

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 17 września 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś**

**Protokolant: Radosław Cwyl**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 17 września 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 września 2012 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Przedsiębiorstwo Kompletacji i Montażu Systemów Automatyki „CARBOAUTOMATYKA” Spółka Akcyjna, 43-100 Tychy, ul. Budowlanych 168; 2. J..... P....., 44-282 Łuków Śląski, ul. Jana 11; 3. C..... C....., 44-352 Czyżowice, ul. Wiejska 32a - Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „UNISTER” Spółka cywilna, w postępowaniu prowadzonym przez Kompanię Węglową Spółka Akcyjna, 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30,**

**postanawia:**

- 1) umarza postępowanie odwoławcze;
- 2) koszty postępowania odwoławczego wzajemnie znosi;
- 3) nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Przedsiębiorstwo Kompletacji i Montażu Systemów Automatyki „CARBOAUTOMATYKA” Spółka Akcyjna, 43-100 Tychy, ul. Budowlanych 168; 2. J..... P....., 44-282 Łuków Śląski, ul. Jana 11; 3. C..... C....., 44-352 Czyżowice, ul. Wiejska 32a - Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „UNISTER” Spółka cywilna, kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) tytułem uiszczanego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.), na niniejsze postanowienie - 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 Spółka Akcyjna w Katowicach - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego, którego przedmiotem jest zawarcie umowy ramowej na realizację usługi pod nazwą „Modernizacja wraz z remontem ognioszczelnych stacji transformatorowych dla kopalń Kompanii Węglowej S.A. w latach 2012-2013”.

Wartość zamówienia wynosi, co najmniej 400 000 euro. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15.03.2012 r., nr 2012/S - 085336.

Zamawiający zawiadomił wykonawców w dniu 24 sierpnia 2012 r. (pismo z dnia 23 sierpnia 2012 r.) o wyborze trzech ofert złożonych w postępowaniu przez: I. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Przedsiębiorstwo Komplektacji i Montażu Systemów Automatyki „CARBOAUTOMATYKA” Spółka Akcyjna w Tychach; 2. J..... P....., Łuków Śląski; 3. C..... C....., Czyżowice - Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „UNISTER” Spółka cywilna, zwanych dalej „odwołującym”; II. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. „POMAR” B....., C..... Spółka Jawna, Zabrze; 2. „Hamacher Elektrotechnika i Rozdzielnice” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Tychy, zwanych dalej „konsorcjum POMAR” lub „wykonawca”; III. P.P.U.H. MARTECH-PLUS M..... M..... Spółka Jawna, Ruda Śląska.

Odwołujący wniósł w dniu 3 września 2012 r., na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „Pzp” oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, odwołanie od następujących czynności i zaniechania zamawiającego: 1) zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum POMAR; 2) zaniechania wykluczenia z postępowania konsorcjum POMAR, pomimo że usługi oferowane przez tego wykonawcę nie potwierdzały wymagań określonych przez zamawiającego; 3) zaniechania wezwania konsorcjum POMAR do złożenia wyjaśnień treści oferty w zakresie zadań, jakie zamierza powierzyć podwykonawcom; 4) wybór oferty konsorcjum POMAR.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów Pzp jego błędną wykładnię i zastosowanie: 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7, polegające na braku odrzucenia oferty konsorcjum POMAR, jako niezgodnej z treścią SIWZ, na skutek błędnego przyjęcia, że oferta ta spełnia wymagania postawione w SIWZ; 2) art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7, polegające na braku odrzucenia oferty konsorcjum POMAR, pomimo że oferta stanowi

czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji; 3) art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 7, polegające na braku odrzucenia oferty konsorcjum POMAR, pomimo że oferta była niezgodna z ustawą; 4) art. 22, art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 25 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7, polegające na braku wykluczenia z postępowania konsorcjum POMAR, pomimo że oferowane przez wykonawcę usługi nie potwierdzają spełniania wymagań określonych przez zamawiającego; 5) art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7, polegające na braku wezwania konsorcjum POMAR do złożenia wyjaśnień w zakresie zadań, jakie zamierza powierzyć podwykonawcom; 6) art. 91 w zw. z art. 7, polegające na wyborze oferty konsorcjum POMAR, na skutek błędnego przyjęcia, że oferta spełnia wymagania postawione w SIWZ.

Wniosek (żądanie) co do rozstrzygnięcia odwołania. Odwołujący wniósł o: 1) uwzględnienie odwołania w całości; 2) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru ofert najkorzystniejszych i przeprowadzenia ponownej oceny oraz badania ofert; 3) nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty konsorcjum POMAR; 4) obciążenie zamawiającego kosztami postępowania, w tym kosztami zastępstwa procesowego i kosztami opłaty skarbowej od pełnomocnictwa; 5) przeprowadzenie dowodów wskazanych w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący podał w uzasadnieniu, że posiada interes we wniesieniu odwołania, ponieważ w przypadku jego uwzględnienia nastąpi odrzucenie oferty konsorcjum POMAR, co z kolei zwiększy możliwość uzyskania przez odwołującego późniejszych zamówień realizacyjnych (umowa ramowa zostanie wówczas zawarta z dwoma, a nie z trzema wykonawcami). Niezależnie od powyższego, odwołujący zauważył, że jego interes w stawianiu zarzutów polega na tym, że postępowanie powinno być prowadzone zgodnie z przepisami Pzp. Uznał, że w przedmiotowym przypadku doszło do naruszenia podstawowych przepisów Pzp.

I. Zarzut braku odrzucenia oferty konsorcjum POMAR, pomimo jej merytorycznej niezgodności z treścią SIWZ. Na wstępie odwołujący podniósł, że oferta wykonawcy jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej „SIWZ”, z następujących przyczyn. Zamawiający zastrzegł w SIWZ, że przedmiotem zamówienia jest, m.in. usługa w postaci, m.in. remontu obudowy ognioszczelnych stacji transformatorowych. Do zadań wykonawców należał więc, m.in. odbiór istniejących stacji transformatorowych, ich remont, a następnie dostawa wyremontowanego urządzenia (pkt IV i VIII SIWZ załącznika nr 1 do SIWZ - str. 11 i 15 SIWZ). Odwołujący wskazał, że kwestią wtórną, pozostającą bez znaczenia dla rozstrzygnięcia postępowania, jest odpowiedź na pytanie, dlaczego zamawiający dopuścił wyłącznie możliwość remontu obudowy starych stacji transformatorowych, a nie możliwość remontu lub dostawy innej obudowy. Konsorcjum POMAR złożyło wraz z ofertą dokumentację techniczno-ruchową, z której wynika, że stacje transformatorowe po modernizacji będą posiadały obudowę o innej konstrukcji niż obudowa

stacji typu IT3Sb, IT3Sc, IT3Sd. Oznacza to, że wykonawca nie zamierza wyremontować starej obudowy, a jedynie dostarczyć inną. Powoduje to merytoryczną niezgodność treści oferty z SIWZ, ponieważ konsorcjum POMAR złożyło zamawiającemu ofertę na wykonanie dostawy obudowy, a nie usługi jej remontu. Odwołujący zauważył, że wyjaśnienia wykonawcy z dnia 08.06.2012 r.: „Potwierdzamy, że zgodnie z treścią SIWZ przedmiotem naszej oferty jest modernizacja wraz z remontem ognioszczelnych stacji transformatorowych...”, nie powinny zostać uznane przez zamawiającego za wystarczające. Niezgodność oferty wykonawcy z treścią SIWZ polega również na zaoferowaniu zamawiającemu modernizacji stacji transformatorowej obejmującej zabudowę odłącznika, a nie rozłącznika z uziemnikiem. W załączniku nr 1 do SIWZ (opis przedmiotu zamówienia), w rozdziale IV „Zakres zamówienia”, w punkcie 1b), zamawiający postawił wymóg, by zakres modernizacji stacji transformatorowej obejmował zabudowę rozłącznika 6kV z uziemnikiem lub zabudowę stycznika i rozłącznika z uziemnikiem oraz zabudowę zabezpieczeń elektrycznych strony pierwotnej transformatora. W dokumentacji techniczno-ruchowej Tb-11004 pt. „Stacja transformatorowa HA-EVS...”, złożonej przez konsorcjum POMAR (strona 205 oferty), podano, że: „Stacja transformatorowa składa się (...) na stronie pierwotnej skrzynki przyłączeniowej i wyłącznika z odłącznikiem z uziemnikiem lub opcjonalnie wbudowanym (w zależności od potrzeb) do wyboru stycznikiem próżniowym lub wyłącznikiem mocy lub stycznikiem z uziemnikiem...”. Oznacza to, że modernizacja dokonana przez konsorcjum POMAR będzie obejmować zabudowę odłącznika, a nie rozłącznika, jak wymagał tego zamawiający. Ponadto, treść dokumentacji techniczno-ruchowej Tb-11004 pt. „Stacja transformatorowa HA-EVS...” (dalej: str. 207 oferty) wskazuje, że wykonawca proponuje alternatywne urządzenia, które nie posiadają funkcji kontroli ciągłości uziemienia, ani nie umożliwiają zdalnego sterowania. Zamawiający, w załączniku 1 do SIWZ (opis przedmiotu zamówienia), w rozdziale V „Wykaz istotnych dla zamawiającego wymagań i parametrów techniczno-użytkowych przedmiotu zamówienia”, w punkcie 3 „Wymagania techniczne”, i w punkcie 4 określił, że: „Stację należy wyposażyć w: (...) cyfrowe zabezpieczenie nadprądowe o szerokim zakresie nastaw, z samokontrolą, posiadające człon zwarciovowy, przeciążeniowy, asymetrii obciążenia, z funkcją kontroli ciągłości uziemienia i przekaźnika sterującego z możliwością sterowania lokalnego i zdalnego, umożliwiające jego wymianę bez demontażu obwodów siłowych oraz wizualizację parametrów pracy na powierzchni”.

II. Zarzut braku odrzucenia oferty konsorcjum POMAR, pomimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący podniósł, że oferta wykonawcy stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, gdyż zaoferował on, że bezpłatnie wykona usługę zastąpienia mechanizmów otwierania komór DN i GN za pomocą śruby pociągowej innym rozwiązaniem

np. zębatką z zębikiem. Odwołujący wskazał, że w orzecznictwie KIO ukształtował się pogląd, iż do uznania złożenia danej oferty za czyn nieuczciwej konkurencji konieczne jest wykazanie, że sprzedaż dokonywana jest poniżej kosztów własnych, a nadto, że działanie zostało podjęte w celu eliminacji innych wykonawców (wyrok KIO z dnia 09.06.2009 r., sygn. akt KIO/UZP 672/09). W ocenie odwołującego, obie te przesłanki zostały spełnione, gdyż nie ulega wątpliwości, że wykonanie usługi zastąpienia mechanizmów wymaga stosownych nakładów finansowych (m.in. robocizna i koszty zakupu materiałów), co znajduje odzwierciedlenie w ofercie odwołującego oraz w ofercie innego wybranego wykonawcy – M..... M....., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą P.P.U.H. MARTECH-PLUS M..... M..... Każdy z tych wykonawców, dokonał stosownej wyceny przedmiotowej usługi. Dlatego oferowanie bezpłatnego jej wykonania w warunkach umowy ramowej (gdzie nie istnieje możliwość przerzucenia ciężaru ekonomicznego tego świadczenia na inne pozycje kosztorysowe), musi prowadzić do wniosku, że zostanie ona wykonana poniżej kosztów własnych. Druga z wymienionych przesłanek została także spełniona, ponieważ konsorcjum POMAR nie może na etapie negocjacji zwiększyć oczekiwanego wynagrodzenia. Wskazane ograniczenie wynika z przepisu art. 101 ust. 3 Pzp, który stanowi, że: „oferta składana w wyniku zaproszenia, o którym mowa w ust. 1 pkt 2, nie może być mniej korzystna od oferty złożonej w postępowaniu prowadzonym w celu zawarcia umowy ramowej”. Tym samym, odwołujący uznał, że dwaj pozostali wykonawcy (odwołujący i MARTECH-PLUS) zostali wyeliminowani z możliwości realizacji tej konkretnej części zamówienia.

III. Zarzut braku odrzucenia oferty konsorcjum POMAR, pomimo że była ona niezgodna z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa. Zdaniem odwołującego, oferta jest niezgodna z ustawą, gdyż wykonawca zaoferował, że bezpłatnie wykona usługę zastąpienia mechanizmów otwierania komór DN i GN za pomocą śruby pociągowej innym rozwiązaniem np. zębatką z zębikiem. Odwołujący zaprezentował stanowisko, że oferta z ceną „0” jest sprzeczna z ustawą, ponieważ Pzp ma zastosowanie do udzielenia zamówień odpłatnych (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 25.04.2007 r., sygn. akt UZP/ZO/0-467/07, Lex Polnica nr 1998681).

IV. Zarzut braku wykluczenia z postępowania konsorcjum POMAR z uwagi na fakt, że oferowane stacje transformatorowe nie spełniały wymagań określonych przez zamawiającego. Odwołujący zauważył, pomijając merytoryczną niezgodność oferty z SIWZ, że oferowane przez wykonawcę stacje transformatorowe nie posiadają wymaganych przez zamawiającego dopuszczeń Wyższego Urzędu Górniczego oraz certyfikatu badania WE (wymóg wynika z załącznika nr 1 do SIWZ - opis przedmiotu zamówienia, rozdział VI pkt 1 lit.a i c). Na szczególną uwagę, w ocenie odwołującego, zasługuje fakt, że zamawiający zawarł w załączniku nr 1 do SIWZ (opis przedmiotu zamówienia), w rozdziale V pkt 2, wymóg wykonania stacji transformatorowych zgodnie z przywołanymi niżej przepisami. Wykonawca załączył dopuszczenia Wyższego Urzędu

Górniczego oraz certyfikaty badania WE nr IBExU05ATEX1033 (str. 115-117, 137-139 oraz 159-161), lecz obejmują one stacje transformatorowe HA-EVS/K..., które nie posiadają obwodów iskrobezpiecznych (załącznik nr 1 do SIWZ - opis przedmiotu zamówienia, rozdział IV, pkt 1, lit.c). Konkluzję taką odwołujący wywiódł z certyfikatu badania WE nr IBExU05ATEX1033, w którym cecha dopuszczenia stacji (Ex) jednoznacznie wskazuje na brak obwodów iskrobezpiecznych stacji. W wyjaśnieniach z dnia 22.06.2012 r. wykonawca stwierdził, że powyższą nieprawidłowość zamierza usunąć w wyniku „doprowadzenia do zgodności obudów GN i DN oferowanej stacji z obudową wyłącznika HA-dk8..., który to takie zewnętrzne obwody iskrobezpieczne posiada”. Zatem, konsorcjum POMAR utworzy z dwóch urządzeń (stacja transformatorowa HA- EVS/K... i wyłącznik HA-dk8...) jedno urządzenie, które do momentu złożenia oferty (ani do momentu wyboru ofert najkorzystniejszych), nie posiadało ani wymaganego prawem dopuszczenia Wyższego Urzędu Górniczego, ani certyfikatu badania WE. Dopuszczenia WUG i certyfikat badania WE nr IBExU05ATEX1033 będą dotyczyć wyłącznie niezmodyfikowanej stacji transformatorowej HA-EVS/K... (bez wymaganych obwodów iskrobezpiecznych). Odwołujący stwierdził, że z punktu widzenia technologicznego takie połączenie być może jest możliwe, aczkolwiek wiąże się ze zmianą wyposażenia wyrobu, które służy do zwalczania zagrożeń naturalnych oraz przeciwpożarowych (instalacja obwodów iskrobezpiecznych w stacji transformatorowej HA-EVS/K...). To z kolei powoduje powstanie obowiązku uzyskania nowego dopuszczenia WUG. Stosownie do § 8 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30.04.2004 r. w sprawie dopuszczania wyrobów do stosowania w zakładach górniczych (Dz. U. z 2005 r., Nr 99, poz. 1003, z późn. zm.): „Zmiany, o których mowa w ust. 1 pkt 6 nie mogą dotyczyć: (...) wyposażenia wyrobu, które służy do zwalczania zagrożeń naturalnych oraz zagrożenia pożarowego”. O tym stanowi również wymóg zawarty w pkt 7 dopuszczenia WUG (np. str. 116 oferty). Odwołujący zaznaczył, że w myśl przepisów ustawy Prawo geologiczne i górnicze, a ściślej art. 113 ust. 3 tej ustawy, podstawą do wydania decyzji administracyjnej o dopuszczeniu jest, m.in. certyfikat badania WE. Zatem, wykonawca był zobowiązany nie tylko do uzyskania dopuszczenia Wyższego Urzędu Górniczego, lecz także do uzyskania stosownego certyfikatu badania WE dla nowopowstałego urządzenia (zestawienie stacji transformatorowej z wyłącznikiem). Obowiązek taki statuuje również § 51 ust. 1 pkt 1 i 2a rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 22.12.2005 r. w sprawie zasadniczych wymagań dla urządzeń i systemów ochronnych przeznaczonych do użytku w przestrzeniach zagrożonych wybuchem (Dz. U. Nr 263, poz. 2203). Odwołujący wskazał, że w tym kontekście na szczególną uwagę zasługuje fakt wielokrotnego potwierdzania przez Krajową Izbę Odwoławczą iż: „dopuszczenie do oceny oferty złożonej na produkt, który nie uzyskał dopuszczenia do obrotu, stanowiłoby o naruszeniu uczciwej konkurencji w postępowaniu” (wyrok KIO z dnia 18.01.2012 r., sygn. akt KIO 41/12). Odwołujący podkreślił, że zamawiający wezwał konsorcjum POMAR do uzupełnienia powyższych dokumentów w trybie

art. 26 ust. 3 Pzp, jednak wykonawca nie przedłożył oczekiwanych przez zamawiającego dokumentów. Stąd, wskazał, że żądanie wykluczenia wykonawcy z postępowania jest w pełni uzasadnione w zaistniałym stanie faktycznym i prawnym (brak możliwości dwukrotnego wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp).

V. Zarzut braku wezwania konsorcjum POMAR do złożenia wyjaśnień w zakresie zadań, jakie zamierza powierzyć podwykonawcom. Odwołujący wskazał, że zamawiający nie podjął jakichkolwiek działań w celu ustalenia, jakie zadania wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom, choć w zaistniałej sytuacji winien wezwać do złożenia wyjaśnień, na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp. W SIWZ, w rozdziale VIII, zamawiający zastrzegł, że nie dopuszcza możliwości powierzenia realizacji części zamówienia podwykonawcom w zakresie remontu obudowy ognioszczelnej stacji transformatorowej. Do wykonania takiego remontu konieczne jest natomiast posiadanie przymiotu producenta, bądź dysponowanie określoną dokumentacją techniczną (na podstawie tytułu prawnego - np. licencji). Dokumenty przedłożone przez wykonawcę (dokumentacja techniczno-ruchowa/instrukcja użytkowania) nie potwierdzają, że jest on albo producentem, albo posiada prawo do korzystania z dokumentacji technicznej. Wyjaśniając tę kwestię w piśmie z dnia 08.06.2012 r. wykonawca podkreślił, że jest prawnym producentem. Odwołujący uznał, że zarówno w języku prawnym, jak i w języku prawniczym nie funkcjonuje sformułowanie „prawny producent”, zatem, zamawiający powinien wezwać konsorcjum POMAR do sprecyzowania, czy jest producentem danego urządzenia, lub czy posiada prawo do dokumentacji technicznej. Miało to istotne znaczenie z perspektywy dopuszczalności podwykonawstwa. Według ugruntowanego poglądu zarówno doktryny, jak i orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej (a wcześniej Zespołów Arbitrów) w razie jakichkolwiek obiekcji, co do treści złożonej oferty, zamawiający winien w pierwszym rzędzie żądać złożenia wyjaśnień przez wykonawcę, zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp (zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 30.11.2011 r., sygn. akt KIO 2505/11, jest to raczej jego obowiązek, a nie uprawnienie). Zaniechania zamawiającego w zakresie skorzystania z przyznaných mu przepisami prawa możliwości dokonania wszystkich działań zmierzających do wyboru najkorzystniejszej oferty, nie powinny podlegać ochronie, a jednocześnie są nie do pogodzenia z art. 87 ust. 1 Pzp, a także z nadrzędnym celem ustawy, jakim jest racjonalne gospodarowanie środkami publicznymi, przez udzielenie zamówienia podmiotom oferującym najkorzystniejsze ceny (wyroki KIO: z dnia 17.12.2007 r., sygn. akt KIO/UZP/1404/07; z dnia 05.11.2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1443/09; z dnia 02.11.2009 r., KIO/UZP 1327/09; S. Babiarz, Prawo zamówień publicznych-Komentarz, Warszawa 2010, str. 412).

VI. Zarzut wyboru oferty wykonawcy, mimo że jej treść nie odpowiadała treści SIWZ. Zamawiający, prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, winien udzielić zamówienia wykonawcy zdolnemu do realizacji tegoż zamówienia, a nadto wykonawcy, którego oferta odpowiada treści SIWZ. Weryfikacja oferty oraz zdolności



wykonawcy jest dokonywana na podstawie przedłożonych przez wykonawcę wraz z ofertą dokumentów żądanych przez zamawiającego w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu i przez niego szczegółowo określonych (wyrok KIO z dnia 29.08.2011 r., sygn. akt KIO 1771/11). Jeśli zamawiający dokonuje wyboru oferty korzystniejszej, nie mając pewności, że oferta odpowiada treści SIWZ, a sam wykonawca nie podlega wykluczeniu, narusza zasadę równego traktowania wykonawców i zasadę uczciwej konkurencji (np. KIO w wyroku z dnia 18.04.2011 r., sygn. akt KIO 733/11). W przedmiotowym postępowaniu, zamawiający dokonał wyboru oferty, złożonej przez konsorcjum POMAR, które nie jest w stanie prawidłowo zrealizować zamówienia. Bez znaczenia jest, czy brak wykluczenia tego wykonawcy był efektem niedopatrzenia, czy brakiem pewności zamawiającego, bo w każdej z tych sytuacji, zamawiający dopuszcza się naruszenia art. 91 w zw. z art. 7 Pzp. W świetle zaistniałych okoliczności, odwołujący wnioś jak na wstępie.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, wniesionej w dniu 13 września 2012 r., odnosząc się do zarzutów w kolejności przedstawionej w odwołaniu, podał, co następuje.

I. Zarzut braku odrzucenia oferty konsorcjum POMAR pomimo jej merytorycznej niezgodności z treścią SIWZ, ponieważ zdaniem odwołującego:

1.Konsorcjum POMAR nie zamierza remontować starej obudowy stacji transformatorowej przekazanej przez zamawiającego lecz proponuje inną obudowę, co nie jest usługą remontową;

2.Konsorcjum POMAR proponuje wyposażenie zmodernizowanych i wyremontowanych stacji transformatorowych w wyłącznik z odłącznikiem i uzemnikiem, podczas, gdy zamawiający żądał, aby stacja transformatorowa po modernizacji była wyposażona w wyłącznik z rozłącznikiem i uzemnikiem;

3.Zmodernizowane i wyremontowane przez konsorcjum POMAR stacje transformatorowe nie będą realizowały funkcji kontroli ciągłości uziemienia i zdalnego sterowania.

II. Zarzut braku odrzucenia oferty konsorcjum POMAR, pomimo że stanowi czyn nieuczciwej w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

III. Zarzut braku odrzucenia oferty konsorcjum POMAR, pomimo że była niezgodna z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa.

IV. Zarzut braku wykluczenia z postępowania konsorcjum POMAR z uwagi na fakt, że oferowane przez wykonawcę stacje transformatorowe nie spełniały wymagań określonych przez zamawiającego.

V. Zarzut braku wezwania konsorcjum POMAR do złożenia wyjaśnień w zakresie dotyczącym zadań, jakie zamierza powierzyć podwykonawcom.

VI. Zarzut wyboru oferty konsorcjum POMAR, pomimo że nie odpowiadała ona treści

SIWZ.

Na podstawie art. 186 ust. 1 Pzp, zamawiający uznał odwołanie w zakresie zarzutów ujętych w pkt I.1, I.2 i oświadczył, że dokona ponownego badania i oceny oferty w trybie określonym Pzp. Jednocześnie zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w zakresie zarzutów ujętych w pkt I.3, II, III, IV, V i VI.

W uzasadnieniu stanowiska zamawiający podał.

I.1. Zamawiający uznał w tym zakresie odwołanie. Z treści SIWZ zawartej w Załączniku nr 1 pkt IV i VIII wynika, że w zakres zamówienia wchodzi m.in. remont obudowy stacji transformatorowej. Z zawartej w ofercie konsorcjum POMAR Dokumentacji Techniczno-Ruchowej Tb-11004 (str. 185-289) wynika, że stacja transformatorowa po modernizacji będzie posiadała obudowę o innej konstrukcji niż obudowa stacji IT3Sb, IT3Sc, IT3Sd, które zamawiający zamierza poddać modernizacji wraz z niezbędnym remontem. Uznał, że tym samym, oferta jest ofertą wariantową, co zgodnie z SIWZ pkt VI jest niedopuszczalne.

I.2. Zamawiający uznał w tym zakresie odwołanie. Zgodnie z treścią SIWZ zawartą w Załączniku nr 1 pkt IV ppkt 1b, zakres modernizacji komory GN stacji transformatorowej powinien obejmować zabudowę rozłącznika 6 kV z uziemnikiem lub zabudowę stycznika i rozłącznika z uziemnikiem. Z zawartej w ofercie konsorcjum POMAR Dokumentacji Techniczno-Ruchowej Tb-11004 (str. 185-289) wynika, że stacja transformatorowa po modernizacji będzie wyposażona po stronie GN wyłącznik z odłącznikiem i uziemnikiem lub opcjonalnie stycznikiem z uziemnikiem. O ile zamawiający mógłby uznać, że zastosowanie stycznika z uziemnikiem stanowi rozwiązanie równoważne do rozłącznika z uziemnikiem (posiada nie najgorsze parametry), to jednak nie można uznać rozwiązania oferowanego przez uczestnika postępowania odwoławczego obejmującego stycznik z odłącznikiem i uziemnikiem, za spełniające wymagania zawarte w SIWZ. Stanowisko w tej sprawie zamawiający wyjaśnił w odpowiedzi na zapytanie dotyczące treści SIWZ (pismo DE/EZP/DW/348/2012 z dnia 05.04.2012 r. - odpowiedź na pytanie 8).

I.3. Zamawiający wniósł o oddalenie zarzutu. Z zawartej w ofercie konsorcjum POMAR Dokumentacji Techniczno-Ruchowej Tb-11004 (str. 185-289) wynika w sposób jednoznaczny, że stacja transformatorowa po modernizacji będzie umożliwiała realizację funkcji określonych w SIWZ Załącznik nr 1 pkt VI ppkt 3.4, tj.: - kontrola ciągłości uziemienia poprzez moduł HA-SL3 - szczegółowy opis działania modułu jest zawarty w pkt 9.4. Dokumentacji Techniczno-Ruchowej Tb-11004 (str. 239-243 oferty), z którego w sposób jednoznaczny wynika, że cyt.: „Moduł HA-SL3 służy do kontroli ciągłości przewodu ochronnego w nieuziemionych sieciach”; - zdalne sterowanie za pomocą modułów HA-KG5 i HA-KG 3.11 - szczegółowy opis działania modułów jest zawarty w pkt 10.1. i 10.2. Dokumentacji Techniczno-Ruchowej Tb-11004 (str. 259-275 oferty), z których w sposób jednoznaczny wynika, że cyt.: „Człon sprzęgający typu HA-KG-5 służy do galwanicznej

*separacji iskrobezpiecznych i nieiskrobezpiecznych obwodów prądu. Ponadto służy do realizacji funkcji sterowniczych”. „Zabezpieczający człon sprzęgający (HA-KG 3.11) służy do transmisji komendy łączeniowej z iskrobezpiecznego jednego obwodu sterującego do nie iskrobezpiecznych obwodów sterujących i z powrotem. Jest wykorzystywany do współpracy z metanometrią automatyczną”.*

II. Zamawiający wniósł o oddalenie zarzutu. Zdaniem zamawiającego, odwołujący niesłusznie stwierdza, że cyt.: „Konsorcjum POMAR zaoferowało, że bezpłatnie wykona usługę zastąpienia mechanizmów otwierania komór DN i GN za pomocą śruby pociągowej innym rozwiązaniem, np. zębatką z zębikiem”. Oferowany przez konsorcjum POMAR sposób otwierania komór DN i GN nie wymaga zastosowania dodatkowych elementów. Komory DN i GN w zmodernizowanych stacjach mocowane są za pomocą połączeń śrubowych z wykorzystaniem istniejących w tych komorach otworów (otwieranie komór polega na odkręceniu śrub mocujących). Ponieważ zmiana mechanizmów otwierania komór DN i GN nigdy nie jest wykonywana, jako odrębna usługa, lecz zawsze w powiązaniu z remontem i modernizacją obudowy stacji, w tym również komór DN i GN, a w rozwiązaniu proponowanym przez konsorcjum POMAR nie wymaga dodatkowych nakładów, tzn. nie ujętych w pozycjach 1-4 cenników zawartych w formularzu ofertowym, ofertę wykonawcy należy uznać za zgodną z SIWZ.

III. Zamawiający wniósł o oddalenie zarzutu. Zdaniem zamawiającego, odwołujący niesłusznie stwierdził, że cyt.: „...konsorcjum zaoferowało, że bezpłatnie wykona usługę zastąpienia mechanizmów otwierania komór DN i GN...”. Jak wykazano w pkt II pisma zmiana mechanizmów otwierania komór DN i GN nigdy nie jest wykonywana, jako odrębna, tj. niezależnie zamawiana, pojedyncza usługa. Każde zamówienie na wykonanie modernizacji wraz z remontem stacji transformatorowej będzie zamówieniem w pełni odpłatnym, a ostateczna (uzyskana w wyniku aukcji elektronicznej) cena ryczałtowa za wykonanie zamówienia, będzie obejmowała cały zakres rzeczowy wynikający z oceny stanu technicznego stacji, dokonanej przez niezależnego eksperta, każdorazowo przed udzieleniem zamówienia wykonawczego.

IV. Zamawiający wniósł o oddalenie zarzutu. Na etapie badania oferty, zamawiający zwrócił się pisemnie do konsorcjum POMAR o wyjaśnienie rozbieżności w oznaczeniu cechy budowy przeciwwybuchowej stacji (I M2 EEx dl) określonej w certyfikacie badania typu WE IBExU05ATEX1033 wydanym przez jednostkę notyfikowaną i w deklaracji zgodności (I M2 Ex d[ia/ib]). Niezgodność polegała na tym, że jednostka notyfikowana nie oceniła stacji transformatorowej w zakresie posiadania obwodów iskrobezpiecznych (symbol na certyfikacie [ia/ib]). Po analizie złożonych przez konsorcjum POMAR wyjaśnień, zamawiający uznał, że oferta w tym zakresie spełnia wymagania zawarte w SIWZ ponieważ: - zawarta w ofercie konsorcjum POMAR Dokumentacja Techniczno-Ruchowa Tb-11004 (str. 277 i 279) zawiera rysunek z którego wynika, że stacja kompaktowa może być zintegrowana ze stacją

transformatorową, - zawarte w ofercie konsorcjum POMAR decyzje Prezesa WUG dopuszczające do stosowania stacje transformatorowe (str. 115-117, 137-139, 161-163) przywołują Dokumentację Techniczno-Ruchową Tb-11004 zgodnie, z którą stacje mogą być eksploatowane, - stacja kompaktowa HA-dk 8...., która zgodnie z wyjaśnieniami konsorcjum POMAR będzie częścią stacji transformatorowej i z której są wyprowadzane zewnętrzne obwody iskrobezpieczne posiada certyfikat badania typu WE IBExU03ATEX1092 wydany przez jednostkę notyfikowaną, z którego wynika, że obwody iskrobezpieczne były ocenione i spełniają wymagania dyrektywy ATEX (tłumaczenie certyfikatu na str. 179-180 oferty).

V. Zamawiający uwzględnił zarzut. Zgodnie z treścią SIWZ zawartą w pkt VIII zamawiający nie dopuszczał podwykonawstwa w zakresie remontu obudowy ognioszczelnej. Remont obudowy powinien wykonać podmiot biorący udział w postępowaniu, tj. POMAR Sp. J. lub Hamacher Elektrotechnika Sp. z o.o. Zgodnie z wymaganiami prawnymi określonymi w SIWZ przedmiot zamówienia powinien spełniać m.in. warunki określone w rozporządzeniu Ministra Gospodarki z dnia 28.06.2002 r. w sprawie bhp, prowadzenia ruchu zakładu górniczego oraz specjalistycznego zabezpieczenia przeciwpożarowego w podziemnych zakładach górniczych (Dz. U. Nr 139, poz. 1169 z późniejszymi zmianami). Z rozporządzenia (Załącznik Nr 5 pkt 10.13.4.) wynika, że remonty urządzeń budowy przeciwybuchowej mogą być wykonywane przez producenta lub podmiot posiadający ocenę zdolności do wykonywania remontów, wydaną przez jednostkę notyfikowaną. Ponieważ żaden z podmiotów wchodzących w skład konsorcjum, tj. POMAR Sp. J. oraz Hamacher Elektrotechnika i Rozdzielnice Sp. z o.o., nie jest producentem stacji transformatorowych, które powstaną w wyniku modernizacji wraz z remontem i wykonawca nie przedstawił dokumentów potwierdzających, że przynajmniej jeden z podmiotów posiada ocenę zdolności do wykonywania remontów, wydaną przez jednostkę notyfikowaną, konsorcjum POMAR nie może remontować obudowy ognioszczelnych stacji transformatorowych.

Z uwagi na fakt, że z zawartej w ofercie konsorcjum POMAR Dokumentacji Techniczno-Ruchowej Tb-11004 (str. 185-289) wynika, że stacja transformatorowa po modernizacji będzie posiadała obudowę o innej konstrukcji niż obudowa stacji IT3Sb, IT3Sc, IT3Sd, które zamawiający zamierza poddać modernizacji wraz z niezbędnym remontem, treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ. W związku z tym oferta podlega odrzuceniu, a wszczynanie na tym etapie procedury wyjaśniania treści oferty w tym zakresie, jest bezzasadne z powodu innej niezgodności wskazanej w pkt I. 2 pisma.

VI. W ocenie zamawiającego, uwzględnienie zarzutów zawartych w pkt I.1 i I.2 powoduje, że po ponownej ocenie ofert, zamawiający odrzuci ofertę złożoną przez konsorcjum POMAR. Tym samym, wdrażanie procedury z art. 26 ust. 3 Pzp w zakresie zarzutu zawartego w pkt V staje się bezprzedmiotowe.

**Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i postanowiła na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron, co następuje.**

Wykonawcy ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia: 1. „POMAR” B....., C..... Spółka Jawna z siedzibą w Zabrze; 2. „Hamacher Elektrotechnika i Rozdzielnice” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tychach - konsorcjum POMAR, zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w dniu 6 września 2012 r., zachowując ustawowy termin przystąpienia i wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego. Wykonawcy ci nie uzyskali statusu uczestników postępowania odwoławczego, bowiem zgłoszenie przystąpienia zostało podpisane przez pełnomocnika C..... K....., przy braku wykazania stosownego umocowania do dokonania tej czynności. Zgłoszenie przystąpienia zostało podpisane na podstawie pełnomocnictw załączonych do zgłoszenia, tj.: 1. Pełnomocnictwa z dnia 5 września 2012 r. udzielonego przez K..... C....., wspólnika upoważnionego do samodzielnego reprezentowania „POMAR” B....., C..... Spółka Jawna oraz I..... B..... pełnomocnika „Hamacher Elektrotechnika i Rozdzielnice” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. W treści pełnomocnictwa wskazano, że C..... K..... uprawniony jest m.in. do wnoszenia wszelkich środków ochrony prawnej przysługujących konsorcjum, również do przystępowania w imieniu konsorcjum do wszelkich postępowań wywołanych wniesieniem środków ochrony prawnej i, że pełnomocnik uprawniony jest do udzielania dalszych pełnomocnictw. 2. Pełnomocnictwa z dnia 1 stycznia 2012 r. udzielonego I..... B..... przez J..... K..... D....., prezesa zarządu „Hamacher Elektrotechnika i Rozdzielnice” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, uprawnionego do samodzielnej reprezentacji spółki. W treści pełnomocnictwa zawarto umocowanie Ireneusza Bujalskiego do samodzielnego zaciągania zobowiązań i rozporządzania wszelkimi prawami w imieniu „Hamacher Elektronika i Rozdzielnice” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ponadto, również do składania wszelkich oświadczeń woli w imieniu spółki przy oferowaniu usług i towarów klientom spółki, w tym do składania oświadczeń woli w przetargach prowadzonych na podstawie ustawy o zamówieniach publicznych i niepublicznych. Zakres pełnomocnictwa nie uprawniał pełnomocnika I..... B..... do wnoszenia środków ochrony prawnej, ani do udzielania dalszych pełnomocnictw (pełnomocnictw substytucyjnych), a więc do udzielenia pełnomocnictwa C..... K..... w dniu 5 września 2012 r. oraz w dniu 14 maja 2012 r. wykonawcy POMAR B....., C..... Spółka jawna, jako pełnomocnikowi konsorcjum POMAR. Ponadto, kopie zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego zostały przesłane zamawiającemu i odwołującemu w dniu 10 września 2012 r. w sytuacji, gdy termin zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego upłynął w dniu 6 września 2012 r.

Wobec powyższego, Izba uwzględniła wniosek odwołującego (wpływ do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 września 2012 r.), przy akceptacji wniosku przez zamawiającego, uznając, że wykonawca nie uzyskał statusu uczestnika postępowania odwoławczego zgodnie z art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

Odwołujący cofnął zarzuty, ograniczając odwołanie, w następującym zakresie: pkt I.3, tj. zarzut zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum POMAR z tego powodu, że stacje transformatorowe nie będą realizowały funkcji kontroli ciągłości uziemienia i zdalnego sterowania; pkt II - zarzut braku odrzucenia oferty konsorcjum POMAR, pomimo że złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o nieuczciwej konkurencji; pkt III - zarzut braku odrzucenia oferty konsorcjum POMAR, pomimo że oferta była niezgodna z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa; pkt IV - zarzut braku wykluczenia konsorcjum POMAR z uwagi na fakt, że oferowane przez konsorcjum POMAR stacje transformatorowe nie spełniały wymagań określonych przez zamawiającego; pkt VI - zarzut wyboru oferty konsorcjum POMAR, pomimo że nie odpowiadała ona treści SIWZ, w zakresie przekraczającym uwzględnione zarzuty przez zamawiającego.

Zatem, w odwołaniu przedstawiono następujące zarzuty: pkt I.1 - zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum POMAR, pomimo że wykonawca nie zamierza remontować starej obudowy transformatorowej przekazanej przez zamawiającego, lecz proponuje inną obudowę, co nie jest usługą remontową; pkt I.2 - zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum POMAR, pomimo że wykonawca proponuje wyposażenie zmodernizowanych i wyremontowanych stacji transformatorowych w wyłącznik transformatorowy z odłącznikiem i uziemnikiem, podczas gdy zamawiający żądał, aby stacja transformatorowa po modernizacji była wyposażona w wyłącznik z rozłącznikiem i uziemnikiem; pkt V - brak wezwania konsorcjum POMAR do złożenia wyjaśnień w zakresie dotyczących zadań, jakie ma zamiar zlecić podwykonawcom.

Zamawiający oświadczył, że uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu w brzmieniu przedstawionym na posiedzeniu niejawnym, tj. po ograniczeniu zakresu odwołania do wskazanych punktów.

Odwołujący oświadczył, że nie wnosi o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego, o których mowa w odwołaniu, tj. kosztów zastępstwa procesowego i kosztów opłaty skarbowej od pełnomocnictw.

Biorąc pod uwagę, że zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, zobowiązał się do wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w

postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, a w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił skutecznie wykonawca zgłaszający przystąpienie, Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła postępowanie odwoławcze na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła treść art. 186 ust. 2 i ust. 6 pkt 1 Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący: .....**

