

WYROK
z dnia 15 listopada 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Mariusz Gontarczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 listopada 2016 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 października 2016 r. przez wykonawcę - **Przedsiębiorstwo Kompletacji i Montażu Systemów Automatyki „CARBOAUTOMATYKA” S.A., ul. Budowlanych 168; 43-100 Tychy** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Polska Grupa Górnicza sp. z o.o., ul. Powstańców 30; 40-039 Katowice,**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe Martech Plus M. M. Spółka Jawna, ul. Międzyblokowa 12a/lok. 5; 41-706 Ruda Śląska** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie odwołującego,

przy udziale wykonawcy **M. P. prowadzący działalność gospodarczą po nazwą Firma Produkcyjno Usługowo-Handlowa "UNISTER PLUS", ul. Jana 11; 44-282 Łuków Śląski** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie wyboru ofert, wykluczenie wykonawcy M. P. prowadzący działalność gospodarczą po nazwą Firma Produkcyjno Usługowo-Handlowa "UNISTER PLUS", ul. Jana 11; 44-282 Łuków Śląski na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp oraz odrzucenie oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ponowne badanie i ocenę ofert.**

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego - **Polska Grupa Górnicza sp. z o.o., ul. Powstańców 30; 40-039 Katowice** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Przedsiębiorstwo Kompletacji i Montażu Systemów Automatyki „CARBOAUTOMATYKA” S.A., ul. Budowlanych 168; 43-100 Tychy**, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego - **Polska Grupa Górnicza sp. z o.o., ul. Powstańców 30; 40-039 Katowice** na rzecz **Przedsiębiorstwa Kompletacji i Montażu Systemów Automatyki „CARBOAUTOMATYKA” S.A., ul. Budowlanych 168; 43-100 Tychy** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 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 – Polska Grupa Górnicza sp. z o.o., ul. Powstańców 30; 40-039 Katowice prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *„Modernizacja wraz z remontem ognioszczelnych stacji transformatorowych dla kopalń Polskiej Grupy Górniczej Sp. z o.o. w latach 2016-2017”*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 28 kwietnia 2016 roku, pod numerem 2016/S 083-147584.

Dnia 20 października 2016 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 31 października 2016 roku wykonawca Przedsiębiorstwo Kompletacji i Montażu Systemów Automatyki „CARBOAUTOMATYKA” S.A., ul. Budowlanych 168; 43-100 Tychy (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych z przepisami ustawy czynności zamawiającego, tj.:

- 1) dokonania oceny i wyboru oferty wykonawcy M. P. prowadzącego działalność pod nazwą Firma Produkcyjno- Usługowo- Handlowa „UNISTER PLUS”, pomimo iż wykonawca ten podlegał wykluczeniu z postępowania, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, a jego oferta winna zostać odrzucona w powołaniu na art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych,
- 2) zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy UNISTER PLUS, na zasadzie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, mimo iż nie spełniał on warunków udziału w postępowaniu oraz uznania oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych,
- 3) zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy UNISTER PLUS na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, mimo iż jej treść nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a niezgodności nie podlegały poprawieniu przez zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych,
- 4) nieprawidłowej oceny wyjaśnień złożonych przez UNISTER PLUS dniu 8 lipca 2016 r. oraz w dniu 12 sierpnia 2016 r., w odpowiedzi na wezwania z dnia 5 lipca 2016 r. oraz z dnia 10 sierpnia 2016 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z § 1 ust. 1 pkt 5 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający, oraz form, w jakich te dokumenty mogą

być składane, poprzez ich błędną wykładnię i zastosowanie, polegające na zaniechaniu wykluczenia z postępowania wykonawcy UNISTER PLUS, pomimo iż ww. wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w postaci wiedzy i doświadczenia oraz nie wskazał dowodów, że usługi na rzecz firmy CAB Instal Sp. z o.o. zostały wykonane należycie oraz polegające na zaniechaniu uznaniu oferty UNISTER PLUS za odrzuconą w powołaniu na art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych,

- 2) art. 22 w zw. z art. 26 ust. 2a i ust. 3 oraz art. 26 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez ich błędną wykładnię i zastosowanie, polegające na błędnym przyjęciu, że UNISTER PLUS spełnia warunki udziału w postępowaniu, w sytuacji, gdy pomimo zakwestionowania doświadczenia UNISTER PLUS oraz wezwania ze strony zamawiającego do uzupełnienia, wykonawca ten w rzeczywistości nie uzupełnił swojej oferty, a ponadto UNISTER PLUS złożył dodatkowe dokumenty, które zanegowały wiarygodność usługi wykonanej na rzecz firmy CAB Instal sp. z o.o.,
- 3) art. 22 w zw. z art. 26 ust. 3 oraz art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji oraz poprzez brak konsekwencji zamawiającego, przejawiającej się w wezwaniu UNISTER PLUS do złożenia wyjaśnień dotyczących usługi na rzecz firmy CAB Instal Sp. z o.o., zakwestionowaniu wyjaśnień przedstawionych przez UNISTER PLUS dotyczących usługi na rzecz firmy CAB Instal Sp. z o.o., wezwania UNISTER PLUS do uzupełnienia oferty w zakresie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do wiedzy i doświadczenia, a następnie ostatecznego zaakceptowania usługi na rzecz firmy CAB Instal Sp. z o.o. jako spełniającej wymagania zamawiającego,
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy UNISTER PLUS, mimo iż jej treść nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a niezgodności nie podlegały poprawieniu przez zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych,
- 5) art. 91 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez jego błędną wykładnię i zastosowanie, polegające na wybraniu oferty UNISTER PLUS, pomimo iż wykonawca ten podlegał wykluczeniu z postępowania, a jego ofertę należało odrzucić,
- 6) art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o: uwzględnienie odwołania, nakazanie zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty UNISTER PLUS jako najkorzystniejszej, nakazanie zamawiającemu wykluczenia UNISTER PLUS z postępowania oraz odrzucenia jego oferty, obciążenie zamawiającego kosztami postępowania, przeprowadzenie dowodów wskazanych w uzasadnieniu odwołania.

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Podkreślił, iż przedmiotowe postępowanie dotyczy zawarcia umowy ramowej na modernizację wraz z remontem ognioszczelnych stacji transformatorowych dla kopalń Kompanii Węglowej S.A. w latach 2016-2017. Zgodnie z punktem III ust. 2 i 3 s.i.w.z. zamawiający będzie zawierał umowy ramowe ze wszystkimi wykonawcami, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, a na podstawie zawartej umowy ramowej zamawiający będzie udzielał zamówień wykonawczych do ostatniego dnia obowiązywania umowy. Zaniechanie przez zamawiającego czynności wykluczenia UNISTER PLUS z postępowania oraz odrzucenia jego oferty powoduje, iż w składzie podmiotów, z którymi zostanie zawarta umowa ramowa znajduje się podmiot, którego oferta powinna zostać odrzucona. Powyższe znacząco obniża szanse odwołującego na realizację zamówień objętych umową ramową, z uwagi na konieczność konkurencji z podmiotem nieuprawnionym do występowania na dalszych etapach postępowania. Mając powyższe na względzie, podkreślenia wymaga, iż w tym zakresie odwołujący jest narażony na poniesienie szkody z uwagi na fakt, iż w przypadku w którym zamawiający odrzuciłby niezgodną z wymogami s.i.w.z. ofertę, odwołujący konkurowałby z mniejszą ilością podmiotów, co z kolei zwiększałoby szanse odwołującego na uzyskanie zamówień objętych umową ramową. Wymierną korzyścią dla odwołującego w razie uwzględnienia odwołania byłby także większy zysk. Odwołujący nie musiałby konkurować z wykonawcą, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, a jego oferta podlega odrzuceniu. W toku wspomnianych: konkursu ofert, licytacji elektronicznej, licytacji ustnej odwołujący nie musiałby redukować poziomu swojego zysku w związku z bezprawnym udziałem jednego z wykonawców (składając postąpienia w odpowiedzi na postąpienia UNISTER PLUS).

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

I. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z § 1 ust 1 pkt 5 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane oraz art. 22 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z wymogiem, zawartym w części VI ust. 1 s.i.w.z. zamawiający wprowadził warunek udziału w postępowaniu, dotyczący wiedzy i doświadczenia, zgodnie z którym wymagał, aby wykonawcy w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali usługi w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia tj. świadczyli usługi w zakresie modernizacji lub modernizacji wraz z remontem ognioszczelnych stacji transformatorowych stosowanych w podziemnych zakładach górniczych o łącznej wartości brutto nie mniejszej niż 500.000,00 PLN.

UNISTER PLUS w swojej ofercie przedstawił następujące referencje (str. od 19-22 oferty):

- a) Firmy Bartec na dostawę w okresie od stycznia do grudnia 2013r. ognioszczelnych stacji transformatorowych IT3s wraz z komponentami na łączną kwotę przewyższającą 750 000,00 zł netto,
- b) Firmy Cab-Instal na remont i modernizację ognioszczelnych stacji transformatorowych w okresie 06.06.2015 - 20.05.2016 na kwotę 607 497,00 zł brutto,
- c) KW SA -KWK Chwałowice na remont w 2013 r. ognioszczelnej stacji transformatorowej typu IT3Sf-2-I000/6/1 kV na kwotę 201 726,00 zł netto

Zdaniem odwołującego, referencje firm Bartec i KWK Chwałowice nie potwierdzają wykonania usług, wymaganych przez zamawiającego, bowiem dotyczą jedynie odrębnie

dostawy i remontu ognioszczelnych stacji transformatorowych, a nie ich modernizacji lub remontu wraz z modernizacją. W związku z powyższym jedyną usługą z wykazu, przedstawionego przez Unister Plus, mogącą ewentualnie spełniać wymagania zamawiającego co do zakresu i wartości usług, była usługa realizowana na rzecz firmy Cab-Instal Sp. z o.o. Odwołujący zarzucił jednak, że przedłożone przez UNISTER PLUS dokumenty (zarówno pierwotnie w ofercie, jak i w odpowiedzi na uzupełnienie) dotyczące usługi realizowanej na rzecz firmy Cab-Instal Sp. z o.o. nie pozwalają na przyjęcie, iż w.w usługa spełnia wymogi s.i.w.z. w zakresie wiedzy i doświadczenia. Stacje transformatorowe mogą jedynie znaleźć zastosowanie w podziemnych zakładach górniczych, a nie są stosowane. UNSITER PLUS nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, mimo wyczerpania procedury z art. 26 ust. 3 oraz art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W ocenie odwołującego, użyte przez zamawiającego sformułowanie „stacji transformatorowych stosowanych w podziemnych zakładach górniczych” oznaczać może jedynie, iż zamawiający miał na myśli stacje rzeczywiście w praktyce funkcjonujące w zakładach, nie zaś takie które jedynie teoretycznie mogłyby takie zastosowanie znaleźć. Mając na uwadze specyfikę przedmiotu niniejszego zamówienia oraz zasady logiki należy skonstatować, że działanie zamawiającego ukierunkowane było na uzyskanie pewności, iż zmodernizowane stacje rzeczywiście były stosowane w zakładach górniczych, nie zaś jedynie hipotetyczną możliwość ich zastosowania. Trudno bowiem wyobrazić sobie sytuację, w której zamawiający, organizując zamówienie na modernizację oraz remont stacji, nie wymaga jednocześnie, by zmodernizowana stacja funkcjonowała prawidłowo w toku pracy zakładu górniczego. Należy przy tym rzeczywiście mieć na względzie specyfikę branży górniczej, w której niezwykle istotne jest funkcjonowanie przedmiotu umowy w sposób zapewniający bezpieczeństwo, zaś zdaniem odwołującego ocena tej kwestii nie byłaby możliwa w oderwaniu od sprawdzenia, czy i gdzie przedmiotowa stacja transformatorowa została zastosowana i czy działała prawidłowo, w sposób zapewniający zachowanie bezpiecznych warunków pracy w zakładzie górniczym. Przeprowadzenie przez wykonawcę modernizacji wraz z remontem stacji, która faktycznie nie była zastosowana w zakładzie górniczym, nie dawałoby zamawiającemu pewności dysponowania przez tego wykonawcę wiedzą i doświadczeniem, gwarantującym, iż zmodernizowane stacje faktycznie będą mogły funkcjonować w ramach podziemnego zakładu górniczego. Stanowisko to potwierdza również kierowana przez zamawiającego do wykonawcy korespondencja.

II. Zarzut naruszenia art 22 w zw. z art. 26 ust. 2a i ust. 3 oraz art. 26 ust. 4, w zw. z art 24 ust. 2 pkt 4 ustawy i art. 24 ust 4 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz zarzut

naruszenia art. 22 w zw. z art. 26 ust 3 oraz art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający również początkowo zajął takie stanowisko (tj., że stacje transformatorowe miały być stosowane w podziemnych zakładach górniczych, a nie jedynie przewidziane do stosowania), czego wynikiem było wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 05.07.2016 r. Istotny jest zwłaszcza punkt wezwania do wyjaśnień, w którym zamawiający żądał podania podziemnych zakładów górniczych, w których stosowane były stacje transformatorowe.

Zamawiający pismem z dnia 05.07.2016 r., wezwał firmę UNISTER plus do uzupełnienia i złożenia wyjaśnień między innymi do złożonych referencji - pkt. 1 pisma „...Wykonawca, celem potwierdzenia, że oferowana usługa odpowiada wymogom określonym w SIWZ, dołączył do oferty na stronach: 19-22 wykaz wykonanych/wykonywanych usług głównych oraz dokumenty potwierdzające je. Przedłożone poświadczenie podmiotu na rzecz którego usługi zostały wykonane tj. Cab-Instal Sp. z o. o. potwierdza wykonywanie usług związanych z remontem i modernizacją ognioszczelnych stacji transformatorowych produkcji Mefta jednak nie wskazuje:

- a) *Wartości usług modernizacji lub modernizacji wraz z remontem ognioszczelnych stacji transformatorowych stosowanych w podziemnych zakładach górniczych*
- b) *Czy zakres modernizacji dotyczył ognioszczelnych stacji transformatorowych stosowanych w podziemnych zakładach górniczych.*

Wobec powyższego wzywamy do wskazania:

- *Wartości usług modernizacji lub modernizacji wraz z remontem ognioszczelnych stacji transformatorowych stosowanych w podziemnych zakładach górniczych*
- *Wskazania odbiorców tj. podziemnych zakładów górniczych, w których stosowane były stacje po modernizacji wykonanej w podanym okresie czasu.”.*

Unister Plus pismem z dnia 08.07.2016 r., udzielając wyjaśnień odnośnie do referencji firmy Cab-Instal Sp. z o.o. napisał w pkt 1 „Wszystkie zmodernizowane ognioszczelne stacje transformatorowe wykonane były w obudowie ognioszczelnej w wykonaniu z przeznaczeniem do pracy w podziemnych zakładach górniczych”, i dalej „Mając na uwadze fakt, że materiał dowodowy spoczywa po naszej stronie przedstawiamy dokumenty potwierdzające możliwość stosowania przedmiotowych ognioszczelnych stacji transformatorowych w podziemnych zakładach górniczych” - na potwierdzenie powyższego przedstawiono jako załącznik nr 1 protokoły zdawczo - odbiorcze dla 6 szt. stacji transformatorowych, załącznik nr 2 Certyfikat badań WE oraz decyzje Prezesa WUG i załącznik nr 3 deklaracje zgodności. Nie wskazano jednak, jak żądał zamawiający, zakładu górniczego jako finalnego odbiorcy stacji transformatorowych, bowiem jak to tłumaczył UNISTER PLUS w w/w piśmie- „Przedmiotowe modernizacje były wykonywane na zlecenie Cab-Instal sp. z o.o., która nie udostępniła nam informacji o miejscu ich zainstalowania.”

Zdaniem odwołującego, UNISTER PLUS nie udzielił zatem wyjaśnień w zakresie żądanym przez zamawiającego. Zamawiający nie mógł ponownie wzywać do wyjaśnień. Był zobligowany do wezwania UNISTER PLUS do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w powołaniu na art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający dostrzegając, iż przedstawione przez wykonawcę referencje nie potwierdzają, iż modernizowane przez niego stacje transformatorowe zostały faktycznie zainstalowane, a w konsekwencji stosowane w podziemnym zakładzie górniczym (UNISTER PLUS wskazał zresztą wprost, że nie jest w stanie potwierdzić, że modernizowane przez niego stacje były stosowane w podziemnych zakładach górniczych, ponieważ firma CAB-INSTAL nie udostępniła mu informacji o miejscu zainstalowania stacji), zwrócił się do firmy UNISTER PLUS pismem z dnia 10.08.2016 r. o następującej treści: *„W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do wyjaśnienia oferty pismo z dnia 5 lipca 2016 r. wykonawca poinformował zamawiającego, że nie jest w stanie potwierdzić, że modernizowane przez niego stacje były stosowane w podziemnych zakładach górniczych, ponieważ nie uzyskał takiej informacji od podmiotu na rzecz, którego wykonywał usługi. Jako dowód potwierdzający spełnienie warunku wykonawca dołączył dokumenty potwierdzające możliwość stosowania stacji transformatorowych w podziemnych zakładach górniczych tj. Certyfikat badań typu nr (...) wydane dla stacji (...) produkcji Unister Plus M. P. i Decyzje WUG o dopuszczeniu do stosowania ww. stacji. Biorąc pod uwagę, że przesłane wyjaśnienia nie dają podstawy do uznania, że modernizowane przez wykonawcę stacje były stosowane w podziemnych zakładach górniczych wzywamy do uzupełnienia oferty o dokumenty wymienione w części VIII ust. I SIWZ.”*

Na ww. pismo zamawiającego UNISTER PLUS odpowiedział w dniu 12.08.2016 r. i przedstawił te same dokumenty, które załączył już do swoich wyjaśnień z dnia 8 lipca 2016 r. oraz referencje firmy Cab-instal z dn. 31.05.2016 r. Uzasadniając swoje stanowisko, wykonawca wyjaśnił, że załączone dokumenty potwierdzają możliwość stosowania przedmiotowych ognioszczelnych stacji transformatorowych w podziemnych zakładach górniczych.

W ocenie odwołującego, co istotne i zasługujące na szczególne podkreślenie - wobec niezaskarżenia decyzji zamawiającego przez UNISTER PLUS do wezwania do uzupełnienia z 10.08.2016 r.- wezwanie do uzupełnienia uzyskało walor prawomocności. Usługa dla CAB Instal sp. z o.o. została także prawomocnie zakwestionowana. Wniosek ten jest tym bardziej zasadny w świetle faktu, że w wyniku uprzedniego wyczerpania procedury z art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz złożenia stosownych wyjaśnień przez UNISTER PLUS, zamawiający nie mógł już drugi raz prosić o wyjaśnienie tych samych okoliczności. Jeżeli UNISTER PLUS złożyło wyjaśnienia niewystarczające (w ocenie zamawiającego) to

nie może następnie po raz kolejny składać tożsamych wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Może albo złożyć odwołanie od czynności wezwania do uzupełnienia albo zmienić wykaz, dodając zupełnie inną pozycję. Wobec treści art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych istotne jest wykazanie spełniania warunków udziału, a nie sam fakt spełniania. Jeżeli wykonawca nie wykazuje spełniania warunków udziału w postępowaniu, mimo że rzeczywiście je spełnia - to i tak podlega wykluczeniu (por. w podobnej sprawie wyrok KIO z 17.08.2016 r., KIO 1442/16, niepubl.).

Odwołujący podkreślił, że nie może zasługiwać na aprobatę zmienne stanowisko oraz niekonsekwencja zamawiającego, który w pierwszej kolejności uznał, że wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, co skutkowało wystosowaniem wezwań na podstawie art. 26 ust 3 pzp, a następnie mimo, że wykonawca wprost przyznał, że nie jest w stanie wykazać, iż spełnia wymagania zamawiającego - dokonał wyboru oferty UNISTER PLUS jako najkorzystniejszej.

Niezależnie od powyższego, odwołujący wskazał, że załączone protokoły zdawczo-odbiorcze nie tyle nie potwierdzają treści przedstawionych w referencjach, datowanych na dzień 31.05.2016 r., a wręcz są z nimi sprzeczne. Odwołujący zanegował treść złożonego wykazu wykonanych usług w zakresie pozycji dla Cab-Instal sp. z o.o.:

- W referencjach z dnia 31.05.2016 r. jest mowa o wykonaniu usług związanych z remontem i modernizacją ognioszczelnych stacji transformatorowych produkcji MEFTA na łączną kwotę 607 497,00 zł w okresie od 06.06.2015 - 20.05.2016, natomiast przedstawione przez wykonawcę protokoły zostały wystawione z datami: 06.06.2015, 06.07.2015, 06.07.2015, 20.05.2015, 20.05.2015, 20.05.2015. Trzy protokoły z dnia 20.05.2015 r. zostały wystawione przed 06.06.2015 r., a więc nie mieszczą się w okresie objętym referencjami z dnia 31.05.2016 r. Zachodzi wobec tego sprzeczność pomiędzy treścią wykazu usług, a dokumentami, złożonymi przez wykonawcę na potwierdzenie okoliczności, iż usługi te zostały wykonane należycie, a ich zakres i wartość odpowiadały wymogom zamawiającego.

- W protokołach zdawczo-odbiorczych nr 01/07/2015, 02/07/2015 (oraz 03/05/2016, 04/05/2016 i 05/05/2016, sporządzonych przed datą wynikającą z referencji) wyraźnie wskazano na zakres przeprowadzonych prac tj. „*przezwojenie jednej kolumny transformatora*” oraz „*przezwojenie dwóch kolumn transformatora*”. Ten zakres prac nie może być zakwalifikowany do modernizacji wraz z remontem stacji transformatorowej, a jedynie do remontu transformatora. Pojęcie „modernizacja” oznacza «unowocześnienie i usprawnienie czegoś» (por. <http://sjp.pwn.pl/szukaj/modernizacja.html>)

Oznacza to, że kwota 607 497,00 zł obejmuje w szczególności prace wykonane w ramach remontu transformatorów, a nie remontu wraz z modernizacją stacji. Jedynie protokół nr 01/06/2015 posiada podany zakres prac jedynie jako „*Modernizacja wraz z remontem*” lecz

nie określa wartości wykonanych prac, a jest to na pewno kwota znacznie niższa od minimalnej wymaganej przez zamawiającego wartości wykonanych usług tj. 500.000, 00 zł brutto. Ponadto odwołujący zarzucił, iż wątpliwości co do wiarygodności wyjaśnień oraz przedstawianych dokumentów budzi treść protokołów o nr 03/05/2016, 04/05/2016 oraz 05/05/2016 wystawionych z datą 20.05.2015 r. Należy zauważyć, iż numery protokołów 03/05/2016, 04/05/2016 oraz 05/05/2016, potwierdzają, iż protokoły te faktycznie potwierdzają realizację usług w roku 2016.

III. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający w pkt. III.4 Załącznika nr 1 do s.i.w.z. zawarł wymaganie - *„Przekazana do remontu obudowa ognioszczelna stacji transformatorowej musi być wykorzystana w modernizowanej stacji i nie może być zastąpiona obudową innej konstrukcji. Zamawiający dopuszcza jedynie wymianę komór DN i/lub GN...”*.

Zdaniem odwołującego oferta firmy UNISTER PLUS nie spełnia powyższego wymagania bowiem w pkt.III.1.6 Załącznika nr 1 oraz w Załączniku nr 2 do s.i.w.z. zamawiający wymagał *„dodatkowo dla pozycji wymienionych w pkt III 1 i 2 zwiększenie mocy transformatora z 400 kVA do 630 kVA z przekładnią napięciową 6/1 kV”*, czyli inaczej mówiąc wymagał aby wykonawca w ramach remontu i modernizacji stacji transformatorowej w tej samej obudowie transformatora o mocy 400kVA zabudował transformator o mocy 630kVA. Zaoferowana przez firmę UNISTER PLUS stacja o mocy 630kVA posiada zupełnie inną obudowę transformatora (inny kształt, inne wymiary) niż obudowa transformatora o mocy 400kVA, co potwierdzają rysunki na stronie 115, 116 i 126 oferty UNISTER Plus. W istocie rzeczy UNISTER PLUS oferuje wykonanie modernizacji i remontu, polegających na zastąpieniu istniejącej obudowy, obudową innej konstrukcji. Stanowi to o sprzeczności oferty UNISTER PLUS z wymaganiami zamawiającego.

Ponadto, w załączniku 1 pkt.IV.3 i 4 s.i.w.z. zamawiający wymagał potwierdzenia, że: *„Stacje w zakresie ochrony przeciwwybuchowej spełniają wymagania obowiązujące dla urządzeń grupy I kategorii M2, a zewnętrzne obwody sterowania, wizualizacji i zabezpieczeń posiadają stopień ochrony ia”* oraz *„Stacje transformatorowe powinny być przystosowane do zabudowy w podziemnych wyrobiskach górniczych w zużytych prądzie powietrza odprowadzanym do szybu wydechowego.”*. Zdaniem odwołującego, UNISTER PLUS w instrukcji obsługi stacji transformatorowej zawartej w swojej ofercie nie potwierdził spełnienia powyższych wymagań, mimo tego, że zamawiający w Załączniku nr 1 do s.i.w.z. w pkt. V.1.4 żądał, by do oferty dołączyć między innymi *„DTR/Instrukcję użytkowania oferowanych po modernizacji typów stacji transformatorowych zawierające m.in. schematy elektryczne oraz potwierdzające spełnienie wymagań określonych w załączniku 1 pkt.IV i V i Załączniku 2”*.

Dodatkowo, zamawiający w Załączniku 1 do s.i.w.z. pkt. IV.2.e wymagał, aby stacje transformatorowe przewidziane były do zabudowy w podziemnych wyrobiskach górniczych w środowisku pracy o stopniu agresywności korozyjnej C. Brak jest potwierdzenia spełnienia w/w wymagania w dokumentach załączonych przez Unister Plus do oferty.

IV. Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zdaniem odwołującego, w niniejszym postępowaniu bez głębszej analizy można dostrzec, że zamawiający w uprzywilejowany sposób potraktował spółkę pod firmą UNISTER PLUS. Zachowanie zamawiającego, który uznał, iż usługi wykonane przez UNISTER PLUS na rzecz CAB-Instal Sp. z o.o. nie potwierdzają spełniania przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, co poskutkowało wystosowaniem wezwań, mających na celu złożenie wyjaśnień, a następnie pomimo, iż złożone wyjaśnienia w żaden sposób nie mogły zostać uznane za spełniające wymogi zamawiającego, zamawiający nie zdecydował się na wykluczenie wykonawcy z postępowania.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są częściowo zasadne.

W odniesieniu do zarzutów odwołującego dotyczących czynności zamawiającego w zakresie zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy Unister Plus, Izba stwierdziła, że zarzuty są zasadne.

Przyznać bowiem należy, że stanowisko odwołującego w zakresie wykładni warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia jest prawidłowe. Zamawiający w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia postawił bowiem warunek, który brzmiał następująco *„Wykonawcy w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali usługi w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia tj. świadczyli usługi w zakresie modernizacji lub modernizacji wraz z remontem ognioszczelnych stacji transformatorowych stosowanych w podziemnych zakładach górniczych o łącznej wartości brutto nie mniejszej niż 500.000,00 PLN.”*

Wykładania literalna rzeczowego warunku w sposób dosłowny precyzuje, iż wykonawca, aby został pozytywnie zweryfikowany pod kątem posiadanego doświadczenia, musiał wykazać się wiedzą i doświadczeniem o określonej wartości oraz aby wykonana usługa doprowadziła do ostatecznego skutku, którym było stosowanie w podziemnych zakładach górniczych ognioszczelnych stacji transformatorowych.

Przystępujący Unister Plus, w celu potwierdzenia spełniania warunku wiedzy i doświadczenia powołał się m.in. na świadczenie usług dla spółki Cab-instal sp. z o.o.

Zamawiający dwukrotnie wzywał przystępującego Unister Plus, do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, czym zamawiający naruszył wskazany przepis, albowiem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ma charakter wyjątkowy, a możliwość jego zastosowania stanowi wyjątek od zasady przedkładania przez wykonawców dokumentów wraz z ofertą. Unister Plus nie uzupełnił dokumentów w sposób prawidłowy, czym nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Stwierdzić bowiem należało, że z logiki opisanego przez zamawiającego warunku wynika, że zamawiający chciał uzyskać pewnik co do faktycznego stosowania stacji w zakładach górniczych, albowiem dopiero faktyczne zastosowanie w zakładach górniczych, zmodernizowanych lub zmodernizowanych i wyremontowanych stacji, daje pewność, że podjęte działania przyniosły oczekiwane rezultaty, tzn. że unowocześnienie lub unowocześnienie i wyremontowanie stacji zostało sprawdzone w toku pracy zakładu górniczego. Powyższe twierdzenie koresponduje również z faktem, iż przedmiotowy warunek dotyczy przecież wiedzy i doświadczenia, a biorąc pod uwagę okoliczność, iż przystępujący Unister Plus nie wykazał, że takową wiedzę i doświadczenie posiada, uznać należało, że nie spełnił warunku udziału w postępowaniu, w konsekwencji zamawiający zobligowany był do wykluczenia tego wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

W odniesieniu do zarzutów dotyczących przedłożonych przez Unister Plus protokołów, Izba stwierdziła, zgodnie z oświadczeniem zamawiającego oraz przystępującego Unister Plus, że znajdują się w nich omyłki pisarskie dotyczące dat ich wystawienia, albowiem ich treść koresponduje z referencjami oraz wykazem złożonym przez przystępującego.

Odnosnie protokołu 01/06/2015 Izba stwierdziła, że w dokumencie tym nie jest konieczne podawanie informacji o wartości realizacji, skoro taka informacji wynika wprost z treści referencji (poświadczenia). Zarzut w tym zakresie Izba uznała za niezasadny.

W zakresie zarzutów dotyczących protokołów 01/07/2015, 02/07/2015, 03/05/2016, 04/05/2016 i 05/05/2016 Izba stwierdziła jw. tzn., że zaistniała omyłka pisarska w zakresie dat ich wystawienia - odwołujący okoliczności przeciwnej nie wykazał, oraz wskazać należało, że w samej treści ww. protokołów znajduje się informacja o fakcie wykonania przez przystępującego modernizacji wraz z remontem ognioszczelnej stacji transformatorowej, co oznacza, iż zakres przedmiotowy referencji odpowiada wymogom specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W odniesieniu do zarzutów dotyczących naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, że zarzuty są częściowo zasadne.

W związku z oświadczeniem odwołującego, złożonym na rozprawie o tym, iż wycofuje zarzut (nr 3) dotyczący stacji transformatorowych przewidzianych do zabudowy w podziemnych wyrobiskach górniczych w środowisku pracy o stopniu agresywności korozyjnej C, Izba pozostawiła ten zarzut bez rozpoznania.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego obudowy stacji transformatorowej Izba stwierdziła, że zarzut odwołującego jest zasadny.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazał, aby przekazana do remontu obudowa ognioszczelnej stacji transformatorowej była wykorzystana („musi być wykorzystana”) w modernizowanej stacji i nie może być zastąpiona obudową innej konstrukcji (rozdz. III ust. 4 s.i.w.z.). Zamawiający podał również maksymalne wymiary stacji po modernizacji, tj. szerokość nie większa niż 1150 mm, a całkowita długość maksymalnie 3300 mm (rozdział III ust. 4 i 5 s.i.w.z.).

Unister plus do swojej oferty załączył rysunki stacji. Z podanych na tych rysunkach wymiarów wynika, że o ile stacja 400 kVA odpowiada swoimi rozmiarami wymogom określonym przez zamawiającego, to stacja o 630kVA przekracza dopuszczoną przez zamawiającego maksymalną długość (s.i.w.z. – 3300 mm, oferta – 3580 mm). W tym stanie faktycznym uznać należało, że oferta przystępującego Unister Plus podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego ochrony przeciwwybuchowej oraz przystosowania do zabudowy w podziemnych wyrobiskach górniczych w zużytym prądzie powietrza odprowadzanym do szybu wydechowego, Izba dała wiarę wyjaśnieniom zamawiającego uznając, iż skoro Prezes WUG wydał decyzję dopuszczającą określone stacje do użytkowania w podziemnych wyrobiskach górniczych, to zgodnie z obowiązującymi przepisami stacje takowe muszą posiadać określone stopnie zabezpieczenia wybuchowego. Odwołujący dowodu przeciwnego nie zgłosił. Tym samym zarzut odwołującego w powyższym zakresie należało uznać za bezzasadny.

Krajowa Izba Odwoławcza nie dopuściła do postępowania dowodów zgłoszonych przez przystępującego Unister Plus, stwierdzając, iż stanowią one kolejne uzupełnienie dokumentów w postępowaniu (czynność niedozwolona), ponadto nie potwierdzają one okoliczności, na które zostały złożone, dlatego też Izba uznała, że powołane zostały jedynie dla zwłoki postępowania (art. 190 ust. 6 ustawy Pzp).

Biorąc powyższe pod uwagę, mając na względzie przepis art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 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), uwzględniając koszty poniesione przez odwołującego związane z wpisem od odwołania oraz wynagrodzeniem pełnomocnika.

Przewodniczący: