

Sygn. akt: KIO 30/15

Sygn. akt: KIO 45/15

WYROK

z dnia 22 stycznia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **21 stycznia 2015 r. w Warszawie** odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu **05 stycznia 2015 r.** przez wykonawcę **Bergerat Monnoyeur Sp. z o.o., ul. Kolejowa 75, 05-092 Łomianki** (sygn. akt: KIO 30/15)

B. w dniu **08 stycznia 2015 r.** przez wykonawcę **Profesjonalne Systemy Przemysłowe Sp. z o.o., ul. Inżynierska 3, 20-484 Lublin** (sygn. akt: KIO 45/15)

w postępowaniu prowadzonym przez **Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A., z siedzibą w Bogdance, Bogdanka, 21-013 Puchaczów**

przy udziale:

A. wykonawcy **KG Construction Sp. z o.o., ul. Pawliczka 25, 41-800 Zabrze** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 30/15** oraz **KIO 45/15** po stronie zamawiającego

orzeka:

1A i B. oddala oba odwołania;

2. kosztami postępowania obciąża **Bergerat Monnoyeur Sp. z o.o., ul. Kolejowa 75, 05-092 Łomianki i Profesjonalne Systemy Przemysłowe Sp. z o.o., ul. Inżynierska 3, 20-484 Lublin** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Bergerat Monnoyeur Sp. z o.o., ul. Kolejowa 75, 05-092 Łomianki i Profesjonalne Systemy Przemysłowe Sp. z o.o., ul. Inżynierska 3, 20-484 Lublin** tytułem wpisów od odwołań,
- 2.2. zasądza od **Bergerat Monnoyeur Sp. z o.o., ul. Kolejowa 75, 05-092 Łomianki** na rzecz **Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A., z siedzibą w Bogdance, Bogdanka, 21-013 Puchaczów** kwotę **3 949 zł 53 gr** (słownie: trzy tysiące dziewięćset czterdzieści dziewięć złotych pięćdziesiąt trzy grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 Lublinie**.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt: KIO 30/15

Sygn. akt: KIO 45/15

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego z możliwością składania ofert częściowych na: „Dostawę fabrycznie nowych łańcuchów, ogniów, zgrzebeł wraz z elementami złącznymi oraz noży do kompleksów strugowych BUCYRUS i CATERPILLAR, pracujących w podziemnych zakładach górniczych wydobywających węgiel kamienny w pomieszczeniach zagrożonych wybuchem metanu i pyłu węglowego” (znak sprawy: 81/IZS/2014), zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2014/S 203-360414 z 22.10.2014 r. przez Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A., z siedzibą w Bogdance, Bogdanka, 21-013 Puchaczów zwany dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 30.12.2014 r. (faxem) Zamawiający zaprosił do udziału w trzech aukcjach elektronicznych m.in. w grupie 3 i 4: KG Construction Sp. z o.o., ul. Pawliczka 25, 41-800 Zabrze zwana dalej: „KG Construction Sp. z o.o.” albo „Przystępujący w sprawie o sygn. akt: KIO 30/15 oraz o sygn. akt: KIO 45/15”. Zaproszono także w grupie III i IV Bergerat Monnoyeur sp. z o.o., ul. Kolejowa 75, 05-092 Łomianki zwaną dalej: „Bergerat Monnoyeur sp. z o.o.” albo „Odwołującym w sprawie o sygn. akt: KIO 30/15”. Z kolei również w grupie IV: Profesjonalne Systemy Przemysłowe Sp. z o.o., ul. Inżynierska 3, 20-484 Lublin zwane dalej: „Profesjonalne Systemy Przemysłowe Sp. z o.o.” albo „Odwołującym w sprawie o sygn. akt: KIO 45/15”.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 30/15 – Bergerat Monnoyeur sp. z o.o.:

W dniu 05.01.2015 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Bergerat Monnoyeur sp. z o.o. wniosła odwołanie na czynność z 30.12.2014 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 05.01.2015 r. (faxem). Odwołanie wobec:

- 1) zaniechania przez Zamawiającego czynności, do której jest on zobowiązany na podstawie Pzp, a polegającej odrzuceniu przez Zamawiającego oferty złożonej w postępowaniu przez wykonawcę KG Construction Sp. z o.o., pomimo że oferta KG Construction podlegała odrzuceniu, ponieważ jej treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ” w postępowaniu,
- 2) niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego podjętej w postępowaniu, a polegającej na wyznaczeniu aukcji elektronicznej w zakresie dostaw części w grupie 4 w postępowaniu w sytuacji, gdy brak było co najmniej 3 nie podlegających odrzuceniu ofert,
- 3) zaniechania przez Zamawiającego czynności, do której jest on zobowiązany na podstawie Pzp, a polegającej na wyborze oferty Odwołującego w zakresie dostaw części

w grupie 4 w postępowaniu, jako oferty najkorzystniejszej z ofert nie podlegających odrzuceniu,

4) niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego podjętej w postępowaniu, a polegającej na zaproszeniu KG Construction Sp. z o.o. do udziału w aukcjach elektronicznych w zakresie dostaw części w grupie 3 i 4 w Postępowaniu pomimo, iż oferta KG Construction podlega odrzuceniu. Zarzucił Zamawiającemu:

1) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 5 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 brak odrzucenia oferty KG Construction Sp. z o.o., pomimo, że oferta ta nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu,

2) naruszenie art. 91 a ust. 1 Pzp poprzez zorganizowanie aukcji elektronicznej na dostawę w zakresie grupy 4 w sytuacji, gdy nie zostały spełnione warunki zorganizowania takiej aukcji (3 nie podlegające odrzuceniu oferty);

3) naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego w zakresie grupy 4 pomimo, iż oferta ta jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert nie podlegających odrzuceniu;

4) naruszenie art. 91 b ust. 1 Pzp poprzez zaproszenie do udziału w aukcjach elektronicznych w zakresie dostaw części w grupie 3 i 4 KG Construction Sp. z o.o., pomimo że KG Construction Sp. z o.o. złożyło ofertę podlegającą odrzuceniu. Wnosił o:

1) nakazanie Zamawiającemu wykonania czynności odrzucenia oferty KG Construction Sp. z o.o., a to na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 zpzp,

2) nakazanie Zamawiającemu a to na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp, unieważnienia czynności przeprowadzenia aukcji elektronicznej w zakresie dostaw części w grupie 4, a to ze względu na fakt, iż na skutek odrzucenia oferty KG Construction pozostaną dwie nie odrzucone oferty, a tymczasem zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz art. 91 a ust. 1 Pzp do przeprowadzenia aukcji elektronicznej koniecznej jest istnienie 3 nie odrzuconych ofert;

3) nakazanie Zamawiającemu wykonania czynności wyboru oferty Spółki w zakresie dostaw części w grupie 4, jako oferty najkorzystniejszej spośród ofert nie odrzuconych, a to na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp;

4) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na zaproszeniu KG Construction do aukcji elektronicznych w Postępowaniu w zakresie dostaw części w grupie 3 i 4, a to na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

W każdym ww. przypadku Odwołujący wnosił o:

5) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów wskazanych w treści uzasadnienia na okoliczność ich treści,

6) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Spółki kosztów postępowania, a to na podstawie

art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 34 ust. 1 pkt 5 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań.

Jednocześnie, stosownie do § 4 ust. 1 pkt 3 i 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280), informuje, iż:

1. Przedmiotem zamówienia jest dostawa fabrycznie nowych łańcuchów, ogniwi, zgrzebeł wraz z elementami złącznymi oraz noży do kompleksów strugowych BUCYRUS i CATERPILLAR, pracujących w podziemnych zakładach górniczych wydobywających węgiel kamienny w pomieszczeniach zagrożonych wybuchem metanu i pyłu węglowego.
2. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego.
3. Numer ogłoszenia o zamówieniu: ID:2014-137844.

W dniu 26.11.2014 r. Odwołujący złożył ofertę częściową w zakresie dostaw z grup 2, 3 oraz 4 w organizowanym przez Zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę fabrycznie nowych łańcuchów, ogniwi, zgrzebeł wraz z elementami złącznymi oraz noży do kompleksów strugowych BUCYRUS i CATERPILLAR, pracujących w podziemnych zakładach górniczych wydobywających węgiel kamienny w pomieszczeniach zagrożonych wybuchem metanu i pyłu węglowego. Dowód: - oferta złożona przez Spółkę w postępowaniu.

Zgodnie z rozdziałem III SIWZ, Zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych na poszczególne grupy. W Postępowaniu zostały wyodrębnione następujące grupy: Grupa 1 - łańcuchy, Grupa 2 - łańcuchy i ogniwa złączone do łańcuchów, Grupa 3 - zgrzebła, Grupa 4 - noże.

W dniu 30.12.2014 r. Odwołujący otrzymała drogą elektroniczną zaproszenie do udziału w trzech aukcjach elektronicznych:

- aukcji nr 17432-2442/2014 dotyczącej dostawy ogniwi złącznych do łańcuchów do kompleksów strugowych (grupa 2),
 - aukcji nr 17435-2442/2014 dotyczącej dostawy zgrzebeł do kompleksów strugowych (grupa 3),
 - aukcji nr 17436-2442/2014 dotyczącej dostawy noży do kompleksów strugowych (grupa 4).
- Dowód: - wydruki zaproszeń do udziału w aukcjach elektronicznych z dnia 30 grudnia 2014 roku.

W postępowaniu brała udział również KG Construction Sp. z o.o., która złożyła ofertę na dostawę zgrzebeł oraz noży do kompleksów strugowych (a zatem złożyła ofertę częściową na grupy 3 oraz 4). Dowód: - oferta złożona przez KG Construction Sp. z o.o. w postępowaniu. Z otrzymanych zaproszeń z dnia 30.12.2014 r. wynika, że do udziału w aukcjach elektronicznych w zakresie grupy 3 oraz grupy 4 (dostawa zgrzebeł oraz noży) została zaproszona także KG Construction Sp. z o.o. Dowód: - ranking ofert przed aukcją

elektroniczną dla grupy 3, - ranking ofert przed aukcją elektroniczną dla grupy 4. Po zapoznaniu się z treścią powyższych pism oraz oferty złożonej w postępowaniu przez KG Construction Sp. z o.o., wskazuje, iż oferta KG Construction Sp. z o.o. powinna zostać odrzucona jako niezgodna z treścią SIWZ, zaś zaniechanie powyższego działania stanowi naruszenie przez Zamawiającego przepisów Pzp. Odnosząc się do zarzutów odwołania, podnosił, co następuje:

KG Construction Sp. z o.o. złożyło w postępowaniu ofertę na dostawę części ujętych w grupie 3 (zgrzebła) oraz grupie 4 (noże). Z dokumentacji przetargowej wynika, że w przedłożonej przez siebie ofercie cenowej KG Construction (Załącznik nr 4 do SIWZ) nie podało w ogóle cen jednostkowych na następujące części:

- w grupie 3 (zgrzebła) - na części ujęte pod pozycjami numer: 2,4,5,6,
- w grupie 4 (noże) - na części ujęte pod pozycjami numer: 4,9,10,11,12,13,14,15,

Składanie ofert częściowych obejmujących jedynie wybrane przez wykonawcę grupy jest dopuszczalne zgodnie z wyraźnym brzmieniem Rozdziału III SIWZ oraz pkt. I. 2. części III SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia”.

Zauważył, że wyżej przywołane postanowienia SIWZ precyzują następnie w sposób wyraźny, iż: *„w obrębie poszczególnych grup nie dopuszcza się składania ofert nie obejmujących całego zakresu przedmiotu zamówienia określonego w danej grupie”, a także że „każda oferta winna obejmować cały zakres rzeczowy i ilościowy grupy”.* Innymi słowy, z postanowień SIWZ wynika wprost, że oferta częściowa oznacza ofertę złożoną na dostawę części na wybrane przez wykonawcę grupy spośród czterech dostępnych, jednak decydując się na złożenie oferty w ramach danej grupy należy objąć nią cały jej zakres przedmiotowy. Nie jest natomiast dopuszczalne w ocenie Spółki pominięcie wskazania oferowanej ceny na poszczególne części w ramach wybranej grupy. Tymczasem, w przedmiotowym stanie faktycznym, zgodnie z Częścią III SIWZ - Opiszem przedmiotu zamówienia:

- grupa 3 (zgrzebła) obejmuje osiem pozycji (podczas gdy KG Construction złożyło ofertę cenową w stosunku do czterech z nich),
- grupa 4 (noże) obejmuje piętnaście pozycji (podczas gdy KG Construction złożyło ofertę cenową w stosunku do siedmiu z nich)

Tym samym wskazuje, że brak podania ceny w odniesieniu do części pozycji w grupie 3 oraz 4 przez KG Construction Sp. z o.o. oznacza niezgodność oferty tego wykonawcy z postanowieniami SIWZ, a to z Rozdziałem III SIWZ oraz pkt. 1. 2. części III SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia”, co w konsekwencji powinno skutkować jej odrzuceniem. Zarówno w Opisie przedmiotu zamówienia (część III SIWZ) jak i we wzorze oferty cenowej (Załącznik nr 4 do SIWZ) Zamawiający wyróżnił dwa rodzaje części - w przypadku niektórych podana została bowiem szacunkowa ilość części, jaką Zamawiający przewiduje zamówić, a w przypadku niektórych - w polu „ilość” podana została wartość 0.

Części co do których KG Construction Sp. z o.o. nie podało oferowanej ceny pokrywają się z częściami, co do których Zamawiający podał 0 jako przewidywaną ilość zamówień.

W ocenie Odwołującego powyższe nie oznacza jednak, że wykonawcy nie mają obowiązku podawać tych cen w swoich ofertach. Gdyby bowiem Zamawiający nie oczekiwał zaofiarowania ceny za takie części, to nie miałoby logicznego uzasadnienia ujmowanie ich w Opisie przedmiotu zamówienia oraz w Załączniku nr 4 do SIWZ, gdzie również obok ww. części znajduje się miejsce na uzupełnienie kolumny „cena jednostkowa netto”. Taka konstrukcja wzoru formularza oferty cenowej wynika z faktu, iż Zamawiający w stosunku do określonych części nie przewiduje obecnie składania przez siebie zamówień, ale nie wyklucza takiej możliwości w przyszłości („0” oznacza jedynie przewidywana / szacunkowa ilość zamówienia, a rzeczywista ilość dostaw będzie wynikała z aktualnego zapotrzebowania Zamawiającego, zgodnie z Rozdziałem IX pkt. 1 SIWZ). Powyższe oznacza, że wykonawcy powinni liczyć się z obowiązkiem dostarczenia takich części w ramach zamówienia i podać oferowaną przez siebie cenę. W przypadku zaistnienia potrzeby zamówienia części z tej kategorii, Zamawiający będzie miał możliwość złożenia takiego zamówienia wybranemu w postępowaniu wykonawcy, za zapłatą ceny zaproponowanej przez tego wykonawcę w treści Załącznika nr 4 do SIWZ. Brak podania ceny w stosunku do takich części należy uznać za nieprawidłowy, ponieważ uniemożliwia w istocie określenie wynagrodzenia należnego za dostawy niektórych części, jeśli Zamawiający zdecyduje się na ich zamówienie w ramach zamówienia okresowego. Wybranie oferty zawierającej takie braki oznaczałoby w istocie - w ocenie Odwołującego - udzielenie zamówienia, w którym część dostaw w ogóle nie jest objęta jakąkolwiek ceną.

Zauważył również, że części wymienione w pozycjach 9-15 grupy 4 (noże) odpowiadają częściom z pozycji 1-8, natomiast jedyna różnica polega na tym, że pozycje 9-15 dotyczą takiej opcji dostawy noży, w której Zamawiający po zużyciu się noża zamówi od wykonawcy nowy nóż za zwrotem starego w cenie złomu użytkowego. W ocenie Odwołującego powyższe wskazuje, iż Zamawiający przewiduje dwie opcje dostawy noży (z zachowaniem starego noża przez Zamawiającego lub wydaniem go wykonawcy), które mogą różnić się oferowaną ceną jednostkową. Odwołujący podnosił, że w jej ocenie istnieje zatem konieczność podania w ofercie ceny zarówno na pozycje 1-8, jak i 9-15, aby już w trakcie realizacji zamówień okresowych Zamawiający mógł podjąć zasadną ekonomicznie decyzję co do trybu zamówienia części z grupy 4, znając cenę jaką należałoby zapłacić wykonawcy w przypadku zachowania starego noża oraz cenę należną wykonawcy w przypadku zwrotu starego noża. Brak podania ceny na noże z pozycji 9-15 uniemożliwia Zamawiającemu dokonanie takiej weryfikacji i w praktyce pozbawia go możliwości skorzystania z opcji zwrotu zużytych noży, chociaż opcja taka została przez niego przewidziana.

W rezultacie ofercie złożonej przez KG Construction należy zarzucić niezgodność z Rozdziałem III SIWZ oraz pkt. I. 2. części III SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” jako niekompletnej i nieobejmującej całego zakresu przedmiotu zamówienia określonego w grupach 3 oraz 4, co winno skutkować jej odrzuceniem. Konsekwencją powyższego zarzutu jest także to, że Zamawiający bezpodstawnie: zorganizował aukcję elektroniczną na dostawę części w zakresie grupy 4, chociaż w przypadku odrzucenia oferty KG Construction brak jest co najmniej 3 nie odrzuconych ofert, co stanowi warunek zorganizowania aukcji elektronicznej, zaniechał wyboru oferty Odwołującego w zakresie dostawy części w grupie 4, jako oferty najkorzystniejszej spośród ofert nie podlegających odrzuceniu, zaprosił KG Construction Sp. z o.o. do udziału w aukcji elektronicznej w zakresie grup 3 oraz 4, chociaż, jak wynika z treści art. 91 b ust. 1 Pzp zaproszenie takie mogą otrzymać jedynie wykonawcy, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu. Zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej jest etapem następczym wobec oceny ofert, a tym samym nie jest możliwe dopuszczenie wykonawcy do udziału w aukcji elektronicznej przed dokonaniem oceny jego oferty. W konsekwencji każda czynność związana z oceną oferty musi być dokonana przed zaproszeniem do udziału w aukcji. Skoro Zamawiający zaprosił do udziału w aukcji KG Construction Sp. z o.o. to dokonał jej oceny i uznał, iż oferta tej spółki nie podlega odrzuceniu.

Zamawiający w dniu 07.01.2015 r. wezwał (faxem) w trybie art. 185 ust.1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 09.01.2015 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej) KG Construction Sp. z o. o. zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Odnosząc się do pierwszego i jednocześnie najdalej idącego zarzutu, jakoby oferta złożona przez Przystępującego była niezgodna z treścią SIWZ, wskazał, iż załączony do oferty formularz cenowy zawiera wszystkie elementy wymagane przez Zamawiającego i potrzebne do oceny oferty oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, zgodnie z treścią SIWZ.

Odwołujący wskazuje, iż podstawą do odrzucenia oferty Przystępującego był brak podania cen jednostkowych w ofercie cenowej na części w grupie 3, ujęte pod pozycjami 2, 4, 5, 6, a także na części w grupie 4 ujęte pod pozycjami numer 4, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15.

Odwołujący jednocześnie wskazał, iż części co do których Przystępujący nie podała oferowanej ceny pokrywają się z częściami, co do których Zamawiający podał 0 jako

przewidywaną ilość zamówień. Twierdzenia Odwołującego, jakby powyższe stanowiło naruszenie SIWZ, a tym samym było podstawą do odrzucenia oferty Spółki, są niezasadne wobec treści pkt 1 Rozdziału VIII SIWZ, który to wyraźnie stanowi, iż: „ Wykonawca podaje ceny jednostkowe w PLN netto i brutto (z VAT) za dostawę 1 szt. części, stawkę VAT i wartość podatku VAT oraz cenę netto i brutto za całość zamówienia dla każdej grupy części ujętych w załączniku nr 4 do SIWZ, na którą składa ofertę, wyliczoną w oparciu o podane szacunkowe ilości planowanych zakupów tego typu części przez Zamawiającego - zgodnie z załącznikiem nr 4 do SIWZ stanowiącym zestawienie części zamiennych ”.

Powyższe jasno wskazuje, iż Przystępujący słusznie nie podała wartości jednostkowych przy częściach, co do których Zamawiający podał 0 jako przewidywaną ilość zamówień, gdyż SIWZ nakłada na wykonawcę taki obowiązek za dostawę 1 sztuki, a zatem przy wskazanym braku dostawy takiej części nie ma potrzeby wskazywania tejże wartości.

Podkreślił, iż brak ceny jednostkowej w sytuacji gdy Zamawiający określił, że nie będzie zamawiał wskazanych części nie ma wpływu na samo rozstrzygnięcia przetargu, gdyż wartość ta nie jest brana pod uwagę zgodnie z kryterium oceny ofert wskazanej w Rozdziale IX SIWZ.

W treści SIWZ wskazano, iż wartość oferty przy poszczególnych grupach wyliczona będzie według symulowanej listy planowanych zakupów części określonych w zestawieniu części zamiennych zgodnie z wzorem:

$$C = \sum_{i=1}^n (C_i \times n_i)$$

C - wartość oferty na daną grupę,

C_i - cena brutto/szt, części lub podzespołu rozpatrywanej oferty na daną grupę,

n_i - ilość w szt. i - tej pozycji części lub zespołu

Za najkorzystniejszą ofertę w danej grupie Zamawiający wskazał, iż uzna ofertę, która uzyska najwyższą liczbę punktów przyznaną zgodnie z poniższym wzorem:

C_N - cena łączna brutto oferty na daną grupę o najniższej cenie [zł]

P_{Bi} - cena łączna brutto na oferty na daną grupę badanej [zł]

P_{Bi} - liczba punktów przyznana badanej ofercie w danym zdaniu

$$P_{Bi} = (C_N / C_{Bi}) \times 100$$

Podkreślił, iż w powyższym punkcie Zamawiający wskazał, że: „uwaga! -zamawiający podaje w załączniku nr 4 symulowane ilości części zamiennych i zespołów w oparciu o szacunkowe ilości planowanych do zakupu tego typu części przez Zamawiającego - w pozostałych pozycjach wstawiana będzie nk = 0. Ilości te podano tylko i wyłącznie na potrzeby dokonania oceny poszczególnych ofert. Rzeczywista ilość dostaw na podstawie przyszłej umowy zawartej z wybranym Wykonawcą będzie wynikała z aktualnego zapotrzebowania Zamawiającego, przy czym nie może przekroczyć maksymalnej wartości oferty wybranego wykonawcy przez cały okres trwania umowy ani nie może być niższa, niż

30 % maksymalnej wartości oferty wybranego wykonawcy będącej jednocześnie maksymalną wartością umowy".

W świetle powyższego niewątpliwie uznał, iż brak wskazania ceny jednostkowej przy częściach, co do których Zamawiający planuje zamówienie w ilości 0 sztuk, nie miało żadnego wpływu na rozstrzygnięcie przetargu, a co więcej nie było konieczne w świetle obliczeń dokonywanych powyższymi wzorami, zwłaszcza, iż Zamawiający wskazał w SIWZ maksymalną wartość zamówienia, wobec czego nie było możliwości aby w przyszłości części wskazane w symulowanym zamówieniu w ilości 0 zamówionych sztuk mogło przekroczyć tę wartość.

Powyższe pozwala stwierdzić, iż wskazanie przez Odwołującego, że brak podania ceny w stosunku do takich części uniemożliwia w istocie określenie wynagrodzenia należnego za dostawy niektórych części, jeśli Zamawiający zdecyduje się na ich zamówienie w ramach zamówienia okresowego, jest wyłącznie nadinterpretacją, zmierzającą do odrzucenia prawidłowej oferty Spółki w celu przejęcia zamówienia przez Odwołującego.

W świetle powyższego Odwołujący nie wykazał, iż wskazana przez niego okoliczność stanowi sprzeczność z SIWZ, bowiem kwestionowane pozycje kosztorysowe nie zawierają błędów rachunkowych, ani również nie wpływają na ostateczny wynik przetargu, wskazują natomiast, że Spółka uważnie zapoznała się z wymaganiami SIWZ.

Ponadto, wskazany w odwołaniu zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp nie znajduje poparcia w uzasadnieniu pisma. Oferta złożona nie jest ofertą złożoną przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert, a sam odwołujący nie wskazuje żadnych argumentów na poparcie powyższego zarzutu. Jednocześnie Odwołujący wskazuje w uzasadnieniu pisma, iż Przystępujący nie spełniła warunków wskazanych w SIWZ, co w świetle powyżej wskazanych argumentów nie znajduje oparcia w treści pkt 1 Rozdziału VIII SIWZ.

Jak wskazał sam Odwołujący, pierwszy zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp prowadziłby do bezpodstawnego zorganizowania przez Zamawiającego aukcji elektronicznej, zaniechania wyboru oferty Odwołującego, a także zaproszenia Przystępującego do udziału w aukcji elektronicznej, a wobec faktu, iż zarówno naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, jaki i niezgodność oferty z SIWZ są zarzutami chybionymi, pozostałe zarzuty wskazane przez Odwołującego również nie znajdują uzasadnienia w okolicznościach faktycznych sprawy.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 45/15 – Profesjonalne Systemy Przemysłowe Sp. z o.o.:

W dniu 08.01.2015 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej) Profesjonalne Systemy Przemysłowe Sp. z o.o. wniosło odwołanie na czynność z 30.12.2014 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 08.01.2015 r. (faxem). Odwołanie wobec:

1. Zaniechania przez Zamawiającego czynności, do której jest on zobowiązany na podstawie Pzp, a polegającej na odrzuceniu przez Zamawiającego ofert złożonych w postępowaniu przez wykonawcę KG Construction Sp. z o.o. oraz wykonawcę Bergerat Monnoyeur Sp. z o.o., pomimo że oferty ww wykonawców podlegały odrzuceniu, ponieważ ich treść nie odpowiada treści SIWZ,
2. niezgodnej z przepisami Pzp czynności Zamawiającego podjętej w postępowaniu, a polegającej na wyznaczeniu aukcji elektronicznej w zakresie dostaw części w grupie IV w postępowaniu w sytuacji, gdy brak było co najmniej 3 nie podlegających odrzuceniu ofert,
3. zaniechania przez Zamawiającego czynności, do której jest on zobowiązany na podstawie Pzp, a polegającej na wyborze oferty Spółki Profesjonalne Systemy Przemysłowe Sp. z o.o. w zakresie dostaw części w grupie IV w postępowaniu, jako oferty najkorzystniejszej z ofert nie podlegających odrzuceniu,
4. niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego podjętej w postępowaniu, a polegającej na zaproszeniu KG Construction Sp. z o.o. oraz Bergerat Monnoyeur Sp. z o.o. do udziału w aukcji elektronicznej w zakresie dostaw części w grupie IV w postępowaniu pomimo, iż oferty złożone przez KG Construction Sp. z o.o. oraz Bergerat Monnoyeur Sp. z o.o. podlegają odrzuceniu.

W związku z powyższym zarzucam naruszenie przez Zamawiającego:

1. art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez brak odrzucenia ofert KG Construction Sp. z o.o. oraz Bergerat Monnoyeur Sp. z o.o., pomimo, że oferty złożone przez ww. wykonawców nie odpowiadają treści SIWZ w postępowaniu,
2. art. 91 a ust. 1 Pzp poprzez zorganizowanie aukcji elektronicznej na dostawę w zakresie grupy IV w sytuacji, gdy nie zostały spełnione warunki zorganizowania takiej aukcji, tj. nie było 3 nie podlegających odrzuceniu ofert;
3. art. 91 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty Spółki Profesjonalne Systemy Przemysłowe Sp. z o.o. w zakresie grupy IV pomimo, iż oferta ta jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert nie podlegających odrzuceniu;
4. art. 91 b ust. 1 Pzp poprzez zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej w zakresie dostaw części w grupie IV Pzp , pomimo że ww. wykonawcy złożyli oferty podlegające

odrzuconiu. Wnosił o:

1. nakazanie Zamawiającemu wykonania czynności odrzucenia ofert KG Construction Sp. z o.o. oraz Bergerat Monnoyeur Sp. z o.o., zgodnie z art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp,
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na zaproszeniu KG Construction Sp. z o.o. oraz Bergerat Monnoyeur Sp. z o.o. do aukcji elektronicznej w postępowaniu w zakresie dostaw części w grupie IV zgodnie z art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp,
3. nakazanie Zamawiającemu zgodnie z art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp, unieważnienia czynności przeprowadzenia aukcji elektronicznej w zakresie dostaw części w grupie IV, a to ze względu na fakt, iż na skutek odrzucenia ofert KG Construction Sp. z o.o. oraz Bergerat Monnoyeur Sp. z o.o. pozostanie jedna nieodrzucona oferta, a tymczasem zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz art. 91 a ust. 1 Pzp do przeprowadzenia aukcji elektronicznej koniecznej jest istnienie 3 nieodrzuconych ofert,
4. nakazanie Zamawiającemu wykonania czynności wyboru oferty Spółki Profesjonalne Systemy Przemysłowe Sp. z o.o. w zakresie dostaw części w grupie IV, jako oferty najkorzystniejszej spośród ofert nieodrzuconych zgodnie z art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

Ponadto Odwołujący wnosił o: 1. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania zgodnie z art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 34 ust 1 pkt 5 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań.

Odwołujący złożył ofertę częściową w zakresie dostawy z grupy IV w organizowanym przez Zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę fabrycznie nowych łańcuchów, ogniwi, zgrzebeł wraz z elementami złącznymi oraz noży do kompleksów strugowych BUCYRUS i CATERPILLAR, pracujących w podziemnych zakładach górniczych wydobywających węgiel kamienny w pomieszczeniach zagrożonych wybuchem metanu i pyłu węglowego. Zgodnie z rozdziałem III obowiązującej w ww. postępowaniu SIWZ, Zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych na poszczególne grupy. W postępowaniu zostały wyodrębnione następujące grupy: Grupa 1 -łańcuchy, Grupa 2 - łańcuchy i ogniwa złączone do łańcuchów, Grupa 3 - zgrzebla, Grupa 4 - noże. W dniu 30.12.2014 r. Odwołujący otrzymała drogą elektroniczną zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej nr A/DZ/45130/17436-2442/2014dotyczącej dostawy noży do kompleksów strugowych (grupa IV). Z tym dniem pozyskała zatem wiedzę o nieprawidłowym przeprowadzeniu przez Zamawiającego weryfikacji ofert złożonych przez pozostałych wykonawców, a tym samym podjęciu decyzji przez Zamawiającego o przeprowadzeniu aukcji, pomimo tego, że nie zostały spełnione warunki do jej przeprowadzenia, ponieważ brak było 3 ofert, które nie podlegały odrzuceniu przez Zamawiającego.

Do aukcji zostali zaproszeni również inni wykonawcy składający ofertę w części IV, to jest: KG Construction Sp. z o.o. oraz Bergerat Monnoyeur Sp. z o. o., pomimo tego, że złożone przez nich oferty jako niezgodne z zapisami SIWZ oraz treścią ogłoszenia powinny zostać odrzucone na etapie ich weryfikacji. Zaniechanie odrzucenia ww. ofert przez Zamawiającego stanowi naruszenie przepisów Pzp, o których mowa powyżej.

Odnosząc się do oferty złożonej przez KG Construction Sp. z o.o. wskazuje co następuje:

Wykonawca składając ofertę nie udowodnił spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia. W SIWZ Zamawiający zawarł zapisy, aby wykonawcy przystępujący do przetargu wykazali, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy- w tym okresie) zrealizowali należycie dostawy na analogiczne lub porównywalne do oferowanych w przedmiotowym przetargu części do kompleksów strugowych o wartości minimum dla grupy 1 - 3.000.000,00 zł, dla grupy 2 -1.000.000,00 zł, dla grupy 3 -1.000.000,00 zł, dla grupy 4 -1.000.000,00 zł netto lub więcej.

Wykonawca nie wykazał, że dostawa zrealizowana przez firmę HB (na której wiedzę i doświadczenie powołuje się spółka KG Construction) obejmowała analogiczne lub porównywalne części do kompleksów strugowych.

W związku z tym, że wykonawca nie podał typu dostarczonego urządzenia, Zamawiający nie miał nawet możliwości weryfikacji oferty w tym zakresie, zatem nie można już z tych przyczyn uznać, że oferta ta przez Zamawiającego została w sposób prawidłowy oceniona.

Wykonawca ten nie przedstawił dokumentów potwierdzających należyte wykonanie dostawy „Struga” do „Donetsk Steel” Iron and Steel Works, a w wykazie wykonanych zamówień poinformował jedynie o dostarczeniu urządzenia „strug” podczas, gdy Zamawiający wymagał wykazania posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie części do kompleksów strugowych.

Zwrócił uwagę na fakt, że dostarczony w wykazanym terminie Strug nigdy nie podjął pracy, co oznacza, że nie były do niego kupowane noże.

Zamawiający wymagał ponadto, aby oferowane części zamienne odpowiadały własnościami fizycznymi i technicznymi częściom zamiennym zawartym w DTR producenta (bądź im równoważne), oraz spełniać wymagania obowiązujących przepisów prawnych dotyczących urządzeń, w których będą zainstalowane, w tym:

- a) Rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 21 października 2008r. (Dz. U. z 2008 r. Nr 199, poz. 1228) w sprawie zasadniczych wymagań dla maszyn, wdrażającego postanowienia dyrektywy 2006/42/WE,
- b) Rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 22 grudnia 2005 r. w sprawie zasadniczych

wymagań dla urządzeń i systemów ochronnych przeznaczonych do użytku w przestrzeniach zagrożonych wybuchem (Dz. U. z 2005 r. Nr 263, poz. 2203) wdrażającego dyrektywę 94/9/WE, lub być zgodne z dokumentacją techniczną stanowiącą podstawę do wprowadzenia urządzenia do stosowania w wyrobiskach podziemnych zakładów górniczych z uwzględnieniem zapisów Rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 28 czerwca 2002 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy, prowadzenia ruchu oraz specjalistycznego zabezpieczenia przeciwpożarowego w podziemnych zakładach górniczych (Dz. U. z 2002 r. Nr 139, poz.1169), wraz z późniejszymi zmianami.

Na potwierdzenie spełniania ww. wymagań Zamawiający zażądał przedłożenia wzorów certyfikatu zgodności i świadectwa jakości. Z informacji posiadanych przez Odwołujący Wykonawca nie przedłożył Zamawiającemu ww. dokumentów.

Oprócz tego zachodzi nieprawidłowość ze strony Wykonawcy w zakresie określenia terminu realizacji zamówienia - W ofercie Wykonawca podaje czas realizacji zamówienia do 112 dni, podczas, gdy Zamawiający wymagał terminu maksymalnie 90-cio dniowego.

Odnosząc się do oferty złożonej przez Bergerat Monnoyeur Sp. z o.o. wskazuje co następuje:

Zamawiający w Opisie Przedmiotu Zamówienia (część III SIWZ) zawarł zapisy, zgodnie z którymi termin realizacji każdego zamówienia okresowego nie może przekraczać 90 dni. Wykonawca w swojej ofercie podał termin 180 dni, co oznacza, że już z tych przyczyn oferta jako niezgodna z zapisami SIWZ powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego. Należy jednocześnie zaznaczyć, że podanie terminu 180 dni nie jest omyłką ze strony wykonawcy, ponieważ terminy te wykonawca podał zarówno w formularzu oferty (załącznik Nr1), jak również w załączniku nr 4. Podkreślenia wymaga, że w tym zakresie Zamawiający nie ma możliwości zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych wzywać do złożenia wyjaśnień w tym zakresie, ponieważ zmiana terminu dostawy przez Wykonawcę stanowiłaby modyfikację oferty, co nie jest na gruncie obowiązujących przepisów dopuszczalne.

Wskazał, że wykonawca składając ofertę nie udowodnił spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia. W SIWZ Zamawiający zawarł zapisy, aby wykonawcy przystępujący do przetargu wykazali, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy- w tym okresie) zrealizowali należycie dostawy na analogiczne lub porównywalne do oferowanych w przedmiotowym przetargu części do kompleksów strugowych o wartości minimum dla grupy 1 - 3.000.000,00 zł, dla grupy 2 -1.000.000,00 zł, dla grupy 3 -1.000.000,00 zł, dla grupy 4 -1.000.000,00 zł netto lub więcej. Spółka KG Construction Sp. z o.o. nie załączyła dokumentów potwierdzających spełnienie powyższych warunków w zakresie grupy IV.

Wykonawca nie wykazał spełnienia tego warunku.

Na potwierdzenie prawidłowego wykonania dostawy wykonawca załączył następujące dokumenty:

- dokument wystawiony w dniu 2 grudnia 2013 roku przez Lubelski Węgiel „Bogdanka” SA adresowany do Caterpillar Global Mining Polska Sp. z o.o. informujący o prawidłowym dostarczeniu i uruchomieniu przez firmę Caterpillar Global Mining Europe GmbH dwóch fabrycznie nowych kompleksów strugowych,
- dokument własny podpisany przez Prokurenta C. M. informujący o możliwościach wykonawcy do oferowania na terenie Polski produktów Caterpillar,
- dokument z Genewy informujący, że w roku 2008 Bergerat Monnoyeur SAS jest wyłącznym autoryzowanym dealerem maszyn Caterpillar i ma możliwość prowadzenia sprzedaży oraz świadczenia usług wsparcia posprzedażowego.

Żaden z załączonych dokumentów, ani wszystkie razem nie potwierdzają posiadania wiedzy i doświadczenia przez wykonawcę, a jedynie bycie dealerem sprzedającym produkty podmiotu posiadającego doświadczenie w zakresie dostaw kompleksów strugowych. Z załączonych dokumentów nie wynika ponadto, że doświadczenie Caterpillar Global Mining Europe GmbH zostanie udzielone wykonawcy.

Odnosnie dokumentu wystawionego w dniu 25.06.2008 r. przez Caterpillar S.A.R.L. z siedzibą w Genewie informującego, że w roku 2008 Bergerat Monnoyeur SAS był wyłącznym autoryzowanym dealerem maszyn Caterpillar i miał możliwość prowadzenia sprzedaży oraz świadczenia usług wsparcia posprzedażowego należy zwrócić uwagę, że został on wystawiony jeszcze przed referencyjną dostawą kompleksu strugowego w związku z czym nie może być traktowany jako intencja udzielenia wiedzy i doświadczenia, którego w czasie pisania oświadczenia Caterpillar Global Mining Europe GmbH sam nie posiadał.

Ponadto Wykonawca ten przedstawił na potwierdzenie posiadanej wiedzy i doświadczenia dokument wystawiony przez Lubelski Węgiel Bogdanka SA potwierdzający należyte wykonanie dostawy „kompleksu strugowego” podczas, gdy Zamawiający wymagał wykazania posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie dostaw części do kompleksów strugowych.

Zamawiający wymagał oprócz tego, aby oferowane części zamienne odpowiadały własnościami fizycznymi i technicznymi częściom zamiennym zawartym w DTR producenta (bądź im równoważne), oraz spełniać wymagania obowiązujących przepisów prawnych dotyczących urządzeń, w których będą zainstalowane, w tym:

- a) Rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 21 października 2008r. (Dz. U. z 2008 r. Nr 199, poz. 1228) w sprawie zasadniczych wymagań dla maszyn, wdrażającego postanowienia dyrektywy 2006/42/WE,
- b) Rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 22 grudnia 2005 r. w sprawie zasadniczych wymagań dla urządzeń i systemów ochronnych przeznaczonych do użytku w przestrzeniach

zagrożonych wybuchem (Dz. U. z 2005 r. Nr 263, poz. 2203) wdrażającego dyrektywę 94/9/WE, lub być zgodne z dokumentacją techniczną stanowiącą podstawę do wprowadzenia urządzenia do stosowania w wyrobiskach podziemnych zakładów górniczych z uwzględnieniem zapisów z dnia 28 czerwca 2002 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy, prowadzenia ruchu oraz specjalistycznego zabezpieczenia przeciwpożarowego w podziemnych zakładach górniczych (Dz. U. z 2002 r. Nr 139, poz.1169), wraz z późniejszymi zmianami.

Na potwierdzenie spełniania ww. wymagań Zamawiający zażądał przedłożenia wzorów certyfikatu zgodności i świadectwa jakości. Z informacji posiadanych przez odwołującą się Spółkę Wykonawca nie przedłożył Zamawiającemu ww. dokumentów.

Zamawiający w dniu 09.01.2015 r. wezwał (faxem) w trybie art. 185 ust.1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 12.01.2015 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) KG Construction Sp. z o. o. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Odnosząc się do pierwszego i jednocześnie najdalej idącego zarzutu, jakoby oferta złożona przez Przystępującego była niezgodna z treścią SIWZ, wskazał, iż oferta zawiera wszystkie elementy wymagane przez Zamawiającego i potrzebne do oceny oferty oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, zgodnie z treścią SIWZ.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazuje, iż podstawą do odrzucenia oferty Przystępującego był brak udowodnienia przez spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia. Na poparcie powyższego twierdzenia Odwołujący podniósł, że Przystępujący nie wykazał, iż dostawa zrealizowana przez firmę HB obejmowała analogiczne i porównywalne części do kompleksów strugowych, a wobec braku oznaczenia typu dostarczonego urządzenia Zamawiający nie mógł poprawnie zweryfikować oferty w tym zakresie.

Powyższe stanowisko nie znajduje potwierdzenia w okolicznościach faktycznych sprawy, gdyż Zamawiający wezwał Spółkę do uzupełnienia wskazanej powyżej okoliczności, a Spółka w wyznaczonym terminie uzupełniła swoją ofertę o wskazaną informację.

Wskazanie w dalszej części odwołania, iż Spółka nie przedstawiła dokumentów potwierdzających należyte wykonanie dostawy „Struga” do „Donetsk Steel” Iron and Steel Works również nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż do oferty zostały załączone referencje jednoznacznie wskazujące na należyte wykonanie wskazanej dostawy oraz wyrażające zadowolenie ze współpracy pomiędzy tymi podmiotami. Podkreślił, iż wbrew twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający nie wymagał wykazania posiadania wiedzy i doświadczenia, a jedynie jej posiadania, co, poza załączonymi przez Spółkę referencjami, zostaje

poświadczony przez wykonawcę przez wypełnienie oświadczenia o posiadaniu niezbędnej wiedzy oraz doświadczenia.

Również stwierdzenie, że podstawą do dyskwalifikacji oferty Przystępującego jest okoliczność wskazania dostarczenia urządzenia „strug”, co potwierdza jedynie doświadczenie i wiedzę w tym zakresie, a nie w wymaganym przez Zamawiającego zakresie części do kompleksów strugowych jest stwierdzeniem abstrakcyjnym gdyż oczywistym jest, że Spółka użyła jedynie takiego sformułowania, a nadto, struga składa się z części używanych w kompleksach strugowych, co znajduje odzwierciedlenie w wymaganiach Zamawiającego. Wskazanie, że dostarczony Strug nigdy nie podjął pracy, co oznacza, że nie były do niego kupowane noże jest daleko idącą nadinterpretacją Odwołującego, a ponadto, trudno określić skąd Odwołujący mógłby uzyskać taką informację, gdyż w żaden sposób nie została ona przez niego potwierdzona, co świadczy, iż Odwołujący wszelkimi sposobami zmierza do przejęcia dostaw na rzecz Zamawiającego.

W dalszej kolejności Odwołujący podnosi, iż Przystępujący nie przedłożyła wzorów certyfikatu zgodności i świadectw jakości pomimo faktu, iż Zamawiający żądał takich dokumentów celem potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę przepisów prawnych dotyczących urządzeń. Wbrew wiedzy Odwołującego, wzory świadectw jakości i zgodności, których to wymagał Zamawiający zostały złożone po wezwaniu przez Zamawiającego do uzupełnienia braków, a zatem okoliczność, ta nie może stanowić o konieczności odrzucenia oferty.

Ponadto, wobec zarzutu wskazania terminu 112 dni na realizację zamówienia, podczas gdy Zamawiający wskazał termin maksymalnie 90 dni wskazał, iż Przystępujący w tabeli stanowiącej załącznik nr 4 wskazała jednoznacznie, iż termin ten wynosić będzie 90 dni, a wskazany na stronie 3 oferty termin 112 dni stanowi oczywistą omyłkę pisarską.

W świetle powyższego Odwołujący nie wykazał, iż wskazana przez niego okoliczność stanowi sprzeczność z SIWZ, bowiem kwestionowane pozycje zostały uzupełnione, bądź już pierwotnie poprawnie wskazane.

Ponadto, wskazany w odwołaniu zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp nie znajduje poparcia w uzasadnieniu pisma. Oferta złożona przez Przystępującego nie jest ofertą złożoną przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert, a sam odwołujący nie wskazuje żadnych argumentów na poparcie powyższego zarzutu. Jednocześnie Odwołujący wskazuje w uzasadnieniu pisma, iż Przystępujący nie spełniła warunków wskazanych w SIWZ, co w świetle powyżej wskazanych argumentów nie znajduje oparcia w okolicznościach faktycznych sprawy.

W świetle powyższego, z uwagi, iż zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp prowadziłby do bezpodstawnego zorganizowania przez Zamawiającego aukcji

elektronicznej, zaniechania wyboru oferty Odwołującego, a także zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej, a wobec faktu, iż zarówno naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, jak i niezgodność oferty z SIWZ są zarzutami chybionymi, pozostałe zarzuty wskazane przez Odwołującego również nie znajdują uzasadnienia w okolicznościach faktycznych sprawy.

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

Na mocy zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14.01.2015 r. sprawy o sygn. akt: KIO 30/15 oraz sygn. akt: KIO 45/15 zostały skierowane do łącznego rozpatrzenia.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego do obu odwołań (wnióś sprzeciw do odwołania o sygn. akt: KIO 45/15) złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Izba ustaliła, że Wykonawcy wnoszący oba odwołania posiadali interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający ich do złożenia odwołań. Powyższą kwestie Izba rozwinie przy rozpatrywaniu odwołania o sygn. akt: KIO 30/15.

Izba oddaliła wniosek Bergerat Monnoyeur Sp. z o.o. odnośnie możliwości zgłoszenia przystąpienia po stronie Zamawiającego na posiedzeniu do odwołania o sygn. akt: KIO 45/15 przywołując w tym zakresie zawarte w protokole z posiedzenia i rozprawy ustalenia wynikające ze zgromadzonego materiału dowodowego, które potwierdziły, że Wykonawca otrzymał wezwanie faxem w dniu 09.01.2015 r., a nie jak podnosił w dniu w dniu 20.01.2015 r. /dowód wpływu złożony na tą okoliczność na posiedzeniu – Izba uznała jako dowód w sprawie/.

Izba także oddaliła wniosek Bergerat Monnoyeur Sp. z o.o. odnośnie nie uznania za skutecznie zgłoszonego przystąpienia przez KG Construction Sp. z o.o. do odwołania o sygn. akt: KIO 30/15 z uwagi na brak przekazania Odwołującemu - Bergerat Monnoyeur Sp. z o.o. – kopii przystąpienia. Izba ustaliła, że kopia została przekazana na numer faxu Bergerat Monnoyeur Sp. z o.o. w Łomiankach /informacja ogólnie dostępna (art. 190 ust. 5 Pzp) – wydruk ze strony internetowej/, co potwierdził na posiedzeniu sam Odwołujący.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuszczył w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności postanowień SIWZ, oferty Odwołującego o sygn. akt: KIO 30/14 oraz oferty Przystępującego do obu odwołań, wezwań z 19.12.2014 r. wystosowanych do KG Construction Sp. z o.o. oraz Bergerat Monnoyeur Sp. z o.o. przez Zamawiającego, odpowiedzi na nie – w obu wypadkach z 23.12.2014 r. zawierające dwa nowe wykazy dostaw wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie wykazanych usług oraz wzory certyfikatów zgodności oraz świadectw jakości, tudzież zaproszenia do udziału w trzech aukcjach elektronicznych m.in. w grupie III i IV z dnia 30.12.2014 r.

Izba uznała dodatkowo, jako dowodu w sprawie.

Złożone przez Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 30/15 wraz z odwołaniem załączniki, które nie zostały dopuszczone na podstawie innych źródeł, czyli rankingi przed aukcją elektroniczną w grupie III i IV, wydruki zaproszeń do udziału w aukcji elektronicznej z 30.12.2014 r.

Złożone przez Odwołującego w sprawie KIO 30/15 załączniki do pisma procesowego złożonego na rozprawie – tj.: SIWZ z 2013 r., kopii umowy /Caterpillar Global Mining Polska Sp. z o.o. z Zamawiającym z 22.11.2013 r./, zał. nr 4 /częściowo zastrzeżonym jako tajemnica przedsiębiorstwa/ Caterpillar Global Mining Polska Sp. z o.o. oraz wydruki zamówień elektronicznych na asortyment wynikający z zał. nr 4 będący konsekwencją przywołanej umowy.

Złożone przez Zamawiającego w sprawie KIO 30/15 załączniki do odpowiedzi na odwołanie – wydruki raportu z aukcji elektronicznej dla grupy III z 07.01.2015 r. wraz z wydrukiem postąpień cenowych.

Dodatkowo Izba uznała, jako dowód w sprawie pismo Zamawiającego z 14.01.2015r. w zakresie zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp – nie znajdujące się w dokumentacji przesłanej przez Zamawiającego /niewątpliwie od niego pochodzącej/, a przedłożone przez Przystępującego do obu odwołań - Construction Sp. z o.o. – w sprawie odwołania o sygn. akt: KIO 45/15.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego do obu odwołań (wnióś sprzeciw do odwołania o sygn. akt: KIO 45/15) złożone ustnie do protokołu w toku rozprawy. Nadto, oba odwołania, jako przystąpienia, odpowiedź na odwołanie o sygn. akt: KIO 30/15 złożoną na posiedzeniu. Dodatkową okolicznością jest złożenie oświadczenia na posiedzeniu przez Zamawiającego o uwzględnieniu w całości odwołania o sygn. akt: KIO

45/15 oraz sprzeciwu w związku z powyższym Przystępującego do odwołania KIO 45/14 po stronie Zamawiającego - Construction Sp. z o.o.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołań zarzutów stwierdzić należy, że tak odwołanie o sygn. akt: KIO 30/15, jak i KIO 45/15 nie zasługują na uwzględnienie.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 30/15:

Bergerat Monnoyeur Sp. z o.o. sformułował w dowołaniu następujące zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez brak odrzucenia oferty KG Construction Sp. z o.o., pomimo, że oferta ta nie odpowiada treści SIWZ w postępowaniu,
- 2) art. 91 a ust. 1 Pzp poprzez zorganizowanie aukcji elektronicznej na dostawę w zakresie grupy 4 w sytuacji, gdy nie zostały spełnione warunki zorganizowania takiej aukcji (3 nie podlegające odrzuceniu oferty);
- 3) art. 91 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego w zakresie grupy 4 pomimo, iż oferta ta jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert nie podlegających odrzuceniu;
- 4) art. 91 b ust. 1 Pzp poprzez zaproszenie do udziału w aukcjach elektronicznych w zakresie dostaw części w grupie 3 i 4 KG Construction Sp. z o.o., pomimo że KG Construction Sp. z o.o. złożyło ofertę podlegającą odrzuceniu.

W ocenie Izby, biorąc pod uwagę podstawę faktyczną przywołaną w odwołaniu – dotyczącą braku wyceny określonych pozycji zał. nr 4 do SIWZ w grupie III i IV zasadnym jest ich rozpatrzenie łącznie, uznając w konsekwencji, że podlegają one oddaleniu.

Oдноśnie kwestii braku interesu po stronie Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 30/15, w ocenie Izby, Odwołujący takowy interes posiada, chociażby dlatego, że Izba nie dostrzega podstaw do odrzucenia oferty Bergerat Monnoyeur Sp. z o.o., tak w grupie III, jak i IV, z uwagi na wadliwie podany termin realizacji zamówienia. Wskazując jedynie na tym etapie, że był to termin „oczekiwany”. Dalsze kwestie z tym związane zostaną podane w dalszej części uzasadnienia. Oдноśnie grupy III, niewątpliwie nawet odrzucenie oferty Przystępującego nie spowodowałoby braku konieczności przeprowadzenia aukcji elektronicznej, jednakże zmniejszenie liczny Wykonawców biorących udział w aukcji jest, w ocenie Izby, działaniem na korzyść Wykonawcy, zmniejsza bowiem konkurencję w danej grupie i pozwala przygotować strategię postępień cenowych ze świadomością braku Przystępującego. Nadto, Izba stoi na stanowisku, że Odwołujący w sposób prawidłowy zaskarżył czynność zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej, niewątpliwie jest to

moment, w którym Zamawiający zakończył etap oceny złożonych w postępowaniu. Potwierdza to orzecznictwo, wskazujące, że złożenie odwołań na późniejszym etapie, w sytuacji gdy z zaproszenia Wykonawca mógł powziąć wiedzę o innych zaproszonych Wykonawcach, byłoby działaniem spóźnionym. Fakt przeprowadzenia przez Zamawiającego aukcji elektronicznej jest bez znaczenia, wobec możliwości unieważnienia tej czynności przez Izbę, która nie jest związana wnioskami Wykonawców, ale jedynie zarzutami. Przy czym, Izba uznaje, że zarzut dotyczący „zaproszenia” jest dalej idący niż „zorganizowania”, w rezultacie brak jest podstaw do kwestionowania interesu Bergerat Monnoyeur Sp. z o.o., tak w grupie III, jak i IV.

Izba dokonała następujących ustaleń:

W zakresie odwołania o sygn. akt: KIO 30/15, Izba przywołuje stan faktyczny przywołany w odwołaniu, przystąpieniu oraz wynikający z odpowiedzi na odwołanie przedstawionej przez Zamawiającego, w tym także przywołane postanowienia SIWZ, jak i treść oferty Przystępującego. Uznając, że nie jest przedmiotem sporu stan faktyczny, ale jego ocena pod względem prawnym.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że Izba uznała, że mimo błędnej podstawy prawnej (art. 89 ust.1 pkt 5, zamiast 2 Pzp) niewątpliwie jednym z zarzutów w odwołaniu jest zarzut nie odpowiadania treści oferty Przystępującego - KG Construction Sp. z o.o. postanowieniom SIWZ (zarzut podlega oddaleniu). W ocenie Izby, analiza postanowień SIWZ, tj. Rozdz. III SIWZ oraz Cz. III OPZ Rozdz. I pkt 2, Rozdz. VIII pkt 1 SIWZ oraz Rozdz. IX pkt 1 i 2 SIWZ – wszystkie przywołane przez strony oraz Przystępującego, potwierdziła, że jej postanowienia zawierają elementy, które wzajemnie się wykluczają, z jednej bowiem strony wycena w ofercie ma obejmować wszystkie pozycje z danej grupy, z drugiej należy podać cenę jednostkową tylko za 1 szt. W konsekwencji zaistniałe sprzeczności należy interpretować na korzyść Wykonawców, w tym wypadku Przystępującego. Rezultatem powyższego jest pozostawienie oferty Przystępującego bez konieczności zmian, tym bardziej, że Zamawiający wyraźnie oświadczył w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie, iż pozycje z ilością „0” nie będą zamawiane. Nie ma więc, żadnej potrzeby ich poprawy tak w grupie III, jak i IV. Dowody złożone na rozprawie przez Odwołującego do jego pisma procesowego, potwierdzają jedynie, że w ubiegłorocznym postępowaniu wyborowi podlegała oferta, która wyceniła pozycje z ilością „0”, równie dobrze można uznać, że

zaoferowano więcej niż było to konieczne, nie wynika z nich wcale, że Zamawiający odrzucał oferty, które takiej wyceny nie przedstawiały. Przy czym, Izba podkreśla, że jest to inne postępowanie, jeżeli nawet o bardzo podobnym przedmiocie. Jeżeli Wykonawca zamierzał stosować analogiczne podejście do przygotowania oferty, jak rok wcześniej, zawsze winien, w toku zapytań w nowym postępowaniu uzyskać pewność co do słuszności takiego podejścia. Jest to powszechnie przyjęte w orzecznictwie i w praktyce.

W zakresie terminu realizacji zamówienia (zarzut podlega oddaleniu) – w tym przypadku – Przystępującego - KG Construction Sp. z o.o., Izba podtrzymuje swoje wcześniejsze stanowisko, że był to termin „oczekiwany”. Zauważając, że dowody złożone wraz z pismem przez Odwołującego zostały złożone na inną okoliczność. Przy czym, późniejsze przywołanie nie zmienia tego, że było to inne – ubiegłoroczne postępowanie. Przy czym, są to kwestie poboczne wobec stanowiska Izby przedstawionego na wstępie. Niniejsza kwestia zostanie także poruszona przy rozpatrywaniu odwołania o sygn. akt: KIO 45/15 i wskazany dodatkowy argument wynikający z postanowień SIWZ.

Względem wniosku Odwołującego o unieważnienie postępowania – Izba wskazuje, że nie ma mocy sprawczej i nie może czegokolwiek nakazywać Zamawiającemu w tym zakresie. Jednakże Zamawiający zawsze może dokonać takiego unieważnienia samodzielnie jeśli uzna, iż istnieją ku temu podstawy prawne i faktyczne wynikające z art. 93 Pzp. Powyższe może także dotyczyć poszczególnych części. Naturalnie ewentualna czynność unieważnienia postępowania podlega zaskarżeniu, tak jak każda inna czynność w postępowaniu.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

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

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 45/15:

Profesjonalne Systemy Przemysłowe Sp. z o.o. sformułował w dowołaniu następujące zarzuty naruszenia:

1. art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez brak odrzucenia ofert KG Construction Sp. z o.o. oraz Bergerat Monnoyeur Sp. z o.o., pomimo, że oferty złożone przez ww. wykonawców nie odpowiadają treści SIWZ w postępowaniu,
2. art. 91 a ust. 1 Pzp poprzez zorganizowanie aukcji elektronicznej na dostawę w zakresie grupy IV w sytuacji, gdy nie zostały spełnione warunki zorganizowania takiej aukcji, tj. nie było 3 nie podlegających odrzuceniu ofert;

3. art. 91 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty Spółki Profesjonalne Systemy Przemysłowe Sp. z o.o. w zakresie grupy IV pomimo, iż oferta ta jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert nie podlegających odrzuceniu;

5. art. 91 b ust. 1 Pzp poprzez zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej w zakresie dostaw części w grupie IV Pzp , pomimo że ww. wykonawcy złożyli oferty podlegające odrzuceniu.

W ocenie Izby, biorąc pod uwagę podstawy faktyczne przywołane w odwołaniu – zasadnym jest ich rozpatrzenie łącznie, uznając w konsekwencji, że podlegają one oddaleniu. Izba odniesie się osobno do poszczególnych podstaw faktycznych dla oba objętych odwołaniem ofert, jednocześnie uznając, że kluczowy charakter ma pierwszy z zarzutów, a pozostałe są jedynie jego konsekwencją.

Izba dokonała następujących ustaleń:

W zakresie odwołania o sygn. akt: KIO 45/15, Izba przywołuje stan faktyczny przywołany w odwołaniu, czy też przystąpieniu, wynikający z uwzględnienia odwołania w całości przez Zamawiającego na posiedzeniu oraz sprzeciwu Przystępującego, w tym także przywołane postanowienia SIWZ, jak i treść oferty Przystępującego oraz oferty Bergerat Monnoyeur Sp. z o.o. Nadto, okoliczności wynikające z wezwań wystosowanych do obu Wykonawców z 19.12.2014 r. przez Zamawiającego oraz stosownych odpowiedzi przez nich udzielonych w dniu 23.12.2014 r. Do kwestii spornych Izba odniesie się w ramach poszczególnych zarzutów.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnosnie oferty Bergerat Monnoyeur Sp. z o.o.:

W zakresie terminu realizacji zamówienia (zarzut podlega oddaleniu), Izba ponownie stwierdza, że termin wskazany w postanowieniach SIWZ przez Zamawiającego był terminem „oczekiwanym”. Z tej przyczyn fakt wskazania dłuższego terminu w formularzu ofertowym oraz załączniku nr 4 do SIWZ aniżeli wynikający z Cz. III OPZ Rozdz. II pkt 3 jest irrelevantny dla oceny oferty Bergerat Monnoyeur Sp. z o.o. Jednocześnie tak, jak wskazywano przy rozpatrywaniu analogicznego zarzutu przy odwołaniu o sygn. akt: KIO 30/15, Izba podnosi, że to Zamawiający tak przygotował postanowienia SIWZ, że można było zaoferować inny termin realizacji, świadczy o tym Cz. III OPZ Rozdz. III pkt 3 odnoszący się do załącznika nr 4 do SIWZ: „*termin realizacji (termin realizacji należy wpisać*

w oddzielnej kolumnie w cenniku jednoznacznie w dniach od otrzymania zamówienia)”. Wynika z powyższego, że Wykonawcy samodzielnie wskazywali powyższy termin, nie był on narzucony obligatoryjnie przez Zamawiającego. Nie było więc żadnego sprzeczności między treścią oferty, a postanowieniami SIWZ. Izba w tym zakresie, uznała, tak jak ponosił Odwołujący na rozprawie, że naruszenie art. 89 ust.1 pkt 5 Pzp zostało omyłkowo wskazane w odwołaniu, albowiem chodziło de facto o naruszenie art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W zakresie wymogu dotyczącego wiedzy i doświadczenia (zarzut podlega oddaleniu). Z treści wezwania z 19.12.2014 r. wynika, że Zamawiający nie uznał pierwotnego wykazu i załączonych dokumentów. Z dokumentacji postępowania wynika, że oparł się jedynie na wykazie i dokumentach uzupełnionych w dniu 23.12.2014 r. Zarzut w odwołaniu dotyczy z kolei jedynie wykazu i dokumentów pierwotnych, brak jest zarzutów dotyczących nowego wykazu i dokumentów. Biorąc pod uwagę, że procedura uzupełnienia miała miejsce przed czynnością zaproszenia - Odwołujący przy dołożeniu należytej staranności powinien powziąć wiedzę w tym zakresie poprzez wgląd do dokumentacji postępowania. Formułowanie nowych zarzutów na rozprawie jest działaniem spóźnionym. Izba jedynie odniesie się do kwestii wynikającej z zarzutu odwołania, poruszonej w uzupełnieniu Bergerat Monnoyeur Sp. z o.o. Wykonawca uzupełniając ofertę przedstawił nowy wykaz i dokumenty, jednocześnie wyjaśnił, że przedsiębiorstwo Caterpillar Global Mining Polska Sp. z o.o. zostało nabyte przez Wykonawcę i z tej przyczyny miał prawo korzystać z jego doświadczenia. Izba naturalnie podziela powyższy pogląd, jako wynikający nie tylko z opinii UZP (na która powoływał się Wykonawca w ramach wyjaśnień zawartych w uzupełnieniu), ale orzecznictwa KIO oraz sądów powszechnych. Przykładowo: „*Wobec powyższego w piśmiennictwie i orzecznictwie ukształtował się pogląd, podzielany również przez skład orzekający Izby w niniejszej sprawie, iż w przypadku zbycia przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym (np. sprzedaż przedsiębiorstwa, wniesienie przedsiębiorstwa do spółki w formie wkładu niepieniężnego - aportu), nabywca przedsiębiorstwa może posługiwać się w toku postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego referencjami wystawionymi na zbywcę przedsiębiorstwa. Stanowisko takie zajął m.in. Sąd Najwyższy, który odpowiadając na pytanie czy nabywca przedsiębiorstwa może ubiegać się o udzielenie zamówienia, powołując się na nabyte wraz z przedsiębiorstwem niezbędną wiedzę i doświadczenie w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych, w postanowieniu z dnia 7 października 2008 r. (sygn. akt III CZP 87/08) uznał, iż Nie może ulegać wątpliwości, że w przypadku skutecznego nabycia przedsiębiorstwa składniki niematerialne, w tym związane z wiedzą i doświadczeniem przechodzą na nabywcę. Konieczne jest zatem w każdym*

wypadku rozstrzygnięcie, czy doszło do nabycia przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 55 2 k.c. Nabycie przedsiębiorstwa ma miejsce bowiem wówczas, gdy możliwe jest kontynuowanie dotychczasowej działalności gospodarczej. W każdym zatem przypadku zbycia przedsiębiorstwa dochodzi do przejścia na nabywcę także składnika niemajątkowego, jakim jest wiedza i doświadczenie. Stanowisko takie wyraziła również KIO w wyroku z dnia 22 lutego 2008r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 99/08.” (za wyrokiem KIO z 21.12.2010 r., sygn. akt: KIO 2642/10). Podobnie: „Podzielić zatem należy podkreślane w doktrynie jak i orzecznictwie poglądy, że wiedza i doświadczenie to te elementy przedsiębiorstwa, które są związane z posiadającym je podmiotem, niezbywalne i nieprzenaszalne samodzielnie, w inny sposób aniżeli poprzez zbycie całości lub zorganizowanej części przedsiębiorstwa zdolnej do dalszego prowadzenia w niezmienionym zakresie - zbycie przedsiębiorstwa nie oznacza zbycia mienia, ale zbycie swoistego organizmu gospodarczego [orzeczenie SN z 10.1.1972 r., I CR 359/71, OSPiKA 1972, z. 12, poz. 232, wyrok Sądu najwyższego z 17.10.2000 r., w spr. I CKN 850/98, LEX Nr 50895, wyrok Sądu najwyższego z dnia 8 kwietnia 2003r. w spr. IV CKN 51/01]. W odniesieniu do kategorii "wiedzy i doświadczenia", o której mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych akcentuje się ich nierozdzielność z podmiotem, który je posiada, wskazując na niemożność ich samodzielnego, bez zbycia przedsiębiorstwa przeniesienia na inny podmiot.”(za wyrokiem KIO z 14.10.2014 r., sygn. akt: KIO 1833/14). Izba jedynie na marginesie wskazuje dodatkowo, że przywołane w odwołaniu przepisy zostały błędnie wskazano, albo mają bardzo ogólny, generalny związek z przywołaną podstawą faktyczną zarzutu. W tym zakresie bowiem należało wskazać naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W zakresie zarzutu dotyczącego braku certyfikatu zgodności oraz świadectwa jakości (zarzut podlega oddaleniu). Brak oferty przywołany jako jedyna okoliczność negatywna w odwołaniu (podstawa faktyczna zarzutu) został uzupełniony w ramach uzupełnienia z 23.12.2014 r. w wyniku wezwania z 19.12.2014 r. Podczas rozprawy nie podnoszono w ramach sformułowanego zarzutu żadnej nowej okoliczności, jedynie generalnie podtrzymując zarzut.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie oferty Przystępującego - KG Construction Sp. z o.o.

W zakresie terminu realizacji zamówienia (zarzut podlega oddaleniu). Izba podtrzymuje swoje wcześniejsze stanowisko wraz z argumentacją. W kwestii możliwości

zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp konieczne jest stwierdzenia co następuje. Niewątpliwie art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp można zastosować do zakończenia postępowania, ale w toku badania i oceny ofert. W takiej sytuacji, istnieje konieczność unieważnienia wcześniejszych czynności, jeżeli miały miejsce, aby móc go zastosować. Przy czym, Izba w zakresie zarzutu sformułowanego w odwołaniu stwierdza, że takie działania były po pierwsze zbędne, z uwagi na brzmienie SIWZ, po drugie nieprawidłowe z przyczyn wskazanych wcześniej. Ta kwestia została przywołana na marginesie, albowiem nie było takiego zarzutu sensu stricto /naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp/. Powyższe /poprawa w tym trybie – terminu realizacji zamówienia wskazanego odmiennie jedynie w formularzu ofertowym/ wynikiem z pisma z 14.01.2015 r. złożonego na rozprawie przez Przystępującego, które nie znajdowały się w dokumentacji postępowania. Należy zauważyć, że z uwagi na brak zarzutu Izba nie może w tym zakresie ewentualnie czegokolwiek nakazywać. Jedynie przypominając Zamawiającemu, że może także samodzielnie sanować swoje wcześniejsze działania, jeżeli uzna, że naruszają one przepisy Pzp i mogą negatywnie zostać ocenione przez ewentualne organy kontrolne. Podobnie, jak przy wniosku o unieważnienie postępowania w sprawie o sygn. akt: KIO 30/15.

W zakresie wymogu dotyczącego wiedzy i doświadczenia oraz braku wzorów certyfikatów zgodności oraz świadectwa jakości (zarzuty podlegają oddaleniu).

Należy zauważyć, że nie wystarczy formułowanie zarzutów poprzez podanie jedynie określonej podstawy prawnej, należy także wskazać określoną podstawę faktyczną. Przykładowo wyrok KIO z 24.02.2014 r., sygn. akt: KIO 233/14, KIO 234/14: „*Samo powołanie przepisu nie oznacza jeszcze formalnego zarzutu*”. W wyroku z 12.02.2014 r., sygn. akt: KIO 140/14 KIO Izba zaakcentowała, że zarzut to nie tylko wskazanie normy prawa, ale także uzasadnienie faktyczne. Zarzut winien wskazywać konkretną czynność lub zaniechanie Zamawiającego, przez które doszło do naruszenia przepisów prawa, a także winien określać okoliczności faktyczne, potwierdzające naruszenie przepisów prawa (art. 180 ust. 1 Pzp). Zarzuty winny zostać w pełni sprecyzowane już w samym odwołaniu, gdyż umożliwia to Zamawiającemu i uczestnikom postępowania, odniesienie się do kwestionowanych przez Odwołującego czynności Zamawiającego. Określenie, po wniesieniu odwołania, dodatkowych podstaw faktycznych, świadczących o naruszeniu wskazanych w odwołaniu podstaw prawnych, należy uznać za spóźnione. Podobnie w wyroku z 10.07.2013 r., sygn. akt: KIO 1498/13 KIO podkreśliła, że przepisy Pzp, nakazują potrzebę ścisłego odczytywania zarzutu, w tym przede wszystkim niedopuszczalność wykraczania poza jego treść. O treści zarzutu decyduje przytoczona podstawa faktyczna, wskazane przez danego Odwołującego okoliczności faktyczne, wskazywane uzasadnienie, jak i przypisana im kwalifikacja prawna, decydująca o uwzględnieniu żądania odwołania. Granice rozpoznania sprawy przez Izbę są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na

konkretnej i precyzyjnie wskazanej podstawie faktycznej. Rolą Odwołującego podnoszącego dany zarzut jest precyzyjne uchwycenie i wykazanie kwestii, która jego zdaniem wskazuje na naruszenie prawa przez Zamawiającego, ogólne sformułowanie zarzutu uniemożliwia jego uwzględnienie, gdyż Izba nie może wywodzić z tych ogólnych czy nieprecyzyjnych sformułowań domniemanej treści zarzutu, będącego w rzeczywistości istotnym w sprawie.

W tym wypadku, w zakresie wymogu dotyczącego wiedzy i doświadczenia – zarzut w odwołaniu dotyczy jedynie pierwotnego wykazu dostaw i referencji, w ogóle Odwołujący nie dostrzega uzupełnionego wykazu, który pojawił się 23.12.2014 r., czyli przed czynnością zaproszenia. Izba wskazuje, że Odwołujący podtrzymał zarzuty z odwołania na rozprawie, w takiej sytuacji zarzuty wobec dokumentów, które istniały w postępowaniu w dacie zaskarżenia, które zostały sformułowane na rozprawie należy uznać za spóźnione. Zamawiający uznał, jak wynika z dokumentacji postępowania spełnianie wymogu na podstawie dokumentów uzupełnionych, a nie pierwotnych, z tej przyczyny z braku zarzutów wobec dokumentów uzupełnionych w odwołaniu, Izba uznała argumentację Odwołującego z rozprawy za de facto nowe zarzuty, które były na tym etapie spóźnione (art. 192 ust. 7 Pzp). W zakresie braku wzorów certyfikatów zgodności oraz świadectwa jakości – Izba podtrzymuje analogiczne stanowisko. Odmienne podejście skutkowałoby przywrócenie terminu, w sytuacji gdy, brak sformułowania zarzutu takiego jak na rozprawie – wynika nie z uchybienia Zamawiającego, ale niedopatrzania Odwołującego. Przykładowo wyrok KIO z 23.05.2014 r., sygn. akt: KIO 634/14, KIO 638/14): *„Nie jest bowiem odosobnionym sytuacja, gdy tak wielowątkowe i obszerne uzasadnienie faktyczne, jak zostało przedstawione na etapie zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej przez Zamawiającego, jest przedstawiane dopiero na rozprawie (w tym zakresie tego rodzaju negatywne stany faktyczne w szczególności za wyrokiem KIO z 10.05.2013 r., sygn. akt: KIO 945/13 oraz wyrokiem KIO z 07.02.2013 r., sygn. akt: KIO 135/13).”*

Izba uznała również za spóźniony zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp – złożenia nieprawdziwej informacji, w kontekście nie spełnienia wymogu dotyczącego wiedzy i doświadczenia. Należy zauważyć, że czym innym jest naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, a czym innym naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, które w tym ostatnim wypadku, nie zostało wyartykułowane w petitum odwołania, a jedynie wynika z jego treści. Złożenie nieprawdziwej informacji jest zarzutem nowym tak w zakresie podstawy prawnej, jak i faktycznej.

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

Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 8 Pzp w związku z § 13 ust. 3 zd. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu

postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t. j. Dz. U. z 2014 poz. 964), wydała w sprawach o sygn. akt: KIO 30/15, sygn. akt: KIO 45/15 orzeczenie łączne.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, a także w oparciu o § 6 w związku z § 5 ust. 3 i 4 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). W sprawie o sygn. akt: KIO 45/15 Wnoszący sprzeciw (§ 5 ust. 3 pkt 2 w związku z § 3 pkt 2 w/w rozporządzenia) nie sformułował wniosku o zasądzenie kosztów, ani nie złożył rachunku. Izba natomiast uznała w sprawie o sygn. akt: KIO 30/15 wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3.600,00 zł, tj. zgodnie z przedłożoną fakturą (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia) oraz dojazdu na rozprawę (349, 53 zł - § 3 pkt 2 lit. a w/w rozporządzenia) dotyczącą jedynie sprawy o sygn. akt: KIO 30/15.

Przewodniczący:

.....