC Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Wapienna 43/45, 04-691 Warszawa złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego, pismo o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

07.09.2017 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Komplektacji i Montażu Systemów Automatyki „CARBOAUTOMATYKA” S.A. z siedzibą w Tychach, ul. Budowlanych 168, 43-100 Tychy złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego, pismo o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

Izba postanowiła jako dowód dopuścić dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba wzięła pod uwagę pisma i dowody złożone przez:

A) odwołującego:

- 1) dowód nr 1 – tabela niezgodności w ofertach wykonawców JM-TRONIC i CARBOAUTOMATYKA na wykazanie niezgodności ofert wykonawców JM-TRONIC i CARBOAUTOMATYKA z SIWZ;
- 2) dowód nr 2 – tabela zbieżności ofert JM-TRONIC i CARBOAUTOMATYKA na wykazanie wspólnego opracowania ofert przez tych wykonawców;

B) zamawiającego:

- 3) dowód 3 – trzy decyzje administracyjne dopuszczenia Prezesa Wyższego Urzędu Górniczego na wykazanie, że jedno urządzenie może posiadać różne dokumentacje techniczno-ruchowe (DTR) w kolejnych wersjach o tym samym numerze;
- 4) dowód nr 4 – pismo z 22.06.2015 r. D.P. na wykazanie możliwości występowania przez jeden podmiot w jednym postępowaniu jako podwykonawca i wykonawca;

C) przystępującego JM-TRONIC:

- 5) pismo zawierające stanowisko przystępującego JM-TRONIC wraz z przytoczeniem orzecznictwa KIO w podobnych sprawach na wykazanie zasadności oddalenia odwołania;

D) przystępującego CARBOAUTOMATYKA:

- 6) pismo zawierające stanowisko przystępującego CARBOAUTOMATYKA z przytoczeniem orzecznictwa KIO w podobnych sprawach na wykazanie zasadności oddalenia odwołania.

W ocenie Izby pierwsza część zarzutu pierwszego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – przez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców JM-TRONIC oraz CARBOAUTOMATYKA pomimo tego, że wskazani wykonawcy nie zaoferowali wymaganej przez zamawiającego „dostawy odpowiadającej wymaganiom określonym w załączniku nr 1 do SIWZ” w części dotyczącej „dostępności do przedziałów szyn zbiorczych i odłączników (...) bez konieczności

demontażu innych dodatkowych elementów konstrukcyjnych (w tym przegród międzyprzedziałowych” – nie zasługuje na uwzględnienie.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3«.

Izba stwierdza, że na stronach 49 i 51-53 oferty wykonawcy JM-TRONIC zostały pokazane przykładowe sposoby montażu przedmiotowych szyn, a na przedostatnim z rysunków tam zamieszczonych znajduje się zobrazowanie montażu wymaganego przez zamawiającego. Dlatego zamawiający powinien uznać pozostałe ilustracje jako przedstawione nadmiarowo przez wykonawcę JM-TRONIC, a nie ma podstaw do uznania, że ten wykonawca przedstawił ofertę wariantową, gdyż nie spełnia ona podstawowej przesłanki do uznania oferty za ofertę wariantową: w postępowaniu zamawiający nie przewidział wariantowości. Dlatego nawet roztoczenie przez wykonawcę wielu różnych możliwości wykonania zamówienia nie może być brane pod uwagę przez zamawiającego. Zamawiający ma obowiązek wśród wielu rozwiązań zaprezentowanych w ofercie przez jednego wykonawcę wybrać tylko jeden model spełniający wymagania postawione w SIWZ. Zamawiający powinien pozostałe propozycje uznać jako nieistniejące. I tak w rozpoznanym postępowaniu zamawiający wziął pod uwagę tylko rozwiązanie przewidziane w SIWZ, a pozostałych rozwiązań zamawiający nie wziął pod uwagę. Ta sama argumentacja tyczy również oferty wykonawcy CARBOAUTOMATYKA.

Ponadto zamawiający wykazał, że jeden produkt może posiadać kilka dokumentacji techniczno-ruchowych (DTR) jeżeli produkt ulegał unowocześnieniom. Także Izba wzięła pod uwagę fakt, że zamawiany produkt jest produktem, który ma być konstruowany na potrzeby tego konkretnego zamówienia, a więc nie można wymagać, aby posiadał już zatwierdzoną DTR czy oficjalne certyfikaty. Tymczasem odwołujący stale powołuje się tylko na DTR z 2015 r. i pomija okoliczność, że dokumentacja ta nie może w pełni odpowiadać oferowanemu przedmiotowi zamówienia. Sam zamawiający nie wymagał załączenia do oferty takich dokumentów.

Z tych względów Izba nie może przychylić się do pierwszej części zarzutu pierwszego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W ocenie Izby druga część zarzutu pierwszego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – przez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców JM-TRONIC oraz CARBOAUTOMATYKA pomimo tego, że wskazani wykonawcy nie zaoferowali wymaganej przez zamawiającego „dostawy odpowiadającej wymaganiom określonym w załączniku nr 1 do SIWZ” w części dotyczącej konieczności zabudowy „dla każdej sekcji nowobudowanej rozdzielni 6kV (...) układ(y) do tłumienia drgań ferreazonansowych” – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że w ofertach wykonawców JM-TRONIC oraz CARBOAUTOMATYKA układy do tłumienia drgań ferrezonansowych są fizycznie możliwe do zamontowania ze względu na wymiary miejsc do zamontowania tych układów – nie tylko szerokość wynosząca 650 mm, na co wskazywał odwołujący, ale także wysokość wynosząca 3000 mm i głębokość sięgająca 1725 mm. Ponadto, na co wskazał zamawiający, w ofercie należało przewidzieć miejsce na przedmiotowe układy, a nie pola z takimi układami. Nie bez znaczenia jest również to, co oświadczył zamawiający na rozprawie do protokołu, że zamawiający »posiada tego typu rozwiązania i wie, że w takiej obudowie są one możliwe do zamontowania« cyt. z protokołu strona 6.

Izba także uwzględniła argument, że brak uwidocznienia układów ferrezonansu na schemacie urządzenia zamieszczonego w ofercie nie jest wadą oferty powodującej konieczność odrzucenia takiej oferty. Zgodnie ze Słownikiem języka polskiego Wydawnictwo naukowe PWN, Warszawa 1996 r., s. 896, schemat to »1) ogólny, wstępny szkic lub plan czegoś; 2) graficzne przedstawienie jakiegoś urządzenia, systemu itp. S. maszyny 3) gotowy wzór czegoś, powielany potem wielokrotnie« i schematyczny to »przedstawiający coś szkicowo, w ogólnych zarysach [...]«. Dlatego nie można wymagać, aby na schemacie były zaznaczone wszystkie elementy urządzenia z fotograficzną dokładnością. Ale poniżej schematu w tabelarycznym opisie słownym znajduje się adnotacja o zaplanowaniu zamontowania w oferowanym przedmiocie wymaganego urządzenia – strona 63 oferty wykonawcy JM-TRONIC, gdzie w tabeli, w wierszu 12 od góry zostało wskazane, że oferowany przedmiot będzie posiadać układ tłumienia ferrezonansu.

Z tych względów Izba nie może przychylić się do drugiej części zarzutu pierwszego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, a tym samym, że względu na konieczność oddalenia części pierwszej zarzutu – o czym wyżej – Izba nie przychyliła się do całego zarzutu pierwszego.

W ocenie Izby, drugi zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 Pzp oraz art. 87 ust. 1 Pzp – przez zaniechanie ich zastosowania przy ocenie ofert wykonawców JM-TRONIC oraz CARBOAUTOMATYKA, co spowodowało nierówne traktowanie wykonawców i utrudnianie uczciwej konkurencji, przez m. in. bezkrytyczne przyjęcie przez Zamawiającego okoliczności wzajemnego korzystania przez wskazanych wykonawców z zasobów podwykonawczych (wykonawca CARBOAUTOMATYKA ma podwykonawcę JM-TRONIC) i zdolności technicznych i zawodowych (wykonawca JM-TRONIC korzysta z udostępnionych zasobów wykonawcy CARBOAUTOMATYKA) drugiego podmiotu, podczas gdy wskazane krzyżowe powiązania wykonawców JM-TRONIC oraz CARBOAUTOMATYKA powinny być

przedmiotem badania Zamawiającego na okoliczność czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że wykorzystywanie przez jednego z wykonawców doświadczenia drugiego wykonawcy w celu wykazania spełnienia warunków zamawiającego nie może być bezrefleksyjnie traktowane jako przesłanka do odrzucenia oferty. Podobnie automatycznie nie można odrzucać ofert, jeżeli jeden wykonawca jest podwykonawcą i jednocześnie samodzielnie składa ofertę w tym samym postępowaniu zamówieniowym.

Same takie powiązania nie świadczą o istnieniu zmywy przetargowej. Dodatkowo Izba zauważa, że zamawiający został poinformowany w oświadczeniach stanowiących oferty *sensu largo* o powiązaniach między wykonawcami i dokonał właściwego wyjaśnienia tej sytuacji. Na podstawie wyjaśnień wykonawców zamawiający uznał, że mimo faktycznych powiązań między wykonawcami nie zachodzi zmywa przetargowa.

W analogicznej sytuacji podobnie stwierdził wiceprezes Urzędu Zamówień Publicznych Dariusz Piasta w piśmie z 24.06.2015 r. cyt. »[...] samo występowanie przez jeden podmiot jako wykonawca oraz podwykonawca innego wykonawcy, mający zrealizować całość lub prawie całość przedmiotu danego zamówienia, nie świadczy jeszcze o występowaniu zmywy przetargowej, skutkującej obowiązkiem odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. Zamawiający jest bowiem obowiązany do udowodnienia, że powyższa sytuacja jest skutkiem zawarcia pomiędzy tymi dwoma podmiotami porozumienia, któremu przyświeca jeden z ww. celów zmywy przetargowej. [...]. Zamawiającemu nie można stawiać zarzutu z powodu braku odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, jeżeli pomimo przeprowadzenia stosownego postępowania wyjaśniającego w ramach postępowania o udzielenia zamówienia publicznego nie było możliwe – w ramach środków prawnych przysługujących zamawiającemu, udowodnienie zaistnienia czynu nieuczciwej konkurencji w postaci zmywy przetargowej«, str. 3 pisma.

Ponadto Izba stwierdza, że ze względu na przewidzenie zastosowanie tego samego urządzenia w wykonaniu przedmiotu zamówienia przez dwóch wykonawców pojawiło się w ich ofertach 7 podobnych sformułowań. Jednak odwołujący nie wykazał, że te podobieństwa są wynikiem zmywy przetargowej.

Z tych względów Izba nie może przychylić się do zarzutu drugiego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

W ocenie Izby, zarzut trzeci naruszenia art. 91b ust. 1 Pzp – przez zaproszenie wykonawców JM-TRONIC oraz CARBOAUTOMATYKA do udziału w aukcji elektronicznej pomimo tego, że ich oferty podlegały odrzuceniu – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że odwołujący nie wykazał, że zamawiający miał podstawy do odrzucenia ofert wykonawców JM-TRONIC oraz CARBOAUTOMATYKA. W związku z tym zamawiający nie miał podstaw do niezaproszenia wykonawców JM-TRONIC oraz CARBOAUTOMATYKA do udziału w aukcji elektronicznej przewidzianej w SIWZ. W związku z tym zamawiający musi zastosować się do dyspozycji art. 91b ust. 1 Pzp i zaprosić do udziału w aukcji elektronicznej wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu. Art. 91b ust. 1 Pzp brzmi »Zamawiający zaprasza drogą elektroniczną do udziału w aukcji elektronicznej jednocześnie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu«.

Z przytoczonych powodów Izba nie może uwzględnić także trzeciego zarzutu naruszenia art. 91b ust. 1 Pzp.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3 600,00 zł zgodnie z § 3 pkt 1 i 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....