

Sygn. akt: KIO 2420/11

WYROK
z dnia 25 listopada 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 listopada 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 10 listopada 2011 r. przez ELEKTROMETAL S. A., ul. Stawowa 71, 43-400 Cieszyn w postępowaniu prowadzonym przez Kompanię Węglową S. A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice

przy udziale wykonawcy Fabryki Sprzętu Ratunkowego i Lamp Górniczych FASER S.A., ul. Nakielska 42/44, 42-600 Tarnowskie Góry zgłaszającego przystąpienie po stronie Odwołującego

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności zaproszenia do udziału w aukcji oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w uzasadnieniu,**
2. Kosztami postępowania obciąża Kompanię Węglową S. A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice i:
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie piętnaście tysięcy zero groszy), uiszczoną przez ELEKTROMETAL S. A., ul. Stawowa 71, 43-400 Cieszyn,

- 2) zasądza od Kompani Węglowej S. A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice na rzecz ELEKTROMETAL S. A., ul. Stawowa 71, 43-400 Cieszyn kwotę 18.835 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy osiemset trzydzieści pięć złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu uiszczonego wpisu, wynagrodzenia pełnomocnika oraz tytułem kosztów związanych z dojazdem na wyznaczoną rozprawę.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 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 **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Kompania Węglowa S. A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem aukcji elektronicznej, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „*Dostawę lamp naświetlnych do Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. w 2012 roku*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 6 września 2011 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10 września 2011 r. pod numerem 2011/S 174-286036.

W dniu 7 listopada 2011 r. Zamawiający zaprosił wykonawców (w tym m. in. wykonawcę: Centrum Serwisu Telekomunikacji i Telemetrii Sevitel Sp. z o.o., 40-189 Katowice, ul. Leopolda 31) do udziału w aukcji elektronicznej.

Wykonawca ELEKTROMETAL S. A., ul. Stawowa 71, 43-400 Cieszyn, (zwany dalej: „*Odwołującym Elektrometal*”) w dniu 10 listopada 2011 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie m. in. na czynność Zamawiającego dotyczącą badania oceny oferty wykonawcy Centrum Serwisu Telekomunikacji i Telemetrii Sevitel Sp. z o.o. oraz dopuszczenie ww. wykonawcy do udziału w aukcji elektronicznej.

Odwołujący Elektrometal zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie następujących przepisów ustawy:

1. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie a przez to błędne przyjęcie, że wykonawca Centrum Serwisu Telekomunikacji i Telemetrii Sevitel Sp. z o.o. legitymuje się wiedzą i doświadczeniem w zakresie wymaganym przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej zwana: „SIWZ”), jak również błędne przyjęcie, iż ww. wykonawca złożył odpowiednie dokumenty potwierdzające należyte wykonanie wykazanych dostaw jak również oraz zaniechanie wezwania wykonawcy Centrum Serwisu Telekomunikacji i Telemetrii Sevitel Sp. z o.o. do uzupełnienia oferty o oświadczenie i dokumenty potwierdzające posiadaną wiedzę i doświadczenie oraz należyte wykonanie dostaw zgodnie z wymaganiami Zamawiającego,
2. art. 91b ust. 1 ustawy Pzp poprzez dopuszczenie do udziału w aukcji wykonawcy, którego oferta podlega odrzuceniu.

3. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Centrum Serwisu Telekomunikacji i Telemetrii Sevitel Sp. z o.o. ze względu na bezzasadne uznanie, że zaoferowany przedmiot oferty spełnia wymagania określone w treści SIWZ,

4. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Centrum Serwisu Telekomunikacji i Telemetrii Sevitel Sp. z o.o. z postępowania jako wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu i zaniechania odrzucenia złożonej przez niego oferty,

5. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Zdaniem Odwołującego Elektrometal Zamawiający błędnie dokonał badania i oceny ofert w tym oferty wykonawcy Centrum Serwisu Telekomunikacji i Telemetrii Sevitel Sp. z o.o. i bezzasadnie dopuścił tego wykonawcę do udziału w akcji elektronicznej.

W związku z powyższym, Odwołujący Elektrometal wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia aukcji elektronicznej,
3. nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy Centrum Serwisu Telekomunikacji i Telemetrii Sevitel Sp. z o.o. jako oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ,
4. nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy Centrum Serwisu Telekomunikacji i Telemetrii Sevitel Sp. z o.o. jako oferty wykonawcy wykluczonego.
5. ewentualnie nakazanie Zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny oferty wykonawcy Centrum Serwisu Telekomunikacji i Telemetrii Sevitel Sp. z o.o. wezwania go do uzupełnienia oferty w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, a w przypadku nieprawidłowego uzupełnienia oferty wykluczenia ww. wykonawcy i/lub odrzucenia jego oferty.

Uzasadniając swoje stanowisko Odwołujący Elektrometal wskazał w odwołaniu w szczególności na następujące okoliczności faktyczne:

Zdaniem Odwołującego Elektrometal oferta wykonawcy Centrum Serwisu Telekomunikacji i Telemetrii Sevitel Sp. z o.o. nie odpowiada treści SIWZ. Zamawiający w załączniku nr 1 pkt A.6 wymagał zaoferowania lamp nahełmnych, których stopień ochrony obudowy wynosi minimum IP65 zgodnie z PN-EN 60529:2003. Wykonawca Centrum Serwisu Telekomunikacji i Telemetrii Sevitel Sp. z o.o. w załączniku do oferty potwierdził żądany przez Zamawiającego stopień ochrony. Dodatkowo na zapewnienie tego stopnia ochrony przez oferowany produkt wskazano DTR. Jednak w treści certyfikatu badania typu wskazano stopień ochrony IP 54. Taki sam stopień ochrony wskazany został w Certyfikacie badania typu WE przekazanym Zamawiającemu w wyniku wezwania wykonawcy do uzupełnienia oferty. Zdaniem Odwołującego Elektrometal oferta wykonawcy Centrum

Serwisu Telekomunikacji i Telemetrii Sevitel Sp. z o.o. jest niezgodna z treścią SIWZ i powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż zaoferowany przedmiot zamówienia nie spełnia normy PN-EN 60529:2003. Tej rozbieżności, według Odwołującego Elektrometal nie można uznać za oczywistą omyłkę pisarską, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, gdyż Zamawiający bez uzyskania szczegółowych wyjaśnień ze strony wykonawcy Centrum Serwisu Telekomunikacji i Telemetrii Sevitel Sp. z o.o. nie może określić, jaka wartość stopnia ochrony jest prawidłowa. Rozbieżności tej nie można także usunąć w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i uznać za inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty, bowiem w takiej sytuacji należałoby uznać, że prawidłowym jest stopień ochrony IP 54 wynikający z badań przeprowadzonych przez jednostkę certyfikowaną.

Ponadto, zdaniem Odwołującego Elektrometal wykonawca Centrum Serwisu Telekomunikacji i Telemetrii Sevitel Sp. z o.o. nie potwierdził należyte spełniania warunku wiedzy i doświadczenia. Zgodnie z pkt X.I SIWZ w celu potwierdzenia spełniania tego warunku wykonawcy powinni wykazać, że „w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, (...) wykonali dostawy w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia o wartości netto nie mniejszej niż 2 500 000,00 PLN Za zakres dostaw niezbędny do wykazania spełnienia warunku Zamawiający uważa dostawy odpowiadające swoim rodzajem dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia, tj. dostawy lamp nahełmnych. W przypadku wykonawców, przedstawiających wartości wykonanych dostaw w walutach obcych, Zamawiający dokona przeliczenia wykazanej kwoty według średniego kursu NBP ogłoszonego ostatniego dnia roku, w którym dostawy wykonano, a w przypadku dostaw wykonanych w roku 2011 według średniego kursu NBP ogłoszonego dnia poprzedzającego dzień w którym upływa termin składania ofert. W związku z powyższym wartości wykonanych dostaw określone w walutach obcych należy wyszczególnić oddzielnie dla każdego roku kalendarzowego. Wykonawca Centrum Serwisu Telekomunikacji i Telemetrii Sevitel Sp. z o.o. w złożonej ofercie wykazał się dostawami, które uniemożliwiają jednoznaczne potwierdzenie spełniania przez wykonawcę Centrum Serwisu Telekomunikacji i Telemetrii Sevitel Sp. z o.o. warunków wiedzy i doświadczenia tj.:

- 1) dostawy na rzecz Labris Madencilik ve Sanayi Ltd STI (pkt 1 wykazu) realizowane przez SC Electromax SRL od 2009 r. na kwotę powyżej 700.000 Euro. Wykonawca nie wyszczególnił dostaw dla każdego roku kalendarzowego, w związku z powyższym nie można przeliczyć wartości zrealizowanych zamówień wyrażonych w Euro na PLN. Ponadto należyte wykonanie tych dostaw nie zostało potwierdzone za pomocą dokumentów ,
- 2) dostawy na rzecz Compania Nationala a Huilei S.A. (pkt 2 wykazu) były realizowane od 2001 r. na kwotę powyżej 2.500.000 PLN. Ponieważ, jak wynika z oświadczenia

wykonawcy Centrum Serwisu Telekomunikacji i Telemetrii Sevitel Sp. z o.o. dostawy były realizowane od 2001 r. nie można określić jakiej wartości były dostawy w okresie ostatnich 3 lat przed datą składania oferty, t.j. w okresie od 10 października 2008 r. do 9 października 2011 r. Ponadto dostawy realizowane przez SC Electromax SRL na rzecz rumuńskiego partnera były realizowane niewątpliwie w walutach obcych i wykonawca Centrum Serwisu Telekomunikacji i Telemetrii Sevitel Sp. z o.o. w celu prawidłowego przeliczenia wartości dostaw, zgodnie z zasadami SIWZ, winien wykazać wartość dostaw w tej walucie, w której były realizowane, a dodatkowo wartości dostaw wyrażone w walucie obcej powinny być wskazane odrębnie dla każdego roku kalendarzowego. Wszystko to powoduje, zdaniem Odwołującego Elektrometal, że nie można jednoznacznie określić wartości dostaw na rzecz tego odbiorcy, co skutkuje niemożnością stwierdzenia, czy wykonawca legitymuje się wymaganą wiedzą i doświadczeniem,

3) ponadto, według Odwołującego Elektrometal dostawy na rzecz Wamag S.A oraz ZK REM Sp. z o.o. nie odpowiadają przedmiotowi zamówienia - nie dotyczą dostaw lamp nahełmnych. Dostawy te nie potwierdzają posiadania wiedzy i doświadczenia w wymaganym przez Zamawiającego zakresie i w związku z powyższym nie powinny być przez Zamawiającego uwzględniane w zakresie oceny spełniania przez wykonawcę Centrum Serwisu Telekomunikacji i Telemetrii Sevitel Sp. z o.o. warunku wiedzy i doświadczenia. Prawidłowo wiedzę i doświadczenie potwierdzają wyłącznie dostawy zrealizowane na rzecz CTT EMAG Sp. z o.o., jednak ich wartość nie odpowiada wymaganiom Zamawiającego. Opiewają one bowiem łącznie na kwotę 570.000,00 zł. Zdaniem Odwołującego Elektrometal Zamawiający, przed zaproszeniem do udziału w aukcji elektronicznej powinien wezwać wykonawcę Centrum Serwisu Telekomunikacji i Telemetrii Sevitel Sp. z o.o. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia prawidłowych dokumentów potwierdzających spełnianie warunku wiedzy i doświadczenia poprzez przedstawienie nowego lub uzupełnionego oświadczenia stanowiącego „Wykaz wykonanych dostaw”, w którym to oświadczeniu wskazane byłyby wartości zamówień odrębnie w każdym z lat w okresie 3 lat przed terminem składania ofert. Zaniechanie tego obowiązku stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i skutkuje dopuszczeniem do udziału w aukcji wykonawcy, który nie spełnia warunku wiedzy i doświadczenia. Zgodnie z art. 91 b ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający zaprasza drogą elektroniczną do udziału w aukcji elektronicznej wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu. Obowiązek zaproszenia do udziału w postępowaniu wyłącznie wykonawców, których oferty nie podlegają odrzuceniu znajduje potwierdzenie także w piśmiennictwie. Mimo że ustawodawca nie wskazał wprost na taki obowiązek, to wynika on z wielu przepisów ustawy. W składanych w postępowaniu ofertach wykonawcy są obowiązani podać w odpowiedzi na żądanie zawarte w SIWZ cenę oraz inne wielkości będące przedmiotem oceny: Według Odwołującego Elektrometal referencje

wystawione przez Labris Madencilik ve Sanayi Ltd STI nie potwierdzają należytego wykonania wykazania dostaw. Nie wskazują one w swej treści, że dostawy zostały zrealizowane należycie, zgodnie z umową, a jedynie, że lampy nahełmne dostarczane przez SC Electromax SRL były stosowane w podziemnych zakładach górniczych na terenie Turcji. Odwołujący Elektrometal wskazał również, że rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U.2009.226.1817) nie wskazuje obligatoryjnej treści dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie dostaw lub usług, jednak w utrwalone poglądy wyrażane w orzecznictwie i literaturze wskazują, że dokument ten w swojej treści musi potwierdzać należyte wykonanie umowy poprzez zawarcie klauzuli np. „dostawa została wykonana należycie” lub „dostawa została wykonana bez zastrzeżeń, zgodnie z umową” itp. Żadna klauzula znajdująca się w treści referencji wystawionej dla Labris Madencilik ve Sanayi Ltd STI nie potwierdza należytego wykonania dostaw. Zamawiający powinien wezwać wykonawcę Centrum Serwisu Telekomunikacji i Telemetrii Sevitel Sp. z o.o. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia prawidłowych dokumentów potwierdzających należyte wykonanie dostaw zrealizowanych na rzecz Labris Madencilik ve Sanayi Ltd STI. czego nie dokonał - w związku z powyższym naruszył przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Wykonawca Centrum Serwisu Telekomunikacji i Telemetrii Sevitel Sp. z o.o. korzysta z potencjału SC Electromax SRL w celu potwierdzania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia. Podmiot ten udostępnił swój potencjał do 31 marca 2013 r. t.j. ostatecznego terminu składania zamówień w przypadku przedłużenia przez Zamawiającego terminu obowiązywania umowy (pkt IX.2 SIWZ), tymczasem:

- 1) termin realizacji zamówień w przypadku ich złożenia ich w okresie od 18 marca 2013 r. do 31 marca 2013 r. wynosi 14 dni i upływa po okresie ważności oświadczenia o udostępnienia potencjału.
- 2) nie obejmuje on okresu gwarancji lamp nahełmnych, a przyjmując szerokie rozumienie określenia „wykonania zamówienia” można uznać, że powinno ono obejmować także okres gwarancji. Zamawiający uznał, że oświadczenie o udostępnieniu potencjału zostało złożone prawidłowo i potwierdza ono, iż wykonawca Centrum Serwisu Telekomunikacji i Telemetrii Sevitel Sp. z o.o. będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, a pisemne zobowiązanie SC Electromax SRL potwierdza oddanie do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Zdaniem Odwołującego Elektrometal oświadczenie o udostępnieniu potencjału nie potwierdza wymogów określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. W związku z powyższym zamawiający powinien wykluczyć wykonawcę Centrum Serwisu Telekomunikacji i Telemetrii Sevitel Sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, jako wykonawcę nie spełniającego warunków ubiegania się o zamówienie Jedynie z ostrożności Odwołujący

Elektrometal podniósł, że w przypadku uznania, że Zamawiający zobowiązany jest wezwać wykonawcę Centrum Serwisu Telekomunikacji i Telemetrii Sevitel Sp. z o.o. do uzupełnienia oferty o prawidłowe oświadczenie o udostępnieniu potencjału, Odwołujący stwierdził, że Zamawiający powinien wezwać wykonawcę Centrum Serwisu Telekomunikacji i Telemetrii Sevitel Sp. z o.o. do przedstawienia nowego oświadczenia o udostępnieniu potencjału w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, które to oświadczenie będzie obejmowało cały okres realizacji zamówienia w tym cały okres realizacji zamówienia oraz okres gwarancji.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Odwołującego Elektrometal zgłosił przystąpienie wykonawca: Fabryka Sprzętu Ratunkowego i lamp Górniczych FASER S. A., ul. Nakielska 42/44, 42-600 Tarnowskie Góry.

Izba ustaliła również, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca: Centrum Serwisu Telekomunikacji i Telemetrii Sevitel Sp. z o.o., ul. Leopolda 31, 40-189 Katowice.

Zamawiający w dniu 14 listopada 2011 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odpowiedział na odwołanie. Zamawiający uwzględnił odwołanie jedynie w pkt 1, 2, 5 odwołania (za wyjątkiem zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Centrum Serwisu Telekomunikacji i Telemetrii Sevitel Sp. z o.o. z postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp). Ponadto Zamawiający anulował aukcję elektroniczną planowaną na dzień 10 listopada 2011 r., oraz zaznaczył, iż dokona ponownego badania oferty wykonawcy Centrum Serwisu Telekomunikacji i Telemetrii Sevitel Sp. z o.o.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu, jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz stanowiska Przystępującego złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Ponadto Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła ponadto, iż wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 10 listopada 2011 r.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Odwołującego zgłosił przystąpienie wykonawca Fabryka Sprzętu Ratunkowego i lamp Górniczych FASER S. A., ul. Nakielska 42/44, 42-600 Tarnowskie Góry.

Izba ustaliła również, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Centrum Serwisu Telekomunikacji i Telemetrii Sevitel Sp. z o.o., ul. Leopolda 31, 40-189 Katowice.

Ponadto Izba ustaliła, że wykonawca Centrum Serwisu Telekomunikacji i Telemetrii Sevitel Sp. z o.o., ul. Leopolda 31, 40-189 Katowice wycofał zgłoszenie przystąpienia w piśmie z dnia 15 listopada 2011 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej).

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wykonawcy: Fabryka Sprzętu Ratunkowego i lamp Górniczych FASER S. A., ul. Nakielska 42/44, 42-600 Tarnowskie Góry.

Co do merytorycznego zakresu odwołania Izba uznała, że przedmiotowe odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z pkt X. I SIWZ w celu potwierdzenia spełniania tego warunku wykonawcy powinni wykazać, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, (...) wykonali dostawy w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia o wartości netto nie mniejszej niż 2 500 000,00 PLN.

Za zakres dostaw niezbędny do wykazania spełnienia warunku Zamawiający uważa dostawy odpowiadające swoim rodzajem dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia, tj. dostawy lamp nahełmnych.

W przypadku Wykonawców, przedstawiających wartości wykonanych dostaw w walutach obcych, Zamawiający dokona przeliczenia wykazanej kwoty według średniego kursu NBP ogłoszonego ostatniego dnia roku, w którym dostawy wykonano, a w przypadku dostaw wykonanych w roku 2011 według średniego kursu NBP ogłoszonego dnia poprzedzającego dzień w którym upływa termin składania ofert. W związku z powyższym wartości wykonanych dostaw określone w walutach obcych należy wyszczególnić oddzielnie dla każdego roku kalendarzowego.

Izba ustaliła, że Zamawiający uwzględnił odwołanie, uwzględnił żądania zawarte w pkt 1, 2 i 5 odwołania, a dotyczące uwzględnienia odwołania, unieważnienia aukcji elektronicznej, nakazanie dokonania ponownego badania i oceny oferty Sevitel, ewentualnie wezwania do uzupełnienia oferty, a w przypadku nieprawidłowego uzupełnienia oferty wykluczenia wykonawcy z postępowania i/lub odrzucenia jego oferty. Ponadto Izba ustaliła, że Zamawiający nie odrzucił oferty Centrum Serwisu Telekomunikacji i Telemetrii Sevitel Sp.

z o.o., ul. Leopolda 31, 40-189 Katowice na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy jako niezgodnej z SIWZ.

Pismem z 17 listopada 2011 r., Zamawiający wezwał Odwołującego:

- 1) do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty zakresie wymaganego stopnia ochrony obudowy o wymaganym min. parametrze IP65,
- 2) do uzupełnienia złożonej oferty w zakresie dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie dostaw, ujętych w poz. 1 wykazu na str. 29 oferty. Załączone do oferty referencje (str. 31-34) informują, że dostarczone lampy były stosowane w podziemnych zakładach górniczych grupy I na terenie Turcji. Z referencji nie wynika natomiast, że dostawy lamp najemnych na rzecz LABRIS MADENCILIK ve SANAYI LTD. STI zostały wykonane w sposób należyty,
- 3) do uzupełnienia złożonej oferty w zakresie wykazu dostaw ujętych w poz. 2 (str. 29 oferty w rozbiciu na poszczególne lata. Z wykazu wykonanych dostaw, załączonego do oferty, Zamawiający nie może wnioskować jaka wartość sprzedanych lamp przypada na okres ostatnich trzech lat przed dniem składania ofert, t.j. okres od 10 października 2008 r. do 9 października 2011 r.

Ponadto pismem z 23 listopada 2011 r., Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia złożonej oferty w zakresie oświadczenia złożonego przez S.C. ELECTROMAX SRL o udostępnieniu wykonawcy zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia złożonego w celu potwierdzenia spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia. W załączonym do oferty na str. 42-43 oświadczeniu S.C. ELECTROMAX SRL zobowiązuje się do dzielenia się wiedzą i doświadczeniem do dnia 31 marca 2013 r., co nie obejmuje okresu realizacji całej umowy w przypadku gdy zamówienie zostanie złożone w okresie 18 marca 2013 r. – 31 marca 2013 r., a termin realizacji wyniesie 14 dni.

Wykonawca Centrum Serwisu Telekomunikacji i Telemetrii Sevitel Sp. z o.o., ul. Leopolda 31, 40-189 Katowice udzielił Zamawiającemu odpowiedzi w pismach z dnia 23 i 24 listopada 2011 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 listopada 2011 r.).

Zatem Zamawiający uwzględniając odwołanie w zakresie spełnienia postawionego warunku udziału z jednej strony oświadczył iż wykona żądanie zawarte w pkt 5 odwołania (wezwanie do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy) z drugiej zaś strony nie odniósł się chociażby do zarzutów i żądań w zakresie wyszczególnienia dostaw dla każdego roku kalendarzowego w przypadku dostaw zawartych w poz. 1 wykazu jak również nie wzywał o wyjaśnienia czy też uzupełnienia wykazu w zakresie dostaw zawartych w poz. 5 i 6 ww. wykazu.

Zatem Izba uznała, że Zamawiający uwzględniając zarzuty w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu powinien w tym zakresie unieważnić czynność

zaproszenia do udziału w aukcji oraz powtórzyć czynność badania i oceny ofert i wystąpić do wykonawcy Centrum Serwisu Telekomunikacji i Telemetrii Sevitel Sp. z o.o., ul. Leopolda 31, 40-189 Katowice o uzupełnienie wykazu dostaw zawartych w poz. 1 (zgodnie z wymaganiami SIWZ) w rozbiciu na poszczególne lata. Ponadto Zamawiający powinien również wezwać wykonawcę o wyjaśnienia na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp czy dostawy zawarte w pkt 5 i 6 wykazu odpowiadają przedmiotowi zamówienia i jaka jest ich wartość, a w przypadku niewykazania przez wykonawcę spełnienia warunku udziału zastosowanie procedury z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Co do zarzutu dotyczącego referencji załączonych na str. 31-34, oświadczenia o korzystaniu z potencjału trzeciego, wykazu dostaw ujętych poz. 2 zdaniem Izby zarzuty w tym zakresie zostały uznane, z uwagi na oświadczenie Zamawiającego oraz fakt wezwania wykonawcy o uzupełnienie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu, iż oferta wykonawcy Centrum Serwisu Telekomunikacji i Telemetrii Sevitel Sp. z o.o., ul. Leopolda 31, 40-189 Katowice nie odpowiada treści SIWZ, t.j. powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, Izba uznała że powyższy zarzut nie potwierdził się.

Izba ustaliła, że Zamawiający wymagał zgodnie z pkt C „Dokumenty wymagane w celu potwierdzenia spełnienia przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego – do złożenia wraz z ofertą m. in. certyfikat badania typu WE wydany przez notyfikowaną jednostkę certyfikującą, potwierdzający że lampa nahełmna spełnia wymagania grupy I kategorii M1, zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Gospodarki z dnia 22 grudnia 2005 r. (Dz. U. Nr 263, poz. 2203) w sprawie zasadniczych wymagań dla urządzeń i systemów ochronnych przeznaczonych do użytku w przestrzeniach zagrożonych wybuchem.

Wykonawca Centrum Serwisu Telekomunikacji i Telemetrii Sevitel Sp. z o.o., ul. Leopolda 31, 40-189 Katowice w załączniku nr 2a do SIWZ w ppkt 7 oświadczył, iż stopień ochrony obudowy IP wynosi 65 – zgodnie z PN-EN 60529:2003.

W załączonym do oferty certyfikacie badania typu WE wskazano standardowy stopień ochrony IP 54.

Izba dała wiarę wyjaśnieniom Zamawiającego, że wymagany przez Zamawiającego certyfikat miał być złożony na potwierdzenie że lampa nahełmna spełnia wymagania grupy I kategorii M1, zaś stopień ochrony obudowy miał zostać potwierdzony złożonym oświadczeniem (załącznik nr 2a do SIWZ), zatem wystarczającym było złożenie oświadczenia w tym zakresie. Zatem działanie Zamawiającego zmierzające do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp byłoby zbyt daleko idące.

Zatem w świetle stwierdzenia, że wystarczającym było złożenie oświadczenia co do stopnia ochrony obudowy Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako niezgodnej z SIWZ.

Konkludując, Izba stwierdziła, że wobec potwierdzenia się zarzutu dotyczącego naruszenia art. 7, 26 ust. 3 i 4, 91b ust. 1 ustawy Pzp ma istotny wpływ na wynik postępowania i działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), w tym także co do uzasadnionych kosztów Odwołującego w zakresie wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów związanych z dojazdem na wyznaczoną rozprawę na podstawie § 3 pkt 2 a) i b) niniejszego rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....